



**PREZES  
URZĘDU OCHRONY  
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK2-410-1/10/KR

Warszawa, 23 listopada 2011 r.

**Decyzja nr DOK -8/2011**

**I.** Na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję** na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej oraz na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, porozumienie zawarte na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej pomiędzy:

1. Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie;
2. Polską Telefonią Cyfrową S.A. z siedzibą w Warszawie;
3. Polską Telefonią Komórkową Centertel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
4. P4 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

polegające na: - dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z Info-TV-FM sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, - wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej Info-TV-FM sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii DVB-H, - dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty **i nakazuje zaniechania jej stosowania.**

**II.** Na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), a także na podstawie art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. *w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską* (Dz. Urz. UE L 1, 04.01.2003, s. 1), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **uznaje za praktykę ograniczającą konkurencję** na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej oraz na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE z dnia 9 maja 2008 r. nr C 115), porozumienie zawarte na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej pomiędzy:

1. Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie;
2. Polską Telefonią Cyfrową S.A. z siedzibą w Warszawie;
3. Polską Telefonią Komórkową Centertel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
4. P4 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

polegające na: - dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z Info-TV-FM sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, - wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej Info-TV-FM sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii DVB-H, - dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty **i nakazuje zaniechania jej stosowania.**

**III.** Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz w art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, **nakłada na:**

1. Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w wysokości **33 463 218,16 zł** (słownie: trzydzieści trzy miliony czterysta sześćdziesiąt trzy tysiące dwieście osiemnaście zł i 16 gr), płatną do budżetu państwa;
2. Polską Telefonią Cyfrową S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w wysokości **34 020 547,65 zł** (słownie: trzydzieści cztery miliony dwadzieścia tysięcy pięćset czterdzieści siedem zł i 65 gr), płatną do budżetu państwa;
3. Polską Telefonią Komórkową Centertel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w wysokości **35 098 583,33 zł** (słownie: trzydzieści pięć milionów dziewięćdziesiąt osiem tysięcy pięćset osiemdziesiąt trzy zł i 33 gr), płatną do budżetu państwa;
4. P4 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w wysokości **10 706 142,70 zł** (słownie: dziesięć milionów siedemset sześć tysięcy sto czterdzieści dwa zł i 70 gr), płatną do budżetu państwa.

### **Uzasadnienie**

W dniu 25 listopada 2009 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej również jako Prezes Urzędu lub Prezes UOKiK) wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy działania przedsiębiorców dotyczące usługi telewizji mobilnej mogą stanowić naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy, sygn. akt DOK2-400-8/09/KR/MKK (dalej jako postępowanie wyjaśniające).

W toku postępowania wyjaśniającego pracownicy Urzędu przeprowadzili kontrolę u następujących przedsiębiorców: Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako Polkomtel), Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (obecnie: Polska Telefonia Cyfrowa S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej jako PTC), P4 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako P4), Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako TP), Info-TV-FM sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu (dalej jako ITF) oraz NFI Magna

Polonia S.A. z siedzibą w Warszawie. W ramach przeprowadzonych kontroli Prezes Urzędu zgromadził dokumenty mogące świadczyć o zawarciu przez czterech operatorów telefonii ruchomej porozumienia sprzecznego z prawem konkurencji.

W oparciu o ustalenia poczynione w toku postępowania wyjaśniającego, Prezes Urzędu wszczął z urzędu, w dniu 21 września 2010 r., postępowanie antymonopolowe przeciwko Polkomtel, PTC, Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako PTK) oraz P4 w związku z zawarciem na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej porozumienia polegającego na: - dokonywaniu przez tych przedsiębiorców uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z ITF; - na wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej ITF dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii DVB-H; - na dokonywaniu uzgodnień dotyczących tej oferty, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H oraz na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Postanowieniem z dnia 12 lipca 2011 r. Prezes Urzędu zmienił ww. postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego, wskazując, że zarzucana operatorom praktyka może stanowić naruszenie również art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>1</sup> (dalej również jako „TofUE”), natomiast postanowieniem z dnia 6 września 2011 r. Prezes Urzędu zmienił postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego, poprzez uściślenie fragmentu jego sentencji, w którym pierwotnie mowa była o „*dokonywaniu uzgodnień dotyczących tej oferty*”, nadając temu fragmentowi następujące brzmienie „*dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty*”.

Prezes Urzędu zawiadomił Polkomtel, PTC, PTK oraz P4 o wszczęciu przeciwko nim postępowania antymonopolowego w niniejszej sprawie (pismo z dnia 21 września 2010 r.) oraz o dokonanych postanowieniach z dnia 12 lipca 2011 r. i z dnia 6 września 2011 r. zmianach postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego (pisma z dnia 12 lipca 2011 r. i z dnia 7 września 2011 r.).

Postanowieniami z dnia 21 września 2010 r., 17 marca 2011 r., z dnia 2 sierpnia 2011 r. oraz z dnia 17 sierpnia 2011 r. Prezes Urzędu zaliczył w poczet materiału dowodowego niniejszego postępowania antymonopolowego część dokumentów zgromadzonych w toku postępowania wyjaśniającego, sygn. akt DOK2-400-8/09/KR/MKK, postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji, sygn. akt: DKK2-422/5/08/MB oraz postępowania konsultacyjnego dotyczącego konkursu przeprowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej również: Prezes UKE) na rezerwację częstotliwości obejmującą kanały radiowe o szerokości 8 MHz z zakresu 470-790 MHz, przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju, w technologii DVB-H, w radiokomunikacyjnej służbie radiodyfuzyjnej, sygn. akt DOK2-0731/1/08/BP.

---

<sup>1</sup> Dz.Urz. UE z dnia 9 maja 2008 r. nr C 115.

W toku postępowania PTC, pismem z dnia 5 października 2010 r. (uzupełnionym pismami z dnia 15 grudnia 2010 r. oraz z dnia 29 kwietnia 2011 r.) złożyła wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków na okoliczności wskazane w ww. pismach. Wniosek ten PTC złożyła ponownie w swoim ostatecznym stanowisku w sprawie z dnia 25 października 2011 r.

W toku postępowania strony korzystały z prawa wglądu do akt.

W związku z rozszerzeniem zarzutów stawianych stronom postępowania o zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 TofUE, Prezes Urzędu poinformował o tym fakcie Komisję Europejską. Również, stosując art. 11 ust. 4 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Prezes Urzędu przedstawił Komisji przewidywaną decyzję w przedmiotowej sprawie. Komisja Europejska nie zgłosiła zastrzeżeń do projektu decyzji.

Pismem z dnia 4 października 2011 r. Prezes UOKiK zawiadomił strony o zakończeniu postępowania dowodowego oraz o możliwości zapoznania się z aktami postępowania i przedstawienia ostatecznych stanowisk w sprawie. Z możliwości przedstawienia stanowiska skorzystały wszystkie strony niniejszego postępowania.

Pismem z dnia 7 października 2011 r. Polkomtel wniósł o przeprowadzenie dowodu z wszystkich dokumentów znajdujących się w aktach postępowania administracyjnego prowadzonego przez Prezesa UKE w sprawie zmiany Decyzji rezerwacyjnej nr DZC-WAP-5176-7/09 oraz akt innych postępowań Prezesa UKE, w których ITF posiadała status strony, na okoliczność:

- precyzyjnego ustalenia dat i treści składanych przez ITF kolejnych wniosków i pism w sprawach prowadzonych przez Prezesa UKE i dotyczących rynku telewizji, w szczególności telewizji mobilnej;
- ustalenia przebiegu i okresu trwania postępowania oraz przyczyn, dla których Prezes UKE zdecydował się na zmianę Decyzji rezerwacyjnej.

W tym miejscu należy zauważyć, że do części informacji i dokumentów, w oparciu o które Prezes Urzędu wydał niniejszą decyzję, został stronom postępowania ograniczony wgląd, a także, że część informacji stanowią prawnie chronione tajemnice, które nie mogą być ujawniane do wiadomości publicznej. Wobec powyższego Prezes Urzędu uznał, że w treści jawnej wersji decyzji administracyjnej nie powinny być ujawnione tego rodzaju informacje. Sprzeciwia się temu w szczególności art. 71 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym pracownicy Urzędu są obowiązani do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również innych informacji, podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów, o których powzięli wiadomość w toku postępowania. Okoliczność ta wpłynęła na fakt, że niniejsza decyzja składa się z następujących części:

- właściwej decyzji niezawierającej informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa, tj. jawnej dla wszystkich;
- załącznika nr 1 niejawnego dla stron postępowania, tj. dla Polkomtel, PTC, PTK oraz P4;
- załącznika nr 2 jawnego dla Polkomtel;

- załącznika nr 3 jawnego dla PTC;
- załącznika nr 4 jawnego dla PTK;
- załącznika nr 5 jawnego dla P4.

Informacje zawarte we wskazanych wyżej załącznikach stanowią integralną część niniejszej decyzji.

## Wyjaśnienie pojęć

**Decyzja rezerwacyjna** – decyzja Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 26 czerwca 2009 r., nr DZC-WAP-5176-3/09(60) dokonująca na rzecz Info-TV-FM sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu rezerwacji częstotliwości obejmującej kanały o szerokości 8 MHz, z zakresu 470-790 MHz, przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju, w technologii DVB-H, w radiokomunikacyjnej służbie radiodifuzyjnej. Decyzja ta została zmieniona decyzją Prezesa UKE z dnia 29 września 2009 r., nr DZC-WAP-5176-7/09(7) oraz decyzją Prezesa UKE z dnia 10 grudnia 2010 r., nr DZC-WAP-5176-7/09(131).

**DVB-H** - (ang. *Digital Video Broadcast – Handheld*) jest odmianą systemu naziemnej telewizji cyfrowej DVB-T (ang. *Digital Video Broadcasting – Terrestrial*), dostosowaną do małych urządzeń przenośnych np. telefonów komórkowych. Specyfikacja systemu jest opisana normą europejską EN 302 304. DVB-H formalnie zostało przyjęte jako standard ETSI (*European Telecommunications Standard Institute*) w listopadzie 2004 roku i przystosowane do funkcjonującego już standardu naziemnej telewizji cyfrowej DVB-T. DVB-H pozwala na odbiór programów telewizyjnych oraz transmisję danych, wykorzystując jako kanał zwrotny sieć telefonii komórkowej, przez co staje się w pełni interaktywna. Użytkownicy mają możliwość oglądania telewizji na żywo w ruchu, podczas przemieszczania się, w miejscach gdzie do tej pory nie było to możliwe. Mobilną telewizję cyfrową cechuje także interaktywność i możliwości przesyłu danych.

**Info-TV-FM sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu** (dalej również jako ITF) – spółka utworzona przez Narodowy Fundusz Inwestycyjny Magna Polonia S.A. i EVOTEC MANAGEMENT LIMITED z siedzibą w Republice Cypru, jeden z dwóch (obok Mobile TV sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) uczestników ogłoszonego przez Prezesa UKE w dniu 10 października 2008 r. postępowania konkursowego na rezerwację częstotliwości z zakresu 470-790 MHz, przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju, w technologii DVB-H.

**Mobile TV sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej również jako Mobile TV, konsorcjum) – spółka utworzona przez Polkomtel, PTC, PTK oraz P4, jeden z dwóch (obok ITF) uczestników, przeprowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej postępowania konkursowego na rezerwację częstotliwości z zakresu 470-790 MHz, przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju, w technologii DVB-H. Mobile TV sp. z o.o. z dniem 11 października 2010 r. zmieniła nazwę na 4MNO sp. z o.o., jednak niniejsza decyzja posługuje się nazwą Mobile TV sp. z o.o.

**Oferta hurtowa ITF** – oferta hurtowego świadczenia mobilnych audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych, w technologii DVB-H, do której ogłoszenia ITF została zobowiązana mocą decyzji Prezesa UKE z dnia 25 czerwca 2009 r., nr DZC-WAP-5176-3/09(60). ITF opublikowała ofertę hurtową w dniu 25 września 2009 r., a następnie zmieniła ją dnia 10 lutego 2010 r.

**Oferta konkursowa ITF** – oferta, którą ITF złożyła przystępując do przywoływanego już konkursu Prezesa UKE na rezerwację częstotliwości obejmujących kanały radiowe o szerokości 8 MHz z zakresu 470-790 MHz.

### **Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny**

#### **I. Strony postępowania**

Stronami niniejszego postępowania jest czterech operatorów publicznej ruchomej sieci telefonicznej, tj. Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie, Polska Telefonia Cyfrowa S.A. z siedzibą w Warszawie, Polska Telefonia Komórkowa Centertel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz P4 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej łącznie również jako „operatorzy”, „MNO”, „udziałowcy Mobile TV”, „udziałowcy konsorcjum”, „wspólnicy Mobile TV”, „wspólnicy konsorcjum”).

#### **Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie**

Spółka rozpoczęła działalność jako infrastrukturalny operator telefonii komórkowej w 1996 r. na podstawie Koncesji nr 3/96/GSM1. Działa na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

W dacie wydania decyzji właścicielem 100% akcji Polkomtel S.A. jest Spartan Capital Holdings sp. z o.o.<sup>2</sup>

Spółka dysponuje zestawem pasm w częstotliwościach GSM 900, GSM 1800 i UMTS 2000. Daty ważności koncesji dla operatora kończą się odpowiednio: dla GSM 900 w 2011 r., dla GSM 1800 w 2015 r., dla UMTS 2000 w 2023 r.

Polkomtel oferuje usługi, m.in., pod następującymi markami: *Plus*, *MixPlus*, *Simplex*, *Sami Swoi*, *36,6* czy *iPlus*. Spółka świadczy usługi w systemie abonamentowym i przedpłaconym. Operator udostępnia klientom również usługi mobilnego dostępu do Internetu.

Na koniec grudnia 2010 r. spółka posiadała 29,9% udziałów w detalicznym rynku telefonii mobilnej w Polsce, pod względem liczby użytkowników oraz 32,7% pod względem przychodów<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> W momencie wszczęcia postępowania akcjonariuszami Polkomtel były przedsiębiorstwa działające zarówno w branży telekomunikacyjnej, jak również w innych sektorach gospodarki – przede wszystkim w sektorze energetycznym: KGHM Polska Miedź S.A., Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A., PGE Polska Grupa Energetyczna S.A., Vodafone Americas, Inc., Węgłokoks S.A. i Vodafone International Holdings B.V.

<sup>3</sup> Prezes UKE, *Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2010 r.*, s. 38.

### **Polska Telefonia Cyfrowa S.A. (dawniej: Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o.) z siedzibą w Warszawie**

Spółka rozpoczęła działalność jako infrastrukturalny operator telefonii komórkowej w 1996 r. na podstawie Koncesji nr 2/96/GSM. Działa na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

PTC należy do grupy kapitałowej Deutsche Telecom, której główną działalnością jest dostarczanie usług telekomunikacyjnych oraz teleinformatycznych w wielu krajach. Właścicielami spółki są: T-Mobile Deutschland GmbH – 70,5%, T-Mobile Poland Holding No. 1 BV. – 22,5%, Polpager sp. z o.o. – 4%, Carcom Warszawa sp. z o.o. – 1,9%, Elektrim Autoinvest S.A. – 1,1%.

PTC jest operatorem sieci *T-Mobile* (dawniej *Era*). Świadczy usługi w systemie abonamentowym i przedpłaconym. Operator udostępnia klientom również usługi mobilnego dostępu do Internetu, czy telefonii stacjonarnej.

Na koniec grudnia 2010 r. spółka posiadała 27,6% udział w detalicznym rynku telefonii mobilnej w Polsce pod względem liczby użytkowników oraz 29,5% pod względem przychodów<sup>4</sup>.

Z dniem 1 sierpnia 2011 r. Polska Telefonia Cyfrowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością przekształciła się w spółkę akcyjną. Spółce przekształconej, tj. PTC S.A. przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej, tj. PTC sp. z o.o.

### **Polska Telefonia Komórkowa Centertel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

Spółka rozpoczęła działalność w 1991 r. jako pierwszy w Polsce operator komórkowy w systemie NMT450i. Od jesieni 2005 r. PTK oferuje swoje usługi pod marką *Orange*, która zastąpiła dotychczasową markę *Idea*.

PTK Centertel należy do grupy kapitałowej France Telecom, która kontroluje szeroki portfel spółek działających głównie w zakresie świadczenia usług telefonii ruchomej w wielu krajach europejskich. W Polsce do grupy tej należy Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, prowadząca działalność m.in. w zakresie telefonii stacjonarnej, szerokopasmowego dostępu do Internetu, dzierżawy łączy telekomunikacyjnych.

Na koniec grudnia 2010 r. spółka posiadała 30,5% udział w detalicznym rynku telefonii mobilnej w Polsce pod względem liczby użytkowników oraz 31,4% pod względem przychodów<sup>5</sup>.

### **P4 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

Spółka powstała w 2005 r. pod firmą Netia Mobile Sp. z o.o., a w październiku 2005 r. zmieniła nazwę na P4.

Udziałowcami P4 są dwa fundusze inwestycyjne: islandzki Novator Telecom – 49,7% udziałów oraz grecki Tollerton – 50,3% udziałów.

W maju 2005 r. spółka (jeszcze pod nazwą Netia Mobile) wygrała przetarg na rezerwację częstotliwości w systemie UMTS, a 23 sierpnia 2005 r. Prezes UKE dokonał na jej rzecz rezerwacji tych częstotliwości do 31 grudnia 2022 r.

W listopadzie 2008 r. P4, obok Aero2 Sp. z o.o., została zwycięzcą przetargu na rezerwację częstotliwości z zakresu 880 – 890 MHz/925 – 935 MHz na obszarze całego kraju i 9 grudnia 2008 r. otrzymała od Prezesa UKE ich rezerwację.

---

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Ibidem.

Komercyjną działalność na rynku telefonii mobilnej spółka rozpoczęła w marcu 2007 r. pod marką *Play*. P4 świadczy usługi w technologii UMTS (3G) oraz GSM 900/1800.

Operator posiada ofertę zarówno w systemie abonamentowym, jak i przedpłaconym. Spółka świadczy również usługi mobilnego dostępu do Internetu.

Na koniec grudnia 2010 r. spółka posiadała 11% udział w detalicznym rynku telefonii mobilnej w Polsce pod względem liczby użytkowników oraz 6,1% pod względem przychodów<sup>6</sup>.

## **II. Porozumienie będące przedmiotem niniejszego postępowania**

Przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie są działania operatorów podejmowane w związku z procesem wprowadzania na polski rynek usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H.

### **II.1 Rozwój telewizji mobilnej DVB-H w Polsce**

Prace badawcze nad możliwością odbioru sygnału telewizyjnego przez urządzenia będące w ruchu rozpoczęła organizacja *Digital Video Broadcasting* na początku 1998 r. Badania prowadzone były w trakcie testów i wprowadzania do użytku masowego naziemnej telewizji cyfrowej DVB-T<sup>7</sup>. System DVB-T, w zamierzeniu dedykowany do odbioru stacjonarnego, stał się katalizatorem i motorem napędowym do dalszych prac nad możliwością odbioru sygnału telewizyjnego za pomocą urządzeń mobilnych. To doprowadziło do stworzenia odrębnego standardu DVB-H.

W 2004 r. Komisja Europejska zdecydowała o dodaniu telewizji mobilnej DVB-H do unijnego wykazu norm (jako norma europejska EN 302 304), stanowiącego podstawę harmonizacji świadczenia usług telekomunikacyjnych w UE. W konsekwencji DVB-H zostało przyjęte jako standard ETSI (ang. *European Telecommunications Standard Institute*) i przystosowane do funkcjonującego już standardu naziemnej telewizji cyfrowej DVB-T. Celem wprowadzenia normy europejskiej dla standardu DVB-H było stworzenie wspólnego rynku telewizji mobilnej w Europie oraz ograniczenie fragmentaryzacji rynku spowodowanej licznymi rozwiązaniami technicznymi stosowanymi w przekazie telewizji komórkowej. Próby systemu DVB-H podjęto w szesnastu krajach UE, a w części z nich doszło następnie do komercyjnego uruchomienia usług DVB-H (np. we Włoszech, Holandii, Austrii, Finlandii, Szwajcarii)<sup>8</sup>.

Dowód:

- Wniosek zgłoszeniowy z dnia 8 sierpnia 2008 r. w sprawie zamiaru koncentracji przedsiębiorców, polegającej na utworzeniu przez Polkomtel, PTC, PTK, oraz P4 wspólnego przedsiębiorcy (tzw. WID).

---

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> DVB-T (ang. *Digital Video Broadcasting – Terrestrial*) – standard rozsiwecznej telewizji cyfrowej (DVB) nadawanej naziemnie, opublikowany po raz pierwszy w roku 1997 r.

<sup>8</sup> <http://www.infotvfm.pl/itvfm.php?id=29>



W dniu 3 października 2006 r. w Centralnym Laboratorium Badań Technicznych Urzędu Komunikacji Elektronicznej odbyła się prezentacja systemu cyfrowej telewizji mobilnej DVB-H, której organizatorem była spółka Info-TV-FM oraz IRTE S.p.A – włoski producent innowacyjnych urządzeń oraz lider w zakresie rozwiązań technicznych systemu DVB-H. W spotkaniu wzięli udział m.in. przedstawiciele nadawców publicznych i komercyjnych, operatorów telefonii komórkowej, przedstawiciele UKE, Instytutu Łączności. Prezentacja miała na celu przedstawienie nowatorskich rozwiązań technicznych firmy IRTE, która jako pierwsza na świecie uruchomiła telewizję mobilną DVB-H we Włoszech dla operatora telefonii ruchomej – 3Italia. Organizatorzy spotkania przedstawili gotowe rozwiązania techniczne, które można zaimplementować na rynku polskim. Podczas spotkania dyskutowano również na temat możliwości szybkiego uruchomienia mobilnej telewizji DVB-H w Polsce<sup>9</sup>.

W marcu 2007 r., podczas VI Kongresu Technologicznego Polkomtel, ITF zaprezentowała, jako pierwszy operator radiodifuzyjny w Polsce transmisję na żywo strumienia siedmiu programów telewizyjnych w technologii DVB-H.

Dowód:

- Oferta Info-TV-FM sp. z o.o. w konkursie na rezerwację częstotliwości z zakresu 470-790 MHz przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju, w technologii DVB-H, w radiokomunikacyjnej służbie radiodifuzyjnej.

## **II.2 Tworzenie Mobile TV sp. z o.o.**

[informacje utajnione – pkt 1 załącznika] Polkomtel, PTC, PTK oraz P4 podpisali list intencyjny, w którym wyrazili wolę wzajemnej współpracy w zakresie rozwoju usług nowej generacji, których świadczenie wymaga standaryzacji, w tym m.in. usługi mobilnej telewizji cyfrowej.

Dowód:

List intencyjny z [informacje utajnione – pkt 2 załącznika] zawarty pomiędzy Polkomtel, PTC, PTK oraz P4.

[informacje utajnione – pkt 3 załącznika] operatorzy rozpoczęli testy telewizji mobilnej oraz podjęli negocjacje, których przedmiotem było ustalenie warunków na jakich zostanie powołana przez nich spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, której celem będzie uzyskanie niezbędnych częstotliwości oraz świadczenie usług telewizji mobilnej.

Na utworzenie przez operatorów ww. spółki niezbędne było uzyskanie zgody Prezesa UOKiK – z uwagi na przepisy ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* dotyczące kontroli koncentracji przedsiębiorców. W związku z powyższym w dniu 8 sierpnia 2008 r. operatorzy złożyli do Prezesa UOKiK zgłoszenie zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu przez Polkomtel, PTC, PTK oraz P4 wspólnego przedsiębiorcy. Przedsiębiorca ten miał prowadzić

---

<sup>9</sup> <http://media2.pl/telekomunikacja/13050-Mobilna-telewizja-cyfrowa-blizej-Polski.html>

działalność na hurtowym rynku świadczenia audiowizualnych usług medialnych, głównie w zakresie rozszerzonej telewizji mobilnej w standardzie DVB-H. Warunkiem koniecznym świadczenia tych usług było uzyskanie przez przedsiębiorcę rezerwacji częstotliwości z zakresu 470-790 MHz, którymi dysponuje Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Dowód:

Wniosek zgłoszeniowy z dnia 8 sierpnia 2008 r. w sprawie zamiaru koncentracji przedsiębiorców, polegającej na utworzeniu przez Polkomtel, PTC, PTK, oraz P4 wspólnego przedsiębiorcy (tzw. WID).

[informacje utajnione – pkt 4 załącznika] Wskazano, że współpraca ta ma obejmować, m.in., przeprowadzenie wspólnych testów tych usług, zdefiniowanie standardu dla technologii wspierającej ich świadczenie, działania na rzecz promocji oraz popularyzacji tych usług na rynku polskim, ustalenie modelu współpracy dla ich świadczenia, w tym zasad partycypacji operatorów, utworzenia przez nich i funkcjonowania podmiotu oferującego usługi na szczeblu hurtowym, optymalnej procedury pozyskania częstotliwości, a także określenie modelu współpracy między operatorami oraz podmiotem świadczącym usługi hurtowo.

Dowód:

List intencyjny z dnia [informacje utajnione – pkt 5 załącznika] zawarty pomiędzy Polkomtel, PTC, PTK oraz P4.

Po przeprowadzeniu postępowania zainicjowanego zgłoszeniem zamiaru koncentracji, o którym mowa było wyżej, Prezes UOKiK, w dniu 5 grudnia 2008 r. wydał decyzję nr DKK-94/2008, mocą której wydał zgodę na dokonanie koncentracji polegającej na utworzeniu przez P4, Polkomtel, PTC i PTK wspólnego przedsiębiorcy w zakresie wskazanym we wniosku. Po wydaniu decyzji przez Prezesa UOKiK czterech operatorów telefonii komórkowej: Polkomtel, PTC, PTK oraz P4, którzy uzyskali ww. zgodę, zawiązali spółkę Mobile TV sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Mobile TV” lub „konsorcjum”), w której każdy z ww. operatorów miał po 25% udziałów. Wówczas operatorzy [informacje utajnione – pkt 6 załącznika] uregulowali zasady współpracy w zakresie wprowadzenia na rynek polski telewizji mobilnej, w tym wspólny udział (poprzez Mobile TV sp. z o.o.) w konkursie ogłoszonym przez Prezesa UKE na rezerwację częstotliwości z zakresu 470-790 MHz.

Dowód:

1. Decyzja Prezesa UOKiK nr DKK 94/08 z dnia 5 grudnia 2008 r.;
2. Umowa [informacje utajnione – pkt 7 załącznika]

Członkami rady nadzorczej Mobile TV zostali: Ryszard Lindner (PTK), Grzegorz Małetka (Polkomtel), Krzysztof Dziecioł (PTC), Piotr Jegier (P4).

Członkami zarządu Mobile TV zostali: Maciej Langman (P4), Tomasz Karczmarczyk (PTC), Jacek Szustkowski (Polkomtel), Bartosz Kluczny (PTK).

Prezes UOKiK ustalił, że członkowie zarządu oraz członkowie rady nadzorczej Mobile TV – będący jednocześnie przedstawicielami udziałowców konsorcjum (tj. operatorów) poza

uczestnictwem w posiedzeniach ww. organów Mobile TV, brali również udział w spotkaniach wspólników Mobile TV (spotkaniach wspólników konsorcjum). Z punktu widzenia niniejszego postępowania, szczególnie istotne są ww. spotkania, które odbyły się po rozstrzygnięciu konkursu w następujących terminach:

- 23 marca 2009 r.;
- 1 czerwca 2009 r.;
- 2 października 2009 r.;
- 12 maja 2010 r.

Przebieg tych spotkań, w szczególności omawiane tematy i podejmowane decyzje zapisywano w protokołach (tzw. minutkach).

Dowód:

1. Protokół spotkania wspólników Mobile TV z dnia 23 marca 2009 r. oraz prezentacja przygotowana na to spotkanie;
2. Protokół spotkania wspólników Mobile TV z dnia 1 czerwca 2009 r. oraz prezentacja przygotowana na to spotkanie;
3. Protokół spotkania wspólników Mobile TV z dnia 2 października 2009 r. oraz prezentacja przygotowana na to spotkanie;
4. Protokół spotkania wspólników Mobile TV z dnia 12 maja 2010 r. oraz prezentacja przygotowana na to spotkanie.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Mobile TV, w piśmie do Prezesa UOKiK z dnia 12 kwietnia 2010 r. stwierdziła, że **spotkania te nie miały charakteru zgromadzeń wspólników**; określono je jako 4CEO meetings lub spotkania Prezesów. Dla ujednoczenia terminologii na potrzeby niniejszej decyzji, spotkania te będą określane jako *spotkania wspólników Mobile TV* lub *spotkania wspólników konsorcjum*. Tematy omawiane podczas tych spotkań były wcześniej ustalane przez osoby odpowiedzialne za projekt telewizji mobilnej DVB-H u poszczególnych operatorów – udziałowców Mobile TV i przygotowane w formie prezentacji elektronicznej. W spotkaniach tych brali również udział prezesi operatorów, a także członkowie zarządu i/lub rady nadzorczej konsorcjum.

### **II.3. Postępowanie przed Prezesem UKE**

W dniu 10 października 2008 r. Prezes UKE ogłosił rozpoczęcie postępowania konkursowego na rezerwację częstotliwości z zakresu 470-790 MHz, przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju, w technologii DVB-H, w radiokomunikacyjnej służbie radiodifuzyjnej (dalej jako „konkurs”).

W ramach ogłoszonego konkursu do Prezesa UKE wpłynęły dwie oferty, tj. od Mobile TV sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz od Info-TV-FM sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu.

W dniu 6 marca 2009 r. Prezes UKE ogłosił wyniki konkursu. Zwycięzcą została Info-TV-FM, która uzyskała najwięcej punktów (750,000 w porównaniu do 483,944, które otrzymała Mobile TV).

Po przeprowadzeniu konkursu Prezes UKE przeprowadził postępowanie w sprawie rezerwacji częstotliwości. Stronami tego postępowania byli uczestnicy konkursu (ITF i Mobile TV), którzy złożyli do Prezesa UKE wnioski o dokonanie rezerwacji częstotliwości będących przedmiotem konkursu.

Decyzją z dnia 25 czerwca 2009 r., nr DZC-WAP-5176-3/09 (60) Prezes UKE dokonał na rzecz Info-TV-FM rezerwacji częstotliwości z zakresu 470-790 MHz, przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju, w technologii DVB-H, w radiokomunikacyjnej służbie radiodyfuzyjnej. Info-TV-FM została uprawniona do wykorzystania zarezerwowanych częstotliwości w okresie do 31 maja 2015 r. na obszarze 31 miast Polski oraz w okresie od 1 czerwca 2015 r. do 31 grudnia 2023 r. na obszarze całego kraju.

Zgodnie z podjętymi w ramach konkursu zobowiązaniami, Info-TV-FM została zobowiązana, m.in. do:

- rozpoczęcia wykorzystywania częstotliwości oraz rozpoczęcia komercyjnego hurtowego oferowania audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych z ich wykorzystaniem, rozumianego jako moment ogłoszenia równej i niedyskryminacyjnej oferty hurtowej przy jednoczesnym umożliwieniu odbioru użytkownikom końcowym na obszarach, na których nastąpiło rozpoczęcie wykorzystywania częstotliwości nie później niż w terminie trzech miesięcy od dnia otrzymania rezerwacji częstotliwości;
- hurtowego oferowania audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych, oferowanych z wykorzystaniem częstotliwości objętych rezerwacją, przedsiębiorcom telekomunikacyjnym na zasadach równych, jawnych oraz niedyskryminacyjnych, przez przedstawienie i opublikowanie jednolitej oferty hurtowej, zawierającej w szczególności warunki i zasady, w tym techniczne i ekonomiczne, współpracy z operatorem oraz wszystkie inne elementy niezbędne do zawarcia umowy na hurtowe świadczenie audiowizualnych usług medialnych oraz właściwego wykonywania takiej umowy. Oferta powinna zawierać jednakowe warunki w porównywalnych okolicznościach, a także zawierać postanowienia zapewniające oferowanie usług oraz udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa, lub w stosunkach z podmiotami zależnymi w oparciu o jednolitą ofertę dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych;
- detalicznego świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych z wykorzystaniem częstotliwości objętych rezerwacją, w tym we własnym imieniu, wyłącznie za pośrednictwem wyodrębnionej spółki zależnej.

#### **II.4 Relacje ITF z operatorami po rozstrzygnięciu konkursu**

Po ogłoszeniu wyników konkursu, pismami z [informacje utajnione – pkt 8 załącznika], ITF wystąpiła do prezesów operatorów z propozycją zorganizowania spotkania celem podpisania listu intencyjnego dotyczącego współpracy w zakresie świadczenia usług telewizji mobilnej DVB-H.

Dowód:

Pisma ITF [informacje utajnione – pkt 9 załącznika] skierowane do Polkomtel, PTC, PTK oraz P4.

W odpowiedzi na ww. propozycję spotkania skierowaną przez ITF do czterech operatorów, jeden z nich - [informacje utajnione – pkt 10 załącznika] poprosił zwyczajcę konkursu o przesłanie pisemnej oferty dotyczącej warunków współpracy oraz propozycji listu intencyjnego.

Dowód:

Pismo operatora [informacje utajnione – pkt 11 załącznika]

Info-TV-FM poinformowała tego operatora pismem z [informacje utajnione – pkt 12 załącznika], a z kolei pozostałych operatorów pismami z [informacje utajnione – pkt 13 załącznika], że jej celem jest przygotowanie oferty ramowej uwzględniającej w jak największym stopniu wymagania potencjalnych odbiorców usługi hurtowej. W tym celu ITF poprosiła operatorów o spotkanie operacyjne i określenie ich oczekiwań odnośnie do zasad współpracy w zakresie telewizji mobilnej DVB-H.

Dowód:

1. Pismo ITF skierowane do operatora [informacje utajnione – pkt 14 załącznika];
2. Pisma ITF skierowane do pozostałych operatorów z [informacje utajnione – pkt 15 załącznika].

W różnych terminach od kwietnia do września 2009 r. ITF spotykało się z przedstawicielami operatorów. Żaden z operatorów nie wyraził ostatecznie zainteresowania podjęciem współpracy w zakresie świadczenia usługi telewizji mobilnej DVB-H, wskazując przede wszystkim na brak szczegółowych informacji na temat proponowanej przez ITF oferty programowej oraz warunków technicznych tej współpracy.

Dowód:

Pismo ITF do Prezesa Urzędu z dnia 2 sierpnia 2010 r.

W dniu 25 września 2009 r. Info-TV-FM opublikowała na swojej stronie internetowej „Ofertę hurtową świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych, w technologii DVB-H”. Oferta hurtowa ITF skierowana była przede wszystkim do operatorów telefonii ruchomej, jako przedsiębiorców posiadających detaliczną sieć dystrybucyjną umożliwiającą zaoferowanie usług telewizji mobilnej DVB-H użytkownikom końcowym, choć hurtowym odbiorcą usług oferowanych przez ITF mogą być również operatorzy telewizji kablowych.

Po opublikowaniu przez ITF oferty hurtowej żaden z operatorów nie podjął z tą spółką współpracy w zakresie świadczenia usług telewizji mobilnej DVB-H.

W dniu 10 lutego 2010 r. Info-TV-FM opublikowała zmienioną „Ofertę hurtową świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych, w technologii DVB-H”.

Następnie ITF przesłała zmienioną ofertę hurtową do operatorów, zapraszając ich do ponownienia negocjacji dotyczących podjęcia współpracy w zakresie świadczenia usług telewizji mobilnej DVB-H.

W marcu 2010 r. doszło do osobnych spotkań ITF z przedstawicielami [informacje utajnione – pkt 16 załącznika], którzy wskazali jednak brak zainteresowania współpracą w zakresie świadczenia usług telewizji mobilnej DVB-H, jako powód wskazując przede wszystkim zbyt ogólne warunki oferty z dnia 10 lutego 2010 r.

Dowód:

Pismo ITF do Prezesa Urzędu z dnia 2 sierpnia 2010 r.

Z kolei operator [informacje utajnione – pkt 17 załącznika], pismem z [informacje utajnione – pkt 18 załącznika] poinformował ITF, że nie jest zainteresowany świadczeniem usług telewizji mobilnej DVB-H na zasadach określonych w ww. zmienionej ofercie, natomiast wykazał zainteresowanie świadczeniem tych usług w innym modelu finansowym. ITF wyraziła zgodę na rozpoczęcie rozmów z ww. operatorem w tym zakresie.

Dowód:

Pismo operatora [informacje utajnione – pkt 19 załącznika] do ITF z dnia [informacje utajnione – pkt 20 załącznika]

Prowadzone przez [informacje utajnione – pkt 21 załącznika] i ITF rozmowy dotyczyły [informacje utajnione – pkt 22 załącznika].

Dowód

1. Pismo [informacje utajnione – pkt 23 załącznika] do Prezesa UOKiK z dnia 30 sierpnia 2010 r.;
2. Pismo ITF do Prezesa UOKiK z dnia 2 sierpnia 2010 r.

ITF wskazała w toku postępowania przed Prezesem Urzędu, że w kwietniu 2010 r. [informacje utajnione – pkt 24 załącznika].

Dowód:

Pismo ITF do Prezesa Urzędu z dnia 2 sierpnia 2010 r.

Natomiast operator, odnosząc się do ww. kwestii, stwierdził, że [informacje utajnione – pkt 25 załącznika]. Ww. MNO podkreśla jednocześnie, że odrzucał możliwość dyskusji tematów współpracy pomiędzy ITF i tym operatorem na spotkaniach Mobile TV, czemu ma dowodzić agenda oraz prezentacja ze spotkania udziałowców konsorcjum z dnia 12 maja 2010 r., które było pierwszym takim spotkaniem po opisanej rozmowie telefonicznej.

Dowód :

1. Pismo [informacje utajnione – pkt 26 załącznika] do Prezesa UOKiK z dnia 12 października 2010 r.;
2. Protokół ze spotkania wspólników konsorcjum z dnia 12 maja 2010 r.

Ostatecznie operator [informacje utajnione – pkt 27 załącznika] nie zdecydował się na podjęcie z ITF współpracy w zakresie DVB-H również w ww. modelu finansowym. Negatywną rekomendację odnośnie do tej współpracy przyjął zarząd tego MNO na posiedzeniu w dniu 19 maja 2010 r., z uwagi na fakt, że [informacje utajnione – pkt 28 załącznika].

Dowód:

1. Pismo operatora [informacje utajnione – pkt 29 załącznika] do Prezesa UOKiK z dnia 12 października 2010 r.;
2. Pismo operatora [informacje utajnione – pkt 30 załącznika] do Prezesa UOKiK z dnia 30 sierpnia 2010 r.;
3. Protokół z posiedzenia zarządu operatora [informacje utajnione – pkt 31 załącznika] z dnia 19 maja 2010 r.;
4. Wiadomość e-mail od: [informacje utajnione – pkt 32 załącznika].

Ww. MNO - [informacje utajnione – pkt 33 załącznika] wskazał jednocześnie, że [informacje utajnione – pkt 34 załącznika].

Dowód:

Pismo ww. MNO do Prezesa UOKiK z dnia 12 października 2010 r.

[informacje utajnione – pkt 35 załącznika].

Dowód:

Pismo ITF z dnia 2 sierpnia 2010 r. skierowane do Prezesowi UOKiK.

Do dnia wydania niniejszej decyzji żaden z operatorów nie podjął współpracy z ITF w zakresie świadczenia usług telewizji mobilnej DVB-H.

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ocenił, że na dzień 16 sierpnia 2010 r. ITF wykonała zobowiązania nałożone decyzją Prezesa UKE nr DZC-WAP-5176-3/09(60) z dnia 26 czerwca 2009 r., w tym m.in. rozpoczęła wykorzystywanie częstotliwości oraz komercyjne hurtowe oferowanie audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych z ich wykorzystaniem, rozumianego jako moment ogłoszenia równej i niedyskryminacyjnej oferty hurtowej przy jednoczesnym umożliwieniu odbioru użytkownikom końcowym na obszarach, na których nastąpiło rozpoczęcie wykorzystywania częstotliwości; opublikowała jednolitą ofertę hurtową, zawierającą w szczególności warunki i zasady, w tym techniczne i ekonomiczne, współpracy z operatorem oraz wszystkie inne elementy niezbędne do zawarcia umowy na hurtowe świadczenie audiowizualnych usług medialnych oraz właściwego wykonywania takiej umowy. Realizacja powyższych zobowiązań polega na przedstawieniu i opublikowaniu jednolitej oferty hurtowej

w dniu 25 września 2009 r., zmienionej następnie ofertą opublikowaną dnia 10 lutego 2010 r. W opinii Prezesa UKE ww. dokument spełnia przesłanki do uznania go za ofertę w rozumieniu „Kodeksu cywilnego” oraz warunki właściwe dla ofert ramowych określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 21 lipca 2008 r. w sprawie zakresu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym.

Dowód:

1. Oferta hurtowa ITF zmieniona w dniu 10 lutego 2010 r.;
2. Pismo Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów skierowane do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 4 sierpnia 2010 r.;
3. Pismo Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej do Prezesa UOKiK z dnia 16 sierpnia 2010 r.

## **II.5 Działania operatorów dotyczące usługi telewizji mobilnej DVB-H**

Według ustaleń Prezesa UOKiK, operatorzy jeszcze przed rozstrzygnięciem konkursu na rezerwację częstotliwości z zakresu 470-790 MHz, które nastąpiło w dniu 6 marca 2009 r. wspólnie rozważali działania jakie podejmą w sytuacji, gdy ITF zostanie zwycięzcą konkursu. Uzgodnienia operatorów dotyczące kształtowania relacji z ITF były kontynuowane po ogłoszeniu rozstrzygnięcia konkursu przez Prezesa UKE.

Potwierdzeniem, że operatorzy dokonywali ww. uzgodnień przed rozstrzygnięciem konkursu jest spotkanie przedstawicieli niektórych operatorów, które miało miejsce w Barcelonie w lutym 2009 r. oraz posiedzenie zarządu [informacje utajnione – pkt 36 załącznika], które odbyło się w dniu 3 marca 2009 r.

Prezes UOKiK ustalił, że w dniach 16-19 lutego 2009 r. odbył się w Barcelonie *Mobile World Congress* (międzynarodowe targi podmiotów działających w branży telefonii mobilnej). Podczas tych targów zaplanowano spotkanie - [informacje utajnione – pkt 37 załącznika], z udziałem przedstawicieli operatorów: [informacje utajnione – pkt 38 załącznika], będących jednocześnie członkami rady nadzorczej Mobile TV oraz osobami reprezentującymi operatorów na spotkaniach udziałowców konsorcjum. Spotkanie w zaplanowanym kształcie ostatecznie nie odbyło się, ponieważ ww. osoby były obecne w planowanym miejscu spotkania w różnych przedziałach czasowych i w żadnym momencie nie doszło do ich jednoczesnego zejścia się.

W ww. umówionym dniu w Barcelonie spotkali się natomiast przedstawiciele dwóch operatorów, tj.: [informacje utajnione – pkt 39 załącznika] z Polkomtel oraz [informacje utajnione – pkt 40 załącznika] z PTC. Po kilkunastu minutach na planowane miejsce przyszli również przedstawiciele P4, tj. [informacje utajnione – pkt 41 załącznika], będący jednocześnie członkami organów Mobile TV, przy czym zastali wówczas tylko przedstawiciela PTC [informacje utajnione – pkt 42 załącznika]. Po spotkaniu z przedstawicielem Polkomtel, ww. przedstawiciel PTC spotkał się również z przedstawicielem PTK, p. [informacje utajnione – pkt 43 załącznika]. Osoby te, rozmawiając o różnych sprawach, wymieniły m.in. swoje uwagi dotyczące sytuacji związanej z konkursem na rezerwację częstotliwości z zakresu 470-790 MHz, przeznaczonych do świadczenia



audiowizualnych usług medialnych. Wnioski z tej rozmowy zostały spisane przez przedstawiciela PTC, [informacje utajnione – pkt 44 załącznika] w e-mail'u z dnia 24 lutego 2009 r., wysłanym do przedstawiciela Polkomtel - [informacje utajnione – pkt 45 załącznika] oraz do wiadomości innego przedstawiciela PTC, tj. do [informacje utajnione – pkt 46 załącznika].

W ww. e-mailu nadawca napisał: [informacje utajnione – pkt 47 załącznika] *potwierdź proszę, czy zapisy poniżej odzwierciedlają Wasze ustalenia ze spotkania, a jeżeli tak, to może warto się nimi podzielić z pozostałymi uczestnikami tegoż ;).* Z wyjaśnień przedstawionych w toku postępowania antymonopolowego przez jednego z operatorów – PTC wynika, że jedynymi uczestnikami ww. spotkania były ww. osoby, a stwierdzenie: [...] *podzielić z pozostałymi uczestnikami tegoż ;)* miało jedynie żartobliwy charakter.

Ustalenia, o których mowa w ww. e-mailu, dotyczyły scenariuszy dalszych działań w ramach projektu DVB-H realizowanego przez operatorów, w tym m.in. ustalono:

- **scenariusz w przypadku wygrania konkursu przez ITF**, zgodnie z którym *rozmowy o wdrożeniu telewizji mobilnej będą się toczyć wyłącznie na styku Info-TV-FM i Mobile TV sp. z o.o., żaden z udziałowców nie będzie rozmawiał z Info-TV-FM bezpośrednio. W zależności od wyników negocjacji i przedstawionych warunków będą podejmowane kolejne działania;*
- scenariusz w przypadku wygrania konkursu przez Mobile TV;
- że na spotkaniu prezesów (prezesów spółek tworzących konsorcjum – wyj. Prezesa UOKiK), które zostanie zorganizowane tak szybko jak to możliwe, *zaprezentowane zostanie powyższe opisanie podejście oraz podsumowanie BC<sup>10</sup> (w tym również BC dla Mno jako udziałowców i jednocześnie detalistów).*

W odpowiedzi na ww. e-maila przedstawiciel Polkomtel, do którego ten e-mail został wysłany, p. [informacje utajnione – pkt 48 załącznika] potwierdził wskazane ustalenia.

Dowód:

Korespondencja e-mail od: [informacje utajnione – pkt 49 załącznika], temat: RE: podsumowanie spotkania w Barcelonie, z dnia 24 lutego 2009, 14:35.

Według ustaleń organu antymonopolowego w dniu 3 marca 2009 r. odbyło się posiedzenie Zarządu jednego z operatorów - [informacje utajnione – pkt 50 załącznika], na które przygotowano prezentację, której tematem były m.in. kwestie związane z Mobile TV. W prezentacji tej wskazano dwa scenariusze rozwoju sytuacji rynkowej po rozstrzygnięciu konkursu, w przypadku jego wygrania przez Mobile TV lub ITF:

Przy czym w przypadku wygrania konkursu przez ITF przewidziano następujący scenariusz: [informacje utajnione – pkt 51 załącznika]

Dowód:

Prezentacja dla Zarządu [informacje utajnione – pkt 52 załącznika], na posiedzenie w dniu 3 marca 2009 r.

---

<sup>10</sup> BC – Business Case (ang. przypadek biznesowy).

W dniu rozstrzygnięcia konkursu, tj. 6 marca 2009 r., ale jeszcze przed ogłoszeniem wyniku, przedstawiciele udziałowców Mobile TV prowadzili w formie korespondencji e-mail dyskusję, w ramach której rozważano jakie działania podjąć w przypadku wygrania konkursu przez ITF, a jakie w przypadku zwycięstwa Mobile TV. Przedstawiciel jednego z MNO - PTC – [informacje utajnione – pkt 53 załącznika], jeszcze przed ogłoszeniem wyników konkursu, wysłał do członków zarządu oraz rady nadzorczej Mobile TV e-mail, w którym, m.in., ponownie przedstawił propozycję, że w przypadku wygrania konkursu przez ITF, *rozmowy o wdrożeniu telewizji mobilnej będą toczyć się wyłącznie na styku Info-TV-FM i Mobile TV sp. z o.o., żaden z udziałowców nie będzie rozmawiał z Info-TV-FM bezpośrednio. W zależności od wyników negocjacji i przedstawionych warunków będą podejmowane kolejne działania.*

Ww. dyskusja miała ciąg dalszy tego samego dnia również po ogłoszeniu przez Prezesa UKE wyniku konkursu. Inny przedstawiciel ww. operatora - [informacje utajnione – pkt 54 załącznika] wysłał do członków zarządu oraz rady nadzorczej Mobile TV wiadomość e-mail, w której zaproponował, *aby wstrzymać się z bilateralnymi rozmowami udziałowców Mobile TV ze zwycięzcą konkursu do czasu dalszych ustaleń na spotkaniu CEO/WZ 23/03/09* (spotkanie wspólników Mobile TV w dniu 23 marca 2009 r. – wyj. Prezesa UOKiK). W odpowiedzi na tego e-maila przedstawiciel innego operatora – PTK, [informacje utajnione – pkt 55 załącznika] napisał: *tak zgadzam się, dodatkowo mam może propozycję żeby nasze* (operatorów – wyj. Prezesa UOKiK) *PR skontaktowały się, żeby ustalić wspólne podejście na poziomie operatorskim co Wy na to?*

Koncepcja prowadzenia negocjacji z ITF wyłącznie przez Mobile TV, jako działającą z upoważnienia wszystkich jej udziałowców była dyskutowana przez operatorów również na ich spotkaniu w dniu 16 marca 2009 r.

Z korespondencji e-mail będącej w posiadaniu Prezesa Urzędu wynika, że niechętny takiemu rozwiązaniu był jeden z operatorów - P4, który rozważał, czy propozycja, zgodnie z którą żaden udziałowiec nie będzie samodzielnie rozmawiał z ITF nie niesie ze sobą **ryzyka antymonopolowego dla tego operatora - P4**, jako tego, który by się porozumiał z konkurentami. W e-mail'u z 18 marca 2009 r. przedstawiciel ww. operatora - [informacje utajnione – pkt 56 załącznika] poinformował osoby, z którymi pracuje u tego MNO, że zgłosił pozostałym udziałowcom konsorcjum, iż P4 nie chce poruszać tematu negocjowania z ITF wyłącznie przez Mobile TV, jako działającej z upoważnienia czterech operatorów, ponieważ jest to potencjalny kartel. Wskazał jednocześnie, że dwaj MNO - PTK i PTC *są zainteresowane powierzeniem reprezentacji wobec Info-TV-FM do Mobile TV. Orange zdaje sobie sprawę z ryzyka antymonopolowego.*

Dowód:

1. Korespondencja e-mail od: [informacje utajnione – pkt 57 załącznika], temat: RE: Wyniki konkursu dvbh – przegraliśmy, z 6 marca 2009, 16:03;
2. Korespondencja e-mail do: [informacje utajnione – pkt 58 załącznika], z 9 marca 2009, 09:23;

3. Korespondencja e-mail od: [informacje utajnione – pkt 59 załącznika], temat: RE: relacje Mobile TV sp. z o.o. a Info TV FM (81883-00005), z 18 marca 2009, 12:10.

Po rozstrzygnięciu konkursu, pojawiały się wypowiedzi medialne poszczególnych operatorów odnośnie do braku ich zainteresowania współpracą ze zwycięzcą konkursu w zakresie DVB-H.

- w artykule z dnia 20 kwietnia 2009 r., zamieszczonym na portalu internetowym [www.bankier.pl](http://www.bankier.pl), pt.: *Telewizja z komórki coraz mniej realna* powołano się na wypowiedź Wojciecha Jabczyńskiego, rzecznika prasowego Grupy Telekomunikacji Polskiej, do której należy m.in. PTK Centertel (dalej jako rzecznik Grupy TP), który stwierdził: *Czekamy aż firma Info-TV-FM przedstawi nam konkretną propozycję współpracy. Chodzi o ustalenie warunków technicznych i finansowych.* Autor artykułu wskazał, że *Podobnie rzecz się ma z Era, Plusem i Playem, które czekają na inicjatywę Info.*

- w artykule z dnia 4 września 2009 r., opublikowanym na portalu internetowym [www.pb.pl](http://www.pb.pl), pt.: *Era i Plus nie wierzą w mobilną telewizję* wskazano, że *Sieci komórkowe sceptycznie traktują działania Info-TV-FM. [...] Najwięksi operatorzy na razie nie chcą wchodzić w ten biznes. [...] Operatorzy – z wyjątkiem Orange – są jednak sceptyczni, a i ten operator nie składa jasnych deklaracji. [...] – Info-TV-FM złożyło Orange wstępną propozycję współpracy. Nie jest ona szczegółowa, ale może być podstawą do dalszych rozmów, które będziemy prowadzić – mówi Wojciech Jabczyński, rzecznik Telekomunikacji Polskiej. Konkurenci jednak wypowiadają się w zupełnie innym tonie. – Otrzymaliśmy i przeanalizowaliśmy propozycję. Jednak w obecnych warunkach rynkowych nie widzimy w niej wartości biznesowej – twierdzi Andrzej Pomarański, rzecznik Polskiej Telefonii Cyfrowej. Polkomtel obszerniej wyjaśnia powody swojej decyzji. Twierdzi, że nadal nie dostał poważnej oferty od Info-TV-FM ;*

- w artykule z dnia 17 września 2009 r., opublikowanym na portalu internetowym [www.przekroj.pl](http://www.przekroj.pl), pt.: *Mikrotelewizja albo i nie* stwierdzono, że *Pod koniec września rusza w Polsce telewizja w komórkach. Niestety, tylko w teorii, bo najwięksi operatorzy nie chcą wdrażać usługi. [...] – To, co nam zaproponowała firma Info-TV-FM, musi być opłacalne biznesowo, a na razie nie jest – mówi enigmatycznie Wojciech Jabczyński, rzecznik Orange. Moby telewizji nie zamierzają też wdrażać na razie Play, Plus i Era;*

- w dniu 29 września 2009 r. na blogu rzecznika Grupy Telekomunikacji Polskiej, Wojciecha Jabczyńskiego pojawił się wpis zatytułowany *Ruszyła telewizja dla nikogo*, w której stwierdził, że *[...] żaden operator nie podjął współpracy z nadawcą. Co więcej od wielu tygodni wszyscy: Era, Orange, Play i Plus mówią zgodnie, że biznesu z tego nie będzie. [...] rzecznik od dawna i oficjalnie przesyła mediom komunikat, że propozycja Info-FM-TV jest dla nas biznesowo nieopłacalna, telefony z DVB-H bardzo drogie i dlatego sukcesu nie będzie. Z tego co wiem identyczne sygnały wysyłają także inni operatorzy komórkowi.*

- w artykule z dnia 30 września 2009 r., opublikowanym na portalu internetowym [www.parkiet.com](http://www.parkiet.com), pt.: *100 mln złotych na mobilną TV* wskazano, że *Żadna z sieci komórkowych nie zadeklarowała chęci współpracy z ITF. Polkomtel (Plus) i Centertel*

(Orange) twierdzą, że czekają na interesującą biznesowo ofertę. PTC (Era<sup>11</sup>), że przeanalizowała ofertę, ale w obecnych warunkach rynkowych nie widzi w niej wartości biznesowej. P4 (Play) wątpi w sensowność technologii. Uważa, że telewizja mobilna będzie niszową usługą jeszcze przez kilka lat, a znajdują się inne, bardziej efektywne;

- w artykule z dnia 30 września 2009 r., opublikowanym na portalu internetowym [www.medialink.pl](http://www.medialink.pl), [www.rp.pl](http://www.rp.pl), pt.: *Telewizja, której nikt nie chce* wskazano, że Usługi (DVB-H – przyp. Prezesa UOKiK) miały sprzedawać sieci telefonii komórkowej, ale żadna nie potwierdziła do tej pory chęci współpracy z operatorem multipleksu (ITF- przyp. Prezesa UOKiK). Polkomtel (Plus) i PTK Centertel (Orange) poinformowały nas, że czekają na interesującą pod względem biznesowym ofertę. Orange wskazywał, że musi ona uwzględniać m.in. koszty subsydiów aparatów komórkowych dostosowanych do odbioru telewizji w standardzie DVB-H. Plus podkreśla, że brakuje mu w ofercie Info-TV-FM wielu istotnych elementów, np. gwarancji parametrów jakościowych. P4 (sieć Play) w swoim stanowisku poinformowało, że wątpi w sensowność technologii, uważa że telewizja mobilna będzie niszową usługą jeszcze przez kilka lat, a znajdują się inne, bardziej efektywne sposoby jej oferowania;

Dowód:

1. Wydruk artykułu z dnia 20 kwietnia 2009 r., opublikowany na portalu internetowym: [www.bankier.pl](http://www.bankier.pl), pt.: *Telewizja z komórki coraz mniej realna*;
2. Wydruk artykułu z dnia 4 września 2009 r., opublikowany na portalu internetowym: [www.pb.pl](http://www.pb.pl), pt.: *Era i Plus nie wierzą w mobilną telewizję*;
3. Wydruk artykułu z dnia 17 września 2009 r., opublikowany na portalu internetowym: [www.przekroj.pl](http://www.przekroj.pl), pt.: *Mikrotelewizja albo i nie*;
4. Wydruk wypowiedzi rzecznika prasowego Grupy Telekomunikacji Polskiej z dnia 29 września 2009 r., opublikowana na jego blogu, pt.: *Ruszyła telewizja dla nikogo*;
5. Wydruk artykułu z dnia 30 września 2009 r., opublikowany na portalu internetowym: [www.parkiet.com](http://www.parkiet.com), pt.: *100 mln złotych na mobilną TV*;
6. Artykuł z dnia 30 września 2009 r., opublikowany na portalu internetowym: [www.medialink.pl](http://www.medialink.pl), [www.rp.pl](http://www.rp.pl), pt.: *Telewizja, której nikt nie chce*;
7. Wydruk artykułu z dnia 14 czerwca 2010 r., opublikowany na portalu internetowym: [www.rpkom.pl](http://www.rpkom.pl), pt.: *Koniec projektu DVB-H w Polsce*.

W dniu 23 marca 2009 r. odbyło się spotkanie współników Mobile TV, na którym omawiano takie tematy jak: stan rynku telewizji mobilnej w Polsce i Europie, wnioski z projektu wspólnego rozwoju systemu DVB-H, wyniki konkursu i kolejne działania z nim związane oraz potrzeby finansowe Mobile TV.

Omawiając stan rynku telewizji mobilnej w Polsce i w Europie wskazano m.in., [informacje utajnione – pkt 60 załącznika]. Omawiając wnioski z projektu wspólnego rozwoju systemu DVB-H operatorzy wskazali na wysoki poziom ryzyka biznesowego.

---

<sup>11</sup> Obecnie T-Mobile.

Ponadto, uczestnicy spotkania analizowali wynik konkursu Prezesa UKE oraz rozważali dalsze kroki z nim związane, w tym ewentualne formalne zakwestionowanie tego wyniku. Operatorzy wskazali przy tym na pewną słabość biznesową (z perspektywy rynku) oferty konkursowej ITF.

Uczestnicy spotkania rozważali również potencjalne obszary współpracy w ramach spółki Mobile TV, w przypadku gdyby rozwój systemu DVB-H nie powiódł się. Jako potencjalne obszary współpracy wskazano, m.in., [informacje utajnione – pkt 61 załącznika].

Na spotkaniu **poruszono również temat upoważnienia Mobile TV przez operatorów do działania jako jedyne podmiotu prowadzącego negocjacje w sprawie oferty hurtowej ze spółką ITF** (podjęcie uzgodnień w tej kwestii na tym spotkaniu zaplanowano w ww. korespondencji e-mail z 6 marca 2009 r.– przyp. Prezesa UOKiK). Za takim rozwiązaniem przedstawiono argument, że [informacje utajnione – pkt 62 załącznika]. **Jako wadę takiego działania wskazano natomiast, że: Wspólnicy spółki Mobile TV Sp. z o.o. mogą zostać potraktowani jako uczestnicy kartelu.** W konsekwencji przedstawiono alternatywę:

- A. *Spółka Mobile TV powinna podjąć negocjacje ws. oferty hurtowej jako jedyny przedstawiciel 4MNO (...);*
- B. *Każdy MNO powinien prowadzić negocjacje samodzielnie, aby uniknąć oskarżeń o zмовę w ramach kartelu*

Ostatecznie podjęto decyzję, że: *Uczestnikom przysługuje swoboda wyboru przyszłej współpracy partnerskiej.* Uzgodniono jednocześnie, że Mobile TV jest kolejną stroną, która może starać się samodzielnie o podjęcie współpracy partnerskiej z ITF. [informacje utajnione – pkt 63 załącznika]. Uczestnicy podjęli decyzję, że *w świetle prawa o konkurencji współpraca mogłaby przyjąć następującą formę:*

*- Wszyscy MNO oczekują oferty hurtowej od zwycięzcy konkursu (ITF);*

[informacje utajnione – pkt 64 załącznika]

Dowód:

Protokół spotkania wspólników Mobile TV z dnia 23 marca 2009 r. oraz prezentacja przygotowana na to spotkanie.

W przypadku jednego z operatorów - [informacje utajnione – pkt 65 załącznika] działania dotyczące DVB-H były również omawiane na posiedzeniu organu przedsiębiorcy sprawującego nad nim kontrolę (tj. [informacje utajnione – pkt 66 załącznika]). W dniu [informacje utajnione – pkt 67 załącznika] odbyło się posiedzenie rady nadzorczej tego przedsiębiorcy, na którym omawiany był m.in. (w formie prezentacji) dokument pt., [informacje utajnione – pkt 68 załącznika] [informacje utajnione – pkt 69 załącznika] w dokumencie tym znalazło się m.in. stwierdzenie: [informacje utajnione – pkt 70 załącznika] ***ogólne stanowisko konsorcjum musi być uzgodnione w ciągu 7 dni.***

W toku postępowania wyjaśniającego poprzedzającego niniejsze postępowanie spółka [informacje utajnione – pkt 71 załącznika] przedstawiła Prezesowi Urzędu informacje, z których wynika, że w stwierdzeniu tym chodziło albo o stanowisko konsorcjum ustalone na

spotkaniu wspólników Mobile TV, które odbyło się w dniu 23 marca 2009 r., odnoszące się do sposobu prowadzenia negocjacji przez operatorów z ITF, albo o stanowisko Mobile TV odnośnie do konkursu i rezerwacji częstotliwości do świadczenia usług DVB-H, przy czym nie mogło ono dotyczyć współpracy z ITF, ponieważ – jak stwierdził [informacje utajnione – pkt 72 załącznika], tj, prezes zarządu przedsiębiorcy sprawującego kontrolę nad ww. MNO: *Mobile TV nie ma prawa podejmować decyzji co do współpracy* [tego MNO – przyp. Prezesa UOKiK] [informacje utajnione – pkt 73 załącznika] z *Info*. [informacje utajnione – pkt 74 załącznika]

Dowód:

1. Pismo [informacje utajnione – pkt 75 załącznika] do Prezesa UOKiK z dnia 27 lipca 2010 r.;
2. [informacje utajnione – pkt 76 załącznika];
3. [informacje utajnione – pkt 77 załącznika].

W dniu 17 kwietnia 2009 r. przedstawiciel jednego z MNO - Polkomtel, [informacje utajnione – pkt 78 załącznika] przesłał do informacji trzech pozostałych członków rady nadzorczej Mobile TV, tj.: [informacje utajnione – pkt 79 załącznika] wiadomość e-mail zawierającą treść odpowiedzi, jaką minutę wcześniej udzielił dziennikarzowi na pytania dotyczące komercyjnego uruchomienia oferty telewizji mobilnej DVB-H.

W ww. odpowiedzi udzielonej dziennikarzowi przedstawiciel Polkomtel - [informacje utajnione – pkt 80 załącznika] napisał: *Aby uruchomić ofertę detaliczną musi dojść z sukcesem do wielu istotnych porozumień m.in. – strona hurtowa oraz strona detaliczna muszą uzgodnić warunki współpracy zgodnie z warunkami konkursu – warunki hurtowe muszą być niedyskryminujące i jednakowo traktujące podmioty. [...]. Inną nie mniej istotną kwestią jest odpowiednie spozycjonowanie produktu – atrakcyjność contentu oferowanego przez podmiot hurtowy oraz gwarancja jego niezmienności w czasie jest krytyczna. [...]* Pamiętajmy też, że po stronie operatora detalicznego musi dojść do odpowiedniego przystosowania systemów obsługi klienta, systemów bilingowych czy zakupu interfejsu do dostępu warunkowego. Wszystko to jest potrzebne do fizycznego umieszczenia oferty w cenniku (pomijam testy usługi, testy terminali czy testów systemów dostarczających usługę). Czas potrzebny do podpisania oferty hurtowej przez detalistę do wdrożenia pełnej oferty – oceniam na 6-18 miesięcy (w zależności od skali integracji wewnątrz). Aby mieć pewność co do wiarygodności deklaracji warunków dostawcy hurtowego – należałoby zmierzyć oferowany zasięg w wymaganych aglomeracjach i dopiero wtedy podjąć decyzję o współpracy „hurtownika” z „detalistą”.

Jak również wynika z cytowanego e-maila, w odpowiedzi na pytanie dziennikarza: **Czy obecnie trwają jakieś przygotowania z waszej strony do sprzedaży tej usługi? (telewizji mobilnej DVB-H - przyp. Prezesa UOKiK), ww. przedstawiciel operatora odpowiedział: *Czekamy na sygnał do współpracy. Chcę zaznaczyć, że najlepszym momentem podjęcia współpracy mogłoby być wywiązanie się z zobowiązań konkursowych [...].***

Dowód:

Wiadomość e-mail od: [informacje utajnione – pkt 81 załącznika] z 17 kwietnia 2009, 11:52;

W dniu 1 czerwca 2009 r. odbyło się spotkanie wspólników Mobile TV (określone w protokole z tego spotkania jako Zgromadzenie Wspólników). Na spotkaniu tym omawiano [informacje utajnione – pkt 82 załącznika]

W ramach dyskusji na temat statusu konkursu DVB-H operatorzy rozważali [informacje utajnione – pkt 83 załącznika].

W ramach rozważań dotyczących [informacje utajnione – pkt 84 załącznika].

Dowód:

Protokół spotkania wspólników Mobile TV z dnia 1 czerwca 2009 r. oraz prezentacja przygotowana na to spotkanie.

W dniu 15 września 2009 r. odbyło się posiedzenie zarządu jednego z operatorów, [informacje utajnione – pkt 85 załącznika]. Zarząd tej spółki zobowiązał swojego przedstawiciela - [informacje utajnione – pkt 86 załącznika] (jednocześnie członka rady nadzorczej Mobile TV) [informacje utajnione – pkt 87 załącznika]

Dowód:

Protokół z posiedzenia Zarządu [informacje utajnione – pkt 88 załącznika] z 15 września 2009 r.

W dniu 2 października 2009 r. odbyło się kolejne spotkanie wspólników konsorcjum, na którym omawiano tematy dotyczące [informacje utajnione – pkt 89 załącznika].

Operatorzy odnieśli się również do oferty hurtowej Info-TV-FM, którą spółka ta opublikowała w dniu 25 września 2009 r. na swojej stronie internetowej.

W prezentacji przygotowanej na to spotkanie znalazł się punkt zatytułowany: *Planowany zasięg telewizji cyfrowej w technologii DVB-H i wejście na rynek zgodnie z ofertą ITF.* [informacje utajnione – pkt 90 załącznika]

**Z treści protokołu ww. spotkania wynika, że przedstawiciel jednego z MNO - [informacje utajnione – pkt 91 załącznika] opisał główne elementy oferty spółki Info-TV-FM, wskazując słabe aspekty tej oferty w porównaniu z ofertą planowaną przez Mobile TV. Omówiono decyzję o podjęciu przez konsorcjum działań z zakresu PR.** Operatorzy dokonali również oceny tej oferty, wskazując przy tym na ryzyko, które ich zdaniem zostało przerwane przez ITF na nich, jako odbiorców (hurtowych) usługi.

Pod hasłem: ***Uwagi Mobile TV na temat oferty hurtowej*** uczestnicy spotkania odnieśli się do jej poszczególnych elementów, wskazując, że jest: [informacje utajnione – pkt 92 załącznika]

**Operatorzy przeanalizowali również szczegóły finansowe sprzedaży hurtowej Info-TV-FM:** [informacje utajnione – pkt 93 załącznika]

Prezes UOKiK ustalił ponadto, że operatorzy rozważali: *Czy Mobile TV powinna podjąć działania PR wobec niewiarygodnej „oferty” ITF*. Jako argument za podjęciem takich działań wskazali, iż *wiarygodność tej oferty jest ograniczona; stosunkowo łatwo można ją porównać z ofertą wiarygodną*. Natomiast **przeciwko takiemu działaniu operatorzy wskazali, m.in. na, możliwy udział urzędu antymonopolowego**. Ostatecznie jednak, **wspólnicy konsorcjum podjęli jednogłośnie decyzję o zaleceniu Zarządowi Mobile TV opublikowania komunikatu prasowego krytykującego ofertę spółki Info-TV-FM**. Ustalono, że *Mobile TV powinna zakwestionować ważność i wiarygodność oferty w publicznym PR. Mobile TV przygotowuje oświadczenia w ciągu 2 tygodni, które będą rozpowszechniane przez biura PR poszczególnych operatorów*.

Dowód:

Protokół spotkania wspólników Mobile TV z dnia 2 października 2009 r. oraz prezentacja przygotowana na to spotkanie.

W dniu 6 października 2009 r. odbyło się posiedzenie zarządu jednego z operatorów – [informacje utajnione – pkt 94 załącznika]

Dowód:

Protokół z posiedzenia Zarządu [informacje utajnione – pkt 95 załącznika] z 6 października 2009 r.

W dniach 16-19 października 2009 r. osoby zaangażowane w projekt telewizji mobilnej DVB-H u jednego z operatorów - P4 wymieniły się korespondencją e-mail, w ramach której [informacje utajnione – pkt 96 załącznika] przesłał do trzech osób wewnątrz tej spółki [informacje utajnione – pkt 97 załącznika] propozycję swoich odpowiedzi na pytania dziennikarza dotyczące projektu DVB-H. W odpowiedzi jedna z tych trzech osób - [informacje utajnione – pkt 98 załącznika] napisała, że: *generalnie (faktograficznie) jest ok., choć ja bym pewnie napisał w bardziej pozytywnym tonie – wypowiedź brzmi strasznie jak od zasiedziałego :) Z drugiej strony **podjęliśmy decyzję, że bombardujemy PR-owo, więc to się dobrze wpisuje. pozostaje jedynie pytanie – mówisz jako Play*** [informacje utajnione – pkt załącznika] (operator – wyj. Prezesa UOKiK) *czy jako Mobile TV sp. z o.o.?* Inna z trzech ww. osób - [informacje utajnione – pkt 99 załącznika] natomiast, napisała w odpowiedzi: *Chcąc nie chcąc zaczynamy być liderem, reprezentując innych operatorów, którzy nabrali wody w usta. Pytanie czy chcemy [...]*.

Dowód:

Wiadomość e-mail od: [informacje utajnione – pkt 100 załącznika].

W ostatnim kwartale 2009 r. pojawiały się publiczne wypowiedzi operatorów krytykujące warunki współpracy jakie przewidywała oferta hurtowa ITF.

Dowód:

1. Artykuł z dnia 1 listopada 2009 r., pt.: *DVB-H usługą CATV*, opublikowany w *TeleKabel*;



2. Artykuł z dnia 26 listopada 2009 r., pt.: *Komórka telewizorem*, opublikowany na portalu internetowym: [www.t-k.pl](http://www.t-k.pl);
3. Artykuł z dnia 1 grudnia 2009 r., pt.: *Mobile opóźnienie*, opublikowany w SAT Kurier;

### III. Stanowiska stron

#### III.1. Stanowisko Polkomtel

Spółka w pierwszej kolejności podniosła, że zarzuty zawarte w postanowieniu Prezesa UOKiK z dnia 21 września 2010 r. o wszczęciu postępowania antymonopolowego są sformułowane niejasno oraz nieprecyzyjnie, co ogranicza Polkomtel prawo do obrony.

Spółka oświadczyła, że nie uczestniczyła w porozumieniu ograniczającym konkurencję. Wszelkie działania podejmowane przez Polkomtel w zakresie, o jakim mowa w ww. postanowieniu z dnia 21 września 2010 r. były podyktowane wyłącznie rachunkiem ekonomicznym Spółki. Polkomtel wskazała jednocześnie z ostrożności procesowej, że powyższe generalne stanowisko nie oznacza jednak, że Polkomtel potwierdza, iż rzekome działania wskazane w ww. postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego miały miejsce.

W opinii Polkomtel, organ antymonopolowy, wszczynając niniejsze postępowanie, w uproszczony sposób zakwalifikował działanie operatora jako porozumienie ograniczające konkurencję przez fakt, iż przed konkursem był **rzekomo** zainteresowany pozyskaniem częstotliwości i rozpoczęciem świadczenia usługi telewizji mobilnej DVB-H, a z chwilą przegrania konkursu przez Mobile TV odstąpił od wdrożenia tej usługi. W ocenie Spółki, Prezes Urzędu powinien uwzględnić wszelkie okoliczności (otoczenie rynkowe), w których operator podejmował decyzje związane z telewizją mobilną. Do takich okoliczności należy, w szczególności, sytuacja gospodarcza.

Polkomtel wskazuje, że ocena przez Prezesa Urzędu jego działań związanych z projektem telewizji mobilnej DVB-H, w szczególności jego stopnia zaangażowania w tworzenie konsorcjum Mobile TV oraz w prowadzenie rozmów z ITF nie może nastąpić z pominięciem wszelkich aspektów rynkowych, które determinowały postawę Spółki.

Polkomtel podniósł, że decyzja o utworzeniu spółki Mobile TV, start w konkursie na rezerwację częstotliwości obejmującej kanały o szerokości 8 MHz, z zakresu 470-790 MHz oraz plany co do wdrożenia tej usługi były podejmowane w zupełnie innej rzeczywistości gospodarczej, niż ta, która nastąpiła po rozstrzygnięciu ww. konkursu. Pojawienie się kryzysu finansowego, a następnie kryzysu obejmującego wszystkie gałęzie gospodarki, nie tylko nie sprzyjało, ale wręcz blokowało większość nowych inwestycji. Zdecydowana większość podmiotów uruchomiła programy oszczędnościowe lub zweryfikowała swoje plany biznesowe, w szczególności jeżeli wiązały się one z dużymi nakładami inwestycyjnymi, a nie były jeszcze na tyle zaawansowane, aby ich zaniechanie wiązało się z dużymi stratami finansowymi. Zdaniem Spółki są to fakty notoryjne. Polkomtel zwraca jednocześnie uwagę,

że nawet w sprzyjających warunkach rynkowych (tj. przed kryzysem gospodarczym) [informacje utajnione – pkt 101 załącznika].

W sytuacji kryzysu gospodarczego, usługa DVB-H nie była taką, której wprowadzenie [informacje utajnione – pkt 102 załącznika].

Spółka podniosła, że o ile w 2008 r. oceniała, iż [informacje utajnione – pkt 103 załącznika]

Ponadto, jak wskazał Polkomtel, kryzys dotknął nie tylko przedsiębiorców, ale także konsumentów i trudno się spodziewać, iż w obliczu dużego zagrożenia i niepewności jutra byłiby oni zainteresowani nabywaniem niszowej usługi DVB-H. Spółka powołała się przy tym na badania, zgodnie z którymi z uwagi na światowy kryzys ekonomiczny aż 78% użytkowników telefonów komórkowych na całym świecie odkłada w czasie plany udoskonalenia swoich telefonów lub zakupu nowych telefonów, a także zmiany swoich przyzwyczajeń odnośnie do wydatków związanych z telefonami.

Polkomtel stwierdził również, że Prezes Urzędu, w swoje ocenie nie może pominąć faktu, iż wdrożenie na poziomie detalicznym takiej usługi jak DVB-H, tylko wtedy może liczyć na powodzenie, jeśli przypada na okres koniunktury gospodarczej, dobrej kondycji operatora lub dysponowania przez konsumenta nadwyżką, którą mogą przeznaczyć na kosztowny niszowy produkt, nie poprawiający *de facto* jakości życia lecz traktowany bardziej jako gadżet.

Polkomtel odniósł się również do technologii DVB-H, wskazując że jest jednym z droższych rozwiązań radiodyfuzyjnych. Wprowadzenie usług w technologii wiąże się z wysokimi kosztami infrastruktury, opłatami licencyjnymi ze kontent oraz opłatą za częstotliwości. Koszty te ponosi przedsiębiorca oferujący usługi DVB-H hurtowo. Pozostają jednak jeszcze koszty związane z detalicznym udostępnieniem tych usług, które musieliby uwzględnić operatorzy.

[informacje utajnione – pkt 104 załącznika]. W ocenie Polkomtel również kwoty jakie zaoferowały w konkursie na częstotliwości DVB-H Mobile TV i ITF potwierdzają, że [informacje utajnione – pkt 105 załącznika]. Ponadto, Spółka wskazała, że operatorzy przed pozyskaniem krytycznej liczby użytkowników (ok. 150-250 tys.) musieliby dopłacać do nierentownej usługi.

Polkomtel podniósł również, że doświadczenia krajów europejskich (Włoch, Austrii, Finlandii, Holandii, Szwajcarii), w których uruchomiono usługę DVB-H pokazują, że w żadnym z nich usługa ta nie odniosła komercyjnego sukcesu.

W ocenie Spółki powodem słabego zainteresowania usługą DVB-H w Europie są niedogodności korzystania z telewizji w telefonie komórkowym, jak np. mały rozmiar ekranu telefonu, z reguły konieczność trzymania telefonu w ręku podczas oglądania, szybkie wyczerpywanie się baterii telefonu oraz jakość sygnału wpływająca na jakość usługi, zwłaszcza gdy jej odbiorca jest w ruchu.

DVB-H najwcześniej, tj. w 2006 r. została udostępniona we Włoszech, co zbiegło się z Mistrzostwami Świata w piłce nożnej i zdobyła tam ok. 1,2 mln użytkowników, co uważa się za największy sukces spośród krajów europejskich. Polkomtel wskazał jednak, że przykład

włoski nie jest miarodajny dla pozostałych krajów oraz że duża liczba użytkowników nie zawsze jest równoznaczna z biznesowym sukcesem usługi. We Włoszech DVB-H dostępna była w ofercie trzech operatorów: 3Italia, Vodafone Sky TV oraz TIM. 3Italia oraz TIM bezpłatnie udostępniali część oferty programowej DVB-H swoim abonentom, którzy dysponują aparatami z odpowiednim tunerem, natomiast dodatkowo płatne były kanały Premium. W grudniu 2010 TIM wycofał się ze świadczenia DVB-H. Również holenderski KPN zaprzestał świadczenia DVB-H.

Telewizja mobilna DVB-H jest najbardziej popularna w Japonii (10 mln użytkowników oraz w Korei (6 mln użytkowników), ale świadczenie tej usługi również tam balansuje na granicy opłacalności.

Spółka stwierdziła również, że prognozy ITF odnośnie do liczby odbiorców DVB-H w Polsce były przesadnie optymistyczne, wskazując przy tym, że badania preferencji konsumentów są z reguły przeprowadzane w sposób, który nie do końca odzwierciedla rzeczywiste późniejsze zapotrzebowanie na daną usługę. Jednocześnie Polkomtel przedstawił w toku postępowania badanie z [informacje utajnione – pkt 106 załącznika], którego przedmiotem było ustalenie poziomu zainteresowania konsumentów usługą DVB-H. [informacje utajnione – pkt 107 załącznika].

Spółka wskazała także, że powodzenie usługi zależy od dostępności odpowiednio dużej liczby modeli aparatów telefonicznych z tunerem DVB-H, w różnych przedziałach cenowych, co pozwalałoby operatorom skonstruować ofertę dedykowaną do każdej grupy abonentów (zróżnicowaną pod względem ceny, jak i poziomem zaawansowania technologicznego). Jednocześnie, w tym samym stanowisku, Spółka stwierdziła, że usługa DVB-H jest niszowa i nie jest skierowana do bardzo szerokiego kręgu odbiorców. Zainteresowane tą usługą będą przede wszystkim osoby młode, poszukujące nowych rozwiązań i traktujące je bardziej w kategoriach gadżetu niż usługi telekomunikacyjnej.

Polkomtel wskazał, że naturalnym zachowaniem jest to, iż każdy z przedsiębiorców zaangażowanych w realizację usługi – dostawca hurtowy, przedsiębiorcy telekomunikacyjni świadczący usługi klientom detalicznym, producenci sprzętu, dostawcy treści – szacując swoje ryzyko biznesowe musi wziąć pod uwagę czy i w jakim stopniu pozostali z ww. przedsiębiorców są w stanie zainwestować w „tworzenie” usługi. Z chwilą pozyskania częstotliwości DVB-H, ITF powinna mieć opracowany model biznesowy na wypadek gdyby operatorzy nie byli zainteresowani sprzedażą detaliczną usług DVB-H. W opinii Polkomtel ITF sama ograniczyła krąg swoich potencjalnych kontrahentów. ITF nie podjęła w szczególności ryzyka rozpoczęcia oferowania usługi detalicznej przez spółkę zależną, na co wprost pozwala decyzja rezerwacyjna. Zdaniem Spółki świadczy to, iż ITF nie wierzyła w sukces oferty detalicznej na zaproponowanych przez siebie warunkach.

W konsekwencji Polkomtel wskazał, że po stronie operatorów nie było żadnego racjonalnego powodu do podejmowania zarzucanych przez Prezesa Urzędu działań. Projekt DVB-H okazał się po prostu mniej atrakcyjny, niż się wydawało w zupełnie odmiennej sytuacji ekonomicznej i informacyjnej (mniejsza ilość informacji o funkcjonowaniu usługi na rynkach zagranicznych) a naturalną konsekwencją było wycofanie się z jego realizacji.

Polkomtel podniósł również, że wszczynając niniejsze postępowanie, Prezes Urzędu naruszył zasadę zaufania obywateli do organów Państwa. Spółka wskazała przy tym, że wydając zgodę na dokonanie koncentracji, polegającej na utworzeniu przez operatorów wspólnego przedsiębiorcy, Prezes UOKiK zgodził się na ustalanie przez nich modelu współpracy z ITF, jako podmiotem świadczącym usługi hurtowe. Polkomtel powołał się w tym kontekście na postanowienie [informacje utajnione – pkt 108 załącznika]

Ponadto, Polkomtel stwierdził, że ITF nie wykonał zobowiązań wynikających z decyzji rezerwacyjnej, tj. nie opublikował oferty hurtowej spełniającej warunki określone w tej decyzji. Jednocześnie Polkomtel wskazał, że z uwagi na fakt, iż decyzja rezerwacyjna do czerwca 2010 r. była nieprawomocna, był to czynnik uzasadniający nieangażowanie się współników Mobile TV w kontraktowanie ze zwycięzcą konkursu, ponieważ istniało ryzyko, że przedsiębiorca ten, na skutek nieutrzymania się ww. decyzji, nie będzie ostatecznie w posiadaniu częstotliwości umożliwiających świadczenie usług telewizji mobilnej DVB-H.

Spółka podniosła również, że wydanie, na wniosek ITF (z dnia 17 czerwca 2010 r.), decyzji przez Prezesa UKE w dniu 10 grudnia 2010 r.<sup>12</sup>, zmieniającej decyzję rezerwacyjną z dnia 26 czerwca 2009 r.<sup>13</sup>, poprzez przyznanie ITF neutralności technologicznej w zakresie świadczenia audiowizualnych usług medialnych, spowodowało, że Polkomtel nie miał pewności co do dalszych działań biznesowych ITF w związku z możliwością wyboru przez tę spółkę technologii do świadczenia ww. usług.

### **III.2 Stanowisko P4**

P4, odnosząc się do zarzutów postawionych przez Prezesa Urzędu w postanowieniu z dnia 21 września 2011 r. podniosła, że nie brała udziału w określonym w ww. postanowieniu porozumieniu ograniczającym konkurencję.

Spółka wskazała, że zaprzestała prac nad komercyjnym wdrożeniem DVB-H jako detalista już w końcu [informacje utajnione – pkt 109 załącznika].

Zdaniem P4, skoro więc już od [informacje utajnione – pkt 110 załącznika] istniały obiektywne powody po stronie Spółki przemawiające za ograniczeniem jej udziału w projekcie związanym z uruchomieniem usługi telewizji mobilnej, trudno jest doszukać się racjonalnych przesłanek dla rzekomego udziału Spółki w dokonywaniu uzgodnień z operatorami w ramach Mobile TV w zakresie dotyczącym oferty hurtowej ITF. Okoliczności te stoją jednocześnie w sprzeczności z tezą, że brak zainteresowania P4 ofertą hurtową ITF był wynikiem przegrania konkursu przez Mobile TV.

Spółka wskazała, że nie była – jako udziałowcem Mobile TV stroną uzgodnień dokonywanych z operatorami – pozostałymi udziałowcami konsorcjum – których celem byłoby kształtowanie relacji z ITF, prowadzące lub mogące prowadzić do „[...] wstrzymania bilateralnych rozmów ze zwycięzcą konkursu do czasu dalszych ustaleń między udziałowcami [...]”.

---

<sup>12</sup> Decyzja Prezesa UKE z dnia 10 grudnia 2010 r., nr DZC-WAP-5176-7/09(131).

<sup>13</sup> Decyzja Prezesa UKE z dnia 26 czerwca 2009 r., nr DZC-WAP-5176-3/09(60).

Spółka podniosła, że wyraziła jednoznaczny sprzeciw wobec propozycji dwóch operatorów dotyczącej „upoważnienia” przez operatorów spółki Mobile TV do prowadzenia przez nią rozmów z ITF. P4 samodzielnie prowadziła rozmowy z ITF, co stało w sprzeczności ze wskazanymi przez ww. dwóch operatorów propozycjami. Zdaniem P4, oczywistym dowodem ww. sprzeciwu jest wiadomość e-mail z dnia 6 marca 2009 r. wysłana do zewnętrznego prawnika P4 przez [informacje utajnione – pkt 111 załącznika] z P4 z prośbą o stanowisko z zakresu prawa ochrony konkurencji w odniesieniu do przedstawionych przez przedstawicieli ww. dwóch operatorów propozycji dalszych działań w ramach Mobile TV, dotyczących m.in. „wstrzymania się udziałowców Mobile TV z bilateralnymi rozmowami ze zwycięzcą konkursu DVB-H do czasu dalszych ustaleń na spotkaniu 23/03/09”. W konsekwencji Spółka natychmiast przyjęła stanowisko o nieangażowaniu się w jakiegokolwiek rozmowy na forum Mobile TV w zakresie dotyczącym wspólnego z operatorami decydowania o kształtowaniu relacji z ITF, w tym kwestii potencjalnego wstrzymania się z prowadzeniem rozmów bilateralnych z ITF przez operatorów. Ponadto, Spółka dała wyraz takiemu stanowisku wobec pozostałych operatorów, przygotowując zmienioną wersję prezentacji na spotkanie udziałowców Mobile TV w dniu 23 marca 2009 r, wskazując w slajdzie nr 12 tej prezentacji na ryzyka antymonopolowe, które mogą powstać w przypadku podjęcia przez konsorcjum decyzji, iż rozmowy z ITF na temat jej oferty hurtowej powinny być prowadzone wyłącznie za pośrednictwem Mobile TV.

P4 podniosła, że ww. propozycja nie stanowi – z uwagi na natychmiastową reakcję Spółki oraz podjęte przez nią czynności – dowodu istnienia po stronie P4 choćby zamiaru uczestniczenia w antykonkurencyjnym porozumieniu.

Spółka wskazała również, że celem rozmów pomiędzy członkami organów (zarządu i rady nadzorczej) Mobile TV na temat stanowiska dla mediów było poinformowanie udziałowców konsorcjum, aby ewentualne pytania mediów dotyczące rozstrzygnięcia konkursu były kierowane do organów Mobile TV jako uczestnika. Fakt ten, zdaniem P4, jest zrozumiałą i logiczną konsekwencją rozdzielenia roli operatorów – udziałowców konsorcjum – jako potencjalnych detalistów od roli uczestnika konkursu. Brak jest jakiegokolwiek związku pomiędzy tą kwestią a rzekomym uzgodnieniem operatorów dotyczącym kształtowania relacji z ITF.

Ponadto, Spółka podniosła, że fakt wznowienia przez nią rozmów z ITF w 2010 r., na temat możliwości podjęcia współpracy opartej o inny model finansowy niż wynikający z oferty hurtowej stanowi przejaw samodzielnego działania P4 w relacji do ITF. Spółka nie przekazywała pozostałym udziałowcom konsorcjum informacji na temat tych rozmów. P4 wskazała jednocześnie, że [informacje utajnione – pkt 112 załącznika].

P4 stwierdziła, że od początku kształtowania relacji z ITF realizowała strategię sprawowania indywidualnej i autonomicznej polityki wobec tej spółki. Strategia ta dotyczyła nie tylko procesu oceny oferty hurtowej przez P4, ale również wypowiedzi przedstawicieli Spółki na temat okoliczności konkursu. Dowodem tego ma być stanowisko P4 odnoszące się do oceny oferty hurtowej ITF przedstawione na potrzeby wypowiedzi prasowej przez [informacje utajnione – pkt 113 załącznika] w wiadomości e-mail z dnia 16 października 2009 r. Spółka podkreśliła przy tym, że stanowisko to nie pozostaje w żadnym związku

z wiadomością e-mail z dnia 17 kwietnia 2009 r., wysłaną przez przedstawiciela Polkomtel, [informacje utajnione – pkt 114 załącznika] do członków zarządu konsorcjum.

P4 podniosła jednocześnie, że ocena oferty hurtowej ITF prezentowana dla celów *publicznego PR* nie mogła mieć i nie miała żadnego wpływu na ocenę projektu telewizji mobilnej dokonywaną przez tę spółkę.

P4 stwierdziła ponadto, że brak jest jakichkolwiek dowodów potwierdzających jej uczestnictwo w wymianie informacji z innymi operatorami na temat oferty hurtowej ITF. Spółka zaprzeczyła jednocześnie, że dokonywała z operatorami uzgodnień dotyczących tej oferty, w szczególności poprzez „kwestionowanie jej ważności i wiarygodności w publicznym PR. P4, jako argument podaje, że brak było jakichkolwiek przesłanek, aby dokonywać wraz z innymi operatorami uzgodnień w ww. zakresie. Takie działanie stałoby w jawnej sprzeczności z podstawowymi celami determinującymi podjęcie przez Spółkę decyzji o uczestniczeniu wspólnie z pozostałymi trzema operatorami w projekcie DVB-H. Pierwszym celem było zapewnienie wszystkim operatorom jak najszerszego dostępu do usług telewizji mobilnej DVB-H, skutkiem czego wyeliminowane zostałoby ryzyko, że hurtowa usługa DVB-H byłaby świadczona wyłącznie przez [informacje utajnione – pkt 115 załącznika]. Drugim celem P4 było zagwarantowanie niedyskryminacyjnych warunków świadczenia usług DVB-H na szczeblu detalicznym. Z tego względu, z punktu widzenia Spółki kwestią drugorzędną było, czy operatorem świadczącym hurtową usługę telewizji mobilnej DVB-H będzie Mobile TV, czy też niezależny podmiot taki jak ITF.

Spółka wskazała, że oferta hurtowa ITF była przedmiotem wyłącznie wewnętrznej oceny dokonanej w P4. Decyzję odnośnie do dalszej współpracy z ITF Spółka podjęła samodzielnie, w oparciu o wyniki wewnętrznej analizy ekonomicznej, uwzględniającej całokształt czynników istotnych dla podjęcia decyzji o wprowadzeniu usługi DVB-H.

P4 podniosła również, że działania Spółki w zakresie dotyczącym DVB-H na forum Mobile TV oraz działania P4 co do oceny oferty ITF były podejmowane przez wewnętrznie odrębne i niezależne od siebie zespoły w ramach Spółki. Fakt ten ma świadczyć, że P4 z należytą starannością podjęło czynności mające na celu wykluczenie ryzyka przepływu informacji na temat działań prowadzonych w danych obszarach związanych z usługą telewizji mobilnej.

Ponadto, P4 wskazała, że Prezes UKE w „Raporcie o stanie rynku telekomunikacyjnego za 2009 r.” podniósł brak opublikowania przez ITF oferty hurtowej i dopiero interwencja ITF doprowadziła do skorygowania tego raportu, a zmieniony raport ukazał się dopiero w sierpniu 2010 r.

P4, odnosząc się do zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego dokonanej postanowieniem z dnia 12 lipca 2011 r. podniosła, że nie podziela stanowiska organu antymonopolowego, jakoby działania Polkomtel, PTC, PTK oraz P4 dotyczące kształtowania relacji z ITF, wymiany informacji o swojej ocenie oferty hurtowej ITF oraz dokonywania uzgodnień dotyczących tej oferty mogły stanowić naruszenie art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

P4 wskazała m.in., że *wspólnotowe prawo ochrony konkurencji nie stosuje się do porozumień i praktyk, które nie mogą wpłynąć w znaczący sposób na handel między państwami członkowskimi*. Zdaniem P4, działania operatorów w odniesieniu do ITF nie mogły w żaden sposób (a co dopiero w znaczący sposób) ani potencjalnie, ani rzeczywiście wpłynąć na handel pomiędzy państwami członkowskimi. W tym kontekście nieuprawnionym byłby zarzut potencjalnego „poszkodowania” ewentualnych europejskich dostawców. P4 wskazała, że to ITF ogłasza fakt dokonywania zakupów urządzeń na potrzeby uruchomienia usługi DVB-H. Brak telefonów obsługujących usługę DVB-H stanowił jedną z przesłanek braku zainteresowania P4 usługą telewizji mobilnej.

### III.3. Stanowisko PTC

PTC stwierdziła, że postawione przez Prezesa UOKiK zarzuty są bezzasadne. Na uzasadnienie tego twierdzenia Spółka podniosła następujące argumenty.

Zdaniem PTC każdy z operatorów podejmował indywidualnie decyzję o przyjęciu albo odmowie przyjęcia oferty ITF. W szczególności nigdy nie doszło do uzgodnienia, zgodnie z którym stanowisko operatorów względem ITF miałyby wyrażać oraz prowadzić negocjacje wyłącznie Mobile TV sp. z o.o. Jednocześnie PTC przyznała, że **doszło do ustalenia przez określonych pracowników operatorów różnych wariantów działania, wśród których znalazła się propozycja, by rozmowy w przedmiocie oferty hurtowej ITF miałyby być prowadzone w imieniu operatorów wyłącznie przez konsorcjum**. Był to jeden z wariantów działania przedstawiony gremiom decyzyjnym Mobile TV. Na spotkaniu Prezesów w dniu 23 marca 2009 r. podjęto decyzję o prowadzeniu negocjacji indywidualnie.

PTC wskazała również, że wariant działania polegający na prowadzeniu w imieniu operatorów negocjacji z ITF wyłącznie przez Mobile TV był omawiany podczas „Mobile World Congress” w Barcelonie w lutym 2009 r., gdzie w różnych przedziałach czasowych spotkali się przedstawiciele operatorów. PTC zwróciła przy tym uwagę, że w lutym 2009 r. konkurs na częstotliwości nie był jeszcze rozstrzygnięty i nie istniała jeszcze oferta hurtowa ITF. **Zatem ustalenia co do sposobu prowadzenia negocjacji z ITF wyłącznie przez konsorcjum miały charakter czysto hipotetyczny**. Dodatkowo przedstawiciele ITF próbowali kontaktować się z poszczególnymi członkami władz Mobile TV w celu przedyskutowania ewentualnej współpracy pomiędzy konsorcjum a ITF. Ponadto, PTC wskazała, że rozważany był zakup Mobile TV przez ITF, względnie nadanie konsorcjum roli dostawcy treści dla całego biznesu ITF. Na ówczesnym etapie kontakty z wybranymi udziałowcami Mobile TV stałyby w sprzeczności z przyjętymi założeniami przedsięwzięcia. Z tych względów na spotkaniu w Barcelonie podniesiono, że w rozmowach z ITF muszą uczestniczyć reprezentanci wszystkich udziałowców.

PTC wskazała również, że wiadomość e-mail z dnia 17 kwietnia 2009 r. od [informacje utajnione – pkt 116 załącznika], przedstawiciela Polkomtel oraz członka rady nadzorczej Mobile TV skierowana do trzech pozostałych członków rady nadzorczej konsorcjum, tj. do [informacje utajnione – pkt 117 załącznika] dotyczyła wypowiedzi prasowej, która została sformułowana w imieniu Mobile TV przez jednego z członków rady nadzorczej konsorcjum

i jest naturalne, że w takiej sytuacji poinformował on o treści wypowiedzi prasowej pozostałych członków organu spółki.

Odnosząc się do ww. wiadomości e-mail PTC stwierdziła jednocześnie, że: *Niezależnie od szczebla, na którym w tym przypadku dochodziło do wymiany informacji i poglądów [...] nie może budzić wątpliwości, że nie spełniają przesłanek deliktu antykonkurencyjnego działania polegające de facto jedynie na wstrzymaniu się przez konsorcjum Operatorów z podejmowaniem dalszych decyzji do czasu dokonania niezbędnej analizy sytuacji po przegranej w konkursie na częstotliwości [...]. Co się natomiast tyczy propozycji Pana [informacje utajnione – pkt 118 załącznika] (pracownika PTK Centertel), żeby nasze PR skontaktowały się, żeby ustalić wspólne podejście na poziomie operatorskim, to wpisuje się ona jedynie w potrzebę zagwarantowania odpowiedniego czasu na przeprowadzenie analizy sytuacji [...].* Zdaniem PTC jest zupełnie naturalne, że dla osiągnięcia zamierzonego efektu – związanego wyłącznie z potrzebą analizy warunków do poczynienia ewentualnych dalszych kroków proceduralnych, np. zaskarżenia wyniku konkursu – konieczne było również chwilowe uzgodnienie komunikatów przekazywanych przez wspólników Mobile TV – operatorów. Konsorcjum nie posiadała żadnych służb PR, więc oświadczenia musiały być przygotowane przez jej władze lub służby udziałowców.

W opinii PTC, kluczowe znaczenie w niniejszej sprawie ma analiza decyzji podejmowanych w gronie Prezesów spółek będących udziałowcami Mobile TV. Na spotkaniu 23 marca 2009 r. ustalono, że każdy z operatorów będzie prowadził indywidualne negocjacje ze zwycięzcą konkursu. **PTC podkreśliła przy tym, że jako uzasadnienie ww. decyzji podano m.in., że prowadzenie w imieniu operatorów negocjacji z ITF wyłącznie przez Mobile TV wiązałoby się z ryzykiem postawienia operatorom zarzutu działań antykonkurencyjnych.**

PTC podniosła również, że udziałowcy konsorcjum, podejmując decyzję o podważeniu wyniku konkursu założyli, że w razie uwzględnienia ich odwołania i ewentualnego przyznania Mobile TV częstotliwości konieczne będzie wnioskowanie o przedłużenie implementacji decyzji w czasie ze względów ekonomicznych. Jednocześnie operatorzy rozważali kwestie alternatywnych pól działalności Mobile TV.

Spółka wskazała, że po odrzuceniu przez każdego z operatorów oferty hurtowej ITF z września 2009 r., jako biznesowo nieatrakcyjnej, dało się zauważyć pewną presję medialną, która w ocenie operatorów mogła być sygnałem, iż już wówczas mogły być im stawiane zarzuty zмовы mającej za przedmiot nieprzyjęcia oferty hurtowej ITF, pomimo jej rzekomej atrakcyjności. W tym kontekście, **w celu obrony dobrego imienia operatorów, a także dla ich obrony przed zarzutami o działania antykonkurencyjne, Prezesi zdecydowali o zaleceniu zarządowi Mobile TV opublikowania komunikatu prasowego przedstawiającego prawdziwy obraz oferty hurtowej ITF.** Zdaniem PTC, użyte w protokole ze spotkania Prezesów z dnia 2 października 2009 r. słowo *criticizing* miało w niniejszym wypadku oznaczać *analizujące, opiniujące*. Ostatecznie jednak zalecenie to nie zostało nigdy wykonane.



PTC przyznała, że zdarza się, że projekty DVB-H realizowane przez operatorów telefonii mobilnej osiągają powodzenie. Natomiast w przypadku projektów podmiotów niezależnych, takich jak ITF, które sprzedają hurtowo usługę DVB-H, należy to do rzadkości.

PTC wskazała również, że istotnym ograniczeniem jest mała liczba modeli telefonów przystosowanych do odbioru DVB-H. Co więcej, takie modele trzeba zamawiać u producentów, ponieważ nie ma ich w standardowej ofercie. Ponadto, jest mało prawdopodobne, by format DVB-H odniósł sukces rynkowy z uwagi na konkurencję innych formatów, m.in. DVB-T, przede wszystkim zaś Internetu, w tym szczególnie serwisów *video on demand* (video na żądanie) oparte na transmisji danych.

Zdaniem PTC fakt, że telewizja mobilna DVB-H cechuje się niską rentownością znajduje potwierdzenie również w tym, że sama spółka ITF ubiegała się w postępowaniu przed Prezesem UKE o zmianę decyzji rezerwacyjnej polegającej na wprowadzeniu do niej tzw. neutralności technologicznej (tj. niewskazywaniu w jakiej technologii ITF ma świadczyć hurtowe usługi telewizji mobilnej).

Operator wskazał przy tym, że niska atrakcyjność biznesowa telewizji mobilnej DVB-H sprawia, że żadnym zachowaniom konkurentów ITF nie można *de facto* przypisać skutku w postaci ograniczenia konkurencji na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H. Omawiana dziedzina działalności biznesowej nie wykazuje podstawowych przesłanek rozwoju. Bez interwencji administracji nie jest możliwe prowadzenie rentownej działalności i konkurowanie w tej dziedzinie. Zatem wskazany rynek nie istnieje i nie ma szans powstać. Jednocześnie, PTC w stanowisku przedstawionym Prezesowi Urzędu, wskazała, że *nie jest prawdą jakoby odmowa zawarcia umów przez operatorów całkowicie pozbawiła ITF możliwości świadczenia usług telewizji mobilnej DVB-H. Kilku mniejszych operatorów podpisało bowiem umowy z ITF.*

Ponadto, wdrożenie albo niewdrożenie w sieciach poszczególnych operatorów usług telewizji mobilnej DVB-H pozostaje całkowicie bez wpływu na konkurencję na detalicznym rynku telefonii ruchomej, ponieważ usługi te nie mają żadnego znaczenia dla poziomu konkurencyjności ofert poszczególnych operatorów.

PTC podniosła również, że wpływ na decyzję o niepodjęciu z ITF współpracy w zakresie DVB-H miał kryzys gospodarczy, który w chwili przystępowania do negocjacji z ITF trwał na całym świecie co najmniej od kilku miesięcy. Spółka, już w [informacje utajnione – pkt 119 załącznika].

PTC stwierdziła, że wie (według stanu na dzień 5 października 2010 r. – wyj. Prezesa UOKiK), iż żaden z operatorów nie zawarł umowy z ITF na warunkach przedstawionej przez tę spółkę oferty. Fakt posiadania przez PTC takiej wiedzy wynika z tego, że operatorzy odpowiednie informacje (utrzymane na wysokim stopniu ogólności – dotycząc jedynie faktu, iż oferta jest dla nich nietrakcyjna oraz podstawowych czynników technologicznych i ekonomicznych determinujących taką ocenę) przekazują do wiadomości publicznej, niebędąc związanymi jakimkolwiek zobowiązaniem do zachowania poufności w tym względzie.

Spółka podniosła ponadto, że dla stwierdzenia deliktu prawa ochrony konkurencji konieczne jest uprzednie ustalenie, że pomiędzy przedsiębiorstwami istniała (mogła i powinna była istnieć) niepewność co do funkcjonowania danego rynku. Natomiast w niniejszej sprawie o takiej niepewności co do szans rozwoju rynku telewizji mobilnej DVB-H nie mogło być mowy.

#### **III.4. Stanowisko PTK Centertel**

W ocenie PTK zarzuty postawione przez Prezesa Urzędu w postanowieniu o wszczęciu niniejszego postępowania antymonopolowego nie mają oparcia w stanie faktycznym sprawy. Spółka prowadziła w zakresie współpracy z ITF samodzielną politykę handlową i nie uczestniczyła w jakimkolwiek porozumieniu i wymianie informacji z Polkomtel, PTC oraz P4, które mogłyby mieć cel lub skutek antykonkurencyjny.

PTK podniosła również, że na jej decyzję o dalszym nieangażowaniu się w rozwój usług telewizji DVB-H wpłynęły (poza nieatrakcyjnym kształtem oferty ITF) wpłynęły m.in. takie czynniki „zewnętrzne” jak fiasko DVB-H na świecie, niewielka ilość terminali oraz potencjalne wysokie koszty usług dla użytkowników (koszty opłaty abonamentowej oraz wysokie ceny terminali), wpływ innych technologii, np. *streamingu* z perspektywy rozwoju usług DVB-H.

PTK w ostatecznym stanowisku stwierdziła, że wyznaczenie w niniejszej sprawie rynku właściwego jako detalicznego rynku telefonii ruchomej jest błędne. Zdaniem PTK niniejsza sprawa wymaga precyzyjnej definicji rynku, ustalonej z uwzględnieniem podziału rynku na segmenty odzwierciedlające poszczególne rodzaje usług, które nie są substytucyjne względem siebie, tak jak np., w opinii Spółki, usługi głosowe w żaden sposób nie mogą być uznane za substytucyjne z usługami telewizji, ponieważ mają inne przeznaczenie, oglądanie telewizji DVB-H wymaga zakupu specjalnego telefonu, usługi DVB-H są znacznie bardziej kosztowne ze względu na konieczność ponoszenia dodatkowej opłaty za korzystanie z tej usługi oraz koszty aparatu telefonicznego.

#### **Na podstawie ustaleń poczynionych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Prezes Urzędu zważył co następuje**

##### **I. Interes publicznoprawny**

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów należy do sfery prawa publicznego. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 1 ustawy, określa ona warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.

Podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ww. ustawy jest uprzednie stwierdzenie, że w niniejszej sprawie doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. Oznacza to, że mechanizmy służące ochronie konkurencji mogą być wykorzystane jedynie wówczas, gdy działania przedsiębiorców naruszałaby interes publicznoprawny, czyli

dotyczący ogółu, a nie jednostki czy oznaczonej grupy podmiotów. Ustawa znajduje więc zastosowanie, gdy jest zagrożony lub naruszony interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki funkcjonować może prawidłowo, gdy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji.<sup>14</sup>

Ponadto, jak podkreśla Sąd Najwyższy<sup>15</sup>, ochrona konkurencji – jako cel wskazany organowi antymonopolowemu w ustawie – wymaga nie tylko reakcji na pokrzywdzenie jakiegokolwiek kontrahenta, ale również reakcji na istnienie samego stanu realnego zagrożenia dla zasad swobodnej konkurencji. Stan takiego potencjalnego zagrożenia jest bowiem oceniany z punktu widzenia interesu publicznego, jako stan niewłaściwy, a tym samym niedopuszczalny. Podkreślenia wymaga zarazem, że z punktu widzenia dopuszczalności zastosowania ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* liczba podmiotów dotkniętych skutkami praktyki ograniczającej konkurencję jest nieistotna, wystarczającym jest bowiem, że zachowanie przedsiębiorcy wyczerpuje znamiona antykonkurencyjnej praktyki<sup>16</sup>, a tym samym ma negatywny wpływ na konkurencję, nawet jeżeli wpływ ten jest rezultatem działań skierowanych tylko przeciw jednemu lub niewielkiej liczbie przedsiębiorców.

Należy jednocześnie podkreślić, że interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien on być ustalony i skonkretyzowany co do swoich wymagań.

W niniejszej sprawie kwestionowane działania czterech operatorów telefonii ruchomej polegają na dokonywaniu uzgodnień w zakresie kształtowania relacji z Info-TV-FM, wymianie informacji o ocenie oferty hurtowej tej spółki dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii DVB-H, a także dokonywaniu uzgodnień odnośnie do tej oferty. Tego rodzaju kolektywne działania przedsiębiorców ze względu na swój charakter mogą oddziaływać na warunki konkurencji na rynku. Uzgadnianie przez konkurentów swoich działań rynkowych, a w szczególności działań odnoszących się do relacji ze wspólnym potencjalnym kontrahentem, ze swej istoty może bowiem wpływać na konkurencję na rynku. Z powyższych względów uzasadnione jest rozpatrywanie niniejszej sprawy przez Prezesa UOKiK jako dotyczącej naruszenia interesu publicznego.

Dla stwierdzenia ograniczenia konkurencji przez przedsiębiorców będących stronami niniejszego postępowania istotne znaczenie ma również fakt, że posiadają oni łącznie ponad 99% udział w krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej, zarówno pod względem liczby użytkowników, jak i pod względem przychodów<sup>17</sup>. W takiej sytuacji wyżej wskazane działania czterech operatorów, polegające na dokonywaniu uzgodnień dotyczących usługi telewizji mobilnej DVB-H mogły naruszyć interes publiczny i miały wpływ na prowadzoną przez nich działalność gospodarczą, jak również na działalność innych przedsiębiorców, a także na użytkowników usług telefonii ruchomej. Na rynku doszło do zaburzenia mechanizmu skutecznej konkurencji - czterej operatorzy, dokonując uzgodnień co do

<sup>14</sup> Zob. wyrok SN z 29 maja 2001 r., I CKN 1217/98.

<sup>15</sup> Zob. wyrok SN z 24 lipca 2003 r., I CKN 496/01.

<sup>16</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2008 r., sygn. akt: III SK 2/08.

<sup>17</sup> *Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2009 r.*, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Warszawa, czerwiec 2010, s. 31.

własnych działań dotyczących oferty ITF świadomie zrezygnowali z własnej niezależności i ograniczając tym samym współzawodnictwo między sobą, wyeliminowali niepewność co do zachowań każdego z nich względem ITF.

Mając na uwadze powyższe, organ antymonopolowy uznał, że rozpatrywane w tej sprawie działania Polkomtel, PTC, PTK oraz P4 spełniają przesłankę naruszenia interesu publicznego, przez co uzasadnione jest ich rozpatrywanie przez Prezesa UOKiK w aspekcie naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

## **II. Strony postępowania jako przedsiębiorcy / przedsiębiorstwa**

Zgodnie z ustawą *o ochronie konkurencji i konsumentów* stroną postępowania w sprawie porozumienia ograniczającego konkurencję są przedsiębiorcy, wobec których zostało wszczęte postępowanie o stosowanie takich praktyk. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję określony w art. 6 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stosuje się bowiem do przedsiębiorców. Niniejsze postępowanie jest prowadzone z urzędu również w sprawie zarzutu naruszenia art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, który stosuje się do przedsiębiorstw.

Wobec powyższego należy zauważyć, że zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w sprawach praktyk ograniczających konkurencję pod pojęciem „przedsiębiorcy” należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej (lit. a), osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu (lit. b), związek przedsiębiorców (lit. d). Pod pojęciem „przepisów o swobodzie działalności gospodarczej”, o których mowa w art. 4 pkt 1 (*in initio*) ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, należy rozumieć przepisy ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807). W świetle jej art. 4 ust. 1 za przedsiębiorcę uważa się osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. A działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły (art. 2 ww. ustawy).

W unijnym prawie konkurencji odpowiednikiem pojęcia „przedsiębiorca”, które w prawie polskim określa adresatów zakazów praktyk ograniczających konkurencję, jest termin „przedsiębiorstwo” (*undertaking*). Jego zakres znaczeniowy kształtowany jest w drodze sądowej wykładni funkcjonalnej art. 101 i 102 TofUE i obejmuje każdą autonomiczną jednostkę organizacyjną prowadzącą samodzielnie działalność gospodarczą, nienakierowaną na zaspokajanie swoich codziennych potrzeb, bez względu na formę prawną i sposób

finansowania<sup>18</sup> Zgodnie z orzecznictwem TS pojęcie działalności gospodarczej charakteryzuje oferowanie dóbr i usług na danym rynku<sup>19</sup>. Dla uznania danej osoby za przedsiębiorcę nie ma znaczenia okoliczność, czy działa w celu osiągnięcia zysku, jak również czy powstała w celu prowadzenia działalności gospodarczej – jeżeli tylko jej działalność faktycznie wiąże się z uczestnictwem w obrocie handlowym, na który jej zachowanie wywiera lub potencjalnie może wywierać skutek<sup>20</sup>.

W powyższym świetle, wobec faktu, iż Polkomtel, Polska Telefonia Cyfrowa, Polska Telefonia Komórkowa Centertel oraz P4 są spółkami prawa handlowego wpisanymi do rejestru przedsiębiorców, należy uznać, że strony postępowania mają z jednej strony status przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w rozumieniu art. 4 pkt 1 *in initio*, a z drugiej strony – przedsiębiorstw na potrzeby zastosowania rozumieniu art. 101 ust. 1 TofUE.

### III. Rynek właściwy w sprawie

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się zawsze na rynku, przy czym nie chodzi tu o rynek rozumiany ogólnie (w znaczeniu ekonomicznym), ale o rynek relewantny w danej sprawie, tzw. rynek właściwy. Z tego względu wyznaczenie rynku właściwego ma kluczowe znaczenie dla stosowania przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Rynek właściwy wyznacza płaszczyznę współzawodnictwa konkurentów w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej na określonym terytorium geograficznym.<sup>21</sup> Wyznaczenie jego granic jest więc niezbędne dla oceny działań przedsiębiorców z punktu widzenia ich zgodności z prawem antymonopolowym.

Przez rynek właściwy, stosownie do art. 4 pkt 9 ustawy, rozumie się *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*.

Ustawowa definicja rynku właściwego wskazuje zatem na dwa aspekty, jakie powinny być brane pod uwagę podczas jego określania, a mianowicie aspekt produktowy i geograficzny. Pierwszy stanowi, które towary są zaliczane do tego samego rynku właściwego, a drugi – jaki jest zakres terytorialny tego rynku. Należy przy tym wskazać, że pod pojęciem *towaru*, w świetle art. 4 pkt 7 ustawy, rozumie się, m.in., wszelkiego typu usługi.

W ocenie organu antymonopolowego rynkiem właściwym, na którym Polkomtel, PTC, PTK oraz P4 zawarły porozumienie jest krajowy detaliczny rynek telefonii ruchomej. Z kolei cel lub skutek tego porozumienia w postaci ograniczenia konkurencji wystąpił zarówno na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej, jak i na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H.

<sup>18</sup> Wyrok TS z dnia 23 kwietnia 1991 r. w sprawie C-41/90 *Höfner i Elser*, ECR 1991, s. I-1979, pkt 21.

<sup>19</sup> Wyrok TS z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie C-205/03 *FENIN*, ECR 2006, s. I-6295, pkt 25.

<sup>20</sup> Wyrok TS z dnia 13 lipca 1989 r. w sprawie nr 395/97 *Ministère Public v. Tournier*.

<sup>21</sup> Zob. wyrok SOKiK z 18 grudnia 2002 r., XVII Ama 19/01, niepubl.

### III.1. Rynek produktowy

Reguły definiowania rynku właściwego w ujęciu produktowym oparte są na koncepcji substytucyjności, rozumianej jako możliwość zamiennego stosowania produktów lub usług przez nabywców, których potrzeby mają one zaspokajać. To oznacza, że podstawowe znaczenie dla wyznaczenia rynku produktowego ma substytucyjność po stronie popytu (tzw. substytucyjność popytowa).

Ponadto, zgodnie z orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, przy określaniu rynku należy m.in., obok towaru na nim oferowanego wziąć pod uwagę szczebel obrotu (hurt, detal)<sup>22</sup>.

Rynkami produktowymi w niniejszej sprawie są: **detaliczny rynek telefonii ruchomej** oraz **hurtowy rynek usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H**.

Produktem oferowanym na **detalicznym rynku telefonii ruchomej** są pakiety usług telefonii ruchomej, w skład których wchodzi w szczególności usługi takie jak: połączenia głosowe, wiadomości SMS, MMS, transmisja danych, roaming, przenoszenie numerów oraz inne usługi dodane. Istotą pakietów usług jest ich dostosowanie do preferencji poszczególnych grup klientów operatora (użytkowników końcowych), którzy biorą pod uwagę cenę oraz jakość całego koszyka zaoferowanych usług, nie zaś indywidualne komponenty wchodzące w jego skład. Należy przy tym wskazać, że również operatorzy świadczący usługi telefonii ruchomej analizują opłacalność danej oferty detalicznej jako pakietu, a nie jako jednej usługi wchodzącej w skład tego pakietu. W konsekwencji, ze względu na specyficzny charakter produktu, jakim jest pakiet usług telefonii ruchomej, nabywca korzysta z usług w ramach wybranego pakietu u jednego operatora. Nie ma zamiennych, wobec tych pakietów, produktów lub usług, które zaspokoiłyby potrzeby nabywców w takim stopniu jak ww. pakiety.

Stronę podaźową ww. rynku, tj. dostawców detalicznych usług telefonii ruchomej stanowią przedsiębiorcy telekomunikacyjni, do których należą:

- operatorzy ruchomych sieci telefonicznych, tzw. MNO<sup>23</sup>,
- operatorzy MNO korzystający z usługi roamingu krajowego<sup>24</sup>,
- operatorzy wirtualnych ruchomych sieci telefonicznych, tzw. MVNO<sup>25</sup>, prowadzący działalność w oparciu o jeden z trzech modeli współpracy z operatorami MNO, tj.:

<sup>22</sup> Wyrok SOKiK z 23 marca 2006 r., XVII Ama 130/04.

<sup>23</sup> *Mobile Network Operator*, posiadają własną, pełną infrastrukturę tworzącą publiczną ruchomą sieć telefoniczną o zasięgu krajowym. Obecnie w Polsce jest trzech takich przedsiębiorców, tj.: Polkomtel, PTC oraz PTK.

<sup>24</sup> Przedsiębiorcy telekomunikacyjni będący w pełni samodzielnymi MNO w zakresie świadczonych usług, jednak zasięg ich infrastruktury dostępowej czasowo lub trwale nie pokrywa obszaru całego kraju, a jedynie niektóre obszary (tzw. wyspowa sieć dostępowa). W związku z tym, w celu świadczenia usług w skali krajowej, operatorzy ci muszą skorzystać z sieci innego MNO, posiadającego ruchomą sieć telekomunikacyjną, uzupełniającą zasięg ich sieci w oparciu o usługę roamingu krajowego. Największym tego rodzaju operatorem w Polsce jest P4.

<sup>25</sup> *Mobile Virtual Network Operator*.

dostawca usług, tzw. SP<sup>26</sup>, zaawansowany dostawca usług, tzw. ESP<sup>27</sup> oraz pełny MVNO<sup>28</sup> (zwany również *full MVNO*).

Z porównania ofert usług na polskim detalicznym rynku telefonii ruchomej wynika, że operatorzy działający na tym rynku oferują użytkownikom końcowym praktycznie identyczny zestaw usług, po bardzo zbliżonych cenach. W ofercie operatorów znajdują się następujące usługi telefonii ruchomej: *voice* – głosowe, *data* – transmisja danych, *m2m (machine to machine)* – transfer danych pomiędzy urządzeniami, usługi konwergentne – połączenie usług sieci mobilnych i stacjonarnych, usługi dodane, tj.: SMS, MMS, wysyłanie i odbieranie faksów, poczta głosowa, roaming, e-rachunek, dostęp do mobilnego Internetu, tapety, muzyka, dzwonki.

Jednocześnie, usługi bardzo szeroko użytkowane, jakimi pozostają usługi głosowe i wiadomości SMS są w pełni jednorodne dla poszczególnych operatorów. Poza tym, również zasięg każdej z tych usług jest prawie identyczny. Operatorzy wykorzystują te same technologie do świadczenia usług transmisji danych.

Na dzień 31 grudnia 2010 r.<sup>29</sup> na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej (po stronie podażowej) działalność prowadziło dwudziestu jeden przedsiębiorców telekomunikacyjnych, z czego czterech to strony niniejszego postępowania, których łączny udział w tym rynku, pod względem liczby użytkowników wynosi 99%, a pod względem przychodów ponad 99%.

Stronę popytową detalicznego rynku telefonii ruchomej stanowią użytkownicy końcowi (odbiorcy) usług telefonii ruchomej.

---

<sup>26</sup> MVNO SP - przedsiębiorca telekomunikacyjny, który nie posiada własnej infrastruktury sieciowej, a z powodu braku własnego zakresu numeracyjnego i kodu sieci, nie posiada również własnych kart SIM. Korzysta on z kart SIM operatora MNO, z którym współpracuje na rynku właściwym. Taki model współpracy z MNO dopuszcza możliwość posiadania przez SP własnego systemu bilingowego, co wiąże się z jego utrzymaniem i implementacją własnych taryf detalicznych. Jego działalność sprowadza się do dostarczania usług telekomunikacyjnych pod własną marką oraz realizacji procesów związanych z marketingiem, sprzedażą i obsługą własnych użytkowników końcowych.

<sup>27</sup> MVNO ESP - przedsiębiorca telekomunikacyjny posiadający własną infrastrukturę umożliwiającą taryfikację i biling użytkowników końcowych, świadczenie usług dodatkowych oraz zarządzanie dostępem do usług. Ponadto, ESP posiada własny zakres numeracyjny z indywidualnym kodem sieci – NDC oraz dysponuje własnymi kartami SIM. Model współpracy ESP stanowi rozszerzenie modelu SP;

<sup>28</sup> Przedsiębiorca telekomunikacyjny posiadający infrastrukturę telekomunikacyjną, za wyjątkiem podsystemu radiowego BSS (ang. *Base Station Subsystem*) w sieci dostępowej. Posiada on pełną infrastrukturę szkieletową realizującą funkcje komutacyjne. Infrastruktura komutacyjna pozwala mu na samodzielne zestawianie i kierowanie połączeń. Ponadto, dzięki posiadaniu elementów komutacyjnych pełny MVNO może samodzielnie realizować punkty styku z innymi operatorami sieci telekomunikacyjnych. Operator ten posiada własne centrale MSC (ang. *Mobile Switching Centre* – centrala systemu komórkowego która realizuje podstawowe funkcje komutacyjne systemu, tj. odpowiada za zestawianie połączeń w ramach danego systemu GSM, a także połączeń pomiędzy abonentami tego systemu a abonentami zewnętrznych sieci telekomunikacyjnych. Nadzoruje ona zestawione połączenia oraz nalicza opłaty) oraz SGSN (ang. *Serving GPRS Suport Node* – węzeł sieci GSM odpowiedzialny za odpowiednie procesy)

Przedsiębiorca ten w pełni kontroluje dostęp do sieci swoich abonentów, posiadając własne oraz systemy bilingowe. Podobnie jak ESP, pełny MVNO posiada również własne karty SIM oraz zakres numeracyjny. Model pełnego MVNO stanowi najbardziej zaawansowaną formę operatorów sieci wirtualnej.

<sup>29</sup> *Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2010 r.*, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Warszawa, czerwiec 2011, s. 34-38.

Z uwagi na oddziaływanie (skutek) skarżonej praktyki operatorów Prezes UOKiK wyodrębnił także w sprawie **hurtowy rynek usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H**. Produktem oferowanym na tym rynku są audiowizualne usługi medialne w technologii DVB-H polegające na hurtowym udostępnianiu przedsiębiorcom telekomunikacyjnym treści medialnych (programów telewizyjnych) w ww. technologii w celu ich dostarczenia odbiorcom detalicznym jako użytkownikom końcowym.

Ograniczając hurtowy rynek usług telewizji mobilnej do usług świadczonych w technologii DVB-H, organ antymonopolowy uwzględnił, że istnieje przynajmniej kilka technologii (standardów, systemów), w których możliwe jest świadczenie usług telewizji mobilnej. Zarazem organ antymonopolowy wziął pod uwagę, że z punktu widzenia wyznaczenia ww. rynku istotne jest, że każda z tych technologii cechuje się innymi parametrami wpływającymi m.in. na jakość, czy cenę usługi.

Prezes UOKiK, określając ww. rynek, wziął pod uwagę istnienie standardu DVB-T, który z punktu gospodarowania zasobami częstotliwości jest niemal tożsamy ze standardem DVB-H. Wykorzystują one te same zakresy częstotliwości oraz kanały częstotliwościowe o takiej samej szerokości. Standard DVB-T nie jest jednak dostosowany do urządzeń przenośnych, co wpływa na gorszą, wobec DVB-H, jakość usługi telewizyjnej świadczonej w ruchu. Odbiór usług telewizyjnych przy wykorzystaniu urządzeń przenośnych wymaga odpowiedniej specyfikacji parametrów i dopasowania cech systemu transmisyjnego. Istniejący standard DVB-T stał się podstawą dla systemu DVB-H. Jednocześnie jednak, przy projektowaniu rozwiązań systemowych dla standardu DVB-H należało uwzględnić konieczność odbioru sygnału przez terminale mobilne. Pod uwagę należało wziąć kilka dodatkowych wyznaczników, takich jak mała waga, małe rozmiary, przenośność, żywotność baterii, różne prędkości ruchu. W związku z tymi wymogami przyjęto kilka założeń i nowych rozwiązań technologicznych pozwalających na odbiór telewizji mobilnej w wysokiej jakości.

System DVB-H, w przeciwieństwie do standardu DVB-T, cechuje się elastycznością i skalowalnością pozwalającą na odbiór usługi przy zróżnicowanej prędkości. W związku z tym jest zdolny do działania w zróżnicowanych warunkach i okolicznościach: w spoczynku, wewnątrz i na zewnątrz budynków, jak również w poruszających się pojazdach – warunki szczególnie podatne na zakłócenia transmisji. Jako technologia skierowana do użytkowników mobilnych, DVB-H umożliwia odbiór treści medialnych z zadowalającą jakością, przystosowaną do wielkości urządzeń odbiorczych, przy uwzględnieniu takich elementów jak rozdzielczość, format i specjalne kodowanie.

Wyznaczając ww. rynek, Prezes Urzędu wziął również pod uwagę, że operatorzy świadczą na rzecz swoich użytkowników usługi polegające na udostępnieniu jedynie pojedynczych programów telewizyjnych (np. odcinek serialu lub programu) w technologii *video streaming*. Jest to pakietowa (strumieniowa) transmisja danych, świadczona użytkownikom w oparciu o dostęp do Internetu, która umożliwia odbiór tzw. usług *video on demand – VoD* (wideo na życzenie). *Video streaming* nie daje możliwości oglądania programów telewizyjnych na żywo, zawsze jest to z pewnym opóźnieniem, podczas gdy DVB-H umożliwia oglądanie telewizji na żywo, a przy tym w dobrej jakości. Istotne jest przy tym, że pakietowa transmisja danych świadczona jest w oparciu o sieć telefonii ruchomej, tj. tą dzięki której operatorzy



świadczą podstawowe usługi, np. głosowe. To powoduje, że znacznym ograniczeniem korzystania z usług w *video streaming'u* jest obciążenie ww. sieci, które rośnie proporcjonalnie do ilości użytkowników aktualnie z niej korzystających, tj. zarówno np. z usług głosowych, jak i *VoD*.

Dowód:

Pismo [informacje utajnione – pkt 120 załącznika];

Pismo [informacje utajnione – pkt 121 załącznika].

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że nie istnieje obecnie na polskim rynku produkt substytucyjny do usług telewizji mobilnej DVB-H, co czyniło zasadnym wyznaczenie w niniejszej sprawie hurtowego rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H.

Stronę podażową tego rynku stanowi przedsiębiorca dysponujący częstotliwościami z zakresu 470-790 MHz, przeznaczonymi do świadczenia hurtowych audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju, w technologii DVB-H. Postępowanie konkursowe na rezerwację tych częstotliwości wygrała w dniu 6 marca 2009 r. spółka Info-TV-FM. Decyzją nr DZC-WAP-5176-3/09 (60) z dnia 26 czerwca 2009 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej dokonał na rzecz tej spółki rezerwacji ww. częstotliwości, nakładając na nią jednocześnie obowiązki dotyczące świadczenia ww. usług.

Stronę popytową hurtowego rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H stanowią przedsiębiorcy telekomunikacyjni, w tym MNO, MVNO oraz inni dostawcy usług multimedialnych użytkownikom końcowym.

### **III.2 Rynek geograficzny**

Rynkiem w znaczeniu geograficznym jest obszar, na którym warunki konkurencji dotyczące danego towaru są dostatecznie jednolite i który można odróżnić od obszarów sąsiadujących przez wzgląd na odmienne warunki prowadzenia działalności oferowane przedsiębiorcom. Na wielkość rynku geograficznego mają przede wszystkim wpływ naturalne cechy badanego towaru. Na granice rynku geograficznego mogą mieć także wpływ czynniki natury prawnej, przykładowo bariery dostępu do rynku.

W niniejszej sprawie, Prezes Urzędu uznał, że geograficzny zasięg obu zidentyfikowanych w sprawie rynków obejmuje terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

W przypadku **detalicznego rynku telefonii ruchomej** za takim wyznaczeniem rynku geograficznego przemawia fakt, że do świadczenia detalicznych usług telefonii ruchomej niezbędne jest posiadanie lub korzystanie przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych ruchomej publicznej sieci telefonicznej na obszarze Polski. W konsekwencji, podmioty nieposiadające ww. sieci na terytorium RP lub niekorzystające z takich sieci należących do innych przedsiębiorców nie mogą wywierać presji konkurencyjnej na przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających w oparciu o taką sieć w Polsce.

Ponadto, organ antymonopolowy wziął pod uwagę, że w świetle treści art. 10 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. *Prawo telekomunikacyjne* (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.) działalność telekomunikacyjna jest działalnością gospodarczą regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Na podstawie uzyskanego wpisu przedsiębiorca telekomunikacyjny jest uprawniony do podjęcia oraz prowadzenia działalności wyłącznie na terytorium RP.

Działalność telekomunikacyjna polega, m.in., na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych, co oznacza: przygotowywanie sieci telekomunikacyjnej w sposób umożliwiający świadczenie w niej usług, jej eksploatację, nadzór nad nią lub umożliwienie dostępu telekomunikacyjnego.

W przypadku **hurtowego rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H** za wyznaczeniem go jako rynku krajowego (obejmującego terytorium Polski) przemawia fakt, iż zakres geograficzny świadczenia tych usług wyznaczyła decyzja Prezesa UKE z dnia 26 czerwca 2009 r., nr DZC-WAP-5176-3/09(60) dokonująca na rzecz ITF rezerwacji częstotliwości obejmującej kanały o szerokości 8 MHz, z zakresu 470- 790 MHz, przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju, w technologii DVB-H, w radiokomunikacyjnej służbie radiodifuzyjnej. Decyzja ta została zmieniona decyzją Prezesa UKE z dnia 29 września 2009 r., nr DZC-WAP-5176-7/09(7) oraz decyzją Prezesa UKE z dnia 10 grudnia 2010 r., nr DZC-WAP-5176-7/09(131), przy czym zmiany nie dotyczyły zasięgu geograficznego ww. usług, które obejmują obszar całego kraju.

#### **IV. Wpływ na handel**

Stosownie do art. 3 ust. 1 Rozporządzenia nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w *sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu* (Dz. Urz. UE z dnia 4 stycznia 2003 r. nr L 1) w celu zapewnienia skutecznego stosowania unijnych reguł konkurencji wynikających z TofUE organy ochrony konkurencji oraz sądy państw członkowskich zostały zobowiązane do stosowania art. 101 TofUE w sytuacji, gdy stosują krajowe prawo konkurencji w odniesieniu do praktyk, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi.

Przesłanką zastosowania prawa konkurencji UE przez Prezesa Urzędu jest zatem możliwość wywarcia wpływu przez badaną praktykę na handel pomiędzy państwami członkowskimi. Bez ustalenia ww. przesłanki organ antymonopolowy nie posiada kompetencji do prowadzenia postępowania w sprawie naruszenia unijnego prawa konkurencji.

Zgodnie z obwieszczeniem Komisji – *Wytyczne w sprawie koncepcji wpływu na handel zawartej w art. 81 i 82 Traktatu*<sup>30</sup>, przy ustalaniu wpływu na handel między państwami członkowskimi należy w szczególności przeanalizować następujące elementy:

- pojęcie *handlu między państwami członkowskimi*;
- sformułowanie *może wpływać*;

---

<sup>30</sup> Dz.Urz. UE nr C 101 z 27.04.2004 r., s. 81.

- kiedy wpływ na handel jest *znaczny* (odczuwalny).

#### IV.1 Handel między państwami członkowskimi

Pojęcie handlu jest interpretowane szeroko. Obejmuje każdy aspekt działalności gospodarczej przedsiębiorstw. Przez określenie to należy rozumieć wszelkiego rodzaju wymianę dóbr w ramach swobód rynku wewnętrznego; obrót towarami, usługami lub kapitałem. Pojęcie handlu w rozumieniu art. 101 TofUE obejmuje również możliwość podjęcia działalności gospodarczej na terytorium objętym porozumieniem przez przedsiębiorstwo z innego państwa członkowskiego<sup>31</sup>, również w postaci oddziału lub spółki zależnej<sup>32</sup>.

Ustalenie geograficznego rynku właściwego jako rynku ograniczonego do terytorium jednego państwa członkowskiego nie wyklucza automatycznie stosowania art. 101 oraz 102 TofUE. Nawet bowiem przy tak zakreślonym rynku geograficznym może chodzić o handel *wspólnotowy*, jeśli np. badana praktyka może prowadzić do utrwalenia się odrębności takiego rynku geograficznego i utrudniać dostęp przedsiębiorcom z innych państw członkowskich.

#### IV.2 Pojęcie „może wpływać”

Określenie *może wpływać* oznacza, że istnieje możliwość przewidzenia z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa, na podstawie obiektywnych przesłanek prawnych lub faktycznych, że zakazana praktyka może mieć pośredni lub bezpośredni, rzeczywisty lub potencjalny, wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi w sposób mogący zagrozić realizacji celów jednolitego rynku.<sup>33</sup> Wynika stąd, iż nie jest konieczne rzeczywiste istnienie wpływu na handel, wystarczy sama możliwość jego wystąpienia, a więc wystarczającym jest, że działania polegające na zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia są w stanie (mogą) wywołać takie skutki, bez względu na to, czy rzeczywiście je wywołują<sup>34</sup>.

Dla oceny wystarczającego stopnia prawdopodobieństwa wpływu na handel znaczenie mają trzy czynniki:

- natura porozumienia;
- natura produktów objętych porozumieniem;
- pozycja i znaczenie przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Wyrok TS w sprawie 172/80 *Züchner*, Zb. Orz. z 1981 r., s. 2021, pkt 18, wyrok TS w sprawie 161/84 *Pronuptia de Paris*, Zb. Orz. z 1986, s. 353, pkt 26; wyrok TS w sprawie C-475/99 *Ambulanz Glöckner*, Zb. Orz. z 2001, s. I-8089, pkt 49.

<sup>32</sup> *Wytyczne w sprawie koncepcji wpływu na handel zawartej w art. 81 i 82 Traktatu*, Dz.Urz. UE nr C 101 z 27.04.2004 r., pkt 30.

<sup>33</sup> Wyrok TS w sprawie C-425/07 P *AEPI*, ECR 2009 p. I-3205, pkt 51.

<sup>34</sup> Wyrok TS w sprawie 172/80 *Züchner*, Zb. Orz. Z 1981 r., s. 2021, wyrok TS w sprawie 319/82 *Kerpen & Terpen*, Zb. Orz. Z 1983, 4173.

<sup>35</sup> *Wytyczne w sprawie koncepcji wpływu na handel zawartej w art. 81 i 82 Traktatu*, Dz.Urz. UE nr C 101 z 27.04.2004 r., pkt 28.

Zdolne wywierać wpływ na handel jest również porozumienie obejmujące terytorium jednego państwa członkowskiego odnoszące się do produktów (usług) importowanych z innego państwa członkowskiego<sup>36</sup>.

Wpływ na handel może wynikać z charakteru przedsiębiorstw uczestniczących w porozumieniu lub przez porozumienie poszkodowanych. W pierwszym przypadku może okazać się istotne, że wśród uczestników porozumienia są przedsiębiorstwa z innych państw członkowskich<sup>37</sup>. Porozumienie obejmujące obszar jednego państwa członkowskiego wpływa pośrednio na handel, jeśli oddziałuje na przedsiębiorstwo z siedzibą w innym państwie, które ma oddział w państwie objętym porozumieniem<sup>38</sup>. TS uznał za udowodniony wpływ na handel, gdy przedsiębiorstwa poszkodowane wskutek domniemanej praktyki ograniczającej konkurencję mają siedzibę poza granicami państwa członkowskiego, na terenie którego ujawnia się domniemana zakazana praktyka i gdy kontrahentami poszkodowanych przedsiębiorstw są przedsiębiorstwa z innych państw członkowskich<sup>39</sup>.

Wpływ na handel dotyczy również sytuacji, w której kwestionowana praktyka dotyczy usługi niesprzedawalnej poza granicami kraju, w którym praktyka ma miejsce, jeżeli spółki zależne skarżonych przedsiębiorstw prowadzą w innych państwach działalność na tym samym rynku produktowym<sup>40</sup>.

Wpływ praktyk antykonkurencyjnych na model handlu może być bezpośredni lub pośredni, rzeczywisty lub potencjalny. Bezpośredni wpływ na handel między państwami członkowskimi zazwyczaj pojawia się w odniesieniu do produktu objętego daną praktyką. Pośredni zaś ma miejsce wtedy, gdy mamy do czynienia z produktem powiązany z produktem objętym praktyką. Rzeczywisty wpływ na handel między państwami członkowskimi występuje wówczas, gdy praktyka już jest stosowana. Wpływ ten nie musi jednakże zaistnieć, wystarczy aby praktyka mogła wywołać taki wpływ.

Wpływ potencjalny to taki, co do którego istnieje wystarczający stopień prawdopodobieństwa, że może pojawić się w przyszłości. Nawet, jeśli w momencie wprowadzenia praktyki nie było możliwości naruszenia handlu, art. 101 TofUE ma zastosowanie, jeśli czynniki, które prowadziły do stwierdzenia braku tego naruszenia, mogą się zmienić w niedalekiej przyszłości. Liczy się zatem zdolność praktyki do wywierania wpływu na handel między państwami członkowskimi, a nie to, czy taki wpływ rzeczywiście ma miejsce w danym momencie. Oznacza to, że aby móc zastosować art. 101 TofUE powinna

---

<sup>36</sup> Wyrok TS w sprawie 240/82 *Stichting Sigarettindustrie*, ECR 1985, s. 3831, pkt 49; wyrok SPI w sprawie T-7/93 *Langnese-Iglo*, ECR 1995, s. II-1533, pkt 122.

<sup>37</sup> Wyrok TS w sprawach połączonych od C-295/04 do C-298/04 *Manfredi*, ECR 2006, s. I-6619, pkt 44; K. Kowalik-Bańczyk, *Pojęcie „wpływu na handel” jako kryterium stosowania przez sądy krajowe wspólnotowego prawa konkurencji*, PUG 2008/2, s. 26.

<sup>38</sup> Wyrok TS w sprawie 45/85 *Verband der Sachversicherer*, ECR 1987, s. 405, pkt 48; Bellamy & Child *European Community Law of Competition. Sixth Edition*, Oxford 2008, s. 74.

<sup>39</sup> Wyrok TS w sprawie C-52/07 *Kanal 5 Ltd i TV 4 AB*, ECR 2008, s. I-9275, pkt 23.

<sup>40</sup> W. Kirchoff [w:] G. Hirsch, F. Montag, F.J. Säcker (red.), *Competition Law, European Community Practice and Procedure*, London 2008, s. 631.

istnieć możliwość wpływu praktyki na handel między państwami członkowskimi. Nie jest jednak konieczne, aby handel został ograniczony lub powstrzymany<sup>41</sup>.

### IV.3. Znaczący wpływ

Koncepcja znacznego (odczuwalnego) wpływu na handel między państwami członkowskimi ogranicza jurysdykcję organów do stosowania unijnego prawa konkurencji tylko do tych praktyk, które mogą powodować skutki określonej wagi. Dla stwierdzenia, że wpływ jest znaczący, podstawowe znaczenie ma pozycja rynkowa uczestników porozumienia<sup>42</sup>. Przesłanka odczuwalności wpływu na handel jest spełniona, gdy wartość sprzedaży uczestników porozumienia wynosi 5% wartości rynku, którego dotyczyło porozumienie<sup>43</sup>.

Obok ww. pozycji rynkowej, znaczenie ma również charakter danej praktyki oraz rodzaj produktu nią objętego. Próg wykazania znaczącości jest z zasady niższy w przypadkach, gdy z samego charakteru praktyki wynika, że jest ona w stanie wpływać na handel między państwami członkowskimi.

W świetle ustalonej praktyki stosowania unijnego prawa konkurencji porozumienia horyzontalne obejmujące całe terytorium państwa członkowskiego, ze względu na samą swoją naturę mogą wpływać na handel z uwagi na to, że ich celem jest, z samej jego istoty, umacnianie podziałów rynków na poziomie krajowym i tym samym utrudnianie wzajemnej penetracji gospodarczej, której ma służyć TofUE<sup>44</sup>.

### IV.4. Spełnienie przesłanki wpływu na handel w niniejszej sprawie

Mając na uwadze ww. kryteria oraz stan faktyczny ustalony w niniejszej sprawie, należy uznać, że rozpatrywane w niniejszej sprawie **porozumienie operatorów zawarte na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej może w znaczący sposób wpływać na handel między państwami członkowskimi**. O spełnieniu przesłanki znaczącego wpływu na handel świadczą następujące przesłanki.

W niniejszej sprawie mamy do czynienia z **wplywem na handel** między państwami członkowskimi.

O spełnieniu tej przesłanki świadczy fakt, iż rozpatrywane porozumienie jest **porozumieniem horyzontalnym dotyczącym całego terytorium Polski**. Zgodnie z praktyką stosowania unijnego prawa konkurencji porozumienie rozciągające się na całe terytorium państwa członkowskiego z samej swej istoty skutkuje odtworzeniem podziału jednego rynku europejskiego na rynki krajowe i tym samym utrudnia wzajemne przenikanie się rynków<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Wyrok SPI w sprawie T-141/89 *Tréfileurope*, Zb. Orz. Z 1995 r., II-791, wyrok SPI w sprawie T-29/92 *Vereniging van Samenwerkende Prijseregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO)*, Zb. Orz. z 1995, II-289.

<sup>42</sup> Wyrok TS w sprawie C-306/96 *Javico International*, ECR 1998, s. I-1983, pkt 17.

<sup>43</sup> Wyrok TS w sprawie 107/82 *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG*, ECR 1983, s. 3151, pkt 58.

<sup>44</sup> Wyrok TS w sprawie C-309/99 *J.C.J. Wouters*, ECR 2002, s. I-1577, pkt 95.

<sup>45</sup> wyrok TS w sprawie 8/72 *Vereeniging van Cementhandelaren*, ECR 1972, s. 977, pkt 29; wyrok TS w sprawie C-309/99 *J.C.J. Wouters*, ECR 2002, s. I-1577, pkt 95; wyrok TS w sprawie C-35/96 *Komisja*

TS przyjął domniemanie, iż porozumienie horyzontalne rozciągające się na terytorium całego Państwa Członkowskiego jest w stanie wpłynąć na handel pomiędzy państwami<sup>46</sup>.

Ponadto należy zauważyć, że zgodnie z ustalonym orzecznictwem zdolne wywierać wpływ na handel jest **porozumienie obejmujące terytorium jednego państwa członkowskiego odnoszące się do produktów (usług) importowanych z innego państwa członkowskiego**<sup>47</sup>. TS uznał za udowodniony wpływ na handel gdy kontrahentami przedsiębiorstw poszkodowanych przez daną praktykę ograniczającą konkurencję są przedsiębiorstwa z innych państw członkowskich<sup>48</sup>.

Powyższe okoliczności zachodzą w niniejszej sprawie. Porozumienie między operatorami, będące przedmiotem niniejszego postępowania, dotyczy usługi telewizji mobilnej DVB-H, oferowanej hurtowo przez innego przedsiębiorcę, spółkę Info-TV-FM. Należy przy tym wskazać, że ITF dostarcza tę usługę jako gotowy produkt, jednak w wytworzeniu tej usługi (w tzw. łańcuchu wartości DVB-H po stronie podaźowej) bierze udział co najmniej kilku uczestników. Co równie istotne, w przypadku powodzenia projektu telewizji mobilnej w Polsce, przedsiębiorcami biorącymi udział w wytworzeniu tej usługi mogliby być przedsiębiorcy z innych państw członkowskich UE. W procesie powstawania usługi telewizji mobilnej DVB-H biorą udział m.in. takie podmioty jak: nadawcy programów telewizyjnych, dostawcy terminali DVB-H (w tym aparatów telefonicznych), dostawcy rozwiązań informatycznych dla sieci DVB-H i dystrybucji usług detalicznych.

Dowód:

Oferta konkursowa Mobile TV w konkursie na rezerwację częstotliwości, obejmującą kanały radiowe o szerokości 8 MHz z zakresu 470-790 MHz, przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprawiania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju, w technologii DVB-H, w radiokomunikacyjnej służbie radiodifuzyjnej.

Oznacza to, że jeśli jednym z celów lub skutków porozumienia operatorów jest ograniczenie możliwości rozwoju hurtowego rynku telewizji mobilnej w technologii DVB-H, praktyka ta może wpływać na handel między państwami członkowskimi z uwagi na to, że może ona ograniczać możliwość świadczenia przez przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w krajach innych niż Polska, ww. usług niezbędnych do oferowania telewizji DVB-H na rynku polskim<sup>49</sup>.

---

*przeciwko Włochom (CNSD)*, ECR 1998, s. I-3851, pkt 48; wyrok TS w sprawach połączonych C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P i C-137/07 P *Erste Group Bank AG i inni*, ECR 2009, s. I-8681, pkt 43; decyzja Komisji w sprawie nr COMP/38.549 *Barème d'honoraires de l'Ordre des Architectes belges*, pkt 100.

<sup>46</sup> wyrok TS w sprawach połączonych C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P i C-137/07 P *Erste Group Bank AG i inni*, ECR 2009, s. I-8681, pkt 43.

<sup>47</sup> Wyrok TS w sprawie 240/82 *Stichting Sigaretenindustrie*, ECR 1985, s. 3831, pkt 49; wyrok SPI w sprawie T-7/93 *Langnese-Iglo*, ECR 1995, s. II-1533, pkt 122.

<sup>48</sup> por. wyrok TS z 11.12.2008 r. w sprawie C-52/07 *Kanal 5 Ltd i TV 4 AB*, ECR 2008, s. I-9275, pkt 23

<sup>49</sup> Analogicznie, por. decyzja Komisji w sprawie COMP/ 38.370 *O2 UK Limited / T-Mobile UK Limited*, pkt 135; decyzja Komisji w sprawie COMP/38.369 *T-Mobile Deutschland/O2 Germany*, pkt 120.

Z punktu widzenia przesłanki wpływu na handel istotny jest również fakt, że **przedsiębiorcy uczestniczący w porozumieniu należą do międzynarodowych grup kapitałowych lub ich współwłaścicielami są zagraniczni przedsiębiorcy**, w tym działający w państwach członkowskich UE.

Taka sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie. PTC należy do Deutsche Telecom, której główną działalnością jest dostarczanie usług telekomunikacyjnych oraz teleinformatycznych w wielu państwach członkowskich UE, PTK należy do grupy kapitałowej France Telecom. Właścicielem Polkomtel w momencie wszczęcia postępowania antymonopolowego byli m.in. Vodafone Americas, Inc., Vodafone International Holdings B.V, a obecne jest nim Spartan Capital Holdings sp. z o.o. Z kolei udziałowcami P4 są fundusze inwestycyjne: islandzki Nowator Telecom oraz grecki Tollerton.

Dowód:

1. Odpis KRS PTC;
2. Odpis KRS PTK;
3. Odpis KRS Polkomtel;
4. Odpis KRS P4.

O istnieniu wpływu rozpatrywanej w niniejszej sprawie praktyki na handel świadczy również to, że przesłanka ta obejmuje – w świetle orzecznictwa – sytuacje, w których kwestionowana praktyka dotyczy usługi niesprzedawanej poza granicami kraju, w którym praktyka ma miejsce, jeżeli spółki zależne skarżonych przedsiębiorstw prowadzą w innych państwach działalność na tym samym rynku produktowym<sup>50</sup>. O zasadności stanowiska Prezesa Urzędu świadczy również stanowisko Komisji Europejskiej w sprawie *Industrial and medical gases*, w której Komisja uznała, że wszelkie zmiany pozycji konkurencyjnej przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu w jednym państwie członkowskim będą miały wpływ na pozycję grupy jako całości. Komisja oceniła, że poprawa rentowności oddziału przedsiębiorcy w jednym kraju może wpływać na handel między państwami członkowskimi, w szczególności poprzez zmiany w wypłacanych dywidendach oraz zapotrzebowaniu na środki inwestycyjne<sup>51</sup>.

Zdaniem Prezesa Urzędu uznanie w niniejszej sprawie za spełnioną przesłanki wpływu na handel uzasadnia również **sytuacja własnościowa przedsiębiorcy, na którego sytuację konkurencyjną porozumienie bezpośrednio oddziałuje**.

Jak już wskazano wyżej, pojęcie wpływu na handel obejmuje możliwość podjęcia działalności gospodarczej na terytorium objętym porozumieniem przez przedsiębiorstwo z innego państwa członkowskiego, również w postaci oddziału lub spółki zależnej. Wpływ na handel występuje, gdy przedsiębiorstwa, na które zakazane praktyki oddziałują, należą do grup prowadzących działalność w innych państwach członkowskich<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> W. Kirchoff [w:] G. Hirsch, F. Montag, F.J. Säcker (red.), *Competition Law, European Community Practice and Procedure*, London 2008, s. 631.

<sup>51</sup> Decyzja Komisji w sprawie COMP/36.700 *Industrial and medical Gases*, Dz.Urz.UE z 2003 r., L 84/1, pkt 371.

<sup>52</sup> wyrok TS w sprawie C-309/99 *J.C.J. Wouters*, ECR 2002, s. I-1577, pkt 96.

Ta przesłanka występuje w niniejszej sprawie, jako że porozumienie w niniejszej sprawie oddziałuje na możliwość prowadzenia działalności gospodarczej przez hurtowego dostawcę usługi DVB-H, tj. Info-TV-FM, którego współwłaścicielem, obok Narodowego Funduszu Inwestycyjnego Magna Polonia S.A., jest spółka EVOTEC MANAGEMENT LIMITED z siedzibą w Nikozji Republika Cypru.

Dowód:

Odpis KRS ITF.

Należy także uznać, że wpływ na handel rozpatrywanego porozumienia jest **znaczący (odczuwalny)**.

Miarą odczuwalności wpływu na handel jest znaczna pozycja uczestników porozumienia na rynku<sup>53</sup>. Zarazem należy wskazać, że operatorzy – uczestnicy porozumienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania, posiadają łącznie ok. 99% rynku pod względem liczby użytkowników oraz blisko 100% rynku pod względem przychodów<sup>54</sup>. W niniejszej sprawie nie ma zatem zastosowania wskazane w *Wytycznych w sprawie koncepcji wpływu na handel zawartej w art. 81 i 82 Traktatu* domniemanie dotyczące braku znacznego wpływu na handel między państwami członkowskimi. O odczuwalności rozpatrywanego porozumienia operatorów wpływu na handel świadczy ponadto fakt, że porozumienie to ma charakter horyzontalny, a jego zasięg obejmuje terytorium całego kraju.

W konsekwencji wszystkich powyższych okoliczności należy uznać za spełnione przez porozumienie operatorów przesłanki wpływu na handel między państwami członkowskim. Wobec tego po stronie Prezesa UOKiK powstał obowiązek orzekania na podstawie prawa UE równoległe z prawem krajowym. Prezes UOKiK, jako krajowy organ ochrony konkurencji, nie posiada więc dyskrecjonalności co do stosowania bądź nie unijnego prawa konkurencji, ale zobligowany jest je zastosować, skoro praktyka ograniczająca konkurencję choćby potencjalnie wpływa na handel między państwami członkowskimi. Stosując regulacje UE, organy krajowe zobowiązane są do orzekania w taki sposób, jak orzekałaby Komisja Europejska prowadząc przedmiotowe postępowanie. Regułą taką można wywodzić w szczególności z treści art. 3 ust. 2 Rozporządzenia Rady UE 1/2003, zgodnie z którym państwa członkowskie nie mogą zakazywać porozumień, które byłyby dozwolone na podstawie przepisów unijnych, ale też nie mogą doprowadzić do zalegalizowania porozumień, które są niezgodne z art. 101 TofUE.

Należy jednocześnie zwrócić uwagę, że przyjęty w Rozporządzeniu Rady UE 1/2003 zdecentralizowany system stosowania art. 81 i 82 TWE (obecnie art. 101 i 102 TofUE), tj. dopuszczenie możliwości ich stosowania w pełnym zakresie również przez właściwe organy państw członkowskich, nie pozbawia jednak roli wiodącej w tym zakresie Komisji Europejskiej. Organ krajowe są związane jej dotychczasowym, a nawet przyszłym

---

<sup>53</sup> Wyrok TS w sprawie C-306/96 *Javico International*, ECR 1998, s. I-1983, 17; wyrok TS w sprawie C-7/95 P *John Deere Limited*, pkt 119.

<sup>54</sup> Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, *Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w 2010 r.*, s. 38.



orzecnictwem. Gwarancją nadrzędnego statusu Komisji Europejskiej są przede wszystkim przepisy art. 11 i 16 Rozporządzenia rady UE 1/2003<sup>55</sup>.

W związku z powyższym, jak i ze względu na fakt, iż w przedmiotowej sprawie stronom postawiono zarzut naruszenia art. 101 TofUE oraz bezpośredniego wzorowania polskiego prawa antymonopolowego w zakresie praktyk ograniczających konkurencję na prawie unijnym w tym zakresie, Prezes Urzędu, analizując działania stron postępowania oparł się na ugruntowanym orzecnictwie Komisji Europejskiej oraz sądów UE. Prezes Urzędu ma bowiem obowiązek wykorzystania *acquis communautaire* w przypadku równoległego stosowania art. 6 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* oraz art. 101 TofUE.

## **V. Naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy i art. 101 ust. 1 TofUE**

Stronom niniejszego postępowania antymonopolowego postawiono zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w **art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów**. Przepis ten stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Stronom postępowania postawiono również zarzut naruszenia **art. 101 ust. 1 TofUE**, zgodnie z którym niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego.

W świetle przywołanych przepisów w celu ustalenia, czy strony postępowania dopuściły się naruszenia przepisów zakazujących zawierania antykonkurencyjnych porozumień, Prezes Urzędu musi rozważyć następujące przesłanki:

- zawarcie przez przedsiębiorców porozumienia;
- występowanie celu lub skutku porozumienia w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym;
- istnienie podstaw do wyłączenia porozumienia spod zakazu porozumień.

Wykazanie zawarcia przez przedsiębiorców porozumienia ograniczającego konkurencję wymaga uprzedniego odniesienia się do kwestii standardu dowodu przyjmowanego w prawie antymonopolowym.

### **V.1 Standard dowodu**

W odniesieniu do standardu dowodu mającego zastosowanie w niniejszej sprawie Prezes Urzędu uwzględnił orzecznictwo UE. Wynika z niego, iż z uwagi na fakt, że zakaz uczestnictwa w antykonkurencyjnych porozumieniach i grożące za to kary są dobrze znane, jest zrozumiałe, że działania jakie za sobą pociągają takie porozumienia mogą być skryte, a dokumenty związane z porozumieniem są ograniczone do minimum. Nawet jeśli Komisja znajdzie dowody wyraźnie wskazujące na niezgodne z prawem kontakty pomiędzy

---

<sup>55</sup> M. Krasnodębska-Tomkiel, *Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski*, Warszawa 2006 r., s. 214 i n.

przedsiębiorcami, to zazwyczaj są one jedynie fragmentaryczne, zatem część ustaleń musi być wynikiem dedukcji. W większości spraw, istnienie antykonkurencyjnego porozumienia musi zostać wywiedzione ze zbiegów okoliczności i śladów (łac. *indicia*, ang. *signs/marks*), które rozważane łącznie mogą, w braku innego wiarygodnego wytłumaczenia, stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji<sup>56</sup>.

Należy zauważyć, że w sprawie *JFE Engeneering*, SPI orzekł, iż podczas, gdy dostatecznie precyzyjne i spójne dowody muszą zostać przedstawione na poparcie zarzutu naruszenia reguł konkurencji, to „*nie jest niezbędne, aby każdy dowód przedstawiony przez Komisję spełniał ww. kryteria w odniesieniu do każdego aspektu naruszenia. Jest wystarczające, jeżeli materiał dowodowy, na którym opiera się organ, jako całość, spełnia to wymaganie*”<sup>57</sup>. Z kolei w motywie 5 preambuły Rozporządzenia nr 1/2003 wskazano, iż Rozporządzenie nie ma wpływu ani na krajowe reguły dotyczące standardu dowodu ani na obowiązek organów i sądów krajowych wykazania relewantnych okoliczności sprawy. Jednakże tak jest pod warunkiem, że krajowe reguły i obowiązki w tym zakresie są zgodne z ogólnymi zasadami prawa UE, w szczególności z zasadą skuteczności (*effect utile*). W piśmiennictwie wskazuje się, iż oznacza to w szczególności, że standard dowodu stosowany przez organy krajowe nie może być postawiony na tak wysokim poziomie, iż stosowanie art. 101 TofUE stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione<sup>58</sup>.

Z uwagi na powyższe Prezes Urzędu jest zdania, iż przedstawione orzecznictwo organów UE ma w pełni zastosowanie do postępowania prowadzonego przed Prezesem Urzędu w przedmiotowej sprawie.

W odniesieniu do rodzaju dowodów, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem UE, Komisja może polegać zarówno na dowodach bezpośrednich jak i pośrednich. Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w sprawie dotyczącej antykonkurencyjnego porozumienia zawartego pomiędzy producentami drożdży<sup>59</sup>, w którym stwierdził, w odniesieniu do porozumień cenowych, iż „*mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania przez Prezesa Urzędu z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań*”.

Ponadto, w odniesieniu do tego jakie dowody są bezpośrednie a jakie pośrednie, w piśmiennictwie wskazuje się, że dowody bezpośrednie, to dowody z pierwszej ręki pochodzące od uczestników spotkań dotyczących porozumienia i, co do zasady, bezpośrednio wskazujące na jego uczestników. Dowody bezpośrednie mogą występować zarówno w formie pisemnej, jako dokumenty wytworzone w czasie, kiedy zdarzenia, których dotyczą, miały miejsce, jak również w formie ustnej relacji odnoszącej się do kontaktów w ramach kartelu,

<sup>56</sup> Wyrok TS z 7 stycznia 2004 r. w sprawach połączonych C-204/00P, C-205/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00P *Aalborg Portland A/S et al.* Zb. Orz. z 2004 r., I-123, pkt 55-57, wyrok SPI z 27 września 2007 r. sprawa T-44/02 i n. *Dresdner Bank et al. v Komisja*, pkt 58, decyzja Komisji z 3 maja 2006 r. sprawa COMP/38.620 *Hydrogen Peroxide and Preborate*, pkt 315.

<sup>57</sup> Wyrok SPI z 8 lipca 2004 r. w sprawach połączonych T-67/00, T-68/00, T-71/00, T-78/00, *JFE Engeneering Corp. et al. v Komisja*, Zb. Orz. z 2004 r., II-2501, pkt 180, decyzja Komisji z 3 maja 2006 r. sprawa COMP/38.620 *Hydrogen Peroxide and Preborate*, pkt 316.

<sup>58</sup> E. De Smijter, L. Kjølbye, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, w: J. Faull, A. Nikpay, *The EC law of competition*, Oxford University Press, second edition, 2007, s. 95.

<sup>59</sup> Wyrok SN z 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06, Dz. Urz. UOKiK 2007/3/39.

przedstawionej później<sup>60</sup>. W sprawie *Graphite electrodes* SPI orzekł, iż oświadczenia przedsiębiorców mogą być wykorzystane jako dowody bezpośrednie oraz że Komisja może dowieść naruszenia opierając się wyłącznie na takich oświadczeniach, jeżeli istnieje wystarczająca zgodność pomiędzy nimi<sup>61</sup>.

W świetle powyższego należy zwrócić uwagę, iż przepis art. 84 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* regulując, że w postępowaniu dowodowym przed Prezesem Urzędu, z wyjątkami wynikającymi wprost z ww. ustawy, mają zastosowanie przepisy *Kodeksu postępowania cywilnego* („k.p.c.”), podobnie jak przed sądami, poddaje postępowanie dowodowe w obu instancjach temu samemu reżimowi prawnemu, co sprawia, że nie ma w ich trakcie rozbieżności w sposobie dowodzenia faktów i okoliczności istotnych w sprawie, mogących rzutować na wynik postępowania<sup>62</sup>. Jak podniósł Sąd Najwyższy w powoływanej sprawie dotyczącej porozumienia między producentami drożdży, „w sądowym postępowaniu cywilnym ustalenie faktu, czy zespołu poszczególnych faktów, następuje w zasadzie przez udowodnienie każdego z nich. Może być jednak oparte na notoryjności (art. 228 k.p.c.), przyznaniu (art. 229 i 239 k.p.c.) lub domniemaniu faktycznym (art. 231 k.p.c.)”<sup>63</sup>. W tym samym orzeczeniu Sąd wprost uznał, iż w sprawach z zakresu ochrony konkurencji dopuszczone jest stosowanie domniemań faktycznych. Z domniemań faktycznych można, w świetle stanowiska SN, wyprowadzić wnioski o istnieniu porozumienia ograniczającego konkurencję.

Standard dowodu w niniejszej sprawie determinuje również to, że – jak wynika z ustaleń Prezesa Urzędu – porozumienie między operatorami nie polega na realizacji spisanej umowy w rozumieniu cywilnoprawnym, tylko z uzgodnień między nimi. Wykazanie istnienia porozumienia wymaga w takim przypadku analizy dowodów na bezpośrednie lub pośrednie kontakty między przedsiębiorcami i wykazania związku przyczynowego między uzgodnieniem a zachowaniem przedsiębiorstw w kontekście istotnych okoliczności faktycznych sprawy. Przy czym podkreślenia wymaga, że w orzecznictwie UE domniemanie związku między tymi kontaktami a zachowaniem przedsiębiorców jest przyjmowane nawet wtedy, gdy uzgodnienie jest oparte na choćby jednorazowym spotkaniu<sup>64</sup>.

## V.2 Zawarcie porozumienia

Zdaniem Prezesa Urzędu ustalone okoliczności sprawy jednoznacznie wskazują, że w zakresie określonym w sentencji decyzji doszło do zawarcia przez przedsiębiorców porozumienia w rozumieniu art. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* i art. 101 ust. 1 TofUE.

Należy podkreślić **szeroki zakres przedmiotowy** zarówno art. 6 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, jak i art. 101 ust. 1 TofUE. W aspekcie określonego w tych

<sup>60</sup> F. Arbault, E. Sackers [w:] J. Faull, A. Nikpay, *The EC law of competition, 2<sup>nd</sup> edition*, Oxford 2007, s. 989.

<sup>61</sup> Wyrok SPI w połączonych sprawach T-236/01, T-239/01, T-244/01 – T-246/01, T-251/01 i T-252/01, *Tokai Carbon Co. Ltd v Komisja*.

<sup>62</sup> E. Modzelewska-Wąchal *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz*, Warszawa 2002, s. 279-280.

<sup>63</sup> Wyrok SN z 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06, Dz. Urz. UOKiK 2007/3/39.

<sup>64</sup> Wyrok TS w sprawie C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV*, ECR 2009, s. I-4529, pkt 62.

przepisach zakazu mogą być oceniane wszelkie pośrednie i bezpośrednie kontakty między przedsiębiorcami, których celem lub skutkiem jest zarówno wpływanie na zachowanie rynkowe aktualnego lub potencjalnego konkurenta, jak i ujawnianie takiemu konkurentowi obranego kierunku zachowania rynkowego, które zamierza się stosować na rynku<sup>65</sup>. Użyte w tych przepisach pojęcie porozumienia jest wprawdzie zasadniczo bliskie cywilnoprawnemu pojęciu umowy, która kreuje więzi prawne między co najmniej dwoma przedsiębiorstwami<sup>66</sup>, jednak obejmuje również innego rodzaju relacje zachodzące między przedsiębiorstwami, będące wyrazem wspólnych zamierzeń co do podejmowanych zachowań rynkowych. W prawie polskim wynika to z art. 4 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zgodnie z którym pod pojęciem porozumienia rozumiane są: 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 prawie UE art. 101 ust. 1 TofUE wprost stanowi, że dotyczy: a) porozumień między przedsiębiorstwami, b) decyzji związków przedsiębiorstw, c) praktyk uzgodnionych.

Z punktu widzenia rozpatrywanej praktyki operatorów istotna jest treść art. 4 pkt 5b ustawy, zgodnie z którym przez porozumienie rozumie się **uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie** przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki. Pojęcie formy odnosi się w tym przypadku głównie do działań faktycznych w jakie angażują się przedsiębiorcy. Należy przy tym wskazać, że do stwierdzenia zawarcia takiego porozumienia nie jest wymagane wykazanie istnienia jakichkolwiek ustnych czy pisemnych ustaleń między jego uczestnikami<sup>67</sup>. Uzgodnienia mogą być dokonane choćby poprzez wymianę poglądów podczas spotkań przedsiębiorców (często na forum organizacji lub związków branżowych). Uzgodnienie może polegać również na faktycznym przystąpieniu do realizacji określonej strategii rynkowej, w takim przypadku mamy do czynienia z dorozumianą zgodą przedsiębiorców na koordynację swoich zachowań<sup>68</sup>. Przejawem porozumienia w rozumieniu prawa antymonopolowego są również takie uzgodnienia, które w świetle prawa cywilnego nie mają mocy prawnie wiążącej<sup>69</sup>.

Orzecznictwo antymonopolowe zarówno sądów europejskich, jak i polskich, wyznaczyło podstawowe standardy definiowania praktyk uzgodnionych. Istotne są tu dwa elementy, tj. koordynacja działań oraz brak niepewności co do zachowań konkurentów. Praktyki uzgodnione pozbawiają działania przedsiębiorców „spontaniczności” w zakresie reakcji na posunięcia konkurentów<sup>70</sup>. Należy przy tym podkreślić, że istotą takich porozumień jest koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku wspólnego działania, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Takie zachowanie przedsiębiorców pozwala na wyeliminowanie ich niepewności co do przebiegu procesów rynkowych

<sup>65</sup> Wyrok SPI z 24 października 1991 r. w sprawie T-1/89 *Rhone-Poulenc przeciwko Komisji*.

<sup>66</sup> A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, Warszawa 2005, s. 86.

<sup>67</sup> Wyrok SOKiK z dnia 7 listopada 2005 r. (XVII Ama 26/04), Dz. Urz. UOKiK 2006/1/15.

<sup>68</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 29 czerwca 2007 r. nr RWR-20/2007.

<sup>69</sup> O. Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law. The Scope of Article 81*, Oxford 2006, s. 63.

<sup>70</sup> Wyrok TS z 14.07.1972 r. w sprawie 48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd.*, ECR 1972, s. 619.

i warunków działania konkurentów, która to niepewność jest podstawą działania konkurencji. Do wykazania istnienia praktyki uzgodnionej nie jest konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji<sup>71</sup>.

W doktrynie prawa unijnego, którą można odnieść w tym zakresie do rozwiązań polskiej regulacji antymonopolowej, wyodrębniono dwie koncepcje praktyk uzgodnionych. Pierwsza z nich wymaga udowodnienia tzw. wspólnego interesu, druga natomiast akcentuje konieczność przedstawienia dowodu nie tyle wspólnych zamiarów przedsiębiorców, ile dowodu na to, że zachowanie przedsiębiorców doprowadziło do obniżenia poziomu niepewności co do przyszłego zachowania konkurentów. Orzecznictwo, zarówno unijne, jak i krajowe, wydaje się opowiadać za drugą koncepcją rozumienia praktyk uzgodnionych, akcentując konieczność gruntownego badania poziomu pewności poszczególnych przedsiębiorców co do przyszłych zachowań konkurentów<sup>72</sup>.

Należy przy tym wskazać, że porozumieniem jest także faktyczne stosowanie się przez przedsiębiorców do reguł określonych przez inne podmioty. Postępujący w ten sposób przedsiębiorcy działają w sposób uzgodniony, a nie wynikający z rynkowej konieczności. Przedsiębiorca, który nie tylko otwarcie nie dystansuje się od porozumienia mającego na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji, ale wręcz stosuje się do jego treści, staje się jego rzeczywistym uczestnikiem. Stwarza w ten sposób, przynajmniej wrażenie, że jego nastawienie jest analogiczne jak konkurentów<sup>73</sup>.

Dla przyjęcia, że doszło do zawarcia porozumienia w formie uzgodnienia zachowań nie jest wystarczające stwierdzenie podobnych zachowań, dowodem jego istnienia jest analiza przejawów zachowań rynkowych i wykazanie, że zachowania te nie są adekwatne do istniejących warunków rynkowych<sup>74</sup>.

Jako jedna z form porozumienia w rozumieniu prawa ochrony konkurencji traktowana jest również **wymiana informacji** pomiędzy przedsiębiorcami. Może ona przybierać różne formy. Konkurenci mogą się dzielić danymi bezpośrednio lub pośrednio przez wspólny podmiot (np. stowarzyszenie handlowe) lub osobę trzecią, taką jak organizacja zajmująca się badaniami rynku lub przez dostawców bądź detalistów przedsiębiorstw.

Ponadto, wymiana informacji może odbywać się w różnych kontekstach - może być częścią mechanizmu służącego kontrolowaniu antykonkurencyjnych uzgodnień pomiędzy uczestnikami porozumienia, jak również może stanowić odrębne naruszenie zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> Wyrok Sąd Apelacyjny w Warszawie z 5 października 2005 r.(I ACa 1146/04), Dz.Urz.UOKiK 2006/1/18, wyrok SN z 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06, Dz. Urz. UOKiK 2007/3/39.

<sup>72</sup> A. Jurkowska [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009 r., s. 175.

<sup>73</sup> Wyrok SOKiK z 10 maja 2006 r., XVII Ama 13/05, niepubl.

<sup>74</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie 5 października 2005 r.(I ACa 1146/04), Dz.Urz.UOKiK 2006/1/18,

<sup>75</sup> Wyrok SPI w sprawie T-141/94 *Thyssen Stahl*, Zb. Orz. Z 1999 r., II-347 oraz wyrok TS w tej sprawie C-194/99 P, Zb. Orz. z 2003 r., I-10821.

Zgodnie z *Wytycznymi Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych*<sup>76</sup> (dalej jako „Wytyczne”) wymianę informacji można rozpatrywać na podstawie art. 101 TofUE, jeżeli stanowi ona jedyny lub częściowy przedmiot porozumienia, praktyki uzgodnionej lub decyzji związku przedsiębiorstw<sup>77</sup>.

### V. 3 Porozumienie w niniejszej sprawie

Wziąwszy pod uwagę wskazany wyżej zakres przedmiotowy art. 6 ust. 1 ustawy i art. 101 ust. 1 TofUE, jak i standard dowodu mający zastosowanie w sprawach antymonopolowych, Prezes Urzędu uznał, że wskazane w sentencji decyzji **działania operatorów**, polegające na: - dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z Info-TV-FM, - wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej Info-TV-FM dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii DVB-H, - dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty – **należy zakwalifikować jako porozumienie w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy i art. 101 ust. 1 TofUE**<sup>78</sup>.

Do stwierdzenia, że między operatorami doszło do zawarcia i wykonywania porozumienia w rozumieniu prawa antymonopolowego uprawniają Prezesa Urzędu okoliczności sprawy, z których jednoznacznie wynika, że **operatorzy stosowali określone środki służące koordynacji zachowań**, które miały oparcie w ich zgodnej woli wspólnego oddziaływania na rynek (w szczególności na relacje każdego z nich z ITF) w ustalony przez operatorów sposób<sup>79</sup>. Z ustaleń Prezesa Urzędu wynika, że rozpatrywane w niniejszej sprawie porozumienie operatorów nie przybrało formy wiążącej umowy w znaczeniu prawa cywilnego, co jednak – w świetle ww. orzecznictwa – nie jest istotne z punktu widzenia możliwości stwierdzenia zawarcia porozumienia. Istnienie porozumienia może się wiązać z przyjęciem przez przedsiębiorstwa wspólnego planu uregulowania sytuacji na rynku, który ogranicza zakres decyzji rynkowych przedsiębiorców, określając działania, które strony porozumienia mają wspólnie podejmować lub od których powinny się wspólnie powstrzymać<sup>80</sup>. Taka sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie.

Zakwestionowane w niniejszej decyzji działania operatorów bez wątpienia wynikały z przyjętego przez przedsiębiorstwa **wspólnego planu kształtowania relacji z przedsiębiorcą, który zwyciężył w konkursie** na rezerwację częstotliwości przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych w technologii DVB-H, przeprowadzonym przez Prezesa UKE (tj. z ITF). Realizacja tych zamierzeń opisanymi w decyzji środkami ograniczyła zakres decyzji rynkowych podejmowanych przez każdego z

<sup>76</sup> Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (dalej jako „Wytyczne”), Dz. Urz. UE 2011/C 11/01.

<sup>77</sup> Wytyczne, pkt 60.

<sup>78</sup> W niniejszej sprawie Prezes UOKiK posługuje się pojęciem *porozumienie* dla określenia działań objętych zarówno zakresem przedmiotowym art. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, jak i art. 101 ust. 1 TofUE.

<sup>79</sup> Por. wyrok SPI w sprawie T-7/89 *Hercules Chemicals*, ECR 1991, s. II-1711, pkt 256; decyzja Komisji w sprawie COMP/36.571/D-1 *Klub Lombard*, OJ 2004, L 56, s. 1, pkt 412.

<sup>80</sup> Decyzja Komisji w sprawie COMP/E-2/37.857– *Organic Peroxides*, pkt 297.

operatorów samodzielnie, określając działania, które strony tego porozumienia mają wspólnie podejmować lub od których powinny się wspólnie powstrzymać.

Podkreślenia wymaga, że współpracę dotyczącą usług telewizji mobilnej DVB-H operatorzy podjęli – jak zostało to już wskazane - już w [informacje utajnione – pkt 122 załącznika], rozważając wspólny udział w ww. konkursie Prezesa UKE. Współpraca ta, podjęta następnie poprzez utworzenie – po uzyskaniu zgody Prezesa UOKiK w decyzji z dnia 5 grudnia 2008 r. nr DKK- 94/08 – konsorcjum (Mobile TV sp. z o.o.), które przystąpiło do konkursu na rezerwację częstotliwości DVB-H i miało być hurtowym dostawcą usług telewizji mobilnej DVB-H, podczas gdy operatorzy – jako detaliści na rynku telefonii ruchomej – mieli być odbiorcami tych usług i świadczyć je użytkownikom końcowym.

MNO, podejmując współpracę mającą na celu uzyskanie rezerwacji częstotliwości dążyli do zapewnienia każdemu z operatorów równego dostępu do usług telewizji mobilnej w technologii DVB-H na szczeblu hurtowym w sytuacji ograniczonej dostępności częstotliwości przeznaczonych do świadczenia usług DVB-H. Żaden z MNO nie chciał więc dopuścić do sytuacji, w której któryś z operatorów zostałby poza projektem, zwłaszcza jeśli pozostali trzej konkurenci zaczęliby oferować usługi DVB-H. Potwierdzeniem tego są stanowiska prezentowane przez operatorów na etapie podejmowania przez nich decyzji o udziale w projekcie DVB-H. Przykładowo, P4 wskazywała wówczas, że [informacje utajnione – pkt 123 załącznika]. Podobne stanowisko prezentowała również PTC, której przedstawiciel stwierdził, że: *W projekcie pozytywne było [...] nieutrącenie przewagi konkurencyjnej, jeżeli wszyscy mieliby w tym uczestniczyć.* Również prezes zarządu TP, do której należy PTK stwierdził, że: [informacje utajnione – pkt 124 załącznika]. Podobnie spółka Polkomtel zdawała sobie sprawę z tego, że jej udział w konsorcjum jest dla niej korzystny, ponieważ: [informacje utajnione – pkt 125 załącznika]

Dowód:

1. Protokół z posiedzenia zarządu P4 z dnia 10 września 2008 r. wraz z prezentacją;
2. Notatka z wyjaśnień [informacje utajnione – pkt 126 załącznika], przedstawiciela P4, odebranych w dniu 3 grudnia 2009 r. w toku kontroli P4;
3. Pismo PTC do Prezesa UOKiK z dnia 5 października 2010 r.;
4. Notatka z wyjaśnień byłego członka zarządu PTC, odebranych w dniu 3 grudnia 2009 r. w toku kontroli PTC;
5. Notatka z wyjaśnień prezesa zarządu TP, odebranych w dniu 17 sierpnia 2010 r. w toku kontroli TP;
6. Prezentacja dla zarządu Polkomtel na posiedzenie w dniu 13 sierpnia 2008r.

Podkreślenia zarazem wymaga, że nie jest przedmiotem niniejszej decyzji ocena działań operatorów związanych z dokonaniem koncentracji (utworzeniem Mobile TV sp. z o.o., określeniem zasad jej funkcjonowania). Te działania były przedmiotem postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji (sygn. akt DKK2-422/5/08/MB), w wyniku którego Prezes UOKiK w decyzji z dnia 5 grudnia 2008 r. nr DKK-94/08 wyraził na nie

zgodę. Podkreślenia wymaga przy tym, że ww. zgoda obejmowała tylko współpracę MNO na szczeblu hurtowym, a nie na szczeblu detalicznym. Z dokumentów przedstawionych przez MNO w toku postępowania w sprawie ww. koncentracji wynikało wyraźnie, że obszar ich ewentualnej współpracy, który został poddany kontroli Prezesa UOKiK w ramach podejmowania decyzji o wyrażeniu zgody na utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, dotyczył wyłącznie hurtowych audiowizualnych usług medialnych, a nie usług detalicznych. To zaś oznacza, że zgoda Prezesa UOKiK na utworzenie przez MNO wspólnego przedsiębiorcy nie obejmowała ich współpracy na szczeblu detalicznym.

Ponieważ konsorcjum nie uzyskało częstotliwości w powoływanym wyżej konkursie Prezesa UKE, a jego zwycięzcą została spółka ITF, operatorzy musieli podjąć zatem decyzję co do dalszej działalności Mobile TV, w szczególności zdecydować, czy spółka ta nadal ma istnieć, jaki ma być przedmiot jej działalności, jak również rozważyć kwestie prawne związane z konkursem, zwłaszcza podjąć decyzję o ewentualnym zaskarżeniu jego rozstrzygnięcia. Poza takimi działaniami – których Prezes UOKiK również nie kwestionuje w niniejszej decyzji – **operatorzy podjęli jednak również opisane w sentencji decyzji wspólne działania dotyczące prowadzonej przez nich działalności na szczeblu detalicznym**, gdzie są konkurentami, przejawiające się w: i/ dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z ITF, ii/ wymianie informacji o ocenie oferty hurtowej tej spółki, iii/ dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty.

Te kwestionowane przez Prezesa Urzędu działania MNO, choć przybierające różną formę, były **podporządkowane temu, by nie dopuścić do uzyskania przewagi konkurencyjnej przez któregokolwiek z nich, co mogłoby mieć miejsce w przypadku samodzielnej realizacji we współpracy z ITF projektu DVB-H**. Te działania są przedmiotem niniejszej decyzji i należy je zakwalifikować jako **porozumienie ograniczające konkurencję**. Podejmując je operatorzy przekroczyli – zdaniem Prezesa Urzędu – uprawnienia wynikające z utworzenia wspólnego przedsiębiorcy (Mobile TV).

Kwestionowane tu działania operatorzy podejmowali już **przed rozstrzygnięciem konkursu**. Wówczas operatorzy **rozważali scenariusz działań** na wypadek, gdy częstotliwości uzyska ITF, w szczególności uzgadniali sposób prowadzenia negocjacji z tą spółką, tj. że żaden z nich nie będzie prowadził rozmów z ITF bezpośrednio, tylko za pośrednictwem Mobile TV. Zdaniem Prezesa UOKiK ww. działania miały minimalizować ryzyko, że któryś z nich podejmie indywidualną współpracę ze zwycięzcą konkursu w zakresie świadczenia usług DVB-H i wprowadzi je do oferty detalicznej, co mogłoby doprowadzić do uzyskania przez takiego operatora przewagi konkurencyjnej względem pozostałych, którzy usługi tej by nie świadczyli. Wskazuje na to chociażby fragment prezentacji przygotowanej na posiedzenie zarządu [informacje utajnione – pkt 127 załącznika], które odbyło się w dniu 3 marca 2009 r., gdzie na wypadek wygrania konkursu przez ITF wskazano, że [informacje utajnione – pkt 128 załącznika].

Dowód:

1. Korespondencja e-mail od: [informacje utajnione – pkt 129 załącznika], temat: RE: podsumowanie spotkania w Barcelonie, z 24 lutego 2009, 14:35;



2. Prezentacja dla Zarządu [informacje utajnione – pkt 130 załącznika], na posiedzenie w dniu 3 marca 2009 r., .

Aby nie dopuścić do powstania przewagi konkurencyjnej któregokolwiek z nich poprzez samodzielną realizację projektu DVB-H we współpracy z ITF, operatorzy podejmowali podporządkowane temu celowi wspólne działania również w czasie trwania oraz po rozstrzygnięciu konkursu Prezesa UKE. Służyło temu dokonywanie uzgodnień dotyczących kształtowania relacji poszczególnych MNO ze zwycięzcą konkursu, wymiana informacji o ocenie jego ofercie hurtowej oraz dokonywanie uzgodnień dotyczących jej publicznego kwestionowania. Należy przy tym podkreślić, że operatorzy mieli pełną świadomość ryzyka antymonopolowego, jakie niesie ze sobą dokonywanie przez nich ww. uzgodnień. Jednoznacznie świadczy o tym treść protokołu spotkania udziałowców, które odbyło się w dniu 23 marca 2009 r., gdzie wskazano m.in., że wadą upoważnienia Mobile TV do prowadzenia w imieniu operatorów negocjacji w ze spółką ITF jest to, że wspólnicy konsorcjum **mogą zostać potraktowani jako uczestnicy kartelu**. Ostatecznie więc, podjęto decyzję, że: *Każdy MNO powinien negocjować samodzielnie dla uniknięcia oskarżenia o działania kartelowe [...]. [...] w świetle prawa o konkurencji współpraca mogłaby przyjąć następującą formę: Wszyscy MNO oczekują oferty hurtowej od zwycięzcy konkursu (ITF) [...]*;

Dowód:

Protokół spotkania wspólników Mobile TV z dnia 23 marca 2009 r. oraz prezentacja przygotowana na to spotkanie.

Z powyższego wynika, że operatorzy, mając świadomość ryzyka antymonopolowego, podjęli decyzję, że każdy operator powinien negocjować z ITF samodzielnie. W ocenie Prezesa Urzędu, decyzja ta nie oznaczała jednak że przedsiębiorcy wycofali się z zawartego porozumienia. Podjęcie decyzji o samodzielnym prowadzeniu rozmów ze zwycięzcą konkursu przez każdego MNO odnosiło się bowiem w praktyce tylko do formy (technicznej strony) prowadzenia negocjacji, tj. każdy z nich miał indywidualnie kontaktować się z ITF, a nie poprzez Mobile TV. **Operatorzy nie zaprzestali jednak podejmowania wspólnych uzgodnień** wpływających na podejmowane przez nich decyzje w zakresie prowadzonej przez nich działalności na szczeblu detalicznym, w tym swego rodzaju koordynacji zachowań odnoszących się do współpracy z ITF i świadczenia usług telewizji DVB-H. Potwierdzeniem tego jest chociażby okoliczność, że zgodnie z ustaleniem podjętym na spotkaniu w dniu 23 marca 2009 r., każdy z MNO konsekwentnie w indywidualnych relacjach z ITF wskazywał, że oczekuje przedstawienia oferty hurtowej, ponieważ bez niej nie ma obszaru do dyskusji o współpracy. W ten sposób doszło do sytuacji, w której **z jednej strony ITF, jeszcze przed opublikowaniem oferty hurtowej, zapraszała każdego z operatorów do rozmów, w celu poznania ich wymagań, jako potencjalnych odbiorców hurtowych usług DVB-H**, a w konsekwencji przygotowania oferty ramowej uwzględniającej w jak największym stopniu ich oczekiwania, **z drugiej natomiast strony żaden z operatorów konsekwentnie, w okresie od kwietnia do września 2009 r., nie wyrażał zainteresowania współpracą z ITF w zakresie świadczenia usług DVB-H, wskazując przede wszystkim na brak szczegółowej oferty hurtowej.**

Dowód:

Pismo ITF do Prezesa UOKiK z dnia 2 sierpnia 2010 r.

Przejawem kwestionowanej w niniejszej decyzji współpracy operatorów jest **wspólne przeanalizowanie przez nich opublikowanej 25 września 2009 r. oferty hurtowej ITF** na spotkaniu udziałowców Mobile TV w dniu 2 października 2009 r., w wyniku którego **operatorzy wymieniali się własnymi ocenami słabych aspektów tej oferty, a w konsekwencji dokonali jej oceny** jako niewyważonej i niewiarygodnej oraz zakwestionowali jej ważność. Uzgodnili przy tym, że *Mobile TV powinna zakwestionować ważność i wiarygodność oferty w publicznym PR. Mobile TV przygotowuje oświadczenia w ciągu 2 tygodni, które będą rozpowszechniane przez biura PR poszczególnych operatorów.*

Dowód:

Protokół spotkania wspólników Mobile TV z dnia 2 października 2009 r. oraz prezentacja przygotowana na to spotkanie.

W ocenie Prezesa Urzędu opisane działania wskazują, że **mimo podjęcia**, w dniu 23 marca 2009 r., **decyzji o samodzielnym prowadzeniu przez operatorów negocjacji z ITF w zakresie świadczenia usług DVB-H, mieli oni nawzajem wiedzę o stanowisku swoich konkurentów w odniesieniu do kształtowania relacji z ITF oraz oceny jej oferty hurtowej.** Również to służyło minimalizowaniu ryzyka uzyskania przewagi konkurencyjnej przez któregoś z MNO na skutek wprowadzenia do oferty detalicznej usług DVB-H, a tym samym eliminowaniu niepewności w odniesieniu do ewentualnych zachowań konkurentów w zakresie świadczenia usług telewizji DVB-H. Działania te spowodowały bowiem, że każdy z MNO dysponował wiarygodnymi informacjami o zamiarach konkurentów, do których nie miałby dostępu w warunkach efektywnej konkurencji.. Wymaga przy tym podkreślenia, że operatorzy, mając świadomość ryzyka antymonopolowego, jakie niesie ze sobą dokonywanie przez nich ww. uzgodnień, w działaniach podejmowanych „na zewnątrz” **konsekwentnie próbowali zachować pozory samodzielności.** Świadczy o tym fakt, że stanowiska kwestionujące ofertę hurtową ITF – które zostały uzgodnione przez nich razem, w wyniku wspólnej, negatywnej oceny tej oferty – miały być rozpowszechniane przez biura PR poszczególnych operatorów (jako niezależne stanowiska każdego z nich z osobna).

Wymaga przy tym podkreślenia, że dokonując oceny działań MNO, nie należy abstrahować od specyfiki rynku telefonii mobilnej, którą jest wielość obszarów współpracy działających na nim przedsiębiorców. W niniejszym postępowaniu Prezes Urzędu uwzględnił okoliczność, że w celu świadczenia usług telefonii ruchomej użytkownikom końcowym niezbędna jest – w określonym zakresie – współpraca, zwłaszcza dwustronna, operatorów na szczeblu hurtowym. Pewne formy współpracy wielostronnej między operatorami niezbędne są też w przypadku wprowadzania nowych technologii, które są nieodłącznym elementem tego rynku. Nie może to jednak oznaczać generalnego dopuszczenia wszelkich bilateralnych lub wielostronnych uzgodnień między operatorami telefonii ruchomej lub wymiany między nimi informacji o charakterze gospodarczym, jeśli za pomocą takich działań przedsiębiorcy ci eliminują wzajemną presję konkurencyjną.

Niniejsza decyzja dotyczy zatem opisanych wyżej wspólnych działań operatorów, które – w ocenie Prezesa Urzędu – przekraczają granice dozwolonej współpracy, wyznaczone przez zgodę Prezesa Urzędu na utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, tj. spółki Mobile TV. Jak zostało wykazane w niniejszej decyzji, spółka ta, oprócz realizacji celów, dla których została powołana, stała się również platformą porozumiewania się operatorów w sposób sprzeczny z prawem konkurencji.

W świetle ustaleń dokonanych przez Prezesa Urzędu formy kontaktu operatorów w ramach zawartego porozumienia były zróżnicowane. Główną platformą dokonywania sprzecznych z prawem konkurencji uzgodnień było forum Mobile TV, w tym w szczególności spotkania wspólników konsorcjum, ale również spotkania organizowane przy okazji wydarzeń branżowych. Operatorzy wymieniali się również wiadomościami e-mail, które dotyczyły kwestii związanych z kształtowaniem relacji z ITF, w tym wstrzymania bilateralnych rozmów każdego z MNO ze zwycięzcą konkursu, sposobu prowadzenia negocjacji z ITF – tj. czy i w jaki sposób (indywidualnie, czy za pośrednictwem Mobile TV) każdy operator ma prowadzić te negocjacje. Ponadto, aranżowane były kontakty departamentów prasowych (PR) operatorów, które miały realizować przyjęte przez nich na forum konsorcjum uzgodnienia dotyczące np. publicznej krytyki oferty hurtowej ITF.

Zdaniem Prezesa Urzędu opisane wyżej działania operatorów stanowią przejawy porozumienia w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy i art. 101 ust. 1 TofUE.

W poniższych punktach V.3.1. – V.3.3 niniejszej decyzji szczegółowo opisano poszczególne przejawy tego porozumienia operatorów, tj. i/ dokonywanie uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z ITF, ii/ wymiana informacji o ocenie oferty hurtowej tej spółki, iii/ dokonywanie uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty.

### **V.3.1 Uzgodnienia dotyczące kształtowania relacji z Info-TV-FM**

Zdaniem Prezesa Urzędu przejawem zawartego przez operatorów porozumienia było dokonywanie przez nich uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z ITF w zakresie w jakim operatorzy ci działają jako detaliści świadczący usługi telefonii ruchomej (i tym samym są potencjalnymi kontrahentami ITF jako hurtowego dostawcy usług telewizji mobilnej). Uzgodnienia te dotyczyły: i/ formy prowadzenia z ITF negocjacji dotyczących współpracy z tą spółką przez każdego z MNO w zakresie świadczenia usług DVB-H, tj. indywidualnie (każdy operator w drodze dwustronnych rozmów z ITF), czy za pośrednictwem konsorcjum w imieniu wszystkich jego udziałowców, a także ii/ podejmowania lub wstrzymania tych rozmów.

Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że dokonywanie przez operatorów uzgodnień odnośnie do kształtowania relacji z ITF **rozpoczęło się** jeszcze przed rozstrzygnięciem konkursu na częstotliwości DVB-H, tj. **w lutym 2009 r.** Uzgodnienia te miały miejsce na spotkaniu przedstawicieli operatorów w dniu 17 lutego 2009 r. w Barcelonie oraz w drodze korespondencji e-mail z dnia 24 lutego 2009 r. podsumowującej to spotkanie. Ustalenia te polegały na przyjęciu przez operatorów scenariusza działań, zgodnie z którym w przypadku wygrania konkursu przez ITF, rozmowy o wdrożeniu telewizji mobilnej będą

toczyć się wyłącznie na styku ITF i Mobile TV oraz, że żaden z udziałowców nie będzie prowadził rozmów z ITF bezpośrednio.

Dowód:

Korespondencja e-mail od: [informacje utajnione – pkt 131 załącznika], temat: RE: podsumowanie spotkania w Barcelonie, z 24 lutego 2009, 14:35.

Z prezentacji przygotowanej na posiedzenie zarządu spółki – [informacje utajnione – pkt 132 załącznika], które odbyło się w **dniu 3 marca 2009 r.**, której tematem był [informacje utajnione – pkt 133 załącznika] wynika, że dokonywanie przez operatorów uzgodnień odnośnie do kształtowania relacji z ITF miało na celu ograniczenie lub nawet wyeliminowanie niepewności co do ich wzajemnych działań w zakresie usług DVB-H, również w przypadku, gdyby dostawcą hurtowym tych usług został inny przedsiębiorca niż konsorcjum. Świadczy o tym fakt, że w ww. prezentacji wskazano następujący scenariusz w przypadku wygrania konkursu przez ITF: [informacje utajnione – pkt 134 załącznika].

Dowód:

Prezentacja dla Zarządu [informacje utajnione – pkt 135 załącznika], na posiedzenie w dniu 3 marca 2009 r., temat: [informacje utajnione – pkt 136 załącznika].

W ocenie organu antymonopolowego stwierdzenie o uzgodnieniu „*wspólnej dyscypliny i stanowiska negocjacyjnego*” bez wątpienia odnosi się do kształtowania relacji z ITF przez czterech operatorów w zakresie w jakim działają jako detaliści świadczący usługi telefonii ruchomej (oraz są potencjalnymi kontrahentami ITF jako hurtowego dostawcy usług telewizji mobilnej) i niemożliwa jest inna interpretacja tego stwierdzenia. Należy bowiem podkreślić, że gdyby w zacytowanym fragmencie prezentacji miało chodzić wyłącznie o relację dwóch kontrahentów na szczeblu hurtowym, tj. Mobile TV oraz ITF (nie zaś o oddzielne relacje pomiędzy ITF z każdym z MNO), nie byłoby w takiej sytuacji potrzeby ustalania przez wszystkich operatorów wspólnej dyscypliny i stanowiska negocjacyjnego. Ponadto, w ocenie Prezesa Urzędu, zacytowany fragment prezentacji pozostaje w związku z ustaleniami, które miały miejsce w Barcelonie w lutym 2009 r. Operatorzy mieli przedstawiać wobec ITF (jako zwycięzcy konkursu) uzgodnione – nawet jeśli każdy z MNO robił to w drodze indywidualnego kontaktu z ITF – stanowisko negocjacyjne z pozycji ewentualnych hurtowych odbiorców usług DVB-H. Uzgodnienia te miały na celu minimalizację ryzyka, że któryś z MNO rozpocznie świadczenie tych usług, uzyskując w ten sposób przewagę konkurencyjną wobec konkurentów, którzy tej usługi by nie świadczyli.

Kolejne wspólne uzgodnienia potwierdzają, że operatorzy chcieli w jak największym stopniu zminimalizować ww. ryzyko lub nawet je wyeliminować.

Świadczy o tym fakt, że w dniu rozstrzygnięcia konkursu, tj. 6 marca 2009 r. operatorzy uzgodnili w drodze korespondencji e-mail, żeby wstrzymać się z bilateralnymi rozmowami ze zwycięzcą konkursu do czasu dalszych ustaleń na spotkaniu wspólników Mobile TV w dniu 23 marca 2009 r. oraz, żeby biura prasowe operatorów skontaktowały się w celu ustalenia wspólnego podejścia na poziomie operatorskim. Potwierdza to wiadomość e-mail [informacje

utajnione – pkt 137 załącznika] z PTC wysłana do członków zarządu oraz rady nadzorczej Mobile TV - będących jednocześnie przedstawicielami poszczególnych MNO, odpowiedzialnymi u każdego z nich za projekt DVB-H - w której zaproponował, *aby wstrzymać się z bilateralnymi rozmowami udziałowców Mobile TV ze zwycięzcą konkursu do czasu dalszych ustaleń na spotkaniu CEO/WZ 23/03/09.*

Dowód:

Korespondencja e-mail od: [informacje utajnione – pkt 138 załącznika], temat: RE: Wyniki konkursu dvbh – przegraliśmy, z 6 marca 2009, 16:03;

Powyższe oznacza, że w omawianym czasie faktycznie **doszło do uzgodnienia, że operatorzy wstrzymują bilateralne rozmowy z ITF** do czasu ewentualnego udzielenia przez każdego z nich upoważnienia konsorcjum do wyłącznego prowadzenia negocjacji ze zwycięzcą konkursu, odnośnie do czego ostatecznie mieli podjąć decyzję na spotkaniu wspólników w dniu 23 marca 2009 r.

W ocenie Prezesa Urzędu, istotne jest przy tym, że informacje przekazywane do wiadomości publicznej przez departamenty (biura) prasowe każdego z MNO miały być spójne z uzgodnieniami dokonywanymi przez operatorów. Dowodem tego jest korespondencja e-mail między przedstawicielami operatorów będącymi jednocześnie członkami zarządu i rady nadzorczej Mobile TV, w której [informacje utajnione – pkt 139 załącznika] z PTK napisał: *tak zgadzam się* (na wstrzymanie bilateralnych rozmów MNO z ITF do czasu dalszych ustaleń na spotkaniu wspólników w dniu 23 marca 2009 r.- wyj. Prezesa UOKiK), *dodatkowo mam może propozycję żeby nasze* (operatorów – wyj. Prezesa UOKiK) *PR skontaktowały się, żeby ustalić wspólne podejście na poziomie operatorskim co Wy na to?*

Dowód:

Korespondencja e-mail od: [informacje utajnione – pkt 140 załącznika], temat: RE: Wyniki konkursu dvbh – przegraliśmy, z 6 marca 2009, 16:03;

Ze zgromadzonych dowodów wynika, że koncepcja operatorów wstrzymania bilateralnych rozmów z ITF i prowadzenia negocjacji z ITF wyłącznie przez Mobile TV, jako działającą z upoważnienia wszystkich jej udziałowców, była poruszana również na spotkaniu operatorów w dniu 16 marca 2009 r. Rozważaną kwestią było wówczas nadal ewentualne udzielenie upoważnienia do prowadzenia wyłącznych negocjacji dla Mobile TV. Natomiast **uzgodnienie odnośnie do wstrzymania dwustronnych rozmów operatorów z ITF było wówczas faktycznie realizowane.** Dopiero po uzgodnieniach dokonanych przez operatorów w dniu 23 marca 2009 r., zgodnie z którymi każdy z nich ma samodzielnie prowadzić negocjacje z ITF oraz, że wszyscy MNO oczekują od tej spółki oferty hurtowej, miały miejsce wstępne rozmowy operatorów ze zwycięzcą konkursu.

Dowód:

1. Pisma ITF z [informacje utajnione – pkt 141 załącznika] skierowane do Polkomtel, PTC, PTK oraz P4;
2. Pismo [informacje utajnione – pkt 142 załącznika]
3. Pismo ITF z dnia 2 sierpnia 2010 r. skierowane do Prezesa UOKiK

Fakt, że dokonywano ww. uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z ITF potwierdziła również w toku niniejszego postępowania PTC w piśmie z dnia 5 października 2010 r., w którym wskazała, że w toku prac koncepcyjnych dotyczących sformułowania stanowiska Mobile TV odnośnie do ewentualnego zaskarżenia rozstrzygnięcia konkursu [...] ***doszło również do ustalenia przez określonych pracowników Operatorów różnych wariantów działania, wśród których znalazła się propozycja, by rozmowy w przedmiocie oferty hurtowej ITF świadczenia usług telewizji mobilnej (której adresatami byłoby między innymi Operatorzy, jako podmioty zdolne do świadczenia usług telewizji mobilnej na poziomie detalicznym) miałyby być prowadzone w imieniu Operatorów wyłącznie przez Mobile TV.***

W ocenie Prezesa Urzędu nie można jednak zgodzić się ze stanowiskiem PTC, według którego [...] ***nie może budzić wątpliwości, że nie spełniają przesłanek deliktu antykonkurencyjnego działania polegające de facto jedynie na wstrzymaniu się przez konsorcjum Operatorów z podejmowaniem dalszych decyzji do czasu dokonania niezbędnej analizy sytuacji po przegranej w konkursie na częstotliwości potrzebne do oferowania usług telewizji mobilnej.*** Należy bowiem wskazać, że wspólne uzgodnienia MNO dotyczące i wpływające na prowadzoną przez nich działalność detaliczną są w opinii Prezesa Urzędu sprzeczne z prawem konkurencji. Oznacza to, że żadne prowadzone przez Mobile TV analizy, dokonywane zarówno przed jak i po rozstrzygnięciu konkursu, nie mogły dotyczyć i wpływać na działania podejmowane przez operatorów jako detalistów. działania podejmowane przez operatorów jako detalistów. Tym samym MNO nie mieli prawa uzgadniać, że wstrzymują, choćby na jeden dzień, rozmowy z ITF jako kontrahentem hurtowym każdego z nich z osobna.

W ww. piśmie PTC wskazała jednocześnie, że propozycja prowadzenia rozmów w przedmiocie oferty hurtowej ITF w imieniu Operatorów wyłącznie przez Mobile TV była jednym z wariantów działania, przedstawionych dla odpowiednich gremiów decyzyjnych Mobile TV, tj. dla prezesów spółek będących udziałowcami konsorcjum, którzy na spotkaniu w dniu 23 marca 2009 r. zdecydowali o wyborze opcji związanej z negocjacjami indywidualnymi. Tym samym, zdaniem PTC, wariant prowadzenia negocjacji wyłącznie na styku ITF i Mobile TV pozostaje bez znaczenia dla oceny stanowiska któregośkolwiek z Operatorów. W ocenie Prezesa Urzędu nie można jednak zgodzić się z takim stanowiskiem. Z materiału dowodowego wynika bowiem jednoznacznie, że operatorzy faktycznie uzgodnili, że wstrzymają się z indywidualnymi rozmowami ze zwycięzcą konkursu już w lutym 2009 r. podczas spotkania w dniu 17 lutego 2009 r. na *Mobile World Congress* w Barcelonie, co następnie potwierdzili w drodze korespondencji e-mail w dniu 24 lutego 2009 r. oraz w dniu 6 marca 2009 r. już po zapoznaniu się z wynikami konkursu.

**Na spotkaniu wspólników Mobile TV, które odbyło się w dniu 23 marca 2009 r. operatorzy podjęli decyzję, że: Uczestnikom (operatorom – wyj. Prezesa UOKiK) przysługuje swoboda wyboru przyszłej współpracy partnerskiej.** Argumentem za podjęciem takiej decyzji była świadomość operatorów, że w przypadku upoważnienia konsorcjum do działania jako jedynego podmiotu prowadzącego w ich imieniu negocjacje w sprawie oferty hurtowej ze spółką ITF ***Wspólnicy spółki Mobile TV Sp. z o.o. mogą zostać potraktowani jako uczestnicy kartelu.*** W konsekwencji z dwóch rozważanych scenariuszy:

[informacje utajnione – pkt 143 załącznika]

- *Każdy MNO powinien prowadzić negocjacje samodzielnie, aby uniknąć oskarżeń o zмовę w ramach kartelu* - operatorzy wybrali drugi z nich.

Dowód:

Protokół ze spotkania wspólników Mobile TV z dnia 23 marca 2009 r. oraz prezentacja przygotowana na to spotkanie.

Z powyższego wynika, że operatorzy mieli pełną świadomość ryzyka uznania za porozumienie w rozumieniu prawa antymonopolowego dokonywania przez nich uzgodnień dotyczących kształtowania relacji ze zwycięzcą konkursu, z którym każdy z nich powinien wyłącznie indywidualnie prowadzić rozmowy w zakresie ewentualnych warunków współpracy.

Prezes Urzędu stoi na stanowisku, że podjęcie na spotkaniu wspólników Mobile TV w dniu 23 marca 2009 r. oficjalnej decyzji o samodzielnym prowadzeniu negocjacji przez każdego z operatorów nie oznacza, że przedsiębiorcy zaprzestali podejmowania wspólnych uzgodnień co do kształtowania relacji z ITF. Ww. decyzja sprowadzała się bowiem wyłącznie do formy (technicznej strony) prowadzenia samych negocjacji – i w tym kontekście operatorzy słusznie wskazywali w toku niniejszego postępowania, że podejmują wobec ITF działania w sposób indywidualny, natomiast **decyzja ta nie przesądzała, że operatorzy w wyniku tych negocjacji będą niezależnie podejmować decyzje w sprawie przedstawianej im przez ITF oferty**. O trafności stanowiska, iż po dacie 23 marca 2009 r. operatorzy w rzeczywistości nadal działali w uzgodnieniu, świadczy dokonywanie przez operatorów również po tej dacie uzgodnień w zakresie kształtowania relacji z ITF, wymiany informacji o ofercie hurtowej tej spółki oraz uzgodnieniach dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty. W tym kontekście Prezes Urzędu uznaje, że podjęcie ww. oficjalnej decyzji należy tłumaczyć jedynie zidentyfikowaniem przez nich „zagrożenia antymonopolowego”. Tym samym decyzja ta nie przełożyła się na faktyczne zaprzestanie dokonywania przez MNO sprzecznych z prawem konkurencji uzgodnień. Działania te spowodowały, że nawet przy prowadzeniu przez każdego z MNO indywidualnych negocjacji z ITF, ocena potencjalnych ich wyników nie była w pełni autonomiczną oceną każdego z operatorów, tylko bądź wspólną, bądź opartą o wspólnie uzgodnione stanowisko, co służyło minimalizacji ryzyka „wyjęcia” MNO z konsorcjum.

Powyższą ocenę Prezesa Urzędu potwierdza ustalenie organu, że w ramach rozpatrywanego porozumienia operatorzy nie tylko uzgadniali kwestię samego podjęcia lub wstrzymania rozmów z ITF, ale również dokonywali uzgodnień dotyczących ogólnego stanowiska konsorcjum odnośnie do współpracy z ITF. Świadczy o tym fragment dokumentu omawianego na posiedzeniu Rady Nadzorczej spółki - [informacje utajnione – pkt 144 załącznika]. W dokumencie tym stwierdzono: [informacje utajnione – pkt 145 załącznika] **ogólne stanowisko konsorcjum musi być uzgodnione w ciągu 7 dni**. Przedmiotowe sformułowanie wskazuje w sposób wyraźny, że obok wstępnej oceny indywidualnej dokonanej przez [informacje utajnione – pkt 146 załącznika], operator ten wskazał na konieczność (*ogólne stanowisko konsorcjum musi być uzgodnione*) uzgodnienia z konkurentami ich decyzji i ustalenia wspólnego stanowiska w celu wyeliminowania pomiędzy nimi niepewności co do działań dotyczących projektu telewizji mobilnej.

Odnosząc się do powyższego, spółka [informacje utajnione – pkt 147 załącznika] nie wyjaśniła jednoznacznie o jakie stanowisko konsorcjum chodzi w ww. stwierdzeniu. Wskazała bowiem, że albo o stanowisko ustalone na spotkaniu wspólników Mobile TV, które odbyło się w dniu 23 marca 2009 r. - odnoszące się do sposobu prowadzenia negocjacji przez operatorów z ITF, albo o stanowisko Mobile TV odnośnie do konkursu i rezerwacji częstotliwości do świadczenia usług DVB-H.

W ocenie organu antymonopolowego, stwierdzenie o mającym nastąpić w ciągu 7 dni uzgodnieniu uczestników konsorcjum, pomimo użytego czasu przyszłego nie mówi o 7 dniach liczonych od daty ww. posiedzenia rady nadzorczej [informacje utajnione – pkt 148 załącznika], ale może odnosić się do daty sporządzenia dokumentu [informacje utajnione – pkt 149 załącznika] [informacje utajnione – pkt 150 załącznika].

Przedstawiona chronologia zdarzeń, w opinii Prezesa Urzędu, prowadzi do wniosku, że informacje zawarte w tym dokumencie nie mogą odnosić się do stanowiska konsorcjum z dnia 23 marca 2009 r. Może świadczyć o tym również fakt, że w dokumencie [informacje utajnione – pkt 151 załącznika] nie zawarto żadnego stanowiska, które zostało przyjęte na spotkaniu wspólników Mobile TV w dniu 23 marca 2009 r. W ocenie organu antymonopolowego w zacytowanym fragmencie chodziło zatem o inne, tj. późniejsze lub wcześniejsze stanowisko konsorcjum. Natomiast kontekst stwierdzenia zawierającego słowa: [...] *ogólne stanowisko konsorcjum musi być uzgodnione w ciągu 7 dni*, będącego kontynuacją wątku dotyczącego kwestii współpracy z ITF [informacje utajnione – pkt 152 załącznika], wskazuje jednoznacznie, że stanowisko to nie może odnosić się do konkursu i rezerwacji częstotliwości na świadczenie usług DVB-H, ale do kwestii współpracy operatora – detalisty z ITF.

W ocenie Prezesa Urzędu, bez względu jednak na to, czy w zacytowanym fragmencie chodziło rzeczywiście o decyzję z 23 marca 2009 r. czy o inne, tj. wcześniejsze lub późniejsze stanowisko konsorcjum, kontekst tej wypowiedzi jednoznacznie pozwala przyjąć, że **operatorzy dokonywali uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z ITF**. Odniesienie się w analizowanym dokumencie do konieczności uzgodnienia ogólnego stanowiska konsorcjum oznacza, że [informacje utajnione – pkt 153 załącznika] – **nawet jeżeli samodzielnie wyrobiło sobie opinię na temat współpracy z ITF – ostateczną decyzję w tej kwestii uzależniało od stanowiska pozostałych operatorów** (stanowiska wypracowanego wspólnie przez operatorów).

O tym, że operatorzy, mimo podjętej w dniu 23 marca 2009 r. decyzji o samodzielnym prowadzeniu negocjacji z ITF, *de facto* po tej dacie nadal działali w uzgodnieniu, koordynując nawzajem swoje działania w zakresie usług telewizji DVB-H, świadczy fakt, że w dniu **17 kwietnia 2009 r.**, [informacje utajnione – pkt 154 załącznika], jako przedstawiciel operatora detalicznego - Polkomtel [informacje utajnione – pkt 155 załącznika] przesłał do informacji trzech pozostałych członków rady nadzorczej Mobile TV, tj.: [informacje utajnione – pkt 156 załącznika], wiadomość e-mail zawierającą treść odpowiedzi, jakiej udzielił w imieniu Polkomtel, dziennikarzowi na pytania dotyczące komercyjnego uruchomienia oferty telewizji mobilnej DVB-H. [informacje utajnione – pkt 157 załącznika]



przesłał ww. wiadomość do swoich konkurentów minutę po wysłaniu odpowiedzi do dziennikarza. Dzięki takim działaniom, operatorzy wiedzieli, co powiedział w odniesieniu do ewentualnego wprowadzenia usług DVB-H na rynek detaliczny, przedstawiciel jednego z MNO (Polkomtel).

W ocenie Prezesa Urzędu, odpowiedzi przedstawiciela Polkomtel, [informacje utajnione – pkt 158 załącznika] na pytania dziennikarza wskazują, że wypowiadał się on jako przedstawiciel operatora świadczącego usługi detaliczne (w tym przypadku Polkomtel), a nie, jak wskazała PTC w piśmie z dnia 5 października 2010 r., jako członek rady nadzorczej Mobile TV w imieniu tej spółki. Wskazuje na to treść wypowiedzi [informacje utajnione – pkt 159 załącznika]: *Aby uruchomić ofertę detaliczną musi dojść z sukcesem do wielu istotnych porozumień m.in. – strona hurtowa oraz strona detaliczna muszą uzgodnić warunki współpracy zgodnie z warunkami konkursu – warunki hurtowe muszą być niedyskryminujące i jednakowo traktujące podmioty. [...] oraz inne fragmenty tej wypowiedzi, tj.: Inną nie mniej istotną kwestią jest odpowiednie pozycjonowanie produktu – atrakcyjność kontentu oferowanego przez podmiot hurtowy oraz gwarancja jego niezmienności w czasie jest krytyczna. [...] Pamiętajmy też, że po stronie operatora detalicznego musi dojść do odpowiedniego przystosowania systemów obsługi klienta, systemów bilingowych czy zakupu interfejsu do dostępu warunkowego. Wszystko to jest potrzebne do fizycznego umieszczenia oferty w cenniku (pomijam testy usługi, testy terminali czy testów systemów dostarczających usługę). Czas potrzebny do podpisania oferty hurtowej przez detalistę do wdrożenia pełnej oferty – oceniam na 6-18 miesięcy (w zależności od skali integracji wewnątrz). Aby mieć pewność co do wiarygodności deklaracji warunków dostawcy hurtowego – należałoby zmierzyć oferowany zasięg w wymaganych aglomeracjach i dopiero wtedy podjąć decyzję o współpracy „hurtownika” z „detalistą”.* **W odpowiedzi na pytanie dziennikarza: Czy obecnie trwają jakieś przygotowania z waszej strony do sprzedaży tej usługi? (telewizji mobilnej DVB-H – przyp. Prezesa UOKiK), ww. przedstawiciel operatora odpowiedział: Czekaemy na sygnał do współpracy. Chcę zaznaczyć, że najlepszym momentem podjęcia współpracy mogłoby być wywiązanie się z zobowiązań konkursowych.**

Z kontekstu tej wypowiedzi jednoznacznie wynika, że [informacje utajnione – pkt 160 załącznika], odpowiadając na pytanie dziennikarza dotyczące warunków oraz przewidywanego czasu uruchomienia usług DVB-H, wypowiadał się wyłącznie jako detalista, ponieważ posiadaczem częstotliwości w dacie ww. wypowiedzi, tj. w dniu 17 kwietnia 2009 r. była ITF, a nie konsorcjum operatorów. Oznacza to, że przedstawiciel Polkomtel mógł wówczas wskazać swoje oczekiwania wobec uruchomienia usług DVB-H z punktu widzenia detalisty, nie zaś przedsiębiorcy świadczącego je na szczeblu hurtowym. Ponadto, o tym, iż wypowiedź ta odnosiła się do działań detalisty, wprost świadczy odpowiedź [informacje utajnione – pkt 161 załącznika] na pytanie: *Czy obecnie trwają jakieś przygotowania z waszej strony do sprzedaży tej usługi?* Przedstawiciel Polkomtel, mówiąc w tym kontekście o wywiązaniu się z zobowiązań konkursowych, jednoznacznie wskazał, że wypowiada się jako detalista o ewentualnej współpracy z hurtownikiem.

Biorąc zatem pod uwagę, że [informacje utajnione – pkt 162 załącznika] wypowiedział się jako przedstawiciel Polkomtel, a nie Mobile TV, nie miał powodów, by treść swojej wypowiedzi, minutę po przesłaniu jej do dziennikarza, przekazać do przedstawicieli

pozostałych trzech operatorów. Takie działanie, w ocenie organu antymonopolowego, nie należy do standardowych w normalnych relacjach między przedsiębiorcami konkurującymi ze sobą. W konsekwencji, w opinii Prezesa Urzędu, działanie to nie sposób uzasadnić inaczej niż dążeniem do bezpośredniego zapoznania pozostałych MNO jako detalistów ze stanowiskiem Polkomtel odnośnie do jej ewentualnej współpracy z ITF w celu zbudowania wśród MNO atmosfery zaufania i wzajemnej przewidywalności, ograniczającej ewentualne obawy o rzeczywiste zamiary konkurencyjnych operatorów w odniesieniu do telewizji mobilnej, a przez to zmniejszającej prawdopodobieństwo odstąpienia od wspólnie ustalonej strategii przez któregokolwiek z uczestników porozumienia. Wniosek powyższy wzmacnia fakt, iż po rozstrzygnięciu konkursu widoczne było ujednoczenie przez operatorów ich stanowisk prezentowanych w mediach. Wypowiadając się w artykułach prasowych jako detaliści, operatorzy wskazywali na swoją niechęć do oferowania detalicznych usług telewizji DVB-H. Również powyższe wypowiedzi, w kontekście całokształtu zachowań uczestników porozumienia, należy interpretować jako skierowane na tworzenie wśród MNO atmosfery zaufania i wzajemnej przewidywalności w zakresie zachowań związanych z wprowadzaniem lub nie telewizji mobilnej.

W ocenie Prezesa Urzędu wypowiedzi te mogły mieć na celu koordynację działań operatorów, a co najmniej **potwierdzenie realizacji uzgodnionej między nimi strategii** działania w odniesieniu do usług telewizji mobilnej DVB-H. Mimo, że każdy z operatorów wypowiadał się w artykułach indywidualnie, wypowiedzi te potwierdzały, że żaden z nich w danym momencie nie był zainteresowany świadczeniem detalicznych usług telewizji mobilnej DVB-H. Omawiane działania mogły umożliwić operatorom monitorowanie wzajemnego przestrzegania dokonanych uzgodnień.

Odnosząc się do treści ww. wiadomości e-mail z 17 kwietnia 2009 r. oraz nawiązujących do niej ww. twierdzeń PTC, Prezes Urzędu podkreśla, że nie kwestionuje w żadnym stopniu prawa udziałowców Mobile TV do wydania komunikatu prasowego w imieniu konsorcjum, po rozstrzygnięciu konkursu na częstotliwości, np. o takiej treści jak [informacje utajnione – pkt 163 załącznika] proponował w korespondencji e-mail z dnia 6 marca 2009 r. między członkami zarządu i rady nadzorczej Mobile TV: *Szanowni Państwo, Proponuję, aby każdy z udziałowców Mobile TV wstrzymał się z komentarzami dla dziennikarzy w sprawie wyników (konkursu – wyj.aut). Władze spółki „Mobile TV” przeanalizują wyniki konkursu i wydadzą oświadczenie w przyszłym tygodniu.* Podkreślenia wzmaga jednak, że ustalenia operatorów odnośnie do takich działań mogły dotyczyć wyłącznie Mobile TV jako uczestnika konkursu, nie zaś działań, w tym ewentualnych decyzji każdego operatora odnośnie do podjęcia bądź nie rozmów ze zwycięzcą konkursu.

Z tego względu podkreślenia wymaga, że proponowana wypowiedź prasowa [informacje utajnione – pkt 164 załącznika] w wiadomości e-mail z 17 kwietnia 2009 r. nie miała nic wspólnego ze stanowiskiem konsorcjum odnośnie do wyników konkursu, ani ewentualnych dalszych działań Mobile TV. Jak wyżej wykazano, treść tej wypowiedzi przesądza, że jest ona wypowiedzią detalicznego operatora telefonii ruchomej. Dodatkowo należy wskazać, że wypowiedź ta była formułowana w dniu 17 kwietnia 2009 r., podczas gdy rozstrzygnięcie konkursu miało miejsce w dniu 6 marca 2009 r., czyli blisko półtora miesiąca wcześniej. Nie ma zatem podstaw, by przyjąć, że wypowiedź ta dotyczyła stanowiska konsorcjum w związku z rozstrzygnięciem konkursu.

### V.3.2 Wymiana przez operatorów informacji o ocenie oferty hurtowej ITF

Na podstawie zebranych dowodów ustalono, że w ramach zawartego porozumienia operatorzy wymieniali się również na forum konsorcjum informacjami o ich ocenie oferty hurtowej ITF.

Wymiana informacji może stanowić zakazaną praktykę uzgodnioną, jeśli prowadzi do zmniejszenia strategicznej niepewności na rynku, ułatwiając tym samym znowę, tj. wymienia się dane o charakterze strategicznym. Z tego względu dzielenie się danymi strategicznymi z konkurentami jest równoznaczne z uzgodnieniami, ponieważ zmniejsza niezależność zachowań konkurentów na rynku i osłabia ich motywację do konkurowania<sup>81</sup>.

W orzecznictwie sądów europejskich przyjmuje się, że dla oceny, czy porozumienia dotyczące wymiany informacji są zgodne z regułami antymonopolowymi, należy stwierdzić, czy zmniejszają lub eliminują poziom niepewności, co do działalności na określonym rynku, będący podstawą gry konkurencyjnej między przedsiębiorcami, co może skutkować ograniczeniem konkurencji i zastąpienie jej przez współpracę między przedsiębiorcami<sup>82</sup>.

W sprawie *Asnef-Equifax przeciwko Ausbanc*<sup>83</sup> Trybunał Sprawiedliwości UE wskazał, że porozumienia dotyczące wymiany informacji są niezgodne z zasadami konkurencji, jeżeli zmniejszają lub eliminują poziom niepewności odnośnie do działalności na określonym rynku, co skutkuje ograniczeniem konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami. Trybunał Sprawiedliwości UE stwierdził jednocześnie, że ocena zgodności wymiany informacji z prawem konkurencji nie może być dokonywana *in abstracto*. Zależy ona od warunków ekonomicznych panujących na rynku właściwym oraz od charakterystyki systemu wymiany informacji, w szczególności jego celu, warunków dostępu do niego i uczestnictwa w nim, rodzaju wymienianych informacji, jak również częstotliwości wymiany takich informacji oraz ich wagi dla ustalania cen, rozmiaru czy warunków usług<sup>84</sup>. Ocena musi również obejmować potencjalny wpływ wymiany informacji na rynek w porównaniu z sytuacją konkurencji, jaka miałaby miejsce przy braku wymiany informacji<sup>85</sup>.

Zgodnie z *Wytycznymi* wymiana informacji podlega zakazowi zawierania antykonkurencyjnych porozumień, kiedy ma odczuwalny niekorzystny wpływ na parametry konkurencji.

Kwalifikując tę formę zachowania operatorów jako element porozumienia Prezes Urzędu uwzględnił, że krajowy detaliczny rynek telefonii ruchomej przejawia cechy, które sprzyjają wymianie informacji, które mogą mieć wpływ na konkurencję. Rynek ten ma charakter

---

<sup>81</sup> Wytyczne, pkt 61 *in fine*.

<sup>82</sup> Wyrok TS z 28 maja 1998 r. w sprawie C-7/95 *John Deere*, pkt 90, wyrok TS z 2 października 2003 r. w sprawie C-194/99 *Thyssen Stahl AG*, pkt 81, wyrok TS z 23 listopada 2006 r. w sprawie C-238/05 *Asnef-Equifax v. Ausbanc*, pkt 51.

<sup>83</sup> Wyrok TS w sprawie C-238/05 *Asnef-Equifax v. Ausbanc*, Zb. Orz. z 2007 r. I-11125, pkt 51. Por. także wyrok TS w sprawie C-7/95 *John Deere*, Zb. Orz. z 1998 r., I-3111, pkt 90 oraz wyrok TS w sprawie C-194/99 *Thyssen Stahl przeciwko Komisji*, Zb. Orz. z 2003 r., I-10821, pkt 81.

<sup>84</sup> Wyrok TS w sprawie C-238/05 *Asnef-Equifax v. Ausbanc*, Zb. Orz. z 2007 r. I-11125, pkt 54, podobnie A. Capobianco, *Information Exchange under EC Competition Law*, *Common Market Law Review* 41: 1247-1276, 2004.

<sup>85</sup> Wyrok TS w sprawie C-7/95 *John Deere Ltd.*, Zb. Orz. z 1998 r., I-3111, pkt 75-77.

oligopolistyczny, znajduje się w fazie dojrzałości, którą charakteryzuje stabilność podaży i udziałów rynkowych przedsiębiorców działających po stronie podażowej. W konsekwencji rynek ten ocenia się jako przejrzysty, co sprzyja stosowaniu przez działających na nim przedsiębiorców praktyk uzgodnionych polegających na wymianie informacji.

W ocenie Prezesa Urzędu o wymianie między operatorami informacji o charakterze strategicznym, istotnych z punktu widzenia prowadzonej przez nich działalności detalicznej świadczy fakt, że na forum konsorcjum wspólnie przeanalizowali oraz ocenili ofertę hurtową ITF, która skierowana była do każdego z nich z osobna. Potwierdza to treść protokołu z posiedzenia Zarządu [informacje utajnione – pkt 165 załącznika] z dnia 15 września 2009 r., na którym Zarząd tej spółki [informacje utajnione – pkt 166 załącznika].

Dowód:

Protokół z posiedzenia zarządu [informacje utajnione – pkt 167 załącznika] z dnia 15 września 2009 r.

Dla ścisłości należy wyjaśnić, że zacytowany fragment nie odnosi się do oferty konkursowej ITF, ale do oferty hurtowej ITF na świadczenie usług telewizji mobilnej DVB-H, która miała zostać przedstawiona, w terminie określonym w decyzji rezerwacyjnej, który przypadał na wrzesień 2009 r. ITF, w dniu 25 września 2009 r. opublikowała na swojej stronie internetowej ofertę hurtową świadczenia usług telewizji mobilnej w technologii DVB-H, którą następnie przedstawiła na konferencji prasowej w dniu 29 września 2009 r. W dniu 2 października 2009 r. odbyło się natomiast spotkanie udziałowców Mobile TV, na którym ww. oferta była omawiana i oceniana przez operatorów, a ich ustalenia w tym zakresie przedstawiciel spółki [informacje utajnione – pkt 168 załącznika] w dniu 6 października 2009 r.

Dowód:

1. Protokół spotkania wspólników Mobile TV z dnia 2 października 2009 r. oraz prezentacja przygotowana na to spotkanie;
2. Protokół z posiedzenia zarządu [informacje utajnione – pkt 169 załącznika] z dnia 6 października 2009 r.

Na ww. spotkaniu udziałowców omawiano prezentację, w której znalazł się m.in., punkt zatytułowany: *Planowany zasięg telewizji cyfrowej w technologii DVB-H i wejście na rynek zgodnie z ofertą ITF*. [informacje utajnione – pkt 170 załącznika]

Ponadto, przedstawiciel jednego z MNO - [informacje utajnione – pkt 171 załącznika] opisał główne elementy oferty (hurtowej – przyp. Prezesa UOKiK) spółki *Info-TV-FM*, wskazując słabe aspekty tej oferty w porównaniu z ofertą planowaną przez *Mobile TV*. Omówiono decyzję o podjęciu przez konsorcjum działań z zakresu PR. Operatorzy dokonali również oceny tej oferty, wskazując przy tym na ryzyko, które ich zdaniem zostało przerwane przez ITF na nich, jako odbiorców (hurtowych) usługi.

Pod hasłem: *Uwagi Mobile TV na temat oferty hurtowej* uczestnicy spotkania wskazali, że jest ona:

[informacje utajnione – pkt 172 załącznika]

W ocenie Prezesa Urzędu, należy uznać, że operatorzy wspólnie przeanalizowali ofertę hurtową, w tym m.in. jej warunki finansowe oraz zakres programów, wskazali jednocześnie słabe aspekty tej oferty, a w konsekwencji ocenili ją jako niewyważoną, niewiarygodną oraz zakwestionowali jej ważność. Działania te jednoznacznie wskazują, że operatorzy - jako detaliści świadczący usługi telefonii ruchomej, a zatem również jako konkurenci - wymieniali się na forum Mobile TV informacjami dotyczącymi warunków współpracy z ITF oraz ich oceny, wskazując na słabe aspekty przedstawionej przez tą spółkę oferty hurtowej, porównując ją do własnych założeń poczynionych w ramach wspólnego projektu DVB-H, a także oceniając ryzyko jakie wiąże się z podjęciem współpracy na określonych w niej warunkach. Operatorzy eliminowali tym samym wzajemną niepewność w odniesieniu do oceny oferty hurtowej ITF, co dawało im jednocześnie podstawę do przewidzenia ewentualnych zachowań konkurentów w zakresie świadczenia usług telewizji DVB-H. W ten sposób minimalizowali ryzyko uzyskania przewagi konkurencyjnej przez któregoś z MNO na skutek wprowadzenia do oferty detalicznej usług DVB-H we współpracy z ITF. Działania te spowodowały zatem, że nawet przy prowadzeniu przez każdego z MNO indywidualnych negocjacji z ITF, każdy z nich dysponował jednocześnie wiedzą odnośnie do oceny oferty hurtowej ITF przez swoich konkurentów oraz znał ich zamiary w odniesieniu do usług telewizji mobilnej DVB-H, dzięki czemu zminimalizowali ryzyko „wyjęcia” MNO z konsorcjum.

### **V.3.3. Uzgodnienia dotyczące publicznego kwestionowania oferty hurtowej Info-TV-FM**

W ramach zawartego porozumienia operatorzy dokonywali również uzgodnień odnoszących się do oferty hurtowej ITF. Uzgodnienia te dotyczyły krytykowania przez nich oferty ITF w publicznym PR, w szczególności kwestionowania jej ważności, wiarygodności, czy opłacalności. Uzgodnienia te miały potwierdzić dokonaną wspólnie przez MNO negatywną ocenę oferty hurtowej ITF i jako taką przedstawić ją „na zewnątrz”, niezależnie od tego, czy miało się to odbywać poprzez oświadczenia Mobile TV, czy też poprzez wypowiedzi poszczególnych operatorów.

Potwierdzeniem takich uzgodnień operatorów jest fakt, że na spotkaniu udziałowców Mobile TV w dniu 2 października 2009 r., po dokonaniu analizy tej oferty oraz wymianie informacji o jej ocenie, operatorzy podjęli jednogłośnie decyzję **o zaleceniu Zarządowi Mobile TV opublikowania komunikatu prasowego krytykującego ofertę spółki Info-TV-FM**. Ustalono, że *Mobile TV powinna zakwestionować ważność i wiarygodność oferty w publicznym PR. Mobile TV przygotowuje oświadczenia w ciągu 2 tygodni, które będą rozpowszechniane przez biura PR poszczególnych operatorów.*

Fakt dokonania uzgodnienia dotyczącego prowadzenia publicznej akcji PR przeciwko ofercie ITF, w ocenie Prezesa Urzędu, potwierdziła również PTC w toku niniejszego postępowania, wskazując, że: *Spotkanie Prezesów (spotkanie wspólników konsorcjum w dniu 2 października 2009 r. – przyp. Prezesa UOKiK) odbyło się kilka tygodni po przedstawieniu przez ITF pierwszej hurtowej oferty świadczenia usług DVB-H i odrzuceniu tej oferty przez każdego z Operatorów, jako biznesowo nieatrakcyjnej. W owym czasie dawało się zauważyć powstawanie pewnej presji medialnej, która w ocenie Operatorów mogła być sygnałem, iż już wówczas Operatorom mogły być stawiane zarzuty zмовы mającej za przedmiot nieprzyjęcia*

oferty ITF, pomimo jej rzekomej atrakcyjności dla Operatorów. W tym kontekście, w celu obrony dobrego imienia Operatorów, a także dla ich obrony przed zarzutami o działania antykonkurencyjne, Prezesi (wspólnicy konsorcjum – przyp. Prezesa UOKiK) **zdecydowali o zaleceniu Zarządowi Mobile TV opublikowania komunikatu prasowego przedstawiającego prawdziwy obraz oferty hurtowej ITF.** [...] Ostatecznie jednak zalecenie to nie zostało nigdy wykonane.

W tym miejscu należy odnieść się do stanowiska spółki PTC, która w toku postępowania wskazała, że użyte w odpowiednim fragmencie tekstu (oryginalnym, tj. w języku angielskim – wyj. Prezesa UOKiK) słowo „criticising” miało w niniejszym wypadku oznaczać, że komunikat prasowy ma być „analizujący”, „opiniujący” ofertę hurtową ITF, a nie jako krytykujący tę ofertę. W opinii Prezesa Urzędu nie można jednak zgodzić się z tym twierdzeniem spółki. Należy bowiem wskazać, że słowo *criticising*, zostało przetłumaczone jako *krytykujące* (a nie jak wskazała PTC, jako *analizujące, opiniujące*) w dokumencie przedstawionym Prezesowi Urzędu przez Mobile TV. Ponadto, o tym, że w przywoływanym fragmencie protokołu spotkania wspólników Mobile TV z dnia 2 października 2009 r. niewątpliwie chodziło o negatywną ocenę ww. oferty ITF, a tym samym o uzgodnienie przez operatorów wystosowania komunikatu krytykującego ją, świadczą również inne sformułowania, które znalazły się w przywoływanym dokumencie, wskazujące na to, że należy zakwestionować jej *ważność, wiarygodność; ryzyko* (wynikające z warunków oferty – wyj. Prezesa Urzędu) *po stronie detalicznej operatora sieci komórkowej; oferta jest niewyważona.*

Dowód:

Pismo PTC z dnia 5 października 2010 r.

Zanim MNO podjęli ww. decyzję, rozważali czy *Mobile TV* powinna podjąć działania PR wobec niewiarygodnej „oferty ITF”. Jako argument za podjęciem ww. działań operatorzy wskazali, iż *wiarygodność tej oferty jest ograniczona; stosunkowo łatwo można ją porównać z ofertą wiarygodną.* **Przeciwko takiemu działaniu operatorzy wskazali m.in. możliwy udział urzędu antymonopolowego** (potraktowanie działań operatorów jako zмовы ograniczającej konkurencję – wyj. Prezesa UOKiK).

Dowód:

Protokół ze spotkania wspólników Mobile TV z dnia 2 października 2009 r. oraz przygotowana na to spotkanie prezentacja.

W ocenie Prezesa Urzędu, operatorzy, mając świadomość ryzyka antymonopolowego, jakie niesie ze sobą dokonywanie przez nich ww. uzgodnień, w działaniach podejmowanych „na zewnątrz” konsekwentnie próbowali zachować pozory samodzielności. Świadczy o tym fakt, że oświadczenia o publicznym kwestionowaniu przez MNO oferty hurtowej ITF miały być rozpowszechniane przez biura PR poszczególnych operatorów (jako niezależne stanowiska każdego z nich z osobna), podczas gdy uzgodnień w tym zakresie dokonali razem, w wyniku wspólnej, negatywnej oceny tej oferty.

Potwierdzeniem, że doszło do ww. uzgodnienia dotyczącego prowadzenia akcji PR przeciwko ofercie ITF jest również fragment protokołu z posiedzenia zarządu [informacje utajnione – pkt 173 załącznika] z dnia 6 października 2009 r., gdzie przedstawiciel tego MNO - [informacje utajnione – pkt 174 załącznika]. Powyższa okoliczność wskazuje na uzgadnianie przez operatorów – przy wykorzystaniu Mobile TV jako platformy tych uzgodnień – jakie działania PR dotyczące oferty ITF powinny być podjęte, a także na uzgodnienie przez nich wspólnego udziału departamentów PR każdego z operatorów w komunikowaniu na zewnątrz szczegółów oceny oferty ITF.

Dowód:

Protokół z posiedzenia zarządu [informacje utajnione – pkt 175 załącznika] z dnia 6 października 2009 r.

W ocenie organu antymonopolowego dowodem uzgodnień operatorów dotyczących akcji PR jest również **wiadomość e-mail z 17 października 2009 r. od przedstawiciela P4 - [informacje utajnione – pkt 176 załącznika] do trzech innych osób z P4 [informacje utajnione – pkt 177 załącznika]**), w której odniósł się on do wypowiedzi prasowej jednego z przedstawicieli P4 - [informacje utajnione – pkt 178 załącznika] dotyczącej projektu telewizji mobilnej i **stwierdził, że [...] podjęliśmy decyzję, że bombardujemy PR-owo, więc to (wypowiedź ww. osoby z P4 - [informacje utajnione – pkt 179 załącznika] – przyp. Prezesa UOKiK) się dobrze wpisuje. Pozostaje jedynie pytanie – mówisz jako Play czy jako Mobile TV sp. z o.o.?**

Dowód:

Wiadomość e-mail od: [informacje utajnione – pkt 180 załącznika], temat: Re: ODP: tekst do „Pressa”, z 19 października 2009, 13:38.

Powyższy e-mail, w kontekście decyzji o zaleceniu zarządowi konsorcjum opublikowania komunikatu prasowego krytykującego ofertę hurtową ITF, podjętej na spotkaniu udziałowców Mobile TV w dniu 2 października 2009 r., wskazuje na to, że między operatorami doszło do uzgodnień („decyzji, że bombardują PR-owo”) w wyniku których przedstawiciele każdego z nich, wypowiadając się w mediach, mieli kwestionować ważność, wiarygodność, a także rzetelność oferty hurtowej ITF.

Istotny, z punktu oceny dokonywanych przez MNO uzgodnień dotyczących podjęcia akcji PR skierowanej przeciwko ofercie hurtowej ITF, jest fakt, że rzeczywiście po dokonaniu tego ustalenia w mediach pojawiły się wypowiedzi operatorów krytykujące warunki współpracy jakie zaproponowała im ITF, przykładowo.:

- w artykule z 1 listopada 2009 r., pt.: *DVB-H usługą CATV?*, opublikowanym w *TeleKabel*, gdzie wypowiedział się na temat DVB-H Wojciech Jabczyński, rzecznik Grupy Telekomunikacji Polskiej, której częścią jest PTK: *Wdrożenie usługi, która wymaga m.in. wysokich subsydiów telefonów, jest bardzo mało prawdopodobne. Trzeba pamiętać, że uruchomienie DVB-H musi opłacać się wszystkim partnerom. W artykule wskazano, że Wtórują mu (PTK – przyp. Prezesa UOKiK) pozostali z wielkiej czwórki (Play, Era, Plus) twierdząc, że oferta Info-TV-FM w obecnej postaci nie spełnia oczekiwań biznesowych;*

- w artykule z dnia 26 listopada 2009 r., pt.: *Komórka telewizorem?*, zamieszczonym na portalu internetowym [www.t-k.pl](http://www.t-k.pl), wskazano, że powołano się na słowa Wojciecha Jabczyńskiego, rzecznika Grupy Telekomunikacji Polskiej, który potwierdził, że *Info-TV-FM* złożyło *Orange* wstępną propozycję współpracy, ale według szefów tego operatora na dziś nie spełnia ona biznesowych oczekiwań. Dlatego też *Orange* sceptycznie odniosło się do możliwości współpracy z *Info-TV-FM*. *Orange* argumentuje to m.in. tym, że obecna sytuacja rynkowa wymaga m.in. wysokich subsydiów telefonów. A to sprawia, że wdrożenie usługi byłoby nieopłacalne. Podobne argumenty przedstawiła Polska Telefonii Cyfrowa. Niezainteresowany ofertą jest też *Play*. Mniej nieprzyjazna była tylko odpowiedź Polkomtela, którego rzecznik stwierdził, że oczekuje więcej szczegółów od oferty;

- w artykule z dnia 14 czerwca 2010 r., zatytułowanym *Koniec projektu DVB-H w Polsce*, zamieszczonym na portalu internetowym [www.rpkom.pl](http://www.rpkom.pl), powołano się na wypowiedzi przedstawicieli operatorów, z których wynikało, że nie są zainteresowani wprowadzeniem do swoich ofert telewizji mobilnej DVB-H: [...] - *Nie pracujemy teraz nad projektem mobilnej telewizji w technologii DVB-H. Hurtowa oferta tych usług, która została nam przedstawiona nie miała biznesowego uzasadnienia ani szansy na rynkowy sukces. Coraz więcej oznak wskazuje, że technologia DVB-H w ogóle nie spełniła pokładanych w niej nadziei. [...] W tej sytuacji trudno inwestować w nią tyle, ile wymaga tego sieć DVB-H. [...] Kiedy zaczynaliśmy projekt (projekt czterech operatorów dotyczący DVB-H – przyp. Prezesa UOKiK) zakładaliśmy 10-letni zwrot z inwestycji i to przy bardziej optymistycznych szacunkach rozwoju rynku. Dzisiaj nie wiem, czy sami kontynuowalibyśmy projekt gdybyśmy wygrali konkurs. Tym bardziej, że w ubiegłym roku mieliśmy do czynienia z kryzysem – powiedział Krzysztof Dziecioł, dyrektor Departamentu Usług Mobilnych w PTC. Zaznaczył przy tym, że pojawienie się *Info-TV-FM* jako jeszcze jednego podmiotu w łańcuszku firm, które chcą zarobić na mobilnej telewizji nie zmieniło radykalnie biznesplanu. Sieci komórkowe i tak przewidywały oddanie infrastruktury emisyjnej w outsourcing. Powolny rozwój techniki DVB-H zaszkodził projektowi mobilnej telewizji w Polsce znacznie bardziej niż chęć *Info-TV-FM*, aby na nim zarobić. [...] – Jesteśmy zainteresowani współpracą, w której nie przerzucane jest na nas ryzyko rozwoju działalności spółki *Info-TV-FM*. [...] DVB-H to przeszłość. To nie ma już żadnego sensu biznesowego. W tym momencie koncentrujemy się na streamingu, czekając na inne technologie. Proste, efektywne, przystępne dla wszystkich użytkowników – stwierdził Marcin Gruszka, rzecznik prasowy P4. [...] – Nie możemy zaakceptować tak długich umów. Wobec tempa rozwoju technologii podjęcie zobowiązań na dłużej niż 4-5 lat trudno sobie wyobrazić. Oczekiwalibyśmy również obniżenia opłat stałych i zwiększenia znacznie opłat uzależnionych od liczby użytkowników. To byłoby bardziej fair. Chcielibyśmy również jasnego określenia możliwości kształtowania przez nas oferty detalicznej, ustalenie reguł odnośnie do wprowadzania dodatkowo płatnych treści – powiedział Wojciech Muszyński, dyrektor Departamentu Strategii Polkomtela. Stwierdził on również: *Niewykluczone, że wdrożylibyśmy tę usługę, ale na racjonalnych warunkach. Jakich? Dzisiaj nie wiemy, ponieważ Info-TV-FM nie przedstawiła wszystkich danych, które umożliwiałyby dokonanie biznesowej oceny, Propozycje jakie przedstawiła ta spółka nie można uznać za ofertę w rozumieniu przepisów prawa.**

Należy przy tym podkreślić, że uzgodnienie MNO dotyczące podjęcia akcji PR mającej na celu podważenie wiarygodności oferty hurtowej ITF, stanowiło *de facto* kontynuację uzgodnień dokonywanych przez operatorów od lutego 2009 r. Oznacza to, że mimo podjęcia



w dniu 23 marca 2009 r. przez operatorów decyzji o samodzielnym prowadzeniu rozmów z ITF przez każdego z nich, MNO nie wycofali się z zawartego porozumienia. Operatorzy nie zaprzestali podejmowania wspólnych uzgodnień wpływających na podejmowane przez nich decyzji w zakresie prowadzonej przez nich działalności na szczeblu detalicznym, w tym swego rodzaju koordynacji zachowań odnoszących się do współpracy z ITF i świadczenia usług telewizji DVB-H.

W tym miejscu należy zauważyć, że z dokonanych ustaleń wynika, że jeden z operatorów, tj. P4, na pewnym etapie porozumienia wyrażał wobec pozostałych operatorów obawy co do tego, że dokonywanie ww. uzgodnień niesie ewentualne ryzyko antymonopolowe dla P4, jako tego który by się porozumiewał z konkurentami w sposób zakazany. Ponadto [informacje utajnione – pkt 181 załącznika], przedstawiciel spółki P4 poinformował osoby, z którymi pracuje w tej spółce, że zgłosił pozostałym udziałowcom konsorcjum, iż P4 nie chce poruszać tematu negocjowania z ITF wyłącznie przez Mobile TV, jako działającej z upoważnienia czterech operatorów, ponieważ wskazywanie przez wszystkich potencjalnych klientów ITF jednego partnera do rozmów jest potencjalnym kartelem po stronie popytu.

Dowód:

Korespondencja e-mail od: [informacje utajnione – pkt 182 załącznika], temat: RE: relacje Mobile TV sp. z o.o. a Info TV FM (81883-00005), z 18 marca 2009, 12:10.

W ocenie organu antymonopolowego, wskazane w niniejszej decyzji okoliczności jednoznacznie wskazują, że P4 brała udział w porozumieniu operatorów, a podniesione przez nią ww. obawy co do tego, że dokonywanie ww. uzgodnień niesie ewentualne ryzyko antymonopolowe dla tego operatora, jako tego który by się umówił z konkurencją, nie przełożyły się na faktyczne wycofanie przez P4 z dokonywania sprzecznych z prawem konkurencji uzgodnień z pozostałymi MNO.

Mając na względzie wskazane wyżej okoliczności Prezes UOKiK uznał, iż omówione działania operatorów noszą znamiona porozumienia w formie „uzgodnień dokonanych w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców”, o którym mowa w art. 4 pkt 5 lit. b ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz „praktyk uzgodnionych” w rozumieniu art. 101 ust. 1 TofUE.

#### **V.4 Cel lub skutek porozumienia operatorów jako naruszenia ciągłego**

Zgodnie z brzmieniem art. 6 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Cel lub skutek wskazane są jako przesłanki alternatywne. Oznacza to, że wystarczy, aby w rozstrzygnięciu sprawy organ antymonopolowy wykazał którąkolwiek z nich. Podobnie rzecz się ma w przypadku zakazu z art. 101 ust. 1 TofUE. Stanowi on, że zakazane są porozumienia, których „celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego”, a więc przesłanki celu i skutku mają – również w świetle tego przepisu – charakter alternatywny.

Cel porozumienia można określić jako wolę jego uczestników. Warto przy tym zauważyć, że dla określenia celu porozumienia podstawowe znaczenie ma jego obiektywny charakter, a nie subiektywne wyobrażenia jego stron o zamiarach czy motywach działania. Cel porozumienia wynika zatem wprost z całokształtu albo z przynajmniej części postanowień umowy, przy czym dla jego oceny należy także uwzględnić okoliczności jego realizacji.<sup>86</sup> Ponadto, dla określenia czy porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji nie tylko należy uwzględnić treść porozumienia, ale także inne czynniki, takie jak cele porozumienia jako takiego w danym kontekście gospodarczym i prawnym.<sup>87</sup> Należy również wskazać, że cel porozumienia ograniczającego konkurencję nie musi zostać osiągnięty, tzn. nie musi stać się jego skutkiem w taki sposób jak zaplanowano w umowie.<sup>88</sup>

Zakazem określonym w art. 6 ust. 1 ustawy i w art. 101 ust. 1 TofUE objęte są również porozumienia, których celem nie jest ograniczenie konkurencji, lecz które faktycznie taki skutek wywołały lub też mogą taki skutek wywołać w niedalekiej przyszłości. Nie ma zatem znaczenia brak wystąpienia po stronie przedsiębiorców zamiaru ograniczenia konkurencji. Zamiar taki nie musi także wynikać z – ocenianej obiektywnie – treści porozumienia. Z powyższego wynika zatem, że porozumienia, których celem samym w sobie nie było ograniczenie konkurencji mogą być zakazane, jeśli wywołują taki skutek. Negatywny skutek nie musi od razu wystąpić, wystarczy że porozumienie zostało zawarte i że istnieje prawdopodobieństwo, iż skutek wystąpi w najbliższej przyszłości.<sup>89</sup>

Jak wskazał zarazem SOKiK, „*bez względu na formę, każde uzgodnienie skierowane przeciw osobom trzecim może prowadzić do ograniczenia konkurencji, jeżeli taki był jego cel. Stwierdzenie (...) praktyki następuje w drodze wykazania wspólnych uczestnikom porozumienia zachowań, nawet jeżeli na rynku nie ujawniają się antykonkurencyjne skutki takiego działania*”<sup>90</sup>.

Prezes Urzędu stwierdził, że operatorzy zawarli porozumienie ograniczające konkurencję o charakterze ciągłym polegające na dokonywaniu uzgodnień odnośnie do kształtowania relacji z ITF, wymianie informacji o ofercie hurtowej ITF oraz dokonywaniu uzgodnień w zakresie tej oferty. Porozumienie zostało zawarte w lutym 2009 r., kiedy doszło do ustaleń polegających na wstrzymaniu bilateralnych rozmów z ITF, a zarazem brak jest podstaw do uznania, by do momentu wydania niniejszej decyzji praktyka została zaniechana.

W ocenie organu antymonopolowego, zarówno celem, jak i skutkiem porozumienia operatorów było ograniczenie konkurencji na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej oraz na hurtowym rynku telewizji mobilnej świadczonej w technologii DVB-H. W sprawie można zidentyfikować następujące, szczegółowo omówione poniżej, formy ograniczenia

---

<sup>86</sup> T. Skoczny, W. Szpringer, *Zakaz Porozumień Ograniczających Konkurencję I*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996.

<sup>87</sup> Wyrok TS z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-551/03 P *General Motors BV* wyrok TS w sprawie C-105/04 P *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied*, ECR 2006, s. I-8725, pkt 136.

<sup>88</sup> J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press 1999.

<sup>89</sup> T. Skoczny, W. Szpringer, *op. cit.*

<sup>90</sup> Wyrok SOKiK z 7 listopada 2005 r., sygn. akt XVII Ama 26/04.

konkurencji, które były celem, a zarazem możliwym skutkiem zidentyfikowanych w niniejszej decyzji działań operatorów:

- ograniczenie konkurencji na detalicznym rynku telefonii ruchomej po stronie podażowej tego rynku poprzez ograniczenie presji konkurencyjnej odnośnie do wprowadzenia usługi telewizji DVB-H do ofert operatorów, w zakresie której operatorzy mogliby konkurować, w konsekwencji którego pozbawiono użytkowników końcowych usług telefonii ruchomej możliwości korzystania z usług telewizji mobilnej w technologii DVB-H lub ograniczono im możliwości wyboru technologii z jakiej mogą korzystać przy korzystaniu z usług telewizji mobilnej.
- ograniczenie konkurencji na hurtowym rynku telewizji mobilnej DVB-H po stronie popytowej tego rynku, polegające na ograniczeniu presji negocjacyjnej poprzez wyeliminowanie niepewności co do kryteriów i sposobu oceny oferty między operatorami reprezentującymi stronę popytową w stosunku do ITF jako strony podażowej tego rynku, w konsekwencji którego ograniczono możliwości rozwoju hurtowego rynku telewizji mobilnej świadczonej w technologii DVB-H poprzez ograniczenie możliwości kontraktowych strony podażowej;

#### **V.4.1. Ograniczenie konkurencji na detalicznym rynku telefonii ruchomej po stronie podażowej tego rynku poprzez ograniczenie presji konkurencyjnej odnośnie do wprowadzenia usługi telewizji DVB-H do ich ofert, w zakresie której operatorzy mogliby konkurować**

W ocenie organu antymonopolowego, zarówno celem, jak i skutkiem porozumienia zawartego przez operatorów było wyeliminowanie lub w znacznym stopniu ograniczenie po stronie podażowej krajowego detalicznego rynku telefonii ruchomej presji konkurencyjnej poprzez wyeliminowanie niepewności między operatorami odnośnie do wprowadzenia usługi telewizji DVB-H do ich ofert lub innych potencjalnych działań rynkowych dotyczących tej usługi, w zakresie której mogliby konkurować.

Ograniczenie konkurencji w omawianym zakresie wiąże się z działalnością stron postępowania jako przedsiębiorców świadczących – w konkurencji do siebie – usługi telefonii ruchomej. W przypadku braku stwierdzonego porozumienia u każdego z operatorów istniałaby niepewność co do tego, czy któryś z pozostałych operatorów (jego konkurentów) zdecyduje się samodzielnie na współpracę z ITF i tym samym wprowadzenie usługi telewizji mobilnej DVB-H do swojej oferty detalicznej w zakresie usług telefonii ruchomych.

Zdaniem Prezesa Urzędu każdy z MNO miał świadomość, iż usługa telewizji mobilnej DVB-H, jako usługa dodana do podstawowych usług telefonii ruchomych, może stanowić istotny element gry konkurencyjnej na detalicznym rynku telefonii ruchomej. Poszerzenie o nią pakietu usług oferowanych w ramach usługi telefonii ruchomej przez jednego z operatorów mogłoby oddziaływać na postrzeganie tego operatora przez klientów – jego i jego konkurentów, zwiększyć jego przewagę konkurencyjną i tym samym rodzić dla pozostałych operatorów istotne zagrożenie konkurencyjne.

Potwierdzeniem tego jest stanowisko przedstawione przez P4, zgodnie z którym celem wspólnego (czterech operatorów) projektu DVB-H było [informacje utajnione – pkt 183 załącznika]. Podobne stanowisko zaprezentowała w toku niniejszego postępowania również PTC, która stwierdziła, że *operatorzy liczyli na to, że usługa telewizji mobilnej przyciągnie cennych dla Operatorów klientów (tj. ludzi młodych). [...] Z punktu widzenia PTC (ze względu na niedopuszczenie do wypracowania przez bezpośrednich konkurentów (czterech operatorów – przyp. Prezesa UOKiK) ewentualnej przewagi konkurencyjnej) nie wchodziło też oczywiście w grę nieprzystąpienie do konsorcjum [...], w którym brali udział trzej główni konkurenci*. Również prezes zarządu Grupy TP, do której należy PTK, stwierdził, że: [informacje utajnione – pkt 184 załącznika]. Podobnie spółka Polkomtel zdawała sobie sprawę z tego, że jej udział w konsorcjum jest dla niej korzystny, ponieważ: [informacje utajnione – pkt 185 załącznika].

Dowód:

7. Protokół z posiedzenia zarządu P4 z dnia 10 września 2008 r.;
8. Pismo PTC do Prezesa UOKiK z dnia 5 października 2010 r.;
9. Notatka z wyjaśnień prezesa zarządu TP, odebranych w dniu 17 sierpnia 2010 r. w toku kontroli TP;
10. Prezentacja dla zarządu Polkomtel na posiedzenie w dniu 13 sierpnia 2008r.;

Ponadto, ze względu na fakt, iż polski detaliczny rynek świadczenia usług telefonii ruchomej wszedł w fazę nasycenia, sami operatorzy, w toku postępowania koncentracyjnego przed Prezesem UOKiK dotyczącym utworzenia wspólnego przedsiębiorcy (Mobile TV – wyj. Prezesa UOKiK) wskazali, że: [informacje utajnione – pkt 186 załącznika]

Dowód:

Wniosek zgłoszeniowy z dnia 8 sierpnia 2008 r. w sprawie zamiaru koncentracji przedsiębiorców, polegającej na utworzeniu przez PTC, PTK, Polkomtel S.A. P4 wspólnego przedsiębiorcy (tzw. WID).

Mając na uwadze, że dla operatorów jako konkurentów nie jest bez znaczenia, czy określoną usługę posiada tylko jeden z nich, część czy każdy, nie można uznać za słuszne twierdzenie PTC, zgodnie z którym *wdrożenie albo niewdrożenie w sieciach poszczególnych Operatorów usług telewizji mobilnej w formacie DVB-H pozostaje całkowicie bez wpływu na konkurencję na detalicznym rynku telefonii ruchomej, gdyż usługi telewizji mobilnej DVB-H nie mają żadnego znaczenia dla poziomu konkurencyjności ofert poszczególnych operatorów telekomunikacyjnych. Jest to ewidentne zwłaszcza z punktu widzenia nabywców detalicznych usług telekomunikacyjnych, dla których – jak pokazuje doświadczenie wielu rynków – usługa ta nie jest atrakcyjna [...]*.

Dowód:

Pismo PTC do Prezesa Urzędu z dnia 5 października 2010 r.

Stanowiska te wskazują na zasadnicze założenie, którym operatorzy kierowali się zarówno na etapie rozpoczynania wspólnego projektu DVB-H, jak i na etapie po rozstrzygnięciu konkursu

na częstotliwości, kiedy to każdy z nich powinien podejmować decyzje o wprowadzeniu detalicznej usługi DVB-H samodzielnie. W kontekście bowiem pierwotnego założenia, że MNO chcą uniknąć sytuacji, w której któryś z nich zostanie „wyjęty” z konsorcjum (znajdzie się poza nim), uzasadnionym jest uznanie, że założenie to pozostało aktualne również po rozstrzygnięciu konkursu, co stworzyło obszar do dokonywania uzgodnień dotyczących kształtowania relacji ze zwycięzcą konkursu, wymiany informacji o jego ofercie hurtowej oraz dokonywaniu w jej zakresie uzgodnień, których celem i skutkiem było ograniczenie konkurencji.

W ocenie Prezesa Urzędu działania operatorów ze względu na swój charakter eliminowały presję konkurencyjną, w tym szczególnie niepewność odnośnie do ich potencjalnych działań rynkowych w zakresie świadczenia usług telewizji mobilnej DVB-H.

Należy przy tym podkreślić, że nie chodzi o niepewność rozwoju rynku telewizji mobilnej DVB-H, tak jak podniosła PTC, ponieważ przy wprowadzaniu nowej usługi taka niepewność istnieje zawsze. Potwierdzają to słowa [informacje utajnione – pkt 187 załącznika], przedstawiciela P4, który w wyjaśnieniach złożonych w toku kontroli P4 w dniu 3 grudnia 2009 r., stwierdził: [...] *Nikt (z operatorów – przyp. Prezesa UOKiK) oczywiście nie był w stanie ocenić jak ten rynek (telewizji DVB-H – przyp. Prezesa UOKiK) się rozwinie.* Chodzi natomiast o niepewność między konkurentami odnośnie do ich przyszłych działań rynkowych – w tym przypadku odnośnie do wprowadzenia lub nie usług telewizji mobilnej DVB-H do oferty detalicznej każdego z operatorów. Usunięcie takiej niepewności chroniło operatorów przed sytuacją, w której bezpośredni konkurent lub konkurenci wypracują ewentualną przewagę konkurencyjną wprowadzając jako pierwszy/pierwsie usługi DVB-H.

Operatorzy wyeliminowali ww. niepewność dokonując uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z ITF, odnoszących się do podjęcia lub wstrzymania rozmów z ITF dotyczących współpracy z tą spółką przez każdego z MNO w zakresie świadczenia usług DVB-H. Operatorzy eliminowali w ten sposób między sobą, jako konkurentami, czynnik niepewności w zakresie wprowadzenia na rynek usługi telewizji DVB-H, przekraczając tym samym granicę ich kontaktów biznesowych dopuszczalnych na płaszczyźnie konsorcjum.

Na ocenę, iż skutek ww. praktyki doszło do ograniczenia konkurencji na detalicznym rynku telefonii ruchomej wpływa okoliczność, że MNO uzgadniając wstrzymanie rozmów dwustronnych do 23 marca 2009 r. w znacznym stopniu ograniczyli, o ile nie wyeliminowali niepewności co do tego, że bezpośrednio po wygranej ITF żaden z nich nie wypracuje samodzielnie strategii względem tego przedsiębiorcy i dalsze kroki każdego z MNO będą wynikały z ich kolejnych uzgodnień. Dopiero po uzgodnieniu przez operatorów w dniu 23 marca 2009 r., że każdy z nich ma samodzielnie prowadzić negocjacje z ITF oraz, że wszyscy MNO oczekują od tej spółki oferty hurtowej, miały miejsce wstępne rozmowy operatorów ze zwycięzcą konkursu. Operatorzy skoordynowali zatem swoje działania w zakresie kształtowania relacji z ITF, podczas gdy decyzje o podjęciu negocjacji oraz współpracy z ITF, powinny być w warunkach rzeczywistej konkurencji podjęte przez każdego z nich indywidualnie, przy niepewności co do zachowań konkurentów. Należy przy tym podkreślić, że indywidualne decyzje operatorów w ww. zakresie powinny dotyczyć całego procesu

podejmowania takich decyzji, w szczególności kryteriów branych pod uwagę, a nie tylko formy prowadzenia negocjacji (np. osobne spotkania każdego z operatorów z ITF).

Dowód:

1. Pisma ITF z [informacje utajnione – pkt 188 załącznika] do Polkomtel, PTC, PTK, P4;
2. Pismo [informacje utajnione – pkt 189 załącznika]
3. Pismo ITF do Prezesa UOKiK z dnia 2 sierpnia 2009 r.

Należy przy tym podkreślić, że operatorzy mieli pełną świadomość, iż z punktu widzenia możliwości rozwoju rynku telewizji mobilnej w technologii DVB-H odgrywają istotną rolę. Stanowią bowiem naturalny kanał dystrybucji tej usługi. Oczywiście możliwe jest świadczenie detalicznych usług telewizji mobilnych przez innych przedsiębiorców, np. przez operatorów sieci kablowych lub operatorów MVNO, jednak nie na tak szeroką skalę jak z udziałem czterech największych operatorów telefonii mobilnej.

Dowód:

Wniosek zgłoszeniowy z dnia 8 sierpnia 2008 r. w sprawie zamiaru koncentracji przedsiębiorców, polegającej na utworzeniu przez PTC, PTK, Polkomtel S.A. P4 wspólnego przedsiębiorcy (tzw. WID).

W ocenie Prezesa Urzędu również ujawnianie przez operatorów swoim konkurentom informacji o indywidualnej ocenie oferty hurtowej ITF, a w konsekwencji dokonania wspólnej ich analizy i oceny oferty kontrahenta prowadzi do ograniczenia konkurencji na detalicznym rynku telefonii ruchomej poprzez ograniczenie presji konkurencyjnej odnośnie do wprowadzenia usługi telewizji DVB-H do ofert MNO, w zakresie której mogliby konkurować.

Podkreślenia wymaga przy tym fakt, że o ile oferta konkursowa ITF mogła być przedmiotem analizy i oceny przez operatorów jako udziałowców Mobile TV, co zresztą miało miejsce na ich spotkaniu w dniu 23 marca 2009 r., o tyle omawianie przez nich na forum konsorcjum oferty hurtowej, kierowanej przez ITF do każdego z nich z osobna jako detalisty nie miało prawa mieć miejsca.

W świetle powyższego, jako przejaw ograniczania konkurencji należy uznać działanie operatorów na spotkaniu wspólników konsorcjum w dniu 2 października 2009 r., na którym omówili szczegóły oferty hurtowej Info-TV-FM, którą spółka ta opublikowała w dniu 25 września 2009 r., kierując ją do potencjalnych odbiorców usługi, w tym do każdego z operatorów z osobna jako konkurentów na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej.

Bezspornym jest bowiem, że ocena tej oferty determinowała dalsze decyzje MNO dotyczące podjęcia lub niepodjęcia współpracy z ITF. Istotne jest przy tym, że w wyniku ww. wymiany informacji, operatorzy nie tylko dowiedzieli się, że konkurenci oceniają ją negatywnie, ale przede wszystkim poznali sposób i kryteria dokonania przez nich tej oceny (finansowe, techniczne). W takiej sytuacji, gdy każdy z czterech operatorów, wiedział według jakich kryteriów i w jaki sposób jego konkurenci oceniają ww. ofertę, stopień niepewności każdego

z nich co do oceny tej oferty przez konkurentów, a tym samym prawdopodobieństwa wprowadzenia przez nich w oparciu o tę ofertę usługi telewizji mobilnej w technologii DVB-H – został istotnie ograniczony, o ile nie wyeliminowany. Jeden z zasadniczych bodźców do wprowadzania innowacji produktowych – obawa, że zostaną one wcześniej wprowadzone przez konkurentów – został w ten sposób skutecznie stłumiony. Operatorzy wzmocnili te działania przez uzgodnienie dotyczące wspólnego, publicznego kwestionowania ważności oraz wiarygodności ww. oferty.

W świetle powyższego, omawianie przez operatorów na forum Mobile TV oferty hurtowej ITF, skierowanej do każdego z nich osobno jako do potencjalnego indywidualnego kontrahenta ITF, a w konsekwencji ujawnianie pozostałym MNO informacji związanych z indywidualną oceną tej oferty, a tym samym ze swoją detaliczną działalnością oraz dokonywanie uzgodnień mających na celu publiczną krytykę tej oferty należy ocenić jako niedopuszczalne i sprzeczne z prawem konkurencji.

Organ antymonopolowy nie kwestionuje przy tym podnoszonego przez operatorów faktu, że każdy z nich dokonał samodzielnej analizy oraz oceny oferty hurtowej ITF. Działaniem MNO, które legło u podstaw negatywnej oceny z punktu widzenia prawa antymonopolowego jest bowiem fakt, że po dokonaniu takich indywidualnych analiz i ocen, operatorzy wymieniali się swoimi uwagami na temat tej oferty. Dokonali oni również wspólne oceny tej oferty, wskazując przy tym na ryzyko, które ich zdaniem zostało przerzucone przez ITF na nich, jako odbiorców usługi.

Nie bez znaczenia jest przy tym, iż wpływ wymiany informacji na konkurencję zależy od cech i struktury rynku, na którym uczestnicy tej wymiany prowadzą działalność (takich jak koncentracja, przejrzystość, stabilność, symetria, itp.). Przy analizie wymiany informacji należy również brać pod uwagę naturę towarów/usług, których ta wymiana dotyczy.

W tym kontekście istotne jest z punktu widzenia ww. działań stron niniejszego postępowania jako ograniczających konkurencję, że czterej operatorzy, którzy wymieniali się ww. informacjami stanowią zasadniczą część strony podażowej w odniesieniu do usług DVB-H na detalicznym rynku telefonii ruchomej. Usługę telewizji mobilnej uznaje się bowiem za naturalną usługę dodaną telefonii ruchomej.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że Prezes Urzędu nie kwestionuje prawa operatorów do rozważania oraz podejmowania przez nich decyzji na temat ewentualnych (innych niż DVB-H) wspólnych projektów, realizowanych w ramach konsorcjum. Działania te nie powinny jednak stanowić uzgodnień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji, a właśnie takie działania miały miejsce w niniejszej sprawie.

Konsekwencją ograniczenia konkurencji na detalicznym rynku telefonii ruchomej jest pozbawienie użytkowników końcowych usług telefonii ruchomej możliwości korzystania z usług telewizji mobilnej w technologii DVB-H lub ograniczenie im możliwości wyboru technologii z jakiej mogą korzystać przy korzystaniu z usług telewizji mobilnej.

Należy przy tym podkreślić, że sami operatorzy w uzasadnieniu zgłoszenia zamiaru koncentracji stwierdzili, że: *Pojawienie się na rynku nowej usługi powinno również być pozytywnie ocenione przez konsumentów, dla których stworzony zostanie nowy produkt.* [informacje utajnione – pkt 190 załącznika]. Koncentracja, jak wskazali MNO, miała na celu przede wszystkim umożliwienie wszystkim zainteresowanym podmiotom świadczenie usług telewizji mobilnej dla użytkowników końcowych na poziomie detalicznym. Ocenili jednocześnie, że [informacje utajnione – pkt 191 załącznika]. Operatorzy stwierdzili również, że telewizja mobilna będzie dla nich cenną usługą dodaną do obecnie świadczonych usług telefonii ruchomej i najprawdopodobniej będzie oferowana klientom detalicznym w pakietach z dotychczasowymi usługami.

Dowód:

Wniosek zgłoszeniowy z dnia 8 sierpnia 2008 r. w sprawie zamiaru koncentracji przedsiębiorców, polegającej na utworzeniu przez PTC, PTK, Polkomtel oraz P4 wspólnego przedsiębiorcy (tzw. WID).

Zawierając porozumienie, w ramach którego operatorzy skoordynowali swoje działania w odniesieniu do działalności prowadzonej na szczeblu detalicznym, w tym również w zakresie ewentualnego świadczenia usług DVB-H, strony niniejszego postępowania pozbawiły użytkowników końcowych możliwości korzystania z telewizji mobilnej w technologii DVB-H oraz ograniczyli wybór technologii, z jakiej mogą korzystać przy korzystaniu z usług telewizji mobilnej.

#### **V.4.2. Ograniczenie konkurencji na hurtowym rynku telewizji mobilnej DVB-H po stronie popytowej tego rynku, polegające na ograniczeniu presji negocjacyjnej poprzez wyeliminowanie niepewności co do kryteriów i sposobu oceny oferty między operatorami reprezentującymi stronę popytową w stosunku do ITF jako strony podaźowej tego rynku**

W ocenie Prezesa Urzędu celem i skutkiem stwierdzonego porozumienia między operatorami jest również ograniczenie konkurencji na hurtowym rynku telewizji mobilnej DVB-H po stronie popytowej tego rynku, polegające na ograniczeniu presji negocjacyjnej poprzez wyeliminowanie niepewności co do kryteriów i sposobu oceny oferty między operatorami reprezentującymi stronę popytową w stosunku do ITF jako strony podaźowej tego rynku.

Operatorzy, na skutek zawartego porozumienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania uzgodnili wstrzymanie rozmów z ITF bezpośrednio po rozstrzygnięciu konkursu, poznali wzajemne oczekiwania odnośnie do warunków oferty hurtowej ITF, omówili szczegóły tej oferty, wskazując na słabe jej aspekty oraz ryzyko, jakie wiąże się z podjęciem ewentualnej współpracy na takich warunkach. Oznacza to, że w tym zakresie operatorzy całkowicie wyeliminowali między sobą element niepewności w odniesieniu do tego jak każdy z nich postrzega warunki współpracy oferowane przez zwycięzcę konkursu. Posiadając taką wiedzę, każdy z MNO mógł z łatwością przewidzieć działania rynkowe konkurentów w zakresie telewizji mobilnej DVB-H.



Potwierdzeniem wyeliminowania ww. niepewności w odniesieniu do indywidualnej oceny przez każdego operatora oferty hurtowej ITF, było uzgodnienie przez nich wspólnego komunikowania szczegółów tej oferty do wiedzy publicznej w sposób podważający jej ważność i wiarygodność. Działania te miały zatem niewątpliwie nie tylko cel, ale również i skutek antykonkurencyjny.

Konsekwencją ograniczenia konkurencji na hurtowym rynku telewizji mobilnej DVB-H po stronie popytowej tego rynku jest ograniczenie możliwości rozwoju hurtowego rynku telewizji mobilnej świadczonej w technologii DVB-H poprzez ograniczenie możliwości kontraktowych strony podaźowej.

Operatorzy stanowią zatem zasadniczą część strony popytowej hurtowego rynku telewizji mobilnej DVB-H. Usługę telewizji mobilnej uznaje się bowiem za naturalną usługę dodaną telefonii ruchomej. Stanowisko takie prezentowali sami operatorzy, chociażby w toku postępowania koncentracyjnego przed Prezesem UOKiK, dotyczącego utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, wskazując że usługa telewizji mobilnej DVB-H będzie stanowić usługę dodaną do aktualnie przez nich świadczonych usług telekomunikacyjnych. Operatorzy mieli zatem świadomość, że bez ich udziału, rozwój usługi telewizji mobilnej w technologii DVB-H będzie znacznie ograniczony. Przyczyna takiego stanu rzeczy jest oczywista. Odbiorcami telewizji mobilnej są osoby korzystające z urządzeń mobilnych, a zatem w przeważającej większości – klienci operatorów telefonii ruchomej. Bez współpracy ze wspomnianymi operatorami, świadczącymi detaliczne usługi w zakresie dostępu do telewizji mobilnej, wysoce utrudnione jest dotarcie do znaczącej liczby odbiorców przez świadczący usługi hurtowe podmiot, taki jak ITF, który nie dysponuje bezpośrednim dostępem do licznych klientów operatorów komórkowych.

Dowód:

Wniosek zgłoszeniowy z dnia 8 sierpnia 2008 r. w sprawie zamiaru koncentracji przedsiębiorców, polegającej na utworzeniu przez PTC, PTK, Polkomtel S.A. P4 wspólnego przedsiębiorcy (tzw. WID).

Innym czynnikiem istotnym z punktu widzenia ewentualnego powodzenia usługi DVB-H jest powiązanie jej wprowadzenia z wydarzeniem, które przyciągnie odbiorców, np. mistrzostwa świata lub Europy w piłce nożnej. Na przykładzie projektu włoskiego PTC wskazała w toku niniejszego postępowania, że telewizja mobilna nie miała być projektem samoistnie rentownym. Ideą projektu było związanie tego typu usług z klasycznymi usługami telefonii mobilnej, jako dodatkowej, atrakcyjnej usługi przyciągającej klienta.

Dowód:

Pismo PTC do Prezesa UOKiK z dnia 5 października 2009 r.

Według Prezesa Urzędu mając świadomość powyższego, operatorzy, zawierając porozumienie, w ramach którego dokonywali uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z ITF, wymieniali informacje o ofercie hurtowej tej spółki oraz dokonywali w odniesieniu do niej uzgodnień mających skrytykować ją publicznie, istotnie ograniczyli możliwości

kontraktowe ITF, czego skutkiem było ograniczenie możliwości rozwoju hurtowego rynku telewizji mobilnej DVB-H.

#### V.5. Stwierdzone porozumienie jako jedno, ciągle naruszenie

Mając na względzie wykazane wyżej cele i skutki porozumienia, Prezes Urzędu jest zdania, iż **przedmiotowe porozumienie** zawarte na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej pomiędzy Polkomtel, Polską Telefonią Cyfrową, Polską Telefonią Komórkową Centertel oraz P4, **należy zakwalifikować jako jedno ciągle naruszenie posiadające wspólny cel** w postaci ograniczenia konkurencji na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej oraz na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H i wywierające skutek w postaci ograniczenia konkurencji na tych rynkach.

W uzasadnieniu należy zauważyć, że w przedmiotowej sprawie czterej przedsiębiorcy będący stronami postępowania w niniejszej sprawie, tj. Polkomtel, PTC, PTK Centertel oraz P4, zawarli porozumienie polegające na: - dokonywaniu przez tych przedsiębiorców uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z ITF; - wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej ITF dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii DVB-H; - dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty. Prezes Urzędu przyjął zarazem, że **wymienione wyżej działania operatorów są przejawami jednego, ciągłego naruszenia zakazu** określonego w art. 6 ustawy i art. 101 ust. 1 TofUE. Oznacza to, że niezależnie od tego, że każde z nich przybiera inną formę i ma samodzielnie antykonkurencyjny charakter, są traktowane jako jedno porozumienie.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, w przypadku gdy uzgodnione praktyki i porozumienia stanowią część całego ciągu wysiłków podejmowanych przez przedsiębiorców w wykonaniu wspólnego celu w postaci ograniczenia konkurencji, Komisja Europejska jest uprawniona do uznania, że stanowią one jedno, ciągle naruszenie. W sprawie *Herkules v. Komisja*, SPI uznał, że sztucznym byłoby dzielenie takiego ciągłego zachowania, charakteryzującego się jednym celem, na oddzielne naruszenia<sup>91</sup>.

Przyjmuje się również, że na stwierdzenie istnienia jednego porozumienia nie ma wpływu okoliczność, że jego członkowie mogą do niego się przyłączać lub występować w okresie jego funkcjonowania. Co istotne, nie jest także konieczne wykazanie, że poszczególny jego uczestnik brał udział, wyrażał zgodę lub był świadomy każdego poszczególnego aspektu lub przejawu zakazanego porozumienia w całym okresie, w którym taki przedsiębiorca stosował się do wspólnego schematu działań<sup>92</sup>.

W sprawie *Komisja v Anic Partecipazioni SpA*, Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że porozumienia i uzgodnione praktyki, o których mowa w art. 101 ust. 1 TofUE muszą być wynikiem współpracy kilku przedsiębiorców, którzy są współsprawcami naruszenia, lecz

<sup>91</sup> Wyrok SPI w sprawie T-7/89 *SA Herkules Chemicals NV v Komisja*, Zb. Orz. Z 1991 r., II-1711, pkt 262-263; decyzja Komisji w sprawie IV/35.691, *Pre-Insulated Pipe Cartel*, Dz. Urz. WE z 1999 r., L 24/1, pkt 131; decyzja Komisji w sprawie *Citrid acid*, Dz. Urz. WE z 2002 r., L 239/18, pkt 143.

<sup>92</sup> Decyzja Komisji w sprawie IV/35.691, *Pre Insulated Pipe Cartel*, Dz. Urz. WE z 1999 r., L 24/1, pkt 134; decyzja Komisji w sprawie COMP/37.152 *Plasterboard*, pkt 426-427.

których udział może przybrać różną formę w zależności od charakterystyki rynku i pozycji zajmowanej na nim przez poszczególnego przedsiębiorcę, realizowanych celów oraz wybranych środków wprowadzenia w życie porozumienia. Wskazano także, że porozumienie może składać się nie tylko z odosobnionych aktów, lecz również z serii aktów lub ciągłego działania<sup>93</sup>.

Wypracowana oraz utrwalona w orzecznictwie Komisji i sądów UE koncepcja porozumienia ciągłego znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie. Praktyka ograniczająca konkurencję, którą stosowali operatorzy przejawiała się w kompleksowych działaniach polegających na dokonywaniu przez nich uzgodnień w zakresie kształtowania relacji z ITF, wymiany informacji o ofercie hurtowej tej spółki oraz dokonywaniu uzgodnień odnośnie do publicznego kwestionowania tej oferty. Działania te miały – jak zostało wykazane powyżej – wspólny cel oraz skutek.

Z ustalonego stanu faktycznego wynika, że udowodnione w sprawie porozumienie trwa od lutego 2009 r., a zarazem brak jest podstaw do stwierdzenia, że naruszenie to ustało do dnia wydania niniejszej decyzji. W stwierdzonych w niniejszej decyzji działaniach podejmowanych w ramach jednego, ciągłego porozumienia brali udział wszyscy jego uczestnicy - zwłaszcza na spotkaniach wspólników Mobile TV lub w formie korespondencji e-mail. Nawet, jeśli niektóre wykazane w decyzji ustalenia operatorów były podejmowane w niepełnym gronie, to albo były one następnie przekazywane pozostałym uczestnikom porozumienia, albo wynikało to z tego, że miały na celu realizację wcześniej dokonanego przez wszystkich operatorów ustalenia. Należy przy tym wskazać, że zgodnie z przywołanym wyżej orzecznictwem dotyczącym koncepcji jednego, ciągłego porozumienia, dla oceny działań poszczególnych uczestników porozumienia, bez znaczenia jest to, czy mają oni świadomość każdego aspektu zakazanego porozumienia w całym okresie stosowania się do uzgodnionego schematu działań.

## V.6 Brak wyłączenia

Na gruncie ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, jak i unijnego prawa ochrony konkurencji zasadą jest, iż porozumienia ograniczające konkurencję są zakazane z mocy prawa, o ile nie zostały wyłączone spod zakazu. Przepisy ww. ustawy oraz prawa UE przewidują trzy rodzaje wyłączeń: - dotyczącą porozumień bagatelnych tzw. zasadę *de minimis* – art. 7 ustawy oraz obwieszczenie Komisji *w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają w sposób odczuwalny konkurencji stosownie do art. 81 ust. 1 TWE* (obecnie art. 101 ust. 1 TofUE) (*de minimis*)<sup>94</sup>; - tzw. wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję – rozporządzenia Rady Ministrów wydane na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy oraz rozporządzenia Komisji wydane na podstawie upoważnienia przyznanego przez Radę; - tzw. wyłączenia indywidualne spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję – art. 8 ust. 1 ustawy oraz art. 101 ust. 3 TofUE.

<sup>93</sup> Decyzja Komisji w sprawie C-49/92P, *Komisja v Anic Participazioni SpA*, pkt 78-81, 83-85, 203; decyzja Komisji w sprawie COMP/38.620 *Hydrogen Peroxide and Perborate*, pkt 327.

<sup>94</sup> Dz. Urz. WE z 2001 r. C 368/07.

W odniesieniu do **porozumień bagatelnych** polski ustawodawca przyjął, że porozumienie przedsiębiorców o stosunkowo niskim udziale rynkowym nie zagraża konkurencji w stopniu uzasadniającym ingerencję organu antymonopolowego<sup>95</sup>. Z treści art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wynika, że zakazu porozumień nie stosuje się do porozumień zawieranych między konkurentami, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%. Z kolei w unijnym prawie ochrony konkurencji kwestię porozumień bagatelnych reguluje Obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają w sposób odczuwalny konkurencji stosownie do art. 81 ust. 1 TWE (*de minimis*). W pkt 7a tego Obwieszczenia wskazuje się, że porozumienia między przedsiębiorcami wpływające na handel pomiędzy Państwami Członkowskimi nie ograniczają odczuwalnie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TofUE, jeżeli łączny udział rynkowy posiadany przez strony porozumienia nie przekracza 10% na żadnym z rynków, których dotyczy porozumienie, o ile jest ono zawierane między konkurentami.

Omówione powyżej wyłączenie spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję jest uwzględniane przez organ antymonopolowy z urzędu.

Odnosząc powyższy wywód do niniejszej sprawy należy wskazać, że porozumienie operatorów, będące przedmiotem niniejszego postępowania nie może zostać uznane, stosownie do art. 7 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy oraz ww. Obwieszczenia, za bagatelne, tj. porozumienie nieograniczające w sposób odczuwalny konkurencji. Przesądza o tym fakt, że strony niniejszego postępowania – czterej operatorzy telefonii ruchomej, posiadają łącznie na detalicznym rynku telefonii ruchomej, na którym zawarto ww. porozumienie, ok. 99% udziału rynkowego. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem doktryny, „w przypadku porozumień pomiędzy konkurentami ustawa nakazuje uwzględnić ich łączny udział w rynku”, a więc „przepis ten odnosi się do rynku, na którym działają strony porozumienia. Rynek taki może, ale nie musi być tożsamy z rynkiem, na którym ujawniają się skutki porozumienia”<sup>96</sup>. Nawet gdyby przyjąć, że z punktu widzenia art. 7 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy istotny jest hurtowy rynek usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H, to zgodnie z piśmiennictwem, „jeśli w roku kalendarzowym poprzedzającym rok zawarcia porozumienia nie istniał w ogóle określony rynek produktowy, (...) [ww.] przepis nie będzie miał zastosowania”<sup>97</sup>. Taka sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie w przypadku hurtowego rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H.

W odniesieniu do **wyłączeń indywidualnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję** należy wskazać, że koncepcja tego rodzaju wyłączeń opiera się na założeniu o względnym charakterze zakazu porozumień ograniczających konkurencję<sup>98</sup>. W polskim prawie ochrony konkurencji, zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, ww. zakazu nie stosuje się do porozumień, które jednocześnie: 1) przyczyniają

<sup>95</sup> R. Wish, *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press 2009, s. 137.

<sup>96</sup> A. Stawicki: komentarz do art. 7 (w:) A. Stawicki, E. Stawicki (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2011.

<sup>97</sup> C. Banasiński, E. Piontek (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 225.

<sup>98</sup> A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, Warszawa 2005, s. 106.

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. W prawie UE zakaz określony w art. 101 ust. 1 TofUE nie ma zastosowania do porozumień, które łącznie spełniają wymienione w art. 101 ust. 3 TofUE przesłanki podniesienia efektywności działania<sup>99</sup>, zapewnienia konsumentom słusznej części zysku z porozumienia, niezbędności ograniczeń dla osiągnięcia celów porozumienia i niemożliwiania eliminacji konkurencji<sup>100</sup>. Artykuł 101 ust. 3 TofUE staje się tym samym instrumentem racjonalizacji zakazu z ust. 1 „w drodze samooceny (na etapie zawierania porozumienia) lub w drodze rozstrzygnięcia (decyzji lub wyroku) podjętego *ex post*”<sup>101</sup>.

Zarazem należy zauważyć, że zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ciężar udowodnienia okoliczności, o których mowa w ust. 1, spoczywa na przedsiębiorcy. Stosownie z kolei do art. 2 Rozporządzenia 1/2003 ciężar udowodnienia, iż przesłanki wyłączenia określone w art. 101 ust. 3 TofUE są spełnione spoczywa na przedsiębiorcy ubiegającym się o wyłączenie.

Należy wskazać, że żadna ze stron postępowania nie udowodniła, że ani nawet nie próbowała udowodnić, że w odniesieniu do porozumienia będącego przedmiotem postępowania istnieją podstawy indywidualnego wyłączenia spod zakazu porozumień z uwagi na spełnienie warunków wskazanych w art. 8 ust. 1 ustawy oraz w art. 101 ust. 3 TofUE.

Zarazem należy zauważyć, że rozpatrywane w tej decyzji porozumienie nie jest objęte **wylączeniem grupowym**.

Stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Rada Ministrów może, w drodze rozporządzenia, wyłączyć określone rodzaje porozumień spełniające przesłanki, o których mowa w ust. 1, spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1, biorąc pod uwagę korzyści, jakie mogą przynieść określone rodzaje porozumień. Z kolei w unijnym prawie ochrony konkurencji wyłączenie może wynikać ze stosownego rozporządzenia Komisji.

Żadne z rozporządzeń – polskich i unijnych – przewidujących wyłączenie grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie wyłącza spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy oraz art. 101 ust. 1 TofUE, porozumienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania.

## **VI. Ustosunkowanie się do stanowisk stron postępowania**

---

<sup>99</sup> D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Kraków 2004, s. 260.

<sup>100</sup> Szerzej np. R. Whish, *Competition Law*, Oxford 2009, s. 151–161.

<sup>101</sup> Por. A. Jurkowska, T. Skoczny, w: A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2008, s. 33.

Ustosunkowując się do stanowisk stron niniejszego postępowania, należy na wstępie zauważyć, że operatorzy w znacznym stopniu uzasadniali fakt niepodjęcia świadczenia usług telewizji mobilnej DVB-H szeregiem zagrożeń identyfikowanych przez siebie już na etapie konkursu Prezesa UKE i po rozstrzygnięciu tego konkursu, obaw dotyczących rentowności tej usługi i innych aspektów biznesowych wpływających na decyzje o wprowadzeniu lub niewprowadzeniu tej usługi do swojej oferty detalicznej.

Wobec powyższego należy podkreślić, że niniejszą decyzją Prezes Urzędu nie kwestionuje prawa operatorów do samodzielnego zdecydowania o wprowadzeniu lub niewprowadzaniu danej usługi do swojej oferty detalicznej. Decyzja taka powinna być jednak podejmowana przez każdego przedsiębiorcę samodzielnie, w oparciu o rachunek ekonomiczny. Natomiast identyfikowane przez przedsiębiorcę obawy co do zasadności wprowadzenia danej usługi do oferty nie mogą stanowić w żadnym stopniu uzasadnienia dla podejmowania działań uzgodnionych, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji.

Zarazem organ antymonopolowy stoi na stanowisku, że sam fakt występowania stwierdzonego porozumienia operatorów, jednoznacznie wskazuje na to, że mimo identyfikowanych różnych zagrożeń związanych z projektem telewizji mobilnej, operatorzy dostrzegali także potencjalne ryzyko wprowadzenia usługi na rynek przez któregoś z nich. W celu wyeliminowania tego ryzyka operatorzy zawarli porozumienie mające zapewnić, że decyzja w przedmiocie rozpoczęcia lub nierozpoczęcia świadczenia usług telewizji mobilnej nie zostanie podjęta samodzielnie przez któregoś z operatorów. Zachowanie takie należałoby uznać za niezwykle trudne do wyjaśnienia, gdyby brak uzasadnienia biznesowego dla wprowadzenia usług telewizji mobilnej DVB-H był oczywisty dla wszystkich stron niniejszego postępowania. Nie miałyby one bowiem wówczas żadnych powodów, by podejmować działania w celu poznania stanowiska konkurentów i skoordynowania z nimi zachowań wobec ITF, których sprzeczności z prawem konkurencji – jak wskazuje zgromadzony materiał dowodowy – niewątpliwie były świadome.

#### **VI.1. Nieopłacalność usługi DVB-H**

Jednym z kluczowych argumentów podnoszonych przez operatorów w toku niniejszego postępowania, uzasadniających niewprowadzenie do ofert detalicznych usługi telewizji mobilnej DVB-H oferowanej przez ITF jest nieopłacalność usługi, w tym wysokie koszty jej wdrożenia, w szczególności konieczność budowy nowej sieci nadawczej, gęstszej niż w przypadku sieci GSM, w celu uzyskania zasięgu w obrębie budynków, a także adaptacji systemu billingowego, czy subsydiowania terminali (telefonów) do odbioru telewizji DVB-H.

W ocenie Prezesa Urzędu argument ten nie uzasadnia jednak uzgadniania przez operatorów ich działań po rozstrzygnięciu konkursu.

Ponadto każdy z operatorów, podejmując decyzję o wspólnym projekcie DVB-H miał świadomość, że usługa ta – sama w sobie – nie jest rentowna. Potwierdzeniem tego są następujące stanowiska operatorów: Polkomtel już w sierpniu 2008 r., czyli jeszcze przed przystąpieniem do konkursu, zdawał sobie sprawę, że udział w konsorcjum jest [informacje utajnione – pkt 192 załącznika] Podobnie prezes zarządu Grupy TP, do której należy PTK

w wyjaśnieniach przedstawionych w toku kontroli TP w dniu 18 sierpnia 2010 r. stwierdził, że: [informacje utajnione – pkt 193 załącznika] Również były członek zarządu PTC wskazał, że przeprowadzony przez PTC business case wskazywał, że efekty projektu DVB-H mogą być [informacje utajnione – pkt 194 załącznika] Ww. były członek zarządu PTC wskazał również, że *sytuacja była krytyczna już w momencie rozstrzygnięcia konkursu, nie byliśmy zobowiązani do sprzedaży usług, nie wiedzieliśmy, czy uda się nam taką sieć stworzyć. Pomiędzy stworzeniem konsorcjum a finalizacją procedury przetargowej pojawiło się wiele różnych czynników i BC (Business Case – przyp. Prezesa UOKiK) się zmienił*; stwierdził również, że *za późno jest na tę technologię, była ona atrakcyjna w 2005 r., 2006 r., UKE straciło 2 lata, Info TV rok, za dużo czasu upłynęło. Byłoby to atrakcyjne, gdybyśmy mieli 5 mln użytkowników, ale jeżeli mamy wystartować w roku 2010 albo 2011, to jest za późno*. Podobne stanowisko odnośnie do rentowności usługi DVB-H wyraził [informacje utajnione – pkt 195 załącznika], przedstawiciel P4, który stwierdził, że: *Nawet przy dużym sukcesie DVB-H, Mobile TV szacowała, że udział tej usługi w przychodach operatorów będzie absolutnie marginalny*.

Dowód:

11. Prezentacja dla zarządu Polkomtel na posiedzenie w dniu 13 sierpnia 2008r.;
12. Notatka z wyjaśnień prezesa zarządu TP, odebranych w dniu 18 sierpnia 2010 r. w toku kontroli TP;
13. Notatka z wyjaśnień byłego członka zarządu PTC, odebranych w dniu 3 grudnia 2009 r. w toku kontroli PTC;
14. Notatka z wyjaśnień [informacje utajnione – pkt 196 załącznika], przedstawiciela P4, odebranych w dniu 3 grudnia 2009 r. w toku kontroli P4.

Mimo wymienionych wyżej okoliczności – świadomości niskiej rentowności usług DVB-H, operatorzy zdecydowali się utworzyć na koniec 2008 r. konsorcjum i wziąć udział w konkursie na częstotliwości DVB-H. Co więcej, wszystkie argumenty, które wskazali operatorzy, jako świadczące o niskiej rentowności projektu DVB-H, były im znane już na etapie podejmowania decyzji o rozpoczęciu tego projektu. Należy przy tym wskazać, że zanim czterech konkurentów – operatorów telefonii ruchomej, podjęło decyzję o realizacji wspólnego projektu, przeprowadzili analizy uwzględniające jego zasadność.

Dowód:

Wniosek zgłoszeniowy z dnia 8 sierpnia 2008 r. w sprawie zamiaru koncentracji przedsiębiorców, polegającej na utworzeniu przez PTC, PTK, Polkomtel oraz P4 wspólnego przedsiębiorcy (tzw. WID).

W świetle powyższego, niezrozumiałe jest powoływanie się przez MNO na argument niskiej rentowności usług DVB-H i uzasadnianie nim niewprowadzania za pośrednictwem ITF usług DVB-H, po rozstrzygnięciu konkursu na częstotliwości.

Odnosząc się do przedstawionych przez operatorów argumentów dotyczących nieopłacalności usług telewizji mobilnej DVB-H, w pierwszej kolejności należy odnieść się do specyfiki

detalicznego rynku telefonii ruchomej. Charakterystyczną cechą tego rynku jest bowiem oferowanie użytkownikom końcowym pakietów usług. Istotą tych pakietów jest dostosowanie ich do preferencji poszczególnych grup klientów operatora (użytkowników końcowych), którzy biorą pod uwagę cenę oraz jakość całego koszyka zaoferowanych usług, nie zaś indywidualne komponenty wchodzące w jego skład. Operatorzy analizują opłacalność danej oferty detalicznej jako pakietu, a nie jako jednej usługi wchodzącej w skład tego pakietu.

Okoliczności te są istotne z punktu widzenia oceny zasadności stanowiska operatorów, zgodnie z którym usługa telewizji mobilnej DVB-H jest nieopłacalna. Należy bowiem wskazać, że usługa telewizji mobilnej, niezależnie od rodzaju technologii w jakiej jest świadczona, jest usługą dodaną do podstawowych usług telefonii ruchomej, takich jak połączenia głosowe czy wiadomości SMS, której rolą jest zachęcenie określonej grupy odbiorców do wyboru operatora lub pozostania u dotychczasowego. Podstawowe usługi telefonii ruchomej, takie jak połączenia głosowe, czy wiadomości SMS stanowią konieczne minimum. Każdy operator posiada je w swojej ofercie. W takiej sytuacji istotnym elementem konkurencyjności jest, obok ceny, również rodzaj i jakość usług dodanych. Wiąże się to z faktem, że telefon komórkowy coraz częściej służy nie tylko do wykonywania połączeń głosowych czy wysyłania wiadomości SMS, ale również ma zapewnić dostęp do Internetu, poczty e-mail, portali społecznościowych, bankowości, zakupów *on-line*, a nawet do programów telewizyjnych; staje się więc multimedialnym narzędziem o szerokim zakresie funkcjonalności. O coraz większym zapotrzebowaniu użytkowników końcowych na tak szeroki zakres usług świadczonych przez operatorów telefonii ruchomych świadczy rosnące zainteresowanie nowoczesnymi modelami telefonów komórkowych typu smartfon. Obecnie, tego rodzaju telefony stanowią blisko 15 proc. rynku sprzedaży telefonów komórkowych w Polsce. W ofercie operatorów można znaleźć ok. 200 modeli smartfonów, podczas gdy w 2008 r. liczba ta wyniosła 113, w 2009 r. – 130 a w 2010 r. – 178<sup>102</sup>. Operatorzy mają więc świadomość, że rynek oczekuje od nich oferty, obejmującej nie tylko podstawowe usługi telekomunikacyjne, ale również szeroki wachlarz usług dodanych, jako komplementarnych do usług podstawowych, a jednocześnie wzbogacających ofertę oraz zwiększających lojalność użytkowników.

Jako jedną z usług dodanych operatorzy traktowali telewizję mobilną DVB-H, decydując się na wspólny projekt w tym zakresie. Z założenia usługa ta nie była priorytetowym projektem pod względem przychodów. Operatorzy traktowali ją jednak jako czynnik zachęcający dla obecnych i potencjalnych klientów. Każdy z operatorów musiał uwzględnić sytuację, w której jako jedyny nie świadczy usługi DVB-H. Strata spowodowana w takim przypadku odejściem grupy klientów zainteresowanych usługą DVB-H do konkurenta mogłaby być znacznie większa niż przychód z samej usługi DVB-H. Wówczas bowiem operator utraciłby cały przychód, który osiągał z tego użytkownika, a jednocześnie mogłoby to mieć negatywny wpływ na wizerunek firmy.

Potwierdzają to m.in. analizy PTC, z których wynika, że świadczenie usług telewizji mobilnej w technologii DVB-H miało na celu [informacje utajnione – pkt 197 załącznika]. Również Polkomtel, jako przesłanki przemawiające za jego udziałem w konsorcjum wskazał, iż [informacje utajnione – pkt 198 załącznika].

---

<sup>102</sup> Internet Standard, *Raport mobile 2011*, edycja I, maj 2011 r., s. 19.



Dowód:

1. Protokół z posiedzenia zarządu PTC z 8 kwietnia 2008 r. wraz z prezentacją;
2. Prezentacja dla zarządu Polkomtel, na posiedzenie w dniu 13 sierpnia 2008 r.

Również przedstawiciel PTC, Klaus Tebbe, były członek zarządu PTC stwierdził w wyjaśnieniach złożonych Prezesowi Urzędu w toku kontroli przeprowadzonej w PTC, że *case* (projekt DVB-H realizowany przez udziałowców Mobile TV) [informacje utajnione – pkt 199 załącznika]. PTC wskazała, że z jej punktu widzenia – [informacje utajnione – pkt 200 załącznika]

Dowód:

Notatka z wyjaśnień byłego członka zarządu PTC, odebranych w dniu 3 grudnia 2009 r. w toku kontroli PTC.

Powyższym stwierdzeniem PTC zaprzecza swojemu stanowisku, iż wdrożenie albo niewdrożenie w sieciach poszczególnych operatorów usług telewizji mobilnej DVB-H pozostaje całkowicie bez wpływu na konkurencję na detalicznym rynku telefonii ruchomej, ponieważ usługi te nie mają żadnego znaczenia dla poziomu konkurencyjności ofert poszczególnych operatorów.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że w stanowisku PTC widoczna jest niekonsekwencja. Z jednej strony bowiem, spółka wskazała na [informacje utajnione – pkt 201 załącznika] w związku z trwającym kryzysem gospodarczym, z drugiej jednak nie stwierdziła, że wśród [informacje utajnione – pkt 202 załącznika]. Jednocześnie PTC sama wskazała, że na posiedzeniu zarządu 18 sierpnia 2009 r. omawiano projekt DVB-H i porównano trzy *business case*'y w tym zakresie, tj. oparty na współpracy czterech operatorów i dwa we współpracy z ITF, przy czym jeden na warunkach przez nią zaproponowanych, a drugi w modelu *revenue share*. Spółka stwierdziła, że właśnie ten ostatni model może zapewnić minimalną rentowność projektu dla PTC w perspektywie dziesięcioletniej. Oznacza to, że argument o wpływie kryzysu gospodarczego na decyzję o świadczeniu bądź nie usług DVB-H nie miał przełożenia. Spółka, mimo trwającego kryzysu rozważała możliwość świadczenia tych usług w modelu *revenue share*.

Potwierdzeniem traktowania telewizji mobilnej DVB-H jako dodatku do usług telekomunikacyjnych świadczonych przez operatorów jest stanowisko P4, która wskazała: [informacje utajnione – pkt 203 załącznika]. Jak wskazał przy tym [informacje utajnione – pkt 204 załącznika], przedstawiciel P4: *Nawet przy dużym sukcesie DVB-H, Mobile TV szacowała, że udział tej usługi w przychodach operatorów będzie absolutnie marginalny.* Należy także wskazać na inne stwierdzenie [informacje utajnione – pkt 205 załącznika], przedstawiciela P4, zgodnie z którym: *Braliśmy udział w konkursie, ponieważ telewizja mobilna jest dobrym stymulatorem zużycia naszych podstawowych usług, w szczególności transmisji danych. Biznesem nie jest to, że klient kupi od nas ileś kanałów, ale to, że*

*oglądając je będzie generował dodatkowe płatne czynności lub kupował usługi. Tam się kończy telewizja i zaczyna telekomunikacja [...].*

Dowód:

Notatka z wyjaśnień [informacje utajnione – pkt 206 załącznika], przedstawiciela P4, odebranych w dniu 3 grudnia 2009 r. w toku kontroli P4.

Celem wspólnego projektu operatorów na szczeblu hurtowym – utworzenia konsorcjum i uzyskania częstotliwości DVB-H – było więc zapewnienie każdemu z operatorów równego dostępu do tych usług na szczeblu hurtowym w sytuacji ograniczonej dostępności częstotliwości przeznaczonych do świadczenia usług DVB-H, ale również podział kosztów i ryzyka, jakie wiązały się z tym przedsięwzięciem. Na szczeblu detalicznym operatorzy mieli natomiast samodzielnie podejmować decyzje w zakresie daty komercyjnego startu usługi telewizji mobilnej DVB-H, jej oferty cenowej oraz polityki w zakresie sprzedaży aparatów telefonicznych umożliwiających odbiór DVB-H, a także marketingu.

W świetle zaprezentowanego podejścia operatorów do roli usługi DVB-H, należy wskazać, że istotnym wydarzeniem, które mogło wpłynąć na promocję tej usługi były Mistrzostwa Świata w piłce nożnej w RPA w 2010 r. Nawet jeśli do tego czasu usługa nie funkcjonowałaby w całym kraju, to jak wynika z decyzji rezerwacyjnej, ITF już na koniec 2009 r. była zobowiązana do pokrycia kolejnych obszarów rezerwacji sygnałem radiowym niezbędnym do świadczenia usługi hurtowej DVB-H co najmniej na 10 obszarach wykorzystywania częstotliwości. Oznacza to, że przynajmniej w kilku dużych miastach usługa byłaby dostępna dla użytkowników końcowych. Operatorzy, zawierając porozumienie będące przedmiotem niniejszego postępowania wyeliminowali możliwość rozwoju usługi, nawet w minimalnym stopniu.

W świetle powyższego, należy ocenić, że argumenty operatorów na temat nieopłacalności usług DVB-H w żadnym stopniu nie wykluczają antykonkurencyjnego charakteru dokonywania przez nich uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z ITF, wymiany informacji o ofercie hurtowej oraz uzgodnień w zakresie publicznego kwestionowania tej oferty.

Niezasadny jest również argument PTC, że potwierdzeniem faktu, iż telewizja mobilna DVB-H cechuje się niską rentownością, jest okoliczność, że sama spółka ITF ubiega się w postępowaniu przed Prezesem UKE dotyczącym zmiany decyzji rezerwacyjnej o dopuszczenie neutralności technologicznej (w dniu 10 grudnia 2010 r. Prezes UKE wydał decyzję<sup>103</sup> zmieniającą rezerwację częstotliwości dokonaną przez Prezesa UKE decyzją nr DZC-WAP-5176-3/09(60) z dnia 26 czerwca 2009 r. na rzecz ITF, wprowadzając do tej rezerwacji neutralność technologiczną świadczenia mobilnych audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych, na obszarze całego kraju, w radiokomunikacyjnej służbie dyfuzyjnej). PTC, wskazując na ten argument, pominęła całkowicie okoliczność, iż w wyniku porozumienia operatorów możliwości kontraktowe ITF jako strony podażowej hurtowego rynku telewizji mobilnej DVB-H zostały istotnie ograniczone, co ograniczyło również możliwości rozwoju tego rynku.

<sup>103</sup> Decyzja Prezesa UKE z dnia 10 grudnia 2010 r., nr DZC-WAP-5176-7/09(131).

Nieopłacalność DVB-H operatorzy podnieśli również w kontekście kryzysu gospodarczego, wskazując, że miał on istotny wpływ na podejmowane przez nich decyzje w zakresie DVB-H.

Prezes Urzędu podkreśla, że dokonując oceny działań stron postępowania związanych z telewizją mobilną DVB-H, wziął pod uwagę kontekst rynkowy, w którym te działania były podejmowane i w tym kontekście uznał, że zawarte przez operatorów porozumienie ma antykonkurencyjny charakter. Organ antymonopolowy nie kwestionuje twierdzeń operatorów, zgodnie z którymi kryzys gospodarczy mógł mieć wpływ na podejmowane przez nich decyzje związane z prowadzoną działalnością, w tym m.in. dotyczące wprowadzania na rynek nowych produktów. Należy jednak podkreślić, że kryzys gospodarczy nie może stanowić uzasadnienia wszelkich działań przedsiębiorców, w tym zwłaszcza takich, które stanowią naruszenie prawa konkurencji. Istotne jest przy tym, że organ antymonopolowy nie kwestionuje samego faktu, że operatorzy nie podjęli współpracy z ITF, a w konsekwencji nie wprowadzili do swoich ofert usługi telewizji DVB-H, ale fakt, że zawarli w tym zakresie porozumienie ograniczające konkurencję polegające na uzgodnieniu dotyczącym kształtowania relacji z ITF oraz wymianie informacji o ofercie hurtowej oraz uzgodnieniach jej dotyczących.

W ocenie Prezesa Urzędu, brak jest również podstaw do uznania, że z uwagi na kryzys gospodarczy, w hipotetycznej sytuacji braku między operatorami porozumienia kwestionowanego tą decyzją, operatorzy w dalszym ciągu nie rozpoczęliby świadczenia usług telewizji mobilnej – we współpracy z przedsiębiorcą, który uzyskał rezerwację częstotliwości przeznaczonych do świadczenia usług telewizji mobilnej w technologii DVB-H.

## **VI. 2. Brak aparatów telefonicznych z tunerem DVB-H**

Operatorzy wskazują również, że jedną z istotnych przyczyn niewprowadzenia przez nich DVB-H jest brak wystarczającej liczby modeli telefonów obsługujących standard DVB-H. Jako przykład podają rynek holenderski, gdzie brak aparatów z DVB-H jest wskazywany jako jedna z przyczyn braku perspektyw rozwoju tych usług na rynku holenderskim - w momencie wprowadzenia tej usługi przez holenderskiego operatora telefonii ruchomej - KPN, tj. w czerwcu 2008 r., dostępne były w jego ofercie dwa modele telefonów: Samsung SGH-P960 oraz LG KB620. Następnie w połowie września 2008 r. (około trzy miesiące po rozpoczęciu świadczenia usługi DVB-H) do oferty dołączono kolejny model: Nokia N96. Natomiast w marcu 2010 r. holenderski operator KPN nie posiadał już w sprzedaży telefonów obsługujących standard DVB-H. Korzystanie z DVB-H umożliwiło skorzystanie z przystawki Nokia Mobile TV Receiver SU-33Wm, która współpracuje z czterema modelami telefonów Nokii znajdujących się w ofercie KPN (Nokia N86, Nokia N97 mini, Nokia E75 oraz Nokia 5800 XpressMusic)<sup>104</sup>.

W ocenie Prezesa Urzędu, w kontekście zarzucanej operatorom praktyki, niezasadny jest argument dotyczący braku szerokiej gamy telefonów w różnych przedziałach cenowych, co umożliwiłoby skierowanie oferty DVB-H do wszystkich (zróżnicowanych ze względu na

---

<sup>104</sup> Deloitte, *Analiza usługi telewizji mobilnej na holenderskim rynku usług telekomunikacyjnych*, marzec 2010, s. 14-15.

możliwości finansowe) grup użytkowników końcowych. Operatorzy sami bowiem przyznali w toku postępowania, że DVB-H ma charakter usługi niszowej, co oznacza, że jest ona skierowana do określonej grupy odbiorców. Jednocześnie do jej świadczenia nie jest konieczne dysponowanie szeroką gamą modeli telefonów. Potwierdzeniem tego jest fakt, że w projekcie pilotażowym telewizji mobilnej zorganizowanym przez MNO w 2008 r. operatorzy mieli świadomość, że dostępność telefonów z tunerem DVB-H nie jest powszechna i wykorzystali w pilotażu jeden model firmy Sagem. Natomiast ITF, testując DVB-H wzięło pod uwagę dwa urządzenia: Nokia N96 i przystawka Nokia SU33-W.

Dowód:

1. Notatka z wyjaśnień [informacje utajnione – pkt 207 załącznika] członka zarządu P4, odebranych w dniu 2 grudnia 2009 r. w toku kontroli P4;
2. Pismo Polkomtel do Prezesa UOKiK z dnia 27 czerwca 2011 r.

Ponadto, w 2008 r. standard DVB-H oferowali producenci telefonów tacy jak: Nokia, Motorola, Philips, Sagem, Sony, Ericsson, Samsung. Fakt, że w 2011 r. producenci oferują tylko pojedyncze modele telefonów DVB-H lub dostawki DVB-H do telefonów nie ma wpływu na ocenę działań operatorów w 2009 r., kiedy zawarli porozumienie ograniczające konkurencję, a kiedy producenci oferowali telefony z tunerem DVB-H i była możliwość zawarcia umowy w tym zakresie. Potwierdzeniem, że taka możliwość istniała są słowa [informacje utajnione – pkt 208 załącznika], przedstawiciela PTC, który wskazał: *Tak, prowadziliśmy rozmowy z producentami telefonów, było niewiele modeli potencjalnych telefonów. W praktyce żaden z producentów nie produkował telefonów z funkcją DVB-H jako oferty standardowej. Przygotowanie oferty detalicznej wymagałoby złożenia specjalnego zamówienia ze strony PTC. Tych spotkań, rozmów było kilka. Nie było żadnej decyzji co do aparatów. Żaden z producentów nie składał ofert komercyjnych, czekali aż im powiemy, że oczekujemy 10, 20, 50 tys. aparatów telefonicznych, a oni na m przygotowują ofertę.*

Dowód:

Notatka z odbierania wyjaśnień [informacje utajnione – pkt 209 załącznika], przedstawiciela PTC, odebranych w dniu 2 grudnia 2009 r. w toku kontroli PTC.

Należy przy tym podkreślić, że z punktu widzenia producentów ceny telefonów komórkowych są wypadkową strategii i współpracy z operatorami komórkowymi<sup>105</sup>.

W świetle powyższego nie jest uzasadnione twierdzenie Polkomtel, iż Operator, rozpoczynając projekt telewizji mobilnej DVB-H, musi mieć dostępne terminale w różnej cenie, różnych producentów i o różnym poziomie zaawansowania technologicznego, które umożliwiają korzystanie z takiej usługi. Operatorzy mieli bowiem świadomość, już na etapie rozpoczynania wspólnego projektu DVB-H (przed przystąpieniem do konkursu), że liczba telefonów do odbioru DVB-H nie jest szeroka i konieczne będzie składanie zamówień dostosowanych do potrzeb MNO u konkretnych producentów telefonów, mimo to jednak rozpoczęli ww. projekt i przystąpili do konkursu.

---

<sup>105</sup> P.Mucha-Orliński, dyrektor HTC na Europę Środkową i Wschodnią, w: *Gazeta Prawna z dnia 6 lipca 2011 r.*, M. Fura, *Smartfony gotowe na wszystko*.

Strony niniejszego postępowania wskazywały również na wysoki koszt aparatów telefonicznych z tunerem DVB-H ze względu na ich zaawansowanie technologiczne. W ocenie organu antymonopolowego, argument ten nie jest zasadny, bowiem z danych za 2010 r. dotyczących rynku telefonii ruchomej wynika, że dostępność aparatów zaawansowanych technologicznie zwiększa się a ich ceny są coraz niższe<sup>106</sup>.

Ponadto, w sytuacji, gdy żaden z operatorów nie był zainteresowany w 2009 r. wprowadzeniem usług DVB-H na detaliczny rynek telefonii ruchomej i w konsekwencji żaden z nich nie zgłosił jakiegokolwiek producentowi zapotrzebowania na telefony z możliwością odbioru DVB-H, trudno oczekiwać żeby telefony te były obecnie łatwo i w przystępnej cenie dostępne w Polsce.

W ocenie Prezesa Urzędu istotną okolicznością z punktu widzenia zasadności argumentu o wysokim koszcie telefonów z DVB-H jest fakt, że operatorzy mają w ofercie coraz więcej droższych telefonów – tzw. smartfonów, z uwagi na rosnące zainteresowanie nowoczesnymi modelami telefonów komórkowych tego typu. Obecnie, tego rodzaju telefony stanowią blisko 15 proc. rynku sprzedaży telefonów komórkowych w Polsce. W ofercie operatorów można znaleźć ok. 200 modeli smartfonów, podczas gdy w 2008 r. liczba ta wyniosła 113, w 2009 r. – 130 a w 2010 r. – 178<sup>107</sup>. Operatorzy mają więc świadomość, że rynek oczekuje od nich oferty, obejmującej nie tylko podstawowe usługi telekomunikacyjne, ale również szeroki wachlarz usług dodanych, jako komplementarnych do usług podstawowych, a jednocześnie wzbogacających ofertę oraz zwiększających lojalność użytkowników. Argument wskazujący na wysoki koszt telefonów do odbioru DVB-H nie jest zatem uzasadnieniem dla wycofania się przez operatorów z projektu DVB-H.

Tym samym nie można uznać, że z uwagi na brak wystarczającej liczby modeli telefonów obsługujących standard DVB-H operatorzy nie mogliby rozpocząć świadczenia usług telewizji mobilnej, nawet gdyby nie zawarli porozumienia kwestionowanego niniejszą decyzją.

### **VI.3. Alternatywne wobec DVB-H technologie**

Odnosząc się do stanowiska operatorów, w którym wskazują, że istnieją inne – lepsze - technologie umożliwiające świadczenie telewizji mobilnej, należy podkreślić, że istotną cechą rynku telefonii ruchomej jest znaczna dynamika zmian pod względem rozwoju technologii wykorzystywanych do świadczenia usług na tym rynku. Potwierdzeniem tego jest również stanowisko Prezesa UKE wyrażone w decyzji z dnia 1 marca 2011 r., nr DZC-WAP-5176-7/09(164)<sup>108</sup>, zgodnie z którym *Niezależnie od postępu, jaki w przyszłości może dokonać się w zakresie technik przesyłania programów radiofonicznych lub telewizyjnych bądź też świadczenia innych audiowizualnych usług medialnych niż programy telewizyjne [...]*. Oznacza to, że żywotność konkretnych technologii jest ograniczona w czasie i normalnym

<sup>106</sup> Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, *Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego za 2010 r.*, s. 41.

<sup>107</sup> Internet Standard, *Raport mobile 2011*, edycja I, maj 2011 r., s. 19..

<sup>108</sup> Decyzja utrzymująca w mocy decyzję w sprawie zmiany rezerwacji częstotliwości dokonanej przez Prezesa UKE decyzją nr DZC-WAP-5176-7/09(7) z dnia 26 czerwca 2009 r. na rzecz ITF.

zjawiskiem jest wypieranie dotychczasowych technologii nowszymi rozwiązaniami. Naturalnym jest więc, że w związku z tym, rynek telefonii ruchomej zmienia się, wraz z nim muszą zmieniać się modele biznesowe operatorów<sup>109</sup>.

Faktem bezspornym jest, że usługi telewizji mobilnej mogą być świadczone w przynajmniej kilku alternatywnych technologiach, przy czym każda z nich cechuje się innymi parametrami wpływającymi m.in. na jakość czy cenę usługi. Operatorzy w toku postępowania antymonopolowego wskazywali przede wszystkim na *streaming* (pakietowa transmisja danych) świadczonej w oparciu o dostęp do Internetu (np. usługi typu *video on demand – VoD*) oraz DVB-T<sup>110</sup>. Należy jednak wskazać, że każda z tych technologii ma swoje zalety, ale również wady, które znacząco wpływają na możliwość świadczenia z ich wykorzystaniem usług. W przypadku *streamingu* istotnym ograniczeniem jest przede wszystkim obciążenie sieci telekomunikacyjnej operatora, które rośnie proporcjonalnie do ilości użytkowników aktualnie oglądających video. W odniesieniu do DVB-T istotne jest, że technologia ta nie jest dostosowana do urządzeń przenośnych, co wpływa na gorszą, niż w DVB-H, jakość usługi telewizyjnej świadczonej w ruchu. Należy przy tym zwrócić przy tym uwagę, że wprowadzenie DVB-H miało na celu dostosowanie DVB-T dla urządzeń przenośnych.

Ponadto, istotny z punktu widzenia podnoszonych przez operatorów argumentów o istnieniu alternatywnych wobec DVB-H technologii jest fakt, że konkurs na częstotliwości niezbędne do świadczenia usług DVB-H został ogłoszony przez Prezesa UKE w październiku 2008 r., a operatorzy jako udziałowcy Mobile TV wzięli w nim udział. Wówczas trwały już prace nad wdrożeniem DVB-T w Polsce. Operatorzy musieli posiadać w tym zakresie wiedzę, a mimo tego zdecydowali się na udział w konkursie na częstotliwości do świadczenia usług telewizji mobilnej w DVB-H.

W świetle powyższego argumenty dotyczące istnienia alternatywnych wobec DVB-H technologii nie stanowią uzasadnienia dla dokonywania przez operatorów niezgodnych z prawem konkurencji uzgodnień w zakresie dotyczącym usług DVB-H.

#### **VI. 4. Niepowodzenie rozwoju telewizji mobilnej DVB-H w innych krajach**

Operatorzy wskazują również, że nie zdecydowali się wprowadzić do ofert detalicznych usług DVB-H, ze względu na niepowodzenie rozwoju tej usługi w innych krajach europejskich. W ocenie organu antymonopolowego argument ten nie uzasadnia jednak zakwestionowanych działań operatorów i nie dowodzi, by również w przypadku gdyby nie zostało zawarte porozumienie stwierdzone w niniejszej decyzji, żaden z operatorów i tak nie podjąłby się świadczenia usług telewizji mobilnej z uwagi na ww. okoliczność.

Należy bowiem wskazać, że przez kilka lat usługa telewizji mobilnej DVB-H rozwinęła się z powodzeniem w kilku krajach europejskich, tj.: Włochy, Holandia, Austria, Szwajcaria. W kilku krajach usługa również miała swój start komercyjny, jednak wystąpiły kłopoty w jej

---

<sup>109</sup> Jerzy Kalinowski, ekspert telekomunikacyjny KPMG w Europie Wschodniej i Centralnej, w: artykule M. Fury, *Telewizja publiczna bliżej Ery* z dnia 1 lutego 2011 r., strona internetowa: [dziennik.pl](http://dziennik.pl)

<sup>110</sup> DVB-T (*Digital Video Broadcasting–Terrestrial*) – naziemna telewizja cyfrowa.

rozwoju: we Francji, Finlandii, na Węgrzech. Brak powodzenia odnotowano natomiast w Niemczech.

Dowód:

[informacje utajnione – pkt 210 załącznika].

W ocenie Prezesa Urzędu, argumenty operatorów dotyczące niepowodzenia DVB-H w innych krajach w żadnym stopniu nie mogą przesądzać, że usługa ta nie rozwinęłaby się w Polsce. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że preferencje użytkowników w poszczególnych krajach są różne i nie ma podstaw, aby z góry przesądzać, że usługa ta nie spotka się z ich zainteresowaniem w danym kraju. Należy przy tym wskazać, że przykład relatywnej popularności telewizji mobilnej we Włoszech potwierdza istnienie potencjału rozwoju tej usługi również na innych rynkach<sup>111</sup>. Ponadto, usługi DVB-H rozwinęły się i obecnie cieszą się dużą popularnością w krajach azjatyckich, np. w Korei Południowej, Japonii.

## **VI. 5. Ustosunkowanie się do stanowiska Polkomtel**

W toku niniejszego postępowania Polkomtel podnosił, że zarzuty postawione przez Prezesa UOKiK w niniejszym postępowaniu są sformułowane niejasno i nieprecyzyjnie, co ogranicza spółce w istotny sposób prawo do obrony. W ocenie Prezesa Urzędu twierdzenie to nie znajduje jednak uzasadnienia. Spółka bowiem niekonsekwentnie z jednej strony podniosła, że [...] *nie ma właściwie świadomości, jakie konkretne działania polegające na rzekomym „dokonywaniu uzgodnień” mają stanowić naruszenie prawa konkurencji*, z drugiej natomiast, wprost wskazała jakie, jej zdaniem, zachowanie operatorów Prezes Urzędu zakwalifikował jako porozumienie mogące ograniczyć konkurencję – *Otóż, w ocenie Prezesa UOKiK, operatorzy którzy przed konkursem byli rzekomo bardzo zainteresowani pozyskaniem częstotliwości i rozpoczęciem świadczenia usług telewizji mobionej DVB-H, z chwilą przegrania konkursu przez Mobile TV odstąpili od wdrożenia usługi telewizji mobilnej DVB-H – oraz oceniła, że organ przyjął uproszczoną, a przez to błędną ocenę działań MNO.*

Odnosząc się do stanowiska Polkomtel przedstawionego w toku niniejszego postępowania pismem z dnia 6 października 2011 r., należy podkreślić, że Prezes Urzędu w żadnym stopniu nie kwestionuje prawa operatorów do konsultowania się w sprawach związanych z różnymi aspektami funkcjonowania spółki Mobile TV, której są udziałowcami (np. w przedmiocie kwestionowania bądź nie wyników konkursu, komentarzy dotyczących konkursu dla prasy, czy dalszych losów konsorcjum). Podkreślenia jednak wymaga, że zgoda wyrażona przez organ antymonopolowy na dokonanie koncentracji polegającej na utworzeniu przez operatorów wspólnego przedsiębiorcy (decyzja z dnia 5 grudnia 2008 r. nr DKK- 94/08) obejmowała tylko współpracę MNO na szczeblu hurtowym, a nie na szczeblu detalicznym. Z dokumentów przedstawionych przez operatorów w toku postępowania w sprawie ww. koncentracji wynikało wyraźnie, że obszar ich ewentualnej współpracy, który został poddany kontroli Prezesa UOKiK w ramach podejmowania decyzji o wyrażeniu zgody na utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, dotyczył wyłącznie hurtowych audiowizualnych usług medialnych, a nie usług detalicznych. To zaś oznacza, że zgoda Prezesa UOKiK na

---

<sup>111</sup> Deloitte, *Analiza usługi telewizji mobionej na holenderskim rynku usług telekomunikacyjnych*, marzec 2010, s. 42.

utworzenie przez MNO wspólnego przedsiębiorcy nie obejmowała ich współpracy na szczeblu detalicznym, a właśnie taka współpraca jest przedmiotem niniejszej decyzji.

W tym kontekście, a wbrew twierdzeniom Polkomtel, należy interpretować również treść [informacje utajnione – pkt 211 załącznika]. To oznacza, wbrew stanowisku Polkomtel, że przywoływane przez Polkomtel postanowienie tego dokumentu, [informacje utajnione – pkt 212 załącznika] dotyczy wyłącznie współpracy operatorów oraz przedsiębiorcy przez nich utworzonego, nie zaś każdego podmiotu, który wygrał konkurs (ostatecznie spółki ITF). Uznanie, jak sugeruje Polkomtel, że ww. postanowienie odnosiło się do każdego zwycięzcy konkursu stoi bowiem w sprzeczności zarówno ze wskazanym Prezesowi Urzędu przez MNO zamiarem ww. koncentracji, jak również z decyzją Prezesa Urzędu wyrażającą zgodę na utworzenie przez operatorów wspólnego przedsiębiorcy – dokumenty te odnoszą się bowiem wyłącznie do świadczenia usług hurtowych. Ponadto, interpretując treść ww. dokumentu należy wyjść od jego preambuły [informacje utajnione – pkt 213 załącznika]. Za takim sposobem wykładni przemawia orzecznictwo Sądu Najwyższego, zgodnie z którym *wykładając oświadczenie woli zawarte w umowie należy brać pod uwagę treść wszystkich jej postanowień, a nie jedynie fragmentu niejasnego oraz dążyć do nadania jej racjonalnego sensu, zgodnego z celem umowy i interesami stron. Przy takiej ocenie istotne są nie tylko okoliczności zawarcia umowy, lecz również zachowanie stron już po jej zawarciu oraz sposób wykonania przez nie umowy, który może jednoznacznie przesądzać, co było wolą stron, niejasno wyrażoną w tekście umowy*<sup>112</sup>. W tym kontekście nie bez znaczenia dla interpretacji ww. postanowienia [informacje utajnione – pkt 214 załącznika] pozostaje również fakt, iż został on zawarty [informacje utajnione – pkt 215 załącznika].

Tym samym nieuzasadnione jest twierdzenie Polkomtel, jakoby Prezes Urzędu – wydając zgodę na utworzenie przez MNO wspólnego przedsiębiorcy (Mobile TV) – zgodził się jednocześnie na dokonywanie przez operatorów wspólnego ustalania modelu współpracy z ITF. W konsekwencji działania operatorów będące przedmiotem niniejszego postępowania nie były objęte zgodą na utworzenie przez MNO wspólnego przedsiębiorcy. Niezasadny jest zatem również zarzut Polkomtel, jakoby Prezes Urzędu, wszczynając niniejsze postępowanie antymonopolowe, naruszył art. 8 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.).

W opinii Prezesa Urzędu niezasadne jest również twierdzenie Polkomtel, zgodnie z którym ITF nie wykonała zobowiązań wynikających z punktów I.1.1 oraz I.1.6 decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 26 czerwca 2009 r., nr DZC-WAP-5176-3/09(60). Należy bowiem podkreślić, że z informacji udzielonych przez Prezesa UKE w piśmie z dnia 16 sierpnia 2010 r., w odpowiedzi na pismo Prezesa UOKiK z dnia 4 sierpnia 2010 r., z informacji zawartych w *Raporcie o wykonaniu zobowiązań rezerwacyjnych* opublikowanym w dniu 16 lipca 2010 r. na stronie internetowej: [www.uke.gov.pl](http://www.uke.gov.pl), a także z treści *Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego*, opublikowanego w dniu 30 czerwca 2010 r. wynika, że ITF wykonała zobowiązania nałożone na tę spółkę ww. decyzją rezerwacyjną. Należy przy tym wskazać stanowisko Polkomtel przedstawione w toku niniejszego postępowania (w jednym z dwóch pism z dnia 7 października 2011 r.), zgodnie z którym *Prezes UKE weryfikuje ofertę* (ofertę hurtową ITF – przyp. Prezesa UOKiK) *jedynie w kontekście decyzji*

---

<sup>112</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2008 r., III CSK 163/08.



rezerwacyjnej, nie zaś w kontekście eksploatacji [...]. W ocenie Prezesa UOKiK, Polkomtel przyznał zatem, iż Prezes UKE jest właściwy do oceny wykonania przez przedsiębiorcę zobowiązań rezerwacyjnych. W świetle tego, jako tym bardziej niezasadne należy uznać ww. twierdzenie Polkomtel o niewykonaniu zobowiązań rezerwacyjnych przez ITF, którym *de facto* podważa stanowisko Prezesa UKE.

W ocenie organu antymonopolowego, jako niezasadny należy ocenić argument Polkomtel, wskazujący, że wobec faktu, iż decyzja rezerwacyjna z dnia 26 czerwca 2009 r. była nieprawomocna do czerwca 2010 r., wspólnicy Mobile TV mieli uzasadnioną podstawę do nieangażowania się w kontraktowanie z ITF, ponieważ nie mieli pewności, czy spółka ta będzie ostatecznie dysponowała dobrem mającym być przedmiotem kontraktowania (częstotliwościami DVB-H).

Odnosząc się do tego argumentu, w opinii Prezesa Urzędu, należy w pierwszej kolejności wskazać na wewnętrzną sprzeczność w stanowiskach przedstawianych w toku niniejszego postępowania przez Polkomtel. Z jednej bowiem strony, operator podniósł, że ITF nie wykonała zobowiązań wynikających z decyzji rezerwacyjnej, czym dał wyraz, że akceptuje tę decyzję jako podstawę prawną nałożonych na zwycięzcę konkursu obowiązków, a tym samym podstawę ewentualnej współpracy z ITF oraz oczekiwał, by zgodnie z nałożonym rygiorem natychmiastowej wykonalności ITF spełniała te obowiązki. Z drugiej natomiast strony Polkomtel wskazał, że nieprawomocność ww. decyzji była czynnikiem uzasadniającym jego nieangażowanie się we współpracę z ITF. Należy przy tym podkreślić, że na poparcie tego twierdzenia operator nie przedstawił Prezesowi Urzędu żadnych dowodów wskazujących na uwzględnienie ryzyka wiążącego się z nieprawomocnością ww. decyzji w kontekście podjęcia przez niego bądź nie współpracy ze zwycięzcą konkursu. Z materiału dowodowego w sprawie wynika natomiast, że operator, w odniesieniu do niepodejmowania współpracy z ITF, wskazywał, iż spółka ta nie wywiązała się z obowiązków nałożonych decyzją rezerwacyjną i nie zaproponowała kompleksowej oferty hurtowej, która uwzględniałaby wszelkie zasady współpracy z kontrahentami.

W ocenie Prezesa Urzędu, szczególnie istotnym czynnikiem wskazującym na niezasadność twierdzenia Polkomtel, jakoby nieprawomocność decyzji stanowiła dla operatora uzasadnienie dla nieangażowania się w kontraktowanie z ITF, jest fakt, że Polkomtel [informacje utajnione – pkt 216 załącznika]. Ostatecznie nie doszło do nawiązania współpracy między Polkomtel oraz ITF, jednak operator nigdy nie wskazywał, że powodem tego była nieprawomocność decyzji rezerwacyjnej i wynikające stąd dla niego ryzyko.

Ustosunkowując się do twierdzeń Polkomtel dotyczących zmiany decyzji rezerwacyjnej poprzez przyznanie ITF neutralności technologicznej w zakresie świadczenia audiowizualnych usług medialnych<sup>113</sup>, należy wskazać, że ww. zmiana pozostaje bez wpływu na dokonaną przez Prezesa Urzędu kwalifikację zarzucanych operatorom działań jako porozumienia ograniczającego konkurencję. Przedmiotowa zmiana w szczególności nie może uzasadniać zawarcia przez operatorów porozumienia stwierdzonego niniejszą decyzją.

W ocenie Prezesa Urzędu wniosek dowodowy Polkomtel z dnia 7 października 2011 r. o przeprowadzenie dowodu z wszystkich dokumentów znajdujących się w aktach postępowania administracyjnego prowadzonego przez Prezesa UKE w sprawie zmiany

---

<sup>113</sup> Zmiana wprowadzona decyzją Prezesa UKE z dnia 10 grudnia 2010 r., nr DZC-WAP-5176-7/09(131).

Decyzji rezerwacyjnej nr DZC-WAP-5176-7/09 oraz akt innych postępowań Prezesa UKE, w których ITF posiadała status strony, na okoliczność:

- precyzyjnego ustalenia dat i treści składanych przez ITF kolejnych wniosków i pism w sprawach prowadzonych przez Prezesa UKE i dotyczących rynku telewizyj, w szczególności telewizji mobilnej;
  - ustalenia przebiegu i okresu trwania postępowania oraz przyczyn, dla których Prezes UKE zdecydował się na zmianę Decyzji rezerwacyjnej.
- nie zasługuje na uwzględnienie.

W uzasadnieniu zajętogo stanowiska należy zauważyć, że postępowanie dowodowe przez Prezesem Urzędu jest częściowo uregulowane w ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów*. W zakresie nieuregulowanym natomiast, stosownie do treści art. 84 tej ustawy, stosuje się odpowiednio art. 227-315 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 ze zm.) – dalej jako k.p.c.

Należy wskazać, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego, *możliwe jest jedynie dopuszczenie w charakterze dowodu określonych dokumentów zawartych w aktach innej sprawy, bowiem art. 244 i następne k.p.c. przewidują tylko dowody z dokumentów, a nie dowód z akt innej sprawy. Bez naruszenia zasady bezpośredniości przewidzianej w art. 235 k.p.c., możliwe jest jedynie dopuszczenie dowodu z poszczególnych, ściśle określonych dokumentów [...]* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 2008 r., sygn. akt III CSK 344/07; por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. akt III CSK 94/10).

W kontekście powyższego, zdaniem Prezesa UOKiK, ww. wniosek dowodowy Polkomtel nie może zostać uwzględniony, ponieważ Spółka wniosła o przeprowadzenie dowodu z wszystkich dokumentów znajdujących się w aktach postępowań administracyjnych prowadzonych przez Prezesa UKE, w których ITF posiadała status strony. Oznacza to, że Spółka nie tylko nie określiła konkretnych dokumentów, ale również nie wskazała dokładnie postępowań, w aktach których te dokumenty miałyby się znajdować.

#### **VI.6. Ustosunkowanie się do stanowiska P4**

P4 podniosła w niniejszej sprawie, że nie była uczestnikiem porozumienia ograniczającego konkurencję, na potwierdzenie czego wskazała okoliczności, z których jej zdaniem jednoznacznie wyraziła sprzeciw wobec podejmowania przez MNO wspólnych działań. Spółka wskazała m.in., że wyraziła wobec pozostałych operatorów obawy co do tego, że dokonywanie uzgodnień dotyczących prowadzenia negocjacji z ITF przez Mobile TV w imieniu MNO niesie ewentualne ryzyko antymonopolowe dla P4, jako tego który by się porozumiewał z konkurentami w sposób zakazany. Ponadto [informacje utajnione – pkt 217 załącznika], przedstawiciel spółki P4 poinformował osoby, z którymi pracuje w tej spółce, że zgłosił pozostałym udziałowcom konsorcjum, iż P4 nie chce poruszać tematu negocjowania z ITF wyłącznie przez Mobile TV, jako działającej z upoważnienia czterech operatorów, ponieważ wskazywanie przez wszystkich potencjalnych klientów ITF jednego partnera do rozmów jest potencjalnym kartelem po stronie popytu.

Należy podkreślić, że prawidłowości uznania za stronę porozumienia przedsiębiorcy uczestniczącego w spotkaniu, na którym dokonywane są antykonkurencyjne uzgodnienia, nie wyklucza fakt, że udział tego przedsiębiorcy w spotkaniu jest milczący<sup>114</sup>.

Uznanie, że przedsiębiorca uczestniczący w takim spotkaniu nie był stroną antykonkurencyjnego porozumienia, zależy od tego, czy przedsiębiorca zdystansował się publicznie w stosunku do zapadłych na spotkaniu ustaleń<sup>115</sup>. Taka sytuacja nie występuje w rozpatrywanej tutaj sprawie. W ocenie organu antymonopolowego, wskazane w niniejszej decyzji okoliczności jednoznacznie wskazują, że P4, brała udział w porozumieniu operatorów, a podniesione przez nią ww. obawy co do tego, że dokonywanie ww. uzgodnień niesie ewentualne ryzyko antymonopolowe dla tego operatora, jako tego który by się umówił z konkurencją, nie przełożyły się na faktyczne wycofanie przez P4 z dokonywania sprzecznych z prawem konkurencji uzgodnień z pozostałymi MNO.

Należy wskazać, że P4 ograniczyło się jedynie do wyrażenia obaw wobec uzgodnień *de facto* i do wstrzymania się od głosu przy podejmowaniu decyzji o dalszych działaniach, natomiast spółka nie sprzeciwiła się realizacji woli większości głosujących i nie zerwała uzgodnień. Ponadto spółka nie tylko nie zdystansowała się publicznie od antykonkurencyjnych działań opisanych w tej decyzji, ale wręcz aktywnie uczestniczyła w realizacji antykonkurencyjnych uzgodnień z pozostałymi operatorami.

W szczególności aktywnej roli P4 w realizacji praktyki ograniczającej konkurencję określonej w sentencji niniejszej decyzji dowodzi udział przedstawicieli operatora P4 we wspólnej ocenie oferty hurtowej ITF, która miała miejsce na spotkaniu udziałowców konsorcjum w dniu 2 października 2009 r. oraz zajęcie głosu za tym, iż Mobile TV powinna zakwestionować ważność i wiarygodność oferty hurtowej ITF w publicznym PR. Aktywnego udziału P4 w porozumieniu dowodzi również przywoływany już e-mail z 19 października 2009 r. wysłany przez osobę zaangażowaną w projekt telewizji mobilnej DVB-H do innych osób wewnątrz tej spółki i wyrażnie dotyczący uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania ważności, wiarygodności, a także rzetelności oferty hurtowej ITF..

W świetle powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu również fakt, że po opublikowaniu przez ITF zmienionej oferty hurtowej w dniu 10 lutego 2010 r. P4 podjęła z tym przedsiębiorcą negocjacje dotyczące świadczenia usług DVB-H, nie może wpływać na charakter rozstrzygnięcia w odniesieniu do P4.

Powyższe zachowanie P4 mogło stanowić przejaw samodzielnego działania tej spółki w relacji do ITF tylko w odniesieniu do formy (technicznej strony), tj. indywidualnego kontaktowania się z ITF, a nie poprzez Mobile TV. Natomiast wbrew twierdzeniu P4, ww. działanie P4 nie może dowodzić tego, że operator ten nie był uczestnikiem porozumienia ograniczającego konkurencję, którego dotyczy niniejsza decyzja. W decyzji wykazano, że również wcześniej operatorzy uzgadniali, że poszczególni operatorzy mogą indywidualnie kontaktować się (negocjować) z ITF, co nie miało wpływu na faktyczne trwanie porozumienia.

---

<sup>114</sup> R. Whish, *Competition Law, Sixth Edition*, London 2009, s. 525.

<sup>115</sup> wyrok SPI z 6.04.1995 r. w sprawie T-141/89 *Tréfileurope Sales SARL przeciwko Komisji*, ECR 1995, s. II-791, pkt 85; wyrok SPI z 17.12.1991 r. w sprawie T-7/89 *SA Hercules Chemicals NV*, ECR 1991, II-1711, pkt 232.

## VI.7. Ustosunkowanie się do stanowiska PTK

W ocenie Prezesa Urzędu twierdzenie PTK, zgodnie z którym detaliczny rynek telefonii ruchomej nie jest rynkiem właściwym w niniejszej sprawie, jest nieuzasadnione. Należy bowiem wskazać, że produktem oferowanym na detalicznym rynku telefonii ruchomej są pakiety usług telefonii ruchomej, w skład których wchodzi w szczególności usługi takie jak: połączenia głosowe, wiadomości SMS, MMS, transmisja danych, roaming, przenoszenie numerów oraz inne usługi dodane. Istotą pakietów usług jest ich dostosowanie do preferencji poszczególnych grup klientów operatora (użytkowników końcowych), którzy biorą pod uwagę cenę oraz jakość całego koszyka zaoferowanych usług, nie zaś indywidualne komponenty wchodzące w jego skład, tak jak wskazała PTK, oddzielając przykładowo usługi głosowe od usług DVB-H.

W ocenie Prezesa Urzędu, Spółka nie jest w tym zakresie konsekwentna, bowiem z jednej strony wskazała na brak substytucyjności pomiędzy usługą głosową a DVB-H, z drugiej jednak, jako jeden z argumentów uzasadniających nieangażowanie się w DVB-H, PTK wskazała wysokie koszty tych usług dla użytkowników końcowych, tj. na wysoki koszt opłaty abonamentowej, tymczasem opłata ta jest naliczana za pakiet usług oferowanych przez operatora telefonii ruchomej, a nie osobno za usługę głosową, telewizyjną, czy inną.

## VI.8. Ustosunkowanie się do stanowiska PTC

Zdaniem Prezesa Urzędu nieuzasadnione są argumenty PTC jakoby hurtowy rynek telewizji mobilnej DVB-H – na który zgodnie z niniejszą decyzją oddziałuje zawarte przez operatorów porozumienie – nie istniał.

Potwierdzeniem istnienia hurtowego rynku telewizji mobilnej DVB-H jest wniosek dowodowy Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji (dalej jako „PIIT”) złożony w piśmie z dnia 29 października 2010 r. w toku postępowania<sup>116</sup> przed Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej w sprawie zmiany decyzji rezerwacyjnej z dnia 26 czerwca 2009 r., nr DZC-WAP-5176-3/09(60), w którym PIIT wniosła o przeprowadzenie dowodu z oględzin działania usługi telewizji mobilnej w standardzie DVB-H z wykorzystaniem telefonu komórkowego obsługującego standard DVB-H **na okoliczność świadczenia przez ITF ww. usługi i możliwości korzystania z tej usługi przez abonentów polskich sieci telefonii komórkowej**. Jednocześnie, w ww. piśmie PIIT cofnęła wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań Marty Koremby na okoliczność istnienia możliwości korzystania z usług telewizji mobilnej w standardzie DVB-H na terytorium Polski przed dniem złożenia stanowiska PIIT z dnia 24 września 2010 r. (w toku ww. postępowania przed Prezesem UKE – przyp. Prezesa UOKiK), ponieważ w opinii PIIT wystarczające będzie w tym zakresie przeprowadzenie dowodu z oględzin działania usługi telewizji mobilnej w standardzie DVB-H.

Jak wynika z decyzji Prezesa UKE z dnia 10 grudnia 2010 r., nr DZC-WAP-5176-7/09(131), ITF, w toku rozprawy administracyjnej przeprowadzonej w ww. postępowaniu, *de facto* potwierdziła możliwość odbioru sygnału telewizji mobilnej DVB-H przez użytkownika

<sup>116</sup> Postępowanie zakończone decyzją Prezesa UKE z dnia 10 grudnia 2010 r., nr DZC-WAP-5176-7/09(131).

końcowego dysponującego telefonem z tunerem DVB-H, ponieważ sygnał telewizji mobilnej jest niekodowany i ogólnodostępny, a dostępność sygnału jest swego rodzaju „efektem ubocznym” zapewnienia dostępności usług hurtowych zgodnie z zobowiązaniami wynikającymi z decyzji rezerwacyjnej. W związku z takim stanowiskiem ITF, PIIT cofnęła ww. wniosek dowodowy dotyczący przeprowadzenia dowodu z oględzin.

Prezes UKE w decyzji z dnia 10 grudnia 2010 r., nr DZC-WAP-5176-7/09(131) wskazał, że *Jak do tej pory oferowana przez Info-TV-FM usługa telewizji mobilnej w technologii DVB-H, pomimo spełnienia wszystkich wymagań wynikających z Rezerwacji (decyzja rezerwacyjna – przyp. Prezesa UOKiK), nie zaistniała na szerszą skalę wśród odbiorców końcowych*<sup>117</sup>. Prezes UKE stwierdziła jednocześnie: *Fakt, że spółka (ITF – przyp. Prezesa UOKiK) nie świadczy usług (DVB-H – przyp. Prezesa UOKiK) oznacza, że spółka oferuje usługi i jest gotowa je świadczyć, a nie świadczy, bo nie znalazła zainteresowanych odbiorców*<sup>118</sup>.

Ponadto, PTC niekonsekwentnie z jednej strony wskazuje, że hurtowy rynek telewizji mobilnej świadczonej w technologii DVB-H nie istnieje, a z drugiej stwierdza, że *nie jest prawdą jakoby odmowa zawarcia umów przez operatorów całkowicie pozbawiła ITF możliwości świadczenia usług telewizji mobilnej DVB-H*, przyznając tym samym, że rynek ten funkcjonuje.

Dodatkowo należy wskazać, w ocenie organu antymonopolowego uczestnikami rynku usług telewizji mobilnej DVB-H jest Info-TV-FM sp. z o.o., która jest stroną podażową oraz operatorzy telefonii komórkowej, którzy są w grupie przedsiębiorców tworzących stronę popytową tego rynku. Nawet jeśli żaden z operatorów nie zawarł z Info-TV-FM umowy o świadczenie ww. usługi, to należy ich traktować jako potencjalnych nabywców usługi telewizji mobilnej DVB-H w przyszłości.

Postanowieniem z dnia 1 lipca 2011 r. Prezes Urzędu odmówił uwzględnienia wniosku PTC o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków na podane przez nią okoliczności, złożonego pismem z dnia 5 października 2010 r. (uzupełnionym pismami z dnia 15 grudnia 2010 r. oraz z dnia 29 kwietnia 2011 r.). Natomiast w związku z ponownym wnioskiem o dopuszczenie dowodu z zeznań ww. świadków, złożonym w ostatecznym stanowisku tej spółki z dnia 25 października 2011 r., brak jest podstaw do przyjęcia odmiennego rozstrzygnięcia.

## **VII. Kara pieniężna**

Zgodnie z treścią art. 106 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, 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 niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8 ww. ustawy lub jeśli dopuścił się naruszenia art. 81 lub 82 Traktatu WE (obecnie art. 101 lub 102 TofUE).

<sup>117</sup> Decyzja Prezesa UKE z dnia 10 grudnia 2010 r., nr DZC-WAP-5176-7/09(131), s. 24

<sup>118</sup> Decyzja Prezesa UKE z dnia 10 grudnia 2010 r., nr DZC-WAP-5176-7/09(131), s. 47.

## VII.1 Przesłanka „co najmniej nieumyślnego” naruszenia przepisów

Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia przez Prezesa Urzędu, na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, administracyjnej kary pieniężnej za naruszenie zakazu określonego w art. 6 i w art. 101 ust. 1 TofUE ma fakultatywny charakter, przy czym możliwość nałożenia na przedsiębiorcę tej kary wymaga stwierdzenia, że naruszenie zakazu określonego w ww. przepisach ustawy oraz TofUE było „co najmniej nieumyślne”.

Zdaniem Prezesa Urzędu okoliczności niniejszej sprawy uzasadniają, by w niniejszym przypadku, wobec stwierdzenia stosowania przez wszystkich operatorów będących stronami postępowania praktyki ograniczającej konkurencję, nałożyć na nich kary pieniężne w związku z naruszeniem, o którym mowa w pkt I i w pkt II sentencji decyzji. Zdaniem Prezesa Urzędu spełniona została również przesłanka „co najmniej nieumyślnego” naruszenia przepisów.

Dokonując oceny zaistnienia w niniejszej sprawie przesłanki „co najmniej nieumyślnego” naruszenia przepisów ustawy przez strony postępowania Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że zgodnie z orzecznictwem SN, element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy wyraża się w tym, że przedsiębiorca działa mając świadomość, że swoim zachowaniem narusza zakaz praktyk ograniczających konkurencję, lub gdy jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć<sup>119</sup>. Prezes Urzędu uwzględnił również treść art. 83 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z którym każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej, a także stanowisko SN, który uznaje, że przedsiębiorcy będący profesjonalnymi uczestnikami obrotu rynkowego mają możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego przy podejmowaniu określonych decyzji biznesowych<sup>120</sup>. Istotne znaczenie ma także stanowisko SOKiK, który przyjął w jednej ze spraw, że nie jest możliwe, aby przedsiębiorca telekomunikacyjny o znacznej renomie i długim okresie funkcjonowania na rynku nie zdawał sobie sprawy ze swoich czynności<sup>121</sup>.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, iż stwierdzone niniejszą decyzją naruszenie zakazu określonego w art. 6 i w art. 101 ust. 1 TofUE ma – **w odniesieniu do każdej ze stron postępowania – charakter umyślny**. Wynika to z faktu, że strony postępowania są profesjonalnymi uczestnikami obrotu rynkowego, a przy tym największymi na polskim rynku operatorami telefonii ruchomej, którzy posiadają wiedzę prawniczą i ekonomiczną, umożliwiającą im rozpoznanie ich działań jako naruszających prawo ochrony konkurencji.

Kwalifikując stwierdzone naruszenie operatorów jako umyślne Prezes Urzędu wziął także pod uwagę charakter rynku, na jakim działają strony stwierdzonego niniejszą decyzją naruszenia. Podkreślenia wymaga, że rynek usług telekomunikacyjny, w szczególności rynek telefonii ruchomej, jest rynkiem regulowanym, a jego uczestnicy poddani są szeregowi obowiązków względem organu regulacyjnego (Prezesa UKE) i organu antymonopolowego

<sup>119</sup> Wyrok SN z 21 kwietnia 2011 r. (III SK 45/10), niepubl.

<sup>120</sup> Wyrok SN z 21 kwietnia 2011 r. (III SK 45/10), niepubl.

<sup>121</sup> Wyrok SOKiK z 11 kwietnia 2011 r. (XVII AmA 62/08), niepubl.

(Prezesa UOKiK). Z tego względu nie można przyjąć, by strony postępowania mogły być nieświadome ograniczeń, jakie dla swobody prowadzenia przez nich działalności gospodarczej płyną z uregulowań ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Co więcej, z uwagi na ww. uregulowania, przed podjęciem wspólnych działań dotyczących szczebla hurtowego świadczenia audiowizualnych usług medialnych (poprzez utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, tj. Mobile TV, będącego oferentem w prowadzonym przez Prezesa UKE konkursie) operatorzy musieli uzyskać zgodę Prezesa UOKiK. Strony postępowania miały zatem świadomość, że określone rodzaje współpracy między nimi wymagają zgody Prezesa UOKiK, a inne mogą być kwalifikowane jako porozumienia ograniczające konkurencję. Strony postępowania musiały mieć także świadomość, że zgoda Prezesa UOKiK na ich współpracę w ramach Mobile TV nie obejmuje dokonywania uzgodnień dotyczących detalicznego rynku usług telekomunikacyjnych, a dokonując takich uzgodnień wprowadzają w życie horyzontalne porozumienie przedsiębiorców, które jest objęte zakresem przedmiotowym art. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz art. 101 TofUE.

W ten sposób, legalnie powołany przez operatorów do życia wspólny przedsiębiorca, tj. spółka Mobile TV, stał się platformą dokonywania uzgodnień sprzecznych z prawem konkurencji. W przypadku stron niniejszego postępowania jest to okoliczność szczególnie świadcząca o umyślności ich działania, jeśli weźmie się pod uwagę, że rynek telefonii ruchomej cechuje się występowaniem wielu obszarów współpracy międzyoperatorskiej, która jest niezbędna do funkcjonowania tego rynku. To jednak oznacza, że operatorzy – z istoty swojej działalności – muszą mieć tym bardziej świadomość ryzyka, jakie niesie ze sobą przekroczenie granic tej współpracy poza zakres zgodny z prawem antymonopolowym. W przypadku stron niniejszego postępowania, przekroczenie granic dopuszczalnej współpracy doprowadziło do skoordynowania ich działań dotyczących usług telewizji mobilnej DVB-H, polegających na zmniejszeniu lub nawet wyeliminowaniu poziomu niepewności co do działalności każdego z operatorów jako konkurentów w zakresie ww. usług, będącego podstawą gry konkurencyjnej między nimi, czego celem i skutkiem było ograniczenie konkurencji na detalicznym rynku telefonii ruchomej oraz na hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H.

Zebrany materiał dowodowy wprost potwierdza, że strony niniejszego postępowania miały świadomość odpowiedzialności antymonopolowej, jaka będzie konsekwencją podejmowanych przez nich działań dotyczących świadczenia usług telewizji mobilnej DVB-H, w przypadku wykrycia ich sprzecznych z prawem działań przez organ antymonopolowy. Świadczą o tym chociażby zebrane w aktach postępowania stwierdzenia operatorów, w których jako wadę udzielenia przez operatorów upoważnienia dla Mobile TV do prowadzenia w ich imieniu negocjacji z ITF, MNO wskazali, że: *Wspólnicy spółki Mobile TV Sp. z o.o. mogą zostać potraktowani jako uczestnicy kartelu*. Ponadto, podczas gdy wspólnicy konsorcjum rozważali, czy Mobile TV powinna podjąć działania PR krytykujące ofertę hurtową ITF, jako argument przeciwko takiemu działaniu operatorzy wskazali, m.in. na, *możliwy udział urzędu antymonopolowego*. Ostatecznie jednak, wspólnicy konsorcjum podjęli jednogłośnie decyzję *o zaleceniu Zarządowi Mobile TV opublikowania komunikatu prasowego krytykującego ofertę spółki Info-TV-FM. Mobile TV powinna zakwestionować*

*ważność i wiarygodność oferty w publicznym PR. Mobile TV przygotowuje oświadczenia w ciągu 2 tygodni, które będą rozpowszechniane przez biura PR poszczególnych operatorów.*

Wobec wykazanej powyżej umyślności działania operatorów należy uznać, że **spełnione zostało kryterium „co najmniej nieumyślnego” naruszenia** zakazu określonego w art. 6 i w art. 101 ust. 1 TofUE. Wobec tego Prezes UOKiK jest uprawniony do nałożenia na strony tego postępowania kar pieniężnych.

## **VII.2 Wysokość nakładanych kar pieniężnych**

Ustalając wysokość nakładanych na operatorów kar pieniężnych Prezes UOKiK uwzględnił, że zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, wysokość nakładanej przez organ antymonopolowy na przedsiębiorcę kary pieniężnej nie może przekraczać 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Ustalając wysokość nałożonych na operatorów kar pieniężnych organ antymonopolowy odnosił się do wysokości ich przychodów wynikającej z zeznań podatkowych CIT-8, mając na względzie, że ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* odwołuje się do kategorii przychodu w rozumieniu obowiązujących przedsiębiorcę przepisów o podatku dochodowym (art. 4 pkt 15 ustawy).

Wobec jednoznacznego brzmienia art. 4 pkt 15 ustawy Prezes UOKiK uznał zarazem za bezzasadne stanowisko spółki P4, która w toku postępowania zaznaczała, że podstawą wymierzenia kary pieniężnej w jej przypadku nie powinna być pełna wartość przychodu wynikająca z przedstawionego przez nią zeznania podatkowego CIT-8, a jedynie część tej wartości, obejmująca wyłącznie przychód podatkowy wygenerowany przez P4 w związku z jej działalnością polegającą na świadczeniu powszechnie dostępnych usług telekomunikacyjnych<sup>122</sup>.

Ustalając wysokość nakładanych na operatorów kar pieniężnych Prezes UOKiK oparł się również na art. 111 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zgodnie z którym przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Prezes Urzędu uwzględnił zarazem interpretację przesłanek branych pod uwagę w tych okolicznościach, zawartą w *Wyjaśnieniach w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję*<sup>123</sup>.

Mając na względzie, że ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar, ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes UOKiK wziął również pod uwagę, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, element subiektywny w postaci umyślności naruszenia przepisów ustawy. W orzecznictwie wyraźnie stwierdzono bowiem, że niezależnie od tego, że przesłanka ta brana jest pod uwagę już na etapie podejmowania decyzji o nałożeniu kary<sup>124</sup>, również wysokość nakładanej kary musi odzwierciedlać stopień zawinienia, z jakim

<sup>122</sup> Pismo P4 z dnia 5 maja 2011 r.

<sup>123</sup> Dz. Urz. UOKiK z 2008 r. Nr 4, poz. 33.

<sup>124</sup> Wyrok SN z 21 kwietnia 2011 r. (III SK 45/10), niepubl.



związane jest naruszenie zakazu<sup>125</sup>.

Prezes Urzędu uwzględnił również, że – zgodnie z orzecznictwem – w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę są stopień naruszenia interesu publicznego<sup>126</sup>, a także potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć<sup>127</sup>. Nałożona przez organ antymonopolowy kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), ale także prewencyjną, dyscyplinującą (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości).

Mając na względzie wszystkie ww. okoliczności, organ antymonopolowy ustalił wymiar kar pieniężnych w niniejszej sprawie biorąc pod uwagę przede wszystkim fakt, że o wadze (szkodliwości) naruszenia decydują dwie grupy okoliczności, które dotyczą: (i) natury naruszenia i (ii) czynników związanych ze specyfiką rynku oraz działalnością przedsiębiorcy.

Odnosnie do natury naruszenia, organ antymonopolowy wyróżnia naruszenia bardzo poważne (należy do nich zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku), naruszenia poważne (należy do nich 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 od wyżej wymienionych (są to pozostałe naruszenia, m.in. porozumienia wertykalne, które nie dotyczą ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze).

W ocenie Prezesa Urzędu, stwierdzoną praktykę Polkomtel, PTC, PTK oraz P4 należy zaliczyć do **poważnych naruszeń prawa konkurencji**. Przedmiotowe porozumienie ma charakter horyzontalny, zostało zawarte pomiędzy konkurentami - operatorami telefonii ruchomej i polegało na dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z ITF, - wymianie informacji o ocenie oferty hurtowej tej spółki oraz - dokonywaniu uzgodnień dotyczących tej oferty, w wyniku czego operatorzy świadomie zrezygnowali z własnej niezależności i ograniczając tym samym współzawodnictwo między sobą, wyeliminowali niepewność co do zachowań każdego z nich względem ITF oraz odnośnie do ewentualnego świadczenia usług DVB-H.

Z uwagi na naturę stwierdzonego naruszenia, organ antymonopolowy uznał za znaczny stopień naruszenia interesu publicznego w niniejszej sprawie. Działania czterech operatorów polegające na dokonywaniu uzgodnień dotyczących usługi telewizji mobilnej DVB-H naruszyły interes publiczny w znacznym stopniu. Stwierdzone porozumienie miało bowiem realny wpływ na funkcjonowanie rynku usług telefonii ruchomej i możliwość świadczenia na

<sup>125</sup> Wyrok SOKiK z dnia 24.05.2006 r., sygn. akt XVI Ama 17/05.

<sup>126</sup> Wyrok SOKiK z dnia 24.05.2006 r., sygn. akt XVII Ama 17/05.

<sup>127</sup> Wyrok SN z dnia 27.06.2000 r., sygn. akt I CKN 793/98.

terenie kraju usługi telewizji mobilnej DVB-H. Porozumienie wpłynęło więc na warunki prowadzenia działalności gospodarczej przez nich samych, jak i przez innych przedsiębiorców, a także oddziałuje na użytkowników usług telefonii ruchomej. Wskutek stwierdzonego naruszenia na rynku doszło do zaburzenia mechanizmu skutecznej konkurencji - czterej operatorzy, dokonując uzgodnień co do własnych działań dotyczących oferty hurtowej ITF świadomie zrezygnowali z własnej niezależności i ograniczając tym samym współzawodnictwo między sobą, wyeliminowali niepewność co do zachowań każdego z nich względem ITF. Takie działanie bezsprzecznie wpływa także na sytuację innych uczestników rynku, w tym ITF oraz użytkowników końcowych. Szkodliwość uzgodnionych działań operatorów wynika z pozbawienia możliwości rozwoju rynku hurtowego telewizji DVB-H oraz pozbawienia części użytkowników końcowych telefonii usług TV mobilnej.

Uwzględniając powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, iż wysokość kar pieniężnych dla poszczególnych przedsiębiorców należało określić na następującym poziomie:

|   | podmiot              | wymiar kary (% przychodu)                   |
|---|----------------------|---|
|   |                      | natura naruszenia                           |
| 1 | <b>Polkomtel</b>     | [informacje utajnione – pkt 218 załącznika] |
| 2 | <b>PTC</b>           | [informacje utajnione – pkt 219 załącznika] |
| 3 | <b>PTK Centertel</b> | informacje utajnione – pkt 220 załącznika]  |
| 4 | <b>P4</b>            | [informacje utajnione – pkt 221 załącznika] |

Ponadto, organ antymonopolowy określając wysokość kary pieniężnej nałożonej na uczestników przedmiotowego porozumienia wyszedł z założenia, iż wymiar kar nie może abstrahować od specyfiki rynków, na jakich doszło do naruszenia konkurencji, a zatem powinny one podlegać dalszej modyfikacji. Kierując się oceną wpływu naruszenia na rynek, Prezes Urzędu przyjął, że może to zwiększyć lub zmniejszyć ustaloną powyżej kwotę maksymalnie o 80%.

Prezes Urzędu wziął pod uwagę fakt, iż przedmiotowe porozumienie zostało zawarte na dojrzałym rynku o strukturze oligopolistycznej oraz silnie skoncentrowanej – jak wyżej wskazano strony niniejszego postępowania posiadają łącznie 99% udziału rynkowego. Taka struktura pozwala łatwiej osiągnąć wspólny punkt dla koordynacji, monitorować jej przestrzeganie oraz zapewnić jej utrzymywanie poprzez zachowania odwetowe wobec przedsiębiorców łamiących zasady koordynacji, zwłaszcza gdy przedsiębiorcy ci są wzajemnie powiązani poprzez wertykalne relacje handlowe, jak ma to miejsce w przypadku stron niniejszego postępowania. Ponadto, na detalicznym rynku telefonii mobilnej stosunkowo stabilne są warunki popytu i podaży, co potwierdza utrzymywanie się na dość stałym poziomie udziałów rynkowych operatorów – zmiany wahają się w granicach ok. 1-2% w przypadku Polkomtel, PTC oraz PTK, nieco wyższe można wskazać w przypadku P4, która w 2010 r. odnotowała wzrost udziału o ponad 3,3 pp. wobec roku 2009. Ponadto ww. rynek charakteryzuje się wysokimi barierami wejścia oraz zbliżoną strukturą kosztów.

Jednocześnie Prezes Urzędu uwzględnił również fakt, że zakwestionowane porozumienie operatorów bezpośrednio dotyczyło telewizji mobilnej DVB-H, czyli usługi dodanej do podstawowych usług telefonii ruchomej. W ocenie organu antymonopolowego nie pozostaje

bez znaczenia dla ustalenia wysokości kary pieniężnej okoliczność, że zakwestionowane porozumienie operatorów bezpośrednio nie obejmuje usług stanowiących ich podstawowy przedmiot działalności, niezależnie od tego że wpływa na ograniczenie konkurencji na rynku telefonii ruchomej. Należy zatem uznać tę okoliczność jako wpływającą na obniżenie wysokości kar pieniężnych nakładanych na operatorów.

Na tym etapie organ antymonopolowy uwzględnił również, że porozumienie operatorów zostało faktycznie wprowadzone w życie i wywołało skutki zarówno na detalicznym rynku telefonii ruchomej, gdzie operatorzy ograniczyli między sobą presję konkurencyjną, eliminując niepewność co do zachowań każdego z nich względem ITF oraz świadczenia usług DVB-H, jak i na hurtowym rynku telewizji mobilnej, gdzie doszło do ograniczenia konkurencji po stronie popytowej oraz podaźowej tego rynku.

W związku z powyższym, zdaniem Prezesa Urzędu z uwagi na specyfikę rynku oraz działalności zasadne jest obniżenie – w przypadku każdego z operatorów – o 40% wyjściowego poziomu kary pieniężnej wyznaczonego w etapie pierwszym.

|   | podmiot              | natura naruszenia                           | specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy |
|---|----------------------|---|--|
|   |                      | 1   | <b>Polkomtel</b>                                 |
| 2 | <b>PTC</b>           | [informacje utajnione – pkt 223 załącznika] | ↓ 40%  |
| 3 | <b>PTK Centertel</b> | [informacje utajnione – pkt 224 załącznika] | ↓ 40%  |
| 4 | <b>P4</b>            | [informacje utajnione – pkt 225 załącznika] | ↓ 40%  |

Nakładając na strony niniejszego postępowania karę pieniężną, Prezes Urzędu wziął także pod uwagę przesłankę długotrwałości naruszenia przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Uwzględniając okres naruszenia, Prezes Urzędu przyjmuje, że długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję może zwiększyć kwotę bazową kar, jeśli prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków, w szczególności, gdy wpływa na wysokość korzyści uzyskiwanych przez przedsiębiorcę dopuszczającego się naruszenia lub szkody ponoszone przez innych uczestników rynku. Jako długotrwałe traktowane są naruszenia trwające dłużej niż rok. W celu odzwierciedlenia wpływu długotrwałości naruszenia na wysokość kar, Prezes Urzędu może zwiększyć w przypadku porozumień ograniczających konkurencję, kwotę bazową maksymalnie o 200%.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu uwzględnił fakt, iż porozumienie stwierdzone w niniejszej sprawie trwa od lutego 2009 r. do dnia wydania niniejszej decyzji, więc ponad 2,5 roku, przez co należy uznać, że jest to porozumienie długotrwałe. W ocenie organu antymonopolowego, okres trwania ww. porozumienia nie powinien jednak skutkować dalszym podwyższeniem wysokości kary pieniężnej. Stwierdzone naruszenie, pomimo okresu trwania, w ograniczonym tylko stopniu wpływa bowiem na wymiar faktycznych strat

poniesionych przez poszkodowanych uczestników rynku, rozumianych jako użytkownicy końcowi, a jednocześnie nie wpływa w widocznym stopniu na zwielokrotnienie korzyści osiąganych przez uczestników porozumienia. Z jednej strony użytkownicy końcowi telefonii komórkowej zostali pozbawieni potencjalnej korzyści polegającej na możliwości korzystania z usług telewizji mobilnej DVB-H, z drugiej strony jednak, nie przekłada się to jednocześnie na poniesienie przez nich wymiernej szkody finansowej, np. w związku z koniecznością ponoszenia wyższych niż przed zawarciem porozumienia opłat za usługi telefonii ruchomej (praktyka nie ma charakteru eksploatacyjnego). Ponadto Prezes Urzędu uznał, że nie można również mówić o możliwych do wyliczenia korzyściach osiąganych przez strony niniejszego postępowania w wyniku zawarcia stwierdzonego porozumienia. W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił nie podnosić na tym etapie kwoty bazowej.

| Lp. | podmiot    | natura naruszenia                           | specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy | długotrwałość naruszenia                    |
|-----|------------|---|--|---|
|     |            | 1.  | <b>Polkomtel</b>                                 | [informacje utajnione – pkt 226 załącznika] |
| 2.  | <b>PTC</b> | [informacje utajnione – pkt 227 załącznika] | ↓ 40%  | 0   |
| 3.  | <b>PTK</b> | [informacje utajnione – pkt 228 załącznika] | ↓ 40%  | 0   |
| 4   | <b>P4</b>  | [informacje utajnione – pkt 229 załącznika] | ↓ 40%  | 0   |

Organ antymonopolowy uwzględnił także w wymiarze nałożonych kar pieniężnych okoliczności mające wpływ na zmniejszenie wymiaru kar (okoliczności łagodzące) lub zwiększenie (okoliczności obciążające) wymiar kar. Zaznaczenia wymaga, że z uwagi na to, że stwierdzonego tą decyzją naruszenia dopuściło się kilku przedsiębiorstw, analiza wagi naruszenia i występowania okoliczności obciążających lub łagodzących jest dokonywana odrębnie względem każdego z nich. Zarazem należy podkreślić, że poszczególne okoliczności łagodzące lub obciążające mogą mieć różną wagę. Organ antymonopolowy przyjął także, że ustalone na wcześniejszym etapie wysokości kar mogą ulec zwiększeniu/zmniejszeniu maksymalnie o 50%.

W ocenie organu antymonopolowego, dokonane przez strony niniejszego porozumienia naruszenie miało charakter umyślny, z uwagi na fakt, że operatorzy mieli pełną świadomość ryzyka antymonopolowego, jakie niesie ze sobą dokonywanie wspólnych uzgodnień. Jak wykazano wyżej, strony przedmiotowego porozumienia w pełni świadomie dążyły do osiągnięcia antykonkurencyjnego celu, mając zamiar ograniczenia konkurencji. Zawierając przedmiotowe porozumienie strony dążyły do wyeliminowania ryzyka związanego z autonomicznym podejmowaniem działań przez każdą z nich i dążyły do ujednoczenia swoich zachowań w odniesieniu do kształtowania relacji z ITF, oraz ewentualnego podejmowania bądź nie współpracy z tą spółką w zakresie usług telewizji mobilnej DVB-H. Okoliczność ta obciąża wszystkie strony postępowania.

Ustalając wysokość kary pieniężnej nakładanej na Polkomtel, PTC, PTK oraz P4 Prezes UOKiK uwzględnił również, stosownie do wymogów art. 111 ustawy, kryterium „uprzedniego naruszenia przepisów ustawy”. Zgodnie z przywoływanym przepisem Prezes UOKiK powinien przy nakładaniu kary oraz określaniu jej wysokości uwzględniać, czy nastąpiło to w warunkach swoistej recydywy, a ww. kryterium w zakresie nakładania kary przez Prezesa UOKiK spełnia funkcję okoliczności obciążającej<sup>128</sup>. W niniejszej sprawie nie zaistniała podstawa do podwyższenia wymiaru kary. Spółki nie były dotychczas prawomocnie ukarane za naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Natomiast jako irrelevantną z punktu widzenia wymiaru kary w tym przypadku Prezes UOKiK uznał okoliczność wielokrotnego stwierdzenia przez Prezesa UOKiK naruszenia przez poszczególne strony postępowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów dotyczących zbiorowych interesów konsumentów<sup>129</sup>. Zgodnie bowiem z pkt 4.2. *Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję* okolicznością obciążającą może być uprzednie naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Zgodnie zaś z orzecznictwem SOKiK, wpływ na wysokość kary powinno mieć nie każde uprzednie naruszenie ustawy, ale tylko „analogiczne uchybienie przepisom ustawy”<sup>130</sup>, które narusza „to samo dobro chronione prawem”<sup>131</sup>. Prezes UOKiK uznał także, że okoliczność wydania wobec dwóch operatorów, tj. Polkomtel oraz PTC, na podstawie art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów decyzji nakładających kary pieniężne za niewspółdziałanie w toku kontroli prowadzonej w ramach postępowania na podstawie art. 105a<sup>132</sup> jest irrelevantną skoro decyzje te nie są prawomocne. Zdaniem organu antymonopolowego, w sprawie nie wystąpiły żadne okoliczności łagodzące w odniesieniu do działań stron niniejszego postępowania.

W ocenie organu antymonopolowego, uzasadnione jest zatem zwiększenie wymiaru kary wobec wszystkich stron postępowania o 20% w stosunku do ustalonego na wcześniejszym etapie.

| lp. | podmiot    | natura naruszenia                           | specyfika rynku oraz działalność przedsiębiorcy | długotrwałość naruszenia                    | okoliczności łagodzące / obciążające |
|-----|------------|---|---|---|--------------------------------------|
|     |            | 1.  | <b>Polkomtel</b>                                | [informacje utajnione – pkt 230 załącznika] | ↓ 40%                                |
| 2.  | <b>PTC</b> | [informacje utajnione – pkt 231 załącznika] | ↓ 40%   | 0   | ↑ 20%                                |

<sup>129</sup> Por. następujące decyzje Prezesa UOKiK: **wobec Polkomtel**: nr DDK 18/2008 z 25 września 2008r. nr RPZ 29/2010 z 13 grudnia 2010 r., nr 13/2005 z 19 lipca 2005 r. (sygn. DDK-61- 13/05/HP), nr 9/2003 z 25 czerwca 2003 r. (DDK-61-16/03/HP), **wobec P4**: nr DDK 21/2010 z 28 grudnia 2010 r., **wobec PTK Centertel**: nr DDK 23/2010 z 30 grudnia 2010 r., nr DDK 20/2010 z 28 grudnia 2010 r., nr DDK Nr 14/2008 z 19 sierpnia 2008 r., nr DDK Nr 32/2008 z 3 grudnia 2008 r., **wobec PTC**: nr DDK 12/2009 z 31 grudnia 2009 r.

<sup>130</sup> Wyrok SOKiK z 15 kwietnia 2010r. (XVII AmA 46/09).

<sup>131</sup> Wyrok SOKiK z 11 grudnia 2008r (XVII AmA 67/08). Por. również: wyrok SOKiK z 6 października 2008r. (XVII AmA 89/07), wyrok SOKiK z dnia 10 marca 2010r. (XVII AmA 38/09).

<sup>132</sup> Por. następujące decyzje Prezesa UOKiK: **wobec Polkomtel**: nr DOK-1/2011, **wobec PTC**: nr DOK-9/2010.

|    |            |   |       |   |      |
|----|------------|---|-------|---|------|
| 3. | <b>PTK</b> | [informacje utajnione – pkt 232 załącznika] | ↓ 40% | 0 | ↑20% |
| 4  | <b>P4</b>  | [informacje utajnione – pkt 233 załącznika] | ↓ 40% | 0 | ↑20% |

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że waga stwierdzonego niniejszą decyzją naruszenia ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przesądza o ustaleniu wysokości kar pieniężnych dla poszczególnych przedsiębiorców, w oparciu o przedstawione przez strony informacje dotyczące osiągniętych przychodów w 2010 r. w następującej wysokości:

| Podmiot          | Przychód <sup>133</sup> (zł)                | Wymiar kary (procent przychodu)             | Odsetek kary maksymalnej, jaki stanowią nałożone kary | Wysokość kary pieniężnej (zł) |
|------------------|---|---|---|-------------------------------|
| <b>Polkomtel</b> | [informacje utajnione – pkt 234 załącznika] | [informacje utajnione – pkt 235 załącznika] | [informacje utajnione – pkt 236 załącznika]           | 33 463 218,16 zł              |
| <b>PTC</b>       | [informacje utajnione – pkt 237 załącznika] | [informacje utajnione – pkt 238 załącznika] | [informacje utajnione – pkt 239 załącznika]           | 34 020 547,65 zł              |
| <b>PTK</b>       | [informacje utajnione – pkt 240 załącznika] | [informacje utajnione – pkt 241 załącznika] | [informacje utajnione – pkt 242 załącznika]           | 35 098 583,33 zł              |
| <b>P4</b>        | [informacje utajnione – pkt 243 załącznika] | [informacje utajnione – pkt 244 załącznika] | [informacje utajnione – pkt 245 załącznika]           | 10 706 142,70 zł              |

Zdaniem Prezesa Urzędu, niniejsza kara powinna pełnić przede wszystkim funkcję edukacyjną i wychowawczą, a także podkreślać naganność zakwestionowanych w niniejszym postępowaniu zachowań. Nałożone na uczestników antykonkurencyjnego porozumienia kary pieniężne powinny przyczynić się do zapewnienia trwałego zaprzestania w przyszłości naruszenia przez strony reguł konkurencji. Kary te muszą być odczuwalnym ostrzeżeniem, aby skutecznie zapobiegać naruszeniom przez strony prawa konkurencji. Kary ustalone w niniejszej sprawie są na tyle dotkliwe, aby uczestnicy stwierdzonego porozumienia odczuli je w sposób wymierny.

Wobec powyższego orzeczono jak w punkcie III 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.

<sup>133</sup> Przyjęte wielkości wyznaczono jako przychody wykazane w zeznaniach podatkowych CIT-8.

Pouczenie:

Na podstawie art. 81 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479<sup>28</sup> § 2 *Kodeksu postępowania cywilnego* (Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 z późn. zm.), od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie dwóch tygodni od daty doręczenia decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

*Z up. Prezesa Urzędu  
Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

[Grzegorz Materna, dyrektor  
Departamentu Ochrony Konkurencji]

**Otrzymują:**

**1. Polska Telefonia Cyfrowa S.A. w Warszawie**

**reprezentowana przez**

**Sławomira Dudzika**

Kancelaria T. Studnicki, K. Pleszka, Z. Cwiakalski,  
J. Górski, spółka komandytowa  
ul. Jabłonowskich 8  
31-114 Kraków

**2. Polkomtel S.A. w Warszawie**

**reprezentowana przez**

**Elżbietę Witkowską-Grochowalską**

Instytut Prawa Konkurencji s.c.  
ul. Flory 1/16  
00-586 Warszawa

**3. Polska Telefonia Komórkowa Centertel sp. z o.o. w Warszawie**

**reprezentowana przez**

**Małgorzatę Modzelewską de Raad**

Kancelaria Wierzbowski Eversheds  
spółka komandytowa  
ul. Jasna 14/16A  
00-041 Warszawa

**4. P4 Sp. z o.o. w Warszawie**

**reprezentowana przez**

**Martę Sendrowicz**

Allen & Overy  
A. Pędzich spółka komandytowa  
Rondo ONZ 1  
00-124 Warszawa