



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK 2-411/01/06/ET/SCH

Warszawa, dn. 17 kwietnia 2007r.

DECYZJA DOK-45/07

Na podstawie art. 85 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

odmawia wszczęcia postępowania antymonopolowego

z wniosku Cyfrowy Polsat S.A. z siedzibą w Emowie, w sprawie uznania za praktykę ograniczającą konkurencję działania Telewizji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie, polegającego na:

1. przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji, poprzez:
 - traktowanie operatorów w sposób nierównoprawny,
 - korzystanie z pomocy publicznej jako elementu wspomagającego TVP S.A. w jej działaniach rynkowych,
 - przeniesienie negocjacji warunków umów licencyjnych na retransmisję kanałów TVP S.A. na forum publiczne,co mogło stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*;
2. narzucaniu uciążliwych warunków umów przynoszących TVP S.A. nieuzasadnione korzyści, poprzez:
 - przedstawienie Cyfrowemu Polsatowi S.A. umowy do podpisu bez możliwości jej negocjowania,
 - ustalenie bardzo wysokiej stawki wynagrodzenia z tytułu rozprowadzania programów TVP S.A.,
 - określenie bardzo krótkiego terminu do wniesienia pierwszej opłaty licencyjnej, tj. 3 dni od dnia zawarcia umowy,
 - próbę narzucenia opłaty licencyjnej za kanał TVP Kultura oraz przerzucenia na Cyfrowy Polsat S.A. kosztów rozprowadzania tego kanału,
 - próbę przerzucenia kosztów technicznych rozprowadzania programów TVP na Cyfrowy Polsat S.A.,

- umieszczenie zapisu o automatycznym objęciu umową każdego kanału tematycznego wprowadzanego przez TVP bez konieczności zmiany umowy pomiędzy Cyfrowym Polsatem S.A. i TVP S.A.,
 - żądanie przez TVP S.A. od operatorów weryfikowania opłacania przez swoich abonentów publicznego abonamentu radiowo-telewizyjnego
- co mogło stanowić naruszenie przepisu art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*;

na, wyznaczonym zgodą nadawcy, krajowym rynku reemisji polskojęzycznych programów telewizyjnych do powszechnego odbioru.

Uzasadnienie

W dniu 11 stycznia 2006 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej Prezes Urzędu lub organ antymonopolowy) wpłynął złożony przez Cyfrowy Polsat S.A. z siedzibą w Emowie (dalej Cyfrowy Polsat lub Wnioskodawca), wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego. Wnioskodawca wniósł o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko Telewizji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej TVP) w związku z naruszeniem art. 8 ust.2 pkt 5 i 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* (dalej ustawa lub ustawa antymonopolowa) tj. nadużycie pozycji dominującej poprzez:

- przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji,
- narzucaniu uciążliwych warunków umów przynoszących TVP nieuzasadnione korzyści

W dniu złożenia wniosku przez Cyfrowy Polsat, przed Prezesem Urzędu toczyło się, wszczęte postanowieniem z dnia 6 stycznia 2006 r., postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy zasady współpracy pomiędzy TVP a operatorami sieci kablowych i operatorami platform cyfrowych, a w szczególności zasady kształtowania cen za reemisję programów TVP mogą stanowić naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej. Z uwagi na tożsamość zarzutów przedstawionych przez Wnioskodawcę z przedmiotem prowadzonego postępowania, Prezes Urzędu dokonał analizy zasadności wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego z uwzględnieniem materiałów zebranych w toku ww. postępowania wyjaśniającego.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił, co następuje:

W 2004 r. Wnioskodawca podjął działania mające na celu uzgodnienie warunków udostępniania na swojej platformie cyfrowej programów TVP. W toku prowadzonych przez Cyfrowy Polsat i TVP rozmów okazało się, że strony nie mogą dojść do porozumienia w kwestii wysokości

opłat licencyjnych za transmisję programów TVP, zasad pokrywania kosztów usługi technicznej oraz zasad rozprowadzania kanałów tematycznych TVP w przyszłości, gdyby takie kanały powstały. Zdaniem Wnioskodawcy, warunki współpracy określone przez TVP w ww. zakresie zdecydowanie odbiegały od standardów działania na rynku, a ich akceptacja mogłaby narazić Cyfrowy Polsat na znaczne szkody. W dotychczasowej praktyce TVP, licencje na reemisję programów ogólnodostępnych telewizji publicznej były udzielane operatorom kablowym i satelitarnym bezpłatnie.

Wobec przeciągających się negocjacji, które nie prowadziły do zbliżenia stanowiska stron, w szczególności w kwestiach finansowych, Cyfrowy Polsat podjął decyzję o rozpoczęciu rozpowszechniania ogólnodostępnych programów TVP, będąc przekonanym, iż art. 43 ustawy o *radiofonii i telewizji*¹ zobowiązuje go do udostępniania na swojej platformie ogólnokrajowych programów telewizji publicznej. Jednocześnie Wnioskodawca zwrócił się do Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (dalej KRRiT) wyjaśniając motywy swojego działania oraz prosząc o podjęcie przez KRRiT kroków umożliwiających satysfakcjonujące obie strony (Wnioskodawcę i TVP) rozstrzygnięcie sporu.

Rozpoczęcie transmisji ogólnodostępnych programów TVP nie przerwało negocjacji pomiędzy stronami. W roku 2005 przeprowadzono szereg rozmów przy współudziale KRRiT. 5 lipca 2005 r. KRRiT zajęła stanowisko w sprawie współpracy TVP z operatorami sieci kablowych i platform cyfrowych. Zdaniem KRRiT art. 43 ustawy o *radiofonii i telewizji* określa co prawda obowiązek retransmisji programów telewizji publicznej (tzw. obowiązek *must carry* - z ang. „obowiązek dostarczania” bądź „zobowiązanie do transmisji”) jedynie dla operatorów telewizji kablowej, jednakże zdaniem tego organu powyższy zapis należy czytać w kontekście art. 31 Dyrektywy o *usłudze powszechnej*², mającej na celu ujednoczenie zasad nakładania na operatorów obowiązku rozprowadzania programów radiowych i telewizyjnych – a zatem obowiązek *must carry* obejmuje również operatorów platform cyfrowych.

Jednocześnie KRRiT stwierdził, iż art. 43 ww. ustawy nie rozstrzyga kwestii opłat za retransmisję w stosunkach pomiędzy telewizją publiczną a operatorami. Jednakże, mając na uwadze istotę misji publicznej TVP, tj. rozpowszechnianie programów do jak najszerszego kręgu odbiorców oraz niedopuszczalność obciążania odbiorcy dodatkową opłatą gwarantującą dostęp do pakietu programów obejmujących jedynie programy telewizji publicznej w wysokości przekraczającej koszty utrzymania i konserwacji sieci oraz zobowiązanie publicznoprawne do uiszczania abonamentu radiowo-telewizyjnego, dostęp do programów telewizji publicznej powinien być nieograniczony (tj. nieobciążony dodatkowymi opłatami).

Wobec braku postępu w negocjacjach, wnioskodawca zwrócił się do Prezesa Urzędu o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko TVP o nadużywanie pozycji dominującej.

W ocenie Wnioskodawcy należy przyjąć, iż rynkiem właściwym produktowo w niniejszej sprawie jest **wyznaczony zgodą nadawcy rynek reemisji polskojęzycznych programów**

¹ Dz. U. z 2004 r., Nr 253 poz. 2531, ze zm.

² Dyrektywa 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r., Dz. U. WE L 108/51

telewizyjnych do powszechnego odbioru. Geograficznie rynek właściwy należy ograniczyć do terytorium Polski.

Z przedstawionych przez Wnioskodawcę danych AGB Nielsen Media Research z grudnia 2005 r. wynika, iż udział TVP w rynku widowni programów polskojęzycznych (powiązanych z rynkiem reemisji) wyniósł 46,69%, zdecydowanie przewyższając udziały pozostałych nadawców, takich jak TVN S.A. i Telewizja Polsat S.A. Ww. udział w rynku powiązanych oraz jego struktura pozwalają przyjąć, iż TVP posiada na rynku właściwym pozycję dominującą, pozwalającą jej działać niezależnie od konkurentów. Świadczyć o powyższym może również fakt, iż zarówno Telewizja Polsat jak i TVN wyraziły zgodę na nieodpłatne rozpowszechnianie ich programów ogólnodostępnych przez operatorów telewizji kablowej i satelitarnych, natomiast TVP może domagać się takich opłat bez szkody dla prowadzonej przez siebie działalności.

W opinii Wnioskodawcy TVP nadużywa pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania i rozwoju konkurencji. Jak wskazuje Wnioskodawca, praktyki wypełniające znamiona naruszeń art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy przejawiają się przede wszystkim w:

- traktowaniu operatorów w sposób nierównoprawny,
- korzystaniu z pomocy publicznej jako elementu wspomagającego TVP w jej działaniach rynkowych,
- przeniesieniu rozmów z operatorami na forum publiczne.

Wnioskodawca podkreśla, iż podjął działania w celu uzyskania zgody TVP na rozpowszechnianie ogólnodostępnych programów TVP począwszy od roku 2004, będąc jedynym operatorem na rynku transmisji telewizyjnych, który nie miał potwierdzonych uprawnień do reemisji. Konkurencyjny względem Cyfrowego Polsatu operator platformy cyfrowej Canal+ Cyfrowy Sp. z o.o., podobnie jak operatorzy kablowy, mieli podpisane stosowne umowy na nieodpłatną reemisję programów TVP. W 2005r. TVP zdecydowała się zażądać opłat licencyjnych od wszystkich operatorów na rynku, choć, wedle Wnioskodawcy, nie miały miejsca żadne obiektywne przesłanki uzasadniające zmianę dotychczasowej polityki TVP. Skutkiem protestu operatorów było wycofanie się przez TVP z żądania opłat od operatorów sieci kablowych, nie zmieniła ona jednak podejścia wobec operatorów platform cyfrowych.

Takie różnicowanie podmiotów nie znajduje, zdaniem Cyfrowego Polsatu, uzasadnienia w obowiązującym stanie prawnym. Wnioskodawca twierdzi, iż nie ma znaczenia, czy abonent otrzymuje dostęp do programów telewizyjnych za pośrednictwem operatora telewizji kablowej czy operatora telewizji publicznej. W każdym przypadku powinien on mieć dostęp do programów telewizji publicznej, co wynikać ma z roli i misji telewizji publicznej oraz sposobu jej finansowania poprzez abonament radiowo-telewizyjny.

Jako prawdopodobny powód wymienionych działań TVP wnioskodawca wskazuje próbę wymuszenia na operatorach platform cyfrowych korzystnych warunków wprowadzenia do oferty

programowej kanałów tematycznych TVP. Ponadto Cyfrowy Polsat podkreśla, iż ogólnotematyczne kanały TVN i Polsatu udostępniane są bezpłatnie wszystkim operatorom (kablowym i satelitarnym).

Wnioskodawca podkreśla, iż czuje się zobowiązany normą art. 43 ustawy o *radiofonii i telewizji* do zapewnienia swoim abonentom dostępu do ogólnodostępnych kanałów telewizji publicznej. Działania TVP utrudniające Cyfrowemu Polsatowi wywiązanie się z ww. obowiązku poprzez żądanie opłat licencyjnych za transmisję, Wnioskodawca traktuje jako przejaw nadużywania pozycji dominującej.

Zdaniem Cyfrowego Polsatu, żądanie przez TVP opłat licencyjnych za transmitowanie programów ogólnodostępnych tego nadawcy jest niedopuszczalnym poszukiwaniem dodatkowego przychodu dla celów realizacji misji publicznej, która ma być realizowana ze środków, stanowiących pomoc publiczną (abonament radiowo-telewizyjny). Działania TVP mogą, zdaniem Wnioskodawcy, doprowadzić do naruszenia warunków prowadzenia działalności przez nadawców programów ogólnodostępnych, utrzymujących się przede wszystkim z emisji reklam. Nadawcy komercyjni nie mając dostępu do środków publicznych oraz pobierając opłaty za udostępnianie sygnału telewizyjnego operatorom kablowym i satelitarnym, mogą mieć trudności z podjęciem rywalizacji rynkowej z TVP.

Również przeniesienie dyskusji o konieczności ponoszenia opłat licencyjnych za transmitowanie ogólnodostępnych programów TVP na forum publiczne oraz publicznie formułowane zarzuty naruszenia prawa, Wnioskodawca uważa za przejaw nadużywania pozycji dominującej przez TVP. Taki sposób prowadzenia negocjacji, zdaniem Cyfrowego Polsatu, służyć ma jedynie wywarceniu presji na operatorów oraz stworzyć wrażenie, że działania TVP podejmowane są w trosce o interes abonenta.

Wnioskodawca, oprócz naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy, zarzuca również TVP stosowanie praktyk wypełniających znamiona art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy tj. narzucanie uciążliwych warunków umów przynoszących TVP nieuzasadnione korzyści. W ocenie Wnioskodawcy stosowanie tej praktyki ograniczającej konkurencję przejawia się w:

- przedstawieniu Wnioskodawcy do podpisu umowy bez możliwości jej negocjowania,
- ustaleniu bardzo wysokiej stawki wynagrodzenia z tytułu rozprowadzania programów TVP,
- określeniu bardzo krótkiego terminu do wniesienia pierwszej opłaty licencyjnej, tj. 3 dni od dnia zawarcia umowy,
- próbie narzucenia opłaty licencyjnej za kanał TVP Kultura oraz przerwania na Wnioskodawcę kosztów rozprowadzania tego kanału. Wnioskodawca wskazuje, iż od momentu rozpoczęcia nadawania tego programu TVP płaci za jego transmisję jako za usługę techniczną, a kanał ten jest nadawany jako ogólnodostępny,
- próbie przerwania kosztów technicznych rozprowadzania programów na Wnioskodawcę, określeniu krótkiego terminu na wprowadzenie zmian w sposobie dostarczania programu do Wnioskodawcy oraz umieszczeniu zapisu o automatycznym objęciu umową każdego kanału tematycznego wprowadzanego przez TVP bez konieczności zmiany umowy.

Wnioskodawca odmówił podpisania umowy przedstawionej przez TVP w zaproponowanym przez nią kształcie, gdyż jest zdania, iż tego typu obszerne i skomplikowane zobowiązania powinny podlegać negocjacom. Jak już wskazano wyżej, samo żądanie jakichkolwiek opłat licencyjnych za rozpowszechnianie ogólnodostępnych programów TVP Cyfrowy Polsat uważa za bezpodstawne. Dodatkowo Wnioskodawca zwraca uwagę, iż proponowany przez TVP model wyceny wartości licencji nie zawiera wyceny jednostkowej (np. na abonenta) oraz nie uwzględnia pozycji i wielkości operatora, któremu opłaty te są narzucane.

Wnioskodawca nie godzi się z przerzucaniem kosztu rozpowszechniania kanału TVP Kultura na Cyfrowy Polsat, gdyż, jego zdaniem, nie jest to kanał publiczny ogólnodostępny.

Niedopuszczalne jest również, zdaniem Wnioskodawcy, żądanie przez TVP od operatorów platform satelitarnych weryfikowania opłacania przez swoich abonentów publicznego abonamentu radiowo-telewizyjnego.

W toku postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu ustalił, iż poczynawszy od roku 2004 r., tj. wystąpienia przez Cyfrowy Polsat do TVP o ustalenie zasad współpracy obu podmiotów w przedmiocie reemisji programów ogólnodostępnych TVP wielokrotnie dochodziło do spotkań przedstawicieli stron. Ostatnie wspólne spotkanie odbyło się 2 marca 2007r. Do chwili wydania niniejszej decyzji, strony nie doszły do porozumienia w sprawie wszystkich kwestii będących przedmiotem negocjacji.

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy, Prezes Urzędu może „odmówić wszczęcia postępowania antymonopolowego, jeżeli w sposób oczywisty z zawartych we wniosku oraz posiadanych przez Prezesa Urzędu informacji wynika, że nie naruszono zakazu [...] określonego w art. 8.” Na podstawie art. 85 ust. 1 w związku z art. 43 ustawy, Prezes Urzędu miał prawo zgromadzić informacje niezbędne do podjęcia takiej decyzji w toku postępowania wyjaśniającego. Należy podkreślić, że przesłanką decyzji o odmowie wszczęcia postępowania jest oczywistość braku naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Jak wynika z orzecznictwa Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydanie decyzji w tym trybie jest niedopuszczalne, jeżeli nienaruszenie zakazu ustawowego jest choćby w minimalnym stopniu wątpliwe (Wyrok SOKiK z dnia 4 sierpnia 2003 r., sygn. akt XVII Ama 117/02).

Wyróżnić można trzy przypadki bezzasadności wniosku, będącej podstawą do wydania decyzji o odmowie wszczęcia postępowania: 1) zachowania opisane we wniosku w ogóle nie miały miejsca, 2) zachowania opisywane i kwestionowane we wniosku miały miejsce, jednak ich skutkiem nie jest – szkodliwe dla konkurentów, kontrahentów, bądź konsumentów – zakłócenie konkurencji na rynku właściwym, 3) zachowania opisane i zakwestionowane we wniosku miały miejsce oraz zakłócały konkurencję na rynku właściwym, jednak nie stanowi to naruszenia interesu publicznego, o którym mowa w art. 1 ustawy.

W niniejszej sprawie wnioskodawca zarzucił TVP naruszenie art. 8 ustawy tj. nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym. Kwestionowane przez wnioskodawcę zachowania TVP naruszać miały zakazy określone w art. 8 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy: tj. zakazy:

- przeciwdziałania ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji (pkt 5);
- narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści (pkt 6).

Wniosek Cyfrowego Polsatu dotyczy jednego podmiotu, przeciwko któremu postępowanie antymonopolowe powinno zostać wszczęte (TVP) oraz jednego zachowania TVP (ciągu konkretnych zachowań) wobec Cyfrowego Polsatu. Przedmiotem wniosku są natomiast dwie sprawy antymonopolowe – tj. kwestie zastosowania konkretnego przepisu ustawy do danego przypadku – połączone ze względu na tożsamość podmiotu przeciwko któremu postępowanie antymonopolowe ma być wszczęte oraz tożsamość kwestionowanego zachowania. To samo zachowanie przedsiębiorcy może być bowiem kwalifikowane rozmaicie w prawie konkurencji i naruszać równocześnie kilka zakazów, ustanowionych w przepisach tego prawa. Ostateczna decyzja rozstrzygająca połączone w jednym wniosku sprawy antymonopolowe powinna odrębnie uzasadniać rozstrzygnięcie każdej z nich – chyba, że powody identycznego rozstrzygnięcia są wspólne dla każdej z nich. Zdaniem Prezesa Urzędu, tak właśnie jest w przypadku wniosku Cyfrowego Polsatu.

Rozpatrując wniosek Cyfrowego Polsatu Prezes Urzędu powinien ustalić: 1) czy TVP zachowała się w sposób opisany we wniosku, 2) czy zachowania opisywane i kwestionowane we wniosku wywołują szkodliwe dla konkurentów, kontrahentów, bądź konsumentów zakłócenie konkurencji na rynku właściwym, 3) czy zakłócenie konkurencji na rynku właściwym stanowiło naruszenie interesu publicznego, o którym mowa w art. 1 ustawy.

Warunkiem uznania działań TVP za nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym jest prawidłowe określenie tegoż rynku. Art. 4 pkt 8 ustawy, definiuje rynek właściwy jako „rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.” Warunkiem określenia rynku właściwego jest więc określenie towaru - definiowanego w ustawie jako „rzeczy, jak również energia, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane” (art. 4 pkt 6). Wnioskodawca określił rynek właściwy jako wyznaczony zgodą nadawcy rynek reemisji polskojęzycznych programów telewizyjnych do powszechnego odbioru.

Rynek właściwy ujmuje się jako przestrzeń spotkania podaży i popytu - miejsce transakcji, której przedmiotem jest określony towar. Jednakże transakcja pomiędzy pośrednikiem a nadawcą kanału telewizyjnego przez obie strony może być postrzegana zupełnie odmiennie, ze względu na całkowicie odmiennie podejście do towaru. Dla operatora sygnał telewizyjny jest surowcem do budowy własnej oferty programowej. W zależności od programu telewizyjnego (preferencje odbiorców końcowych – a więc możliwość uznania innych programów telewizyjnych za substytuty), jego

producent może być traktowany jako monopolista albo też jeden z konkurujących dostawców. Pakiet programów stanowi o wartości produktu oferowanego abonentom.

Sygnal telewizyjny jest zatem towarem przekazywanym operatorowi, a dostawca tego towaru zasługuje – co do zasady – na świadczenie ekwiwalentne. Z kolei nadawca bezpłatnego kanału telewizyjnego dzięki transakcji z operatorem zyskuje widownię. Dostęp do widowni stanowi o wartości produktu oferowanego przez nadawcę bezpłatnego kanału telewizyjnego na rynku reklamowym. Co do zasady więc, w zamian za ową usługę nadawca powinien być gotowy do świadczenia wzajemnego. Obie strony transakcji, dostrzegając obopólne korzyści ze współpracy, mogą zrezygnować ze świadczeń wzajemnych, co też było do roku 2004 przyjętą praktyką w stosunkach pomiędzy TVP a operatorami kablowymi i satelitarnymi. Racjonalniejsze z punktu widzenia ekonomicznego – choć trudniejsze i kosztowniejsze w praktyce, byłoby obliczenie wysokości należnych świadczeń wzajemnych (być może nierównych), a następnie ich potrącenie. Dążenie do maksymalizacji zysku może jednak skłaniać do przedstawiania agresywnych i jednostronnych stanowisk, podkreślających wyłącznie wartość towaru przekazywanego drugiej stronie. Takie działania podjęła TVP, żądając wnoszenia opłat licencyjnych za reemisję swoich ogólnodostępnych programów telewizyjnych. Rozstrzygnięcie przez organ antymonopolowy sporu pomiędzy kontrahentami o samą zasadność naliczania opłat licencyjnych za reemisję, polegające na przyznaniu racji którejś ze stron, nie byłoby więc w świetle powyższego sprawiedliwe.

W okolicznościach niniejszej sprawy możliwe są dwa ujęcia rynku właściwego produktowo. Można zatem przyjąć, iż rynkiem właściwym jest **wyznaczany zgodą nadawców** rynek reemisji polskojęzycznych programów telewizyjnych przeznaczonych do powszechnego odbioru. Na takim rynku działaliby, oprócz TVP, również inni nadawcy telewizyjni jak np. Telewizja Polsat czy TVN S.A. Posiłkując się przy określeniu udziałów nadawców telewizyjnych udziałami tych nadawców w rynku widowni należy przyjąć, iż TVP posiada na tak określonym rynku pozycję dominującą, z udziałem przekraczającym 40% i znacznie odbiegającym od udziału najsilniejszych konkurentów.

Jednakże, w przypadku programów telewizji publicznej – ze względu na ich publiczny charakter – uzasadnione może być również traktowanie TVP jako monopolisty, a zatem przyjęcie za Wnioskodawcą, iż rynkiem właściwym jest rynek reemisji polskojęzycznych programów telewizyjnych przeznaczonych do powszechnego odbioru, **wyznaczony zgodą TVP na reemisję**.

Niezależnie od zasadności poczynionych wyżej ustaleń odnośnie rynku właściwego oraz ewentualnej monopolistycznej pozycji TVP jako nadawcy programów publicznych, w ocenie Prezesa Urzędu bezprzedmiotowość wniosku Cyfrowego Polsatu wynika z niemożności przypisania dotychczasowemu zachowaniu TVP cechy nadużycia pozycji dominującej.

Zgodnie z ustalonym orzecznictwem antymonopolowym, samo przedstawianie stanowisk w negocjacjach z kontrahentem nie stanowi jeszcze nadużycia pozycji dominującej. Najpełniej widoczne jest takie podejście w orzecznictwie dotyczącym narzucania warunków umów. Jak podkreśla się w doktrynie narzucanie polegać może na działaniach, czyli aktywnym narzucaniu warunków w

negocjacjach, a także na zaniechaniach, a więc na odmowie podejmowania jakichkolwiek negocjacji w przedmiocie spornych kwestii (E. Modzelewska-Wąchal: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*”, Twigger, Warszawa 2002, s. 118). Jako klasyczny przykład nadużycia pozycji dominującej – ustalony orzecznictwem antymonopolowym – można podać przykład odcięcia energii ciepłej stałemu odbiorcy, który nie kwestionował co do zasady obowiązku zapłaty ceny, dla wymuszenia jego zgody na propozycje cenowe (Wyrok z 7 października 1998 r., XVII Ama 44/98). Wymuszoną w ten sposób umowę organ ochrony konkurencji – za aprobatą Sądu Antymonopolowego – unieważnił, wskazując drogę sądową jako właściwą dla rozstrzygnięcia sporów o należność. Jak stwierdził wyraźnie Sąd Antymonopolowy zakazaną praktyką jest wymuszanie zobowiązań jakich kontrahent nie podjąłby się w braku zagrożenia. Zdaniem Sądu Antymonopolowego owo zagrożenie polegać musi na poważnym, potencjalnym niebezpieczeństwie niepowetowanej szkody (Wyrok z 1 marca 1995 r., XVII Amr 59/94). W tym sensie groźba nie musi zostać wprowadzona w czyn, jednak musi być na tyle poważna, że przedsiębiorca zgadza się na wymuszaną na nim umowę.

W okolicznościach niniejszej sprawy należy stwierdzić, iż pomimo rozpoczęcia w 2004 r. przez Cyfrowy Polsat bezumownej retransmisji ogólnodostępnych programów TVP, ta ostatnia nie podjęła żadnych kroków faktycznych lub prawnych, aby taką retransmisję uniemożliwić. Przeciwnie, podobnie jak Cyfrowy Polsat, podejmuje próby umownego uregulowania zasad wzajemnej współpracy. Można przypuszczać, że transmisja sygnału telewizji publicznej na platformie Cyfrowego Polsatu przynosi korzyści obu stronom, a kwestią sporną są jedynie szczegółowe kwestie wzajemnych rozliczeń, które – w braku polubownego rozwiązania – mogą i powinny zostać rozstrzygnięte na drodze sądowej. Rozstrzygnięcie sporów indywidualnych leży natomiast poza kompetencjami Prezesa Urzędu.

Pośrednim argumentem na rzecz tezy, iż nie istnieje poważne i potencjalne niebezpieczeństwo zerwania faktycznej współpracy pomiędzy stronami i narzucenia Wnioskodawcy nieuzasadnionych opłat – poza wskazanym już długim okresem prowadzonej faktycznie przez Polsat Cyfrowy bezumownie reemisji – mogą być także przepisy dotyczące obowiązku reemisji programów telewizji publicznej (tzw. zasada *must carry*). Zgodnie ze stanowiskiem Wnioskodawcy operatorzy platform cyfrowych mają ustawowy obowiązek reemisji programu TVP. Zdaniem Prezesa Urzędu, jeżeli taki obowiązek rzeczywiście ciąży na operatorach, telewizja publiczna jest zobowiązana taką reemisję umożliwić (przepisy nie stanowią jednak, że reemisja musi mieć charakter nieodpłatny).

Zakres podmiotowy obowiązku *must carry* w Polsce może jednak budzić wątpliwości. W myśl art. 31 Dyrektywy o *usłudze powszechnej* państwo członkowskie może nałożyć na sieci łączności elektronicznej obowiązek upowszechniania *must carry* na przedsiębiorstwa podlegające ich jurysdykcji. Przepis powyższy ma więc charakter fakultatywny. Państwu członkowskiemu pozostawiona została pełna decyzyność co do możliwości wprowadzenia obowiązku rozprowadzania określonych programów telewizyjnych. Należy zwrócić również uwagę, że pod pojęciem sieci łączności elektronicznej powinno rozumieć się sieci używane do rozpowszechniania programów telewizyjnych i radiowych, do których zalicza się w myśl pkt 44 preambuły sieci nadawcze kablowe, naziemne, satelitarne oraz inne sieci o ile znacząca liczba użytkowników używa takich sieci jako swojego

głównego sposobu odbioru programów telewizyjnych i radiowych. W żaden sposób nie została unormowana kwestia wzajemnych opłat nadawcy lub operatora kablowego.

W polskim ustawodawstwie zasada *must carry* zawarta została w art. 43 ustawy o *radiofonii i telewizji*. Polski ustawodawca mając **możliwość, a nie obowiązek**, wprowadzić do polskiego porządku prawnego zasadę *must carry*, nałożył jedynie na operatorów kablowych wynikający ze wskazanej zasady obowiązek rozprowadzania programów telewizji publicznej. Jedynie w drodze wykładni można próbować rozszerzyć ten obowiązek na inne podmioty, które retransmitują sygnał telewizyjny do odbiorcy końcowego – jak np. operatorzy platform cyfrowych. Skoro ww. ustawa nie wspomina nic o wzajemnych rozliczeniach nadawcy i operatora, należy przyjąć, że zasady i tryb rozliczeń powinny być ustalone przez strony w drodze indywidualnych negocjacji.

Należy raz jeszcze wyraźnie podkreślić, że do czasu zaistnienia sporu pomiędzy TVP i Cyfrowym Polsatem reemisja programów telewizji publicznej przez operatorów kablowych i satelitarnych odbywała się w sposób nieodpłatny. Z wiedzy organu antymonopolowego wynika, że w przypadku uczestników przedmiotowego sporu nadal reemisja ta jest nieodpłatna a strony są na etapie negocjowania warunków umowy. Zdaniem organu antymonopolowego, w niniejszej sprawie nie można więc uznać, że zarzucana praktyka miała (ma) w ogóle miejsce. Organ antymonopolowy nie ma możliwości ocenić, czy Cyfrowy Polsat jest traktowany w sposób nierównoprawny, bowiem Wnioskodawca konsekwentnie uchyla się od ujawnienia szczegółów prowadzonych z TVP negocjacji, informując jedynie Prezesa Urzędu, iż negocjacje pomiędzy stronami trwają. Nie sposób potwierdzić nierównoprawności traktowania, jeśli nie wiadomo na czym to „traktowanie” *de facto* polega. Biorąc pod uwagę fakt, że reemisja nadal odbywa się nieodpłatnie trudno przyjąć, aby w chwili obecnej Wnioskodawca był traktowany przez TVP inaczej niż pozostali operatorzy.

Zarzuty „korzystania z pomocy publicznej jako elementu wspomagającego TVP w jej działaniach rynkowych” oraz „przeniesienia negocjacji na forum publiczne” nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia, iż TVP przeciwdziała ukształtowaniu się warunków do powstania bądź rozwoju konkurencji. Wnioskodawca nie wykazał związku przyczynowego ww. działań TVP z zarzucaną temu przedsiębiorcy praktyką.

Odnosząc się do kwestii narzucania uciążliwych warunków umów przynoszących TVP nieuzasadnione korzyści, należy ponadto zauważyć, że w ocenie organu antymonopolowego nie jest spełniona zasadnicza przesłanka do zastosowania dyspozycji art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy. Z wniosku i korespondencji prowadzonej z Wnioskodawcą w toku postępowania wyjaśniającego nie wynika, że jakiegokolwiek warunki zostały narzucone w szczególności dlatego, że nie znamy ostatecznego stanowiska negocjacyjnego stron. Wnioskodawca nie jest w stanie potwierdzić stawianych TVP zarzutów, bowiem negocjacje między stronami jeszcze trwają (fakt potwierdzony pismami Cyfrowego Polsatu i TVP). Fakt prowadzenia negocjacji stoi, co warto zaznaczyć, w jawnej sprzeczności z zarzutem wniosku, jakoby TVP przedstawiła Cyfrowemu Polsatowi umowę o współpracy do podpisu bez możliwości negocjowania jej warunków.

O braku narzucania uciążliwych warunków umów świadczy również, co należy po raz kolejny podkreślić, fakt prowadzonej reemisji programów telewizji publicznej przez Cyfrowy Polsat bezpłatnie i

na zasadzie bezumownej. Oczywistym jest, iż gdyby TVP była zdecydowana narzucić Cyfrowemu Polsatowi uciążliwe warunki umowy, podjęłaby stosowne środki faktyczne i prawne, aby taką reemisję uniemożliwić.

Podsumowując, należy stwierdzić, iż samo domaganie się przez TVP wnoszenia opłat licencyjnych za reemisję jej programów nie może jeszcze stanowić praktyki ograniczającej konkurencję w rozumieniu ustawy. Po pierwsze, do narzucenia ewentualnych uciążliwych warunków umów jeszcze nie doszło, gdyż Cyfrowy Polsat nie zgodził się na ponoszenie takich opłat. Sam brak postępu w negocjacjach lub też niezadowolający jedną ze stron ich przebieg, nie stanowi wystarczającej podstawy do wszczęcia postępowania antymonopolowego. Negocjacje handlowe pomiędzy Cyfrowym Polsatem i TVP nie prowadzą i nie mogą prowadzić do negatywnych skutków rynkowych do czasu ich sfinalizowania. Stąd interwencja Prezesa Urzędu jest w obecnym stanie faktycznym oczywiście bezprzedmiotowa.

W związku z powyższym, nie wykluczając w razie zmiany okoliczności faktycznych sprawy możliwości wszczęcia postępowania antymonopolowego, w przyszłości należało orzec jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479²⁸ §2 kpc, od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

*Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i
Konsumentów*

Dyrektor Departamentu
Ochrony Konkurencji

Monika Bychowska

Otrzymuje:

1) Pan Dominik Libicki
Prezes Zarządu

Cyfrowy Polsat S.A.
Osiedle Radiówek 27a
05-462 Wiązowna
2) a/a