



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DDI-2-53-01/1122/EW/KP

Warszawa, dn. 20 grudnia 2011 r.

Decyzja nr DOK-11/2011

I. Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.) w zw. z art. 80 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tj. Dz. U. z 2003 r., Nr 86, poz. 804, z późn. zm.) i w zw. z art. 93 ww. ustawy oraz w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) **umarza postępowanie antymonopolowe** wszczęte na wniosek Carston Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez Polską Telefonię Cyfrową S.A. z siedzibą w Warszawie (dawniej: Polska Telefonía Cyfrowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) polegających na naruszeniu:

1. Art. 8 ust. 2 pkt 4 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku sprzedaży telefonów komórkowych dopuszczonych przez spółkę Polska Telefonía Cyfrowa S.A. do sprzedaży przy zawarciu umowy terminowej o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez ww. spółkę, polegające na uzależnianiu zawarcia umów sprzedaży telefonów od wpłacenia z tytułu aktywacji kwot wyższych, niż kwoty wpłacane przez klientów za aktywację;

2. Art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku usług telefonii komórkowej GSM, polegającego na uniemożliwieniu wejścia na rynek service providerów, poprzez odmowę zawarcia umowy ze spółką Debitel;

3. Art. 8 ust. 2 pkt 6 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku sprzedaży telefonów komórkowych dopuszczonych przez spółkę Polska Telefonía Cyfrowa S.A. do sprzedaży przy zawarciu umowy terminowej o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez ww. spółkę, polegające na uzależnianiu zawarcia umów sprzedaży telefonów od wpłacenia z tytułu aktywacji kwot wyższych niż kwoty wpłacane przez klientów za aktywację.

II. Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.) w związku

z art. 80 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tj. Dz. U. z 2003 r., Nr 86, poz. 804, z późn. zm.) i w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **umarza** – z uwagi na brak pozycji dominującej na rynku właściwym – **postępowanie antymonopolowe** wszczęte na wniosek Carston Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez Polską Telefonię Cyfrową S.A. z siedzibą w Warszawie polegających na naruszeniu:

1. Art. 8 ust. 2 pkt 1 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu spółki Polska Telefonia Cyfrowa S.A. umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej ERA, polegającego na wyznaczaniu agentowi gorszych warunków sprzedaży niż sam stosuje;

2. Art. 8 ust. 2 pkt 1 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku sprzedaży telefonów komórkowych dopuszczonych przez spółkę Polska Telefonia Cyfrowa S.A. do sprzedaży przy zawarciu umowy terminowej o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez spółkę Polska Telefonia Cyfrowa S.A., poprzez ustalanie, w czasie trwania promocji, ceny sprzedaży telefonu przez agenta na poziomie ceny zakupu, czyli poniżej łącznych kosztów zakupu i dalszej odsprzedaży;

3. Art. 8 ust. 2 pkt 2 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu spółki Polska Telefonia Cyfrowa S.A. umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej ERA, z uwzględnieniem subryнку sprzedaży telefonów komórkowych dopuszczonych przez ww. spółkę do sprzedaży przy zawarciu umowy terminowej o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez ww. spółkę, polegającego na odmowie realizacji zamówień agentów na dostawę aparatów telefonicznych, przy jednoczesnej pełnej realizacji zapotrzebowania własnych punktów sprzedaży;

4. Art. 8 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu spółki Polska Telefonia Cyfrowa S.A. umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej ERA polegające na:

- stosowaniu wobec agentów niejednorodnych warunków refundacji kosztów reklamy
- stosowaniu wobec agentów niejednorodnych zasad w oferowaniu usług w ofercie publicznej przez poszczególnych agentów;

5. Art. 8 ust. 2 pkt 4 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu spółki Polska Telefonia Cyfrowa S.A. umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej w sieci ERA, poprzez uzależnianie kontynuowania stosunku agencyjnego od wpłat kwot pieniężnych na poczet dopłat za wcześniej nabyte i zapłacone telefony;

6. Art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu spółki Polska Telefonia Cyfrowa S.A. umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej ERA, polegającego na zakazie wprowadzenia i utrzymywania reklamy w publicznych środkach masowego przekazu, własnej promocji agenta;

7. Art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku sprzedaży telefonów GSM, polegającego na uniemożliwieniu dokonywania zakupu i sprzedaży innych aparatów telefonicznych niż nabytych od Polskiej Telefonii Cyfrowej S.A.,

8. Art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku sprzedaży telefonów GSM marki Alcatel, polegającego na uniemożliwieniu handlu telefonami

GSM marki Alcatel na warunkach wolnej dystrybucji;

9. Art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu spółki Polska Telefonía Cyfrowa S.A. umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej ERA, poprzez niedopuszczenie do sprzedaży przy zawieraniu umów terminowych o świadczenie usług telekomunikacyjnych telefonów innych niż nabyte od ww. spółki;

10. Art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu spółki Polska Telefonía Cyfrowa S.A. umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej w sieci ERA, przez rozwiązanie przez ww. spółkę umowy agencyjnej z Carston Polska Sp. z o.o.,

11. Art. 8 ust. 2 pkt 6 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu spółki Polska Telefonía Cyfrowa S.A. umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej ERA, polegającego na: - uzależnianiu kontynuowania stosunku agencyjnego od wpłaty kwoty 140 000 zł, - narzucanie uciążliwych warunków umów dotyczących sprzedaży w promocji.

Uzasadnienie

W dniu 31 grudnia 2001 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej Prezesem Urzędu, Prezesem UOKiK, bądź organem antymonopolowym) wpłynęło pismo Carston Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej Carston bądź Wnioskodawcą) datowane na 30 grudnia 2001 r. zawierające wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawie naruszania przez Polską Telefoníę Cyfrową Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (obecnie: Polska Telefonía Cyfrowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwana dalej PTC) ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (t.j. Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080, z późn. zm., dalej również: uokik, ustawa)

Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w sprawie, Prezes Urzędu **postanowieniem z dnia 25 kwietnia 2002 r.** (k. 316-317) wszczął na wniosek Carston postępowanie antymonopolowe w sprawie uznania działań PTC za praktyki ograniczające konkurencję. Zakres przedmiotowy niniejszego postępowania został ostatecznie określony w **postanowieniu Prezesa Urzędu z dnia 24 lutego 2004 r.** (k. 1277-1280) - na wniosek Carston Prezes Urzędu orzec miał w sprawie ewentualnych następujących naruszeń przepisów Ustawy:

1. *Art. 8 ust. 2 pkt 1 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu PTC umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej ERA, polegającego na wyznaczaniu agentowi gorszych warunków sprzedaży niż sam stosuje,*

Zdaniem Wnioskodawcy, PTC narzucała swojemu agentowi (Carston) obowiązek zawierania umów z klientami na gorszych warunkach niż te, które sama oferowała swoim klientom bezpośrednio. PTC występowała (poprzez własnych pracowników) do niektórych klientów Carston z korzystniejszą ofertą, co powodowało utratę klientów przez agenta (np. firma Convector). We własnych punktach sprzedaży PTC oferowała korzystniejsze warunki sprzedaży promocyjnej, które były niedostępne dla agentów. Punkty sprzedaży PTC były też lepiej zaopatrywane w najatrakcyjniejsze telefony sprzedawane w promocji. PTC stosowała

również sprzedaż obwoźną po cenach niższych, niż obowiązujące u agenta w tej samej miejscowości.

2. Art. 8 ust. 2 pkt. 1 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku sprzedaży telefonów komórkowych dopuszczonych przez PTC do sprzedaży przy zawarciu umowy terminowej o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez PTC, poprzez ustalenie, w czasie trwania promocji, ceny sprzedaży telefonu przez agenta na poziomie ceny zakupu, czyli poniżej łącznych kosztów zakupu i dalszej odsprzedaży,

Według Wnioskodawcy, PTC ustaliła dla agentów marżę na sprzedaż telefonów w wysokości 3%. Zdaniem wnioskodawcy była to marża na rażąco niskim poziomie. Z chwilą upowszechnienia „sprzedaży promocyjnej” (elementem takich promocji była możliwość zakupu telefonu po niższej cenie) agenci byli zmuszeni, zdaniem Wnioskodawcy, do odsprzedaży telefonów po cenie zakupu w PTC. Mechanizm sprzedaży promocyjnej, wprowadzonej przez PTC, powodował, iż agenci zmuszeni byli też do odsprzedaży telefonów, nabytych w poprzednich promocjach. Zdaniem Wnioskodawcy takie zasady sprzedaży powodowały straty agentów (duże koszty organizacji systemu sprzedaży, pozbawienie wpływów z tytułu marży za sprzedaż telefonów).

3. Art. 8 ust. 2 pkt 2 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu PTC umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej ERA, z uwzględnieniem subryнку sprzedaży telefonów komórkowych dopuszczonych przez PTC do sprzedaży przy zawarciu umowy terminowej o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez PTC polegającego na odmowie realizacji zamówień agentów na dostawę aparatów telefonicznych, przy jednoczesnej pełnej realizacji zapotrzebowania własnych punktów sprzedaży,

Zdaniem Wnioskodawcy, w zakresie promocyjnej sprzedaży aparatów telefonicznych PTC ustanowiła limity dla agentów. Każdy z agentów otrzymywał ograniczoną i niewystarczającą liczbę najatrakcyjniejszych telefonów w danej promocji, podczas gdy - jak twierdzi Carston - salony firmowe PTC, były wyposażone w dostateczną liczbę takich telefonów. Zdaniem Wnioskodawcy, w magazynach PTC aparatów takich również nie brakowało.

4. Art. 8 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu PTC umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej ERA, polegające na:

- stosowaniu wobec agentów niejednorodnych warunków refundacji kosztów reklamy,
- stosowaniu wobec agentów niejednorodnych zasad w oferowaniu usług w ofercie publicznej przez poszczególnych agentów,

W opinii Carston, PTC w trakcie obowiązywania umów agencyjnych zaproponowała agentom zmianę zasad refundowania im kosztów reklamy własnej. Korzyścią płynącą dla agentów z tego faktu była zmiana progu refundacji kosztów reklamy z 50 do 75%. Dokumentem, który formalnie zmieniał zasady rozliczeń był załącznik nr 13 do umowy agencyjnej. Carston zwrócił wówczas uwagę PTC, iż jeden z warunków w załączniku (obowiązek udokumentowania fakturami, iż reklama dotyczy działalności na rzecz PTC) jest niemożliwy do spełnienia (faktury nie opisują treści reklamy - nie sposób więc udokumentować wydatków na reklamę działalności na rzecz PTC). Po zapewnieniach

przedstawicieli PTC, iż „nie będą przywiązywać wagi do tego warunku” przy wyliczaniu wysokości refundacji, Carston załącznik podpisał. Pomimo podpisania załącznika do grudnia 2000 r. otrzymywał jednak refundację w wysokości 50%.

Zdaniem Wnioskodawcy PTC stosowała też wobec agentów niejednolite zasady w oferowaniu usług w ofercie publicznej przez poszczególnych agentów. Na potwierdzenie zarzutu Carston wskazał, iż w niektórych okresach zawarcie umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych u jednego agenta związane było z poniesieniem opłaty za przyłączenie do sieci w wysokości 525 zł, natomiast u innego agenta opłata ta wynosiła jedynie 99 zł.

5. Art. 8 ust. 2 pkt 4 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku sprzedaży telefonów komórkowych dopuszczonych przez PTC do sprzedaży przy zawarciu umowy terminowej o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez PTC, polegające na uzależnianiu zawarcia umów sprzedaży telefonów od wpłacenia z tytułu aktywacji kwot wyższych, niż kwoty wpłacane przez klientów za aktywację,

W uzasadnieniu Wnioskodawca wskazał, że na podstawie umowy agencyjno - dystrybucyjnej, Carston do lipca 1998 r. pobierał w imieniu i na rachunek PTC od abonentów podpisujących umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, tzw. opłaty aktywacyjne. Wyliczenia w każdym okresie rozliczeniowym w zakresie kwot należnych operatorowi z tytułu pobranych opłat aktywacyjnych przez agenta prowadziła PTC. Taka polityka w zakresie rozliczeń doprowadziła zdaniem Carston do wielu błędnych wyliczeń na niekorzyść agenta. Taki system rozliczeń był szczególnie uciążliwy dla agenta, kiedy sprzedawał usługę telekomunikacyjną w końcowym okresie obowiązywania danej oferty (np. przyłączenie za niższą cenę); wówczas na skutek nieczytelnej transmisji faksowej bądź zagubienia faksu przez PTC dochodziło do sytuacji, w której telefon abonenta nie był aktywowany. Po złożeniu reklamacji usługa została wykonana, lecz PTC żądała opłaty od agenta, która obowiązywała nie w dniu podpisania umowy z klientem, ale w dniu faktycznego otrzymania od agenta informacji o podpisanej umowie, co wielokrotnie wiązało się z żądaniem dużo większych kwot od agenta niż faktycznie pobrane przez niego od abonenta. Wnioskodawca był zobligowany do wpłaty kwoty większej niż należna, gdyż nieuregulowanie zobowiązań w terminie wiązało się z odmową sprzedaży przez PTC telefonów, a co za tym idzie zatrzymaniem działalności agenta.

Dodatkowo Carston podniósł, iż druk umów PTC z abonentem był skonstruowany w taki sposób, iż uniemożliwiał uwidocznienie na nim pobranych opłat od abonenta, co pozwoliłoby wyeliminować pomyłki. Zdaniem Wnioskodawcy to agent powinien prowadzić odpowiednie zestawienia wysokości opłat pobranych od abonentów i na tej podstawie rozliczać się z operatorem.

6. Art. 8 ust. 2 pkt 4 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu PTC umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej w sieci ERA, poprzez uzależnianie kontynuowania stosunku agencyjnego od wpłat kwot pieniężnych na poczet dopłat za wcześniej nabyte i zapłacone telefony,

Wnioskodawca wskazał, że po każdej zakończonej promocyjnej sprzedaży u agenta pozostawały telefony nie sprzedane w danej promocji. Z uwagi na okoliczność, iż kolejne promocje obejmowały inne modele telefonów zaistniał problem, w jaki sposób mają zostać wykorzystane te modele, które pozostały. Carston twierdził, iż według informacji uzyskanych od koordynatorów regionalnych PTC, telefony te należało przeznaczyć do produktów *pre paid*

(zarząd PTC nie udzielił żadnej wiążącej informacji, w jaki sposób sprzedawać te telefony). Po przeprowadzonej inwentaryzacji w lipcu 1999 r. w całej sieci sprzedaży, PTC zażądała dopłat do aparatów nie sprzedanych w promocjach, na które były przeznaczone, a sprzedane zostały za niższą kwotę do produktów *pre paid* (Carston miał uregulować kwotę w wysokości 140 000 zł). W dniu 3 marca 2000 r. PTC i Carston zawarły porozumienie, na mocy którego dług wielkości 140 000 zł. powstały na skutek sprzedaży aparatów po niższych cenach, będzie spłacany przez Carston przy kolejnych zakupach telefonów; w dalszej kolejności Wnioskodawca stwierdza, iż został zmuszony do podpisania niniejszego porozumienia, gdyż w innym przypadku PTC zagroziło rozwiązaniem umowy.

7. *Art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu PTC umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej ERA, polegającego na zakażeniu wprowadzenia i utrzymywania reklamy w publicznych środkach masowego przekazu, własnej promocji agenta,*

Działalność agentów zakładała m.in. reklamowanie ich usług. Jednakże - zgodnie z umowami agencyjnymi - każda z reklam agenta zawierająca ofertę PTC musiała być zaakceptowana przez PTC. Agenci prowadzili jednocześnie własne akcje promocyjne (wspierane reklamą). Sposobem na przyciągnięcie klientów były promocyjne ceny niektórych akcesoriów dostępnych przy zakupie usługi telekomunikacyjnej. Zdaniem Wnioskodawcy umożliwiało to konkurowanie z lepiej zaopatrzonymi salonami firmowymi PTC. W 1999 r., jak twierdzi Carston, PTC poinformowała (ustnie na spotkaniu), iż reklama zawierająca elementy wykraczające poza ofertę operatora, nie będzie zatwierdzana przez PTC.

8. *Art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku sprzedaży telefonów GSM, polegającego na uniemożliwieniu dokonywania zakupu i sprzedaży innych aparatów telefonicznych, niż nabytych od Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o.,*

W opinii Carston, PTC uniemożliwiała agentom zakup innych aparatów, niż te, które pochodziły od PTC. Operator w ramach sprzedaży promocyjnej (subsydiowany koszt telefonu, niższa opłata za przyłączenia, ale umowa na czas określony) oferował zakup aparatów telefonicznych jedynie z oferty Ery. Zdaniem Wnioskodawcy, PTC wywierało nacisk na abonentów, co do wyboru telefonu, przy chęci skorzystania z oferty na czas określony.

9. *Art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku sprzedaży telefonów GSM marki Alcatel, polegającego na uniemożliwieniu handlu telefonami GSM marki Alcatel na warunkach wolnej dystrybucji,*

Firma Carston była od 1996 r. jednym z dystrybutorów telefonów marki Alcatel. Jednakże na początku 1997 r. zostali poinformowani, iż firma Alcatel Polska podpisała z PTC umowę na wyłączność na dostawę aparatów telefonicznych tej marki na rynek polski. Tym samym Carston musiał zaopatrywać się w telefony firmy Alcatel w PTC. Zdaniem Wnioskodawcy warunki sprzedaży telefonów, jakie wówczas zostały zaproponowane przez PTC odbiegały od tych, które występowały na rynku.

10. *Art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu PTC umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej*

ERA, poprzez niedopuszczenie do sprzedaży przy zawieraniu umów terminowych o świadczenie usług telekomunikacyjnych telefonów innych niż nabyte od PTC,

Sprzedaż promocyjna PTC polegała na sprzedaży usług telefonii komórkowej wraz z telefonem z oferty PTC. Operator pobierał znacznie niższą opłatę aktywacyjną, jednakże abonent musiał zobowiązać się do podpisania umowy na czas określony (1 rok lub 2 lata). Zdaniem Wnioskodawcy koszty, jakie ponosił operator w związku z pobieraniem niższej opłaty aktywacyjnej, uzasadniały podpisanie umowy z abonentem na czas określony. Jednakże Carston nie widział uzasadnienia do wprowadzenia przy tego typu promocji obowiązku zakupu przez abonenta telefonu z oferty operatora. Zdaniem Wnioskodawcy takie działania prowadzą do wywierania nacisku na klienta, co do wyboru aparatu telefonicznego, ponadto umożliwia to również regulowanie marżami w całej sieci sprzedaży PTC w zakresie sprzedaży telefonów.

11. Art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku usług telefonii komórkowej GSM, polegającego na uniemożliwieniu wejścia na rynek service providerów, poprzez odmowę zawarcia umowy ze spółką Debitel,

Wnioskodawca podniósł, że na rynku europejskim oprócz operatorów telefonii komórkowej działają także tzw. service providers, czyli podmioty oferujące abonentom własne karty SIM, które dzięki podpisanym przez service providers z operatorami odpowiednich umów, umożliwiają korzystanie z usług telekomunikacyjnych przy wykorzystaniu sieci operatorów. Firmy te, w tym niemiecki podmiot Debitel, który nawiązał kontakty biznesowe z Carston, chciał rozpocząć przedmiotową działalność na polskim rynku. Wnioskodawca uzyskał jednak informacje, że na skutek kategorycznego sprzeciwu PTC, co do współpracy z jakimkolwiek przedsiębiorcą typu service providers, firma Debitel na przełomie 1997 i 1998 r. wycofała się z rozmów z polskimi operatorami telefonii komórkowej.

12. Art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu PTC umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej w sieci ERA, przez rozwiązanie przez PTC umowy agencyjnej z Carston Polska Sp. z o.o.,

Pismem z dnia 25 listopada 2002 r. (k. 539-546) Carston wystąpił z wnioskiem o rozszerzenie zakresu przedmiotowego postępowania o stwierdzenie, iż PTC poprzez wypowiedzenie umowy agencyjnej z Carston, bez podania przyczyny nadużyła pozycji dominującej, pozbawiając Wnioskodawcę dostępu do rynku akwizycji i pozyskiwania abonentów dla operatorów telefonii komórkowej, przez co wobec braku alternatywnych możliwości prowadzenia takich usług (faktycznych i prawnych) Wnioskodawca był zmuszony do praktycznej likwidacji wyspecjalizowanego przedsiębiorstwa, zatrudniającego kilkadziesiąt osób oraz nakazanie PTC zaniechania tej monopolistycznej praktyki. Zdaniem Wnioskodawcy fakt, iż PTC nie wypowiedziała umów z innymi agentami, a jedynie z Carston, wskazuje na to, iż *PTC doprowadziła do zróżnicowania konkurencji pomiędzy wnioskodawcą, a własnymi salonami i pozostałymi agentami.* Jako argument przemawiający za słusznością takiego twierdzenia Carston przytoczył wyrok Sądu Antymonopolowego, gdzie stwierdzono, iż przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą nie może bez podania istotnej przyczyny rozwiązać stosunku umownego.

13. *Art. 8 ust. 2 pkt 6 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu PTC umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej ERA, polegającego na:*

- *uzależnianiu kontynuowania stosunku agencyjnego od wpłaty kwoty 140 000 zł,*
- *narzucaniu uciążliwych warunków umów dotyczących sprzedaży w promocji,*

Wnioskodawca w zakresie powyższych punktów przytoczył analogiczną argumentację jak w pkt 6. Ponadto wskazał, że PTC poprzez wprowadzanie „permanentnych” promocji, których zasady były odmienne od warunków sprzedaży określonej w umowie agencyjnej, doprowadziła do sytuacji, iż żaden inny rodzaj sprzedaży niż promocyjny w zasadzie nie istniał. Zdaniem Wnioskodawcy poprzez sprzedaż promocyjną operator osiągał dodatkowe zyski, które zgodnie z umową przypadająby agentowi. W czasie promocji obowiązywały inne stawki wynagrodzenia dla agentów. Zdaniem Wnioskodawcy następna umowa, której podpisanie zaproponowała PTC, była niekorzystna dla agenta, gdyż sankcjonowała dotychczasowe działanie operatora (umowy tej PTC w ogóle nie chciało negocjować w kwestii zasad wynagrodzenia). Operator wywierał nacisk podpisania tej umowy poprzez ograniczanie bądź wstrzymanie dostaw telefonów, wypowiedzenie obowiązującej umowy, jednocześnie operator obiecywał podniesienie limitu kredytowego, zwiększenie przychodów poprzez uczestnictwo w programach dla partnerów. Carston podniósł, iż musiał przyjąć te warunki, ponieważ - z uwagi na umowny zakaz prowadzenia działalności konkurencyjnej - niepodpisanie nowej umowy zmusiłoby Wnioskodawcę do zaprzestania działalności. Również z powodu klauzuli o zakazie konkurencji (w trakcie współpracy i 12 miesięcy po jej zakończeniu) Carston nie mogła zmienić operatora, który, jak twierdzi Wnioskodawca płacił o około 50 % lepiej.

14. *Art. 8 ust. 2 pkt 6 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku sprzedaży telefonów komórkowych dopuszczonych przez PTC do sprzedaży przy zawarciu umowy terminowej o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez PTC polegające na uzależnianiu zawarcia umów sprzedaży telefonów od wpłacenia z tytułu aktywacji kwot wyższych niż kwoty wpłacane przez klientów za aktywację.*

Wnioskodawca wyjaśnił, że do końca lipca 1998 r. w ramach umowy agencyjno-dystrybucyjnej agenci byli zobowiązani i uprawnieni do pobierania w imieniu i na rachunek PTC od abonentów podpisujących umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych opłat za przyłączenie do sieci (tzw. opłata aktywacyjna). Kwota nie była uwidaczniana na umowie z abonentem i PTC jednostronnie wyliczała jej wysokość, jaką agent powinien pobrać od abonenta, a następnie przekazać PTC. Zdaniem Wnioskodawcy przy wskazywaniu tych kwot dochodziło do licznych nieprawidłowości. Błędy te występowały najczęściej wtedy, kiedy agent zawierał umowę z abonentem pod koniec ważności danej oferty promocyjnej, a następnie, w wyniku błędu PTC (zgubienie faksu, nieczytelna transmisja telefaksowa), nie był przyłączany do sieci przez operatora. Kiedy abonent składał reklamację i był aktywowany w sieci operatora, PTC często określał wysokość opłaty aktywacyjnej już nie w wysokości promocyjnej, jaką faktycznie abonent zapłacił agentowi, lecz w wyższej kwocie, co oznaczało że agent był zmuszony *de facto* pokryć różnicę między nimi musiał pokryć sam agent. Jak wskazał Wnioskodawca np. abonent zapłacił opłatę aktywacyjną w wysokości 100 zł, a opłata aktywacyjna po okresie promocyjnym wynosiła już 525 zł.

W toku postępowania antymonopolowego Wnioskodawca prezentował także swoje stanowisko odnośnie do rynków właściwych w sprawie. I tak we wniosku o wszczęcie postępowania (k. 20) Carston wskazał, że w przypadku zarzucanych PTC działań mamy do czynienia z rynkiem właściwym zawierania umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii komórkowej (40 % udziału PTC) oraz z rynkiem relewantnym zawierania ww. umów na rzecz tylko jednego operatora (100 % udziału PTC dzięki zawartym umowom na wyłączność). Ponadto, Wnioskodawca wskazał, że w niektórych przypadkach mamy także do czynienia z rynkiem relewantnym, tj. rynkiem sprzedaży aparatów telefonicznych sprzedawanych przez dealerów PTC łącznie z zawarciem umowy o usługę telekomunikacyjną (PTC posiada na tym rynku 100 % udziału z uwagi na praktykę subsydiowania sprzedaży aparatów do końcowych użytkowników).

W piśmie z dnia 22 listopada 2002 r. (k. 530-536) Wnioskodawca, powołując się na sposób wyznaczania rynku przez Sąd Antymonopolowy w orzeczeniu z dnia 26 kwietnia 1995 r. (sygn. XVII Amr 74/94) - zgodnie z którym rynek relewantny obejmuje łącznie co najmniej 5 elementów, tj. produkt rynkowy, fazę obrotu towarowego, funkcję strony rynku, czasowy aspekt obrotu, terytorium oraz dodatkowo dostępność rynku oraz charakter umów obowiązujących w obrocie na danym rynku - wskazał na poniższe rynki relewantne:

1) Rynek akwizycji towarów i usług PTC (skierowana do agentów oferta dalszej sprzedaży abonentom usług PTC), na którym ww. elementy kształtują się w następujący sposób:

- produkt rynkowy: sprzedaż w imieniu i na rzecz PTC jej usług, tj. podłączenia do sieci PTC i usługa telekomunikacyjna;
- faza obrotu towarowego: zbycie;
- strony rynku i ich funkcja: PTC - podaż, zamknięty krąg agentów – popyt;
- czasowy aspekt obrotu: charakter trwały, istnieje od 1998 r.;
- terytorium: obszar RP;
- dostępność: rynek zamknięty - zamknięty (po stronie podaży występuje wyłącznie PTC, po stronie popytu wyłącznie zamknięty krąg agentów, nie mogących działać na rzecz podmiotów konkurencyjnych wobec PTC)
- charakter umów obowiązujących na danym rynku: wyłącznie umowa agencyjna.

2) Rynek sprzedaży aparatów telefonii komórkowej działających wyłącznie w sieci PTC (subrynek rynku sprzedaży promocyjnej połączonej ze sprzedażą telefonów GSM), na którym ww. elementy kształtują się w następujący sposób:

- produkt rynkowy: aparaty sieci Era;
- faza obrotu towarowego: hurt;
- strony rynku i ich funkcja: PTC - podaż, zamknięty krąg agentów – popyt;
- czasowy aspekt obrotu: charakter trwały, istnieje od 1997 r.;
- terytorium: obszar RP;
- dostępność: rynek zamknięty - zamknięty (po stronie podaży występuje wyłącznie PTC, po stronie popytu wyłącznie agenci, nie mogący działać na rzecz podmiotów konkurencyjnych wobec PTC);
- charakter umów obowiązujących na danym rynku: sprzedaż w celu dalszej odsprzedaży w imieniu własnym na własną rzecz lub rzecz PTC.

3) Rynek operatorsko-agencyjny. Z uwagi na brak innej sprzedaży niż sprzedaż promocyjna, tzn. zakup subsydiowanego aparatu sieci Era połączony z zakupem usług PTC w zamian za zawarcie umowy na czas określony - zdaniem Carston - PTC stworzyła operatorsko-agencyjny rynek zamknięto - zamknięty, stanowiący połączenie wymienionych wyżej rynków: akwizycyjnego i subryнку aparatów sieci Era. Na przedmiotowym rynku ww. elementy kształtują się w następujący sposób:

- produkt rynkowy: sprzedaż usług PTC wraz z aparatami sieci Era;
- faza obrotu towarowego: zbytn (usługi PTC) i hurt (aparaty sieci Era);
- strony rynku i ich funkcja: PTC - podaż, zamknięty krąg agentów – popyt;
- czasowy aspekt obrotu: charakter trwały, istnieje od 1997 r.;
- terytorium: obszar RP;
- dostępność: rynek zamknięto-zamknięty (po stronie podaży występuje wyłącznie PTC, po stronie popytu wyłącznie agenci, którzy nie mogą działać na rzecz innych operatorów);
- charakter umów obowiązujących na danym rynku: umowa agencyjna oraz sprzedaż w celu dalszej odsprzedaży w imieniu własnym (na własną rzecz lub na rzecz PTC).

4) Rynek usług telefonii komórkowej GSM. Carston przedstawił także schemat działania rynku usług telefonii komórkowej GSM. Wnioskodawca podkreślił, iż na rynku usług telefonii komórkowej konkurują ze sobą jedynie trzej operatorzy komórkowi (na tym obszarze nie konkurują agenci, gdyż nie mają wpływu na oferty usług telefonii komórkowej), agenci występują jedynie w imieniu i na rzecz operatorów. Na przedmiotowym rynku ww. elementy kształtują się w następujący sposób:

- produkt rynkowy: usługi telekomunikacyjne PTC, Polkomtel i PTK Centertel wraz z aparatami przystosowanymi do pracy wyłącznie w danej sieci;
- faza obrotu towarowego: detal;
- strony rynku i ich funkcja: po stronie podaży trzej operatorzy działający samodzielnie i poprzez dystrybutorów, po stronie popytowej - nieokreślona, otwarta grupa klientów;
- czasowy aspekt obrotu: charakter trwały, istnieje od 1996 r.;
- terytorium: obszar RP (z uwzględnieniem faktycznego zasięgu sieci poszczególnych operatorów);
- dostępność: rynek zamknięto - otwarty (po stronie podaży: ograniczona liczba operatorów, po stronie popytu: nieokreślona liczba odbiorców);
- charakter umów obowiązujących na danym rynku: sprzedaż usług i rzeczy.

5) Zdaniem Carston, z uwagi na okoliczność, iż faktycznie istniała jedynie sprzedaż promocyjna, powiązana przez operatora z aparatami przystosowanymi do pracy w jego sieci i po sztywno ustalonej cenie, ukształtował się dodatkowo także rynek relewantny charakteryzujący się następującymi cechami:

- produkt rynkowy: aparaty telefoniczne w sieci Era;
- faza obrotu towarowego: detal;
- strony rynku i ich funkcja: po stronie podaży - PTC i jej dystrybutorzy, po stronie popytowej nieokreślona liczba odbiorców;
- czasowy aspekt obrotu: charakter trwały istnieje od 1997 r.;
- terytorium: obszar RP;
- dostępność: rynek zamknięto – otwarty;

- charakter umów obowiązujących na danym rynku: sprzedaż rzeczy.

W piśmie z dnia **25 listopada 2002 r.** (k. 539 i n.) Wnioskodawca wskazał, iż za rynek właściwy w niniejszym postępowaniu należy uznać - zgodnie z treścią obowiązującej umowy agencyjnej - **rynek usług świadczonych dla PTC, a polegających na akwizycji i zawieraniu w imieniu i na rachunek operatora umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii komórkowej.** Jednocześnie Wnioskodawca wyjaśnił, iż rynek tego typu usług w skali całego kraju składa się z podmiotów świadczących takie usługi, w ok. 2,5 tys punktach sprzedaży oraz przez ok. tysiąc przedstawicieli handlowych na rzecz trzech operatorów telefonii komórkowej tj. PTC, Polkomtel, oraz PTK-Centertel, gdzie agenci są usługodawcami (czyli sprzedawcami towaru w rozumieniu uokik), natomiast operatorzy nabywcami tych usług. Rynek usług polegających na akwizycji i zawieraniu umów w imieniu operatorów telefonii komórkowej jest praktycznie jedynym rynkiem takich usług (polegającym na akwizycji i pozyskiwaniu abonentów), gdyż operatorzy telefonii stacjonarnej wobec innych uwarunkowań technicznych świadczonych przez nich usług, praktycznie nie wykazują zapotrzebowania na tego typu usługi. Następnie wnioskodawca stwierdził, że rynek ten przez samych operatorów poprzez zapisy w samych umowach (dotyczące zakazu działalności konkurencyjnej w trakcie trwania umowy agencyjnej oraz w okresie 12 miesięcy od daty jej wygaśnięcia) został podzielony na trzy odrębne rynki zamknięte, tj. rynek firm świadczących usługi dla PTC, rynek firm świadczących usługi dla Polkomtel oraz rynek firm świadczących usługi dla PTK-Centertel.

Zdaniem Carston PTC uzyskała monopolistyczną pozycję na **kontrahenckim rynku relevantnym operatorsko - agencyjnym.** Sterując podażą wpływała na ograniczenie oferty agentów na rynku abonenckim. Jednocześnie PTC rozpoczęła działalność konkurencyjną w stosunku do swoich agentów na rynku abonenckim i korzystając z możliwości działania niezależnie od agentów (swoich kontrahentów) skutecznie zapobiegała konkurencji zarówno w stosunku do własnej działalności (polegającej na pozyskiwaniu abonentów), jak i pomiędzy agentami, w szczególności oferując swoim klientom warunki korzystniejsze od tych, które oferowali agenci.

Oceniając pozycję rynkową uczestników postępowania Carston stwierdził, iż w świetle art. 4 pkt 3 lit. e) uokik PTC jest podmiotem dominującym w stosunku do Carston. Tezę, iż Carston jest podmiotem zależnym od PTC, Wnioskodawca uzasadnił tym, iż wywiera ona decydujący wpływ na działalność agenta. Wnioskodawca wskazał, iż ww. przepis wskazuje, iż przedsiębiorcą dominującym jest ten, kto *wywiera decydujący wpływ na działalność na jego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), w szczególności na podstawie umowy przewidującej zarządzanie innym przedsiębiorcą lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.* Zdaniem Wnioskodawcy użyty w ww. przepisie zwrot *w szczególności* oznacza jedynie przykładowe, a nie wyczerpujące, wymienienie sytuacji, kiedy jeden przedsiębiorca ma wpływ na działalność drugiego.

Carston stwierdził, iż PTC na dostępnych jednocześnie dla niej i jej agentów rynkach zajmuje pozycję dominującą, a nawet jest przedsiębiorcą dominującym w stosunku do swoich agentów. Dodatkowo Carston stwierdził, iż na rynku pozyskiwania klientów sieci Era, PTC konkuruje nieuczciwie z własnymi agentami (kontrahentami), wykorzystując na ich szkodę swoją pozycję dominującą, jak również swoją pozycję przedsiębiorcy dominującego w stosunku do agentów.

W trakcie postępowania antymonopolowego PTC ustosunkowała się do zarzutów

postawionych przez Carston. I tak, w toku postępowania, PTC w pierwszej kolejności wskazała na łączącą ją z Carston umowę agencyjną oraz umowę agencyjno - dystrybucyjną, które są głównym źródłem uprawnień i obowiązków zarówno PTC, jak i Carston. Przedmiotowe umowy regulowały zasady współpracy pomiędzy operatorem i agentem. W piśmie z dnia 27 maja 2002 r. (k. 320-330) PTC podniosła następujące kwestie:

- umowa agencyjna PTC z Carston nie wyłączała możliwości, aby również operator prowadził działalność w zakresie zawierania umów z klientami (obok sieci agencyjnej); PTC stwierdziło ponadto, iż zarówno sprzedaż prowadzona we własnej sieci, jak również za pośrednictwem agentów, odbywała się na tych samych warunkach;
- wszystkie akcje promocyjne były dostępne zarówno we własnej sieci PTC oraz u agentów; agent nie miał obowiązku przystępować do sprzedaży w ramach promocji, po zapoznaniu się z jej warunkami podejmował decyzję o przystąpieniu bądź nie do prowadzonej akcji promocyjnej;
- w opinii operatora nie można mówić o narzucaniu uciążliwych warunków umów, gdyż to Carston samodzielnie po zapoznaniu się z sytuacją na rynku telefonii komórkowej zdecydował się na podjęcie współpracy z PTC na warunkach określonych w umowie agencyjnej (na rynku działał już inny operator telefonii komórkowej, tj. Polkomtel);
- PTC zwraca uwagę, iż prowadzenie akcji promocyjnych w coraz większym zakresie wiązało się z obniżaniem przez operatorów cen za usługi telekomunikacyjne i aparaty telefoniczne, tym samym musiało to spowodować również mniejsze wynagrodzenie prowizyjne dla agenta (§7 umowy agencyjnej), jak również wprowadzenie zasady sprzedaży telefonu po cenie ustalonej przez operatora;
- warunki realizacji składanych przez agenta zamówień, określała umowa; w opinii PTC realizacja składanych przez Wnioskodawcę zamówień odbywała się właśnie zgodnie z warunkami określonymi w umowie, przy uwzględnieniu przydzielonego mu limitu kredytowego oraz ilości dostarczonych przez producenta aparatów telefonicznych;
- odnosząc się do zarzutu stosowania wobec agentów niejednorodnych warunków refundacji zwrotu kosztów reklamy, PTC odwołało się do postanowień umowy, które regulowały tę kwestię (przewidywały wysokość zwrotu kosztów reklamy), zdaniem PTC refundacje odbywały się właśnie zgodnie z postanowieniami ww. umowy;
- kwestionowana przez Carston kwota 140 000 zł. jest przedmiotem porozumienia zawartego pomiędzy stronami w dniu 3 marca 2000 r. Wysokość tej kwoty związana była ze sprzedażą w okresie od 1 lipca 1997 r. do 5 lipca 1999 r. telefonów przeznaczonych do sprzedaży promocyjnej, poza warunkami promocyjnymi;
- zgodnie z umową agencyjną (§ 7) i umową agencyjno — dystrybucyjną (§ 6.2) Carston miał możliwość skorzystania z procedur reklamacyjnych, co do wszystkich w jego opinii niewłaściwie wyliczonych i wypłaconych prowizji; Wnioskodawca nie skorzystał z takiej możliwości;

PTC podnosiła także, iż w niniejszym postępowaniu ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie ma zastosowania z uwagi na brak pozycji dominującej PTC na rynku właściwym. Na poparcie swoich twierdzeń wskazano na następujące argumenty:

- pojęcie pozycji dominującej jest definiowane nie tylko przez ustawę, ale również przez ustawę z dnia 21 lipca 2000 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 73, poz. 852 z późniejszymi zmianami) oraz właściwe rozporządzenia; zdaniem PTC racjonalny ustawodawca wskazał kryteria, sposób i podmiot, którego zadaniem jest wiarygodne

określenie, który z operatorów posiada pozycję dominującą ma to wykluczyć wszelkiego rodzaju dowolność w posługiwaniu się przez operatorów i ich konkurentów tym pojęciem. PTC zauważyła, iż w stosunku do niej Prezes Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (obecnie: Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej) nie stwierdził statusu operatora o pozycji dominującej, tym samym nieuprawnione jest uznawanie jej za takiego operatora;

- jako rynek właściwy w sprawie PTC wskazała krajowy rynek usług telefonicznych świadczonych w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych;

- w piśmie z dnia 24 października 2002 r. (k. 478-483 wraz z załącznikami) PTC przedstawiła dane dotyczące szacowanego przez nią udziału poszczególnych operatorów w rynku telefonii ruchomej mierzonych liczbą abonentów w roku 2001 r., co w jej ocenie potwierdza, że nie zajmuje na nim pozycji dominującej:

a) PTC – 37,8%,

b) Polkomtel – 34,4%,

c) PTK Centertel – 27,8%

- w piśmie z dnia 24 marca 2003 r. (k. 583-584 wraz z załącznikami) PTC przedstawiła również dane liczbowe, obrazujące wielkość udziałów wszystkich operatorów telefonii komórkowej działających na ww. rynku w 2002 r., co także wskazuje na brak posiadania przez PTC pozycji dominującej:

a) PTC - 35%,

b) Polkomtel - 32,6 %

c) PTK Centertel - 33%.

- PTC stwierdziła (pismo z dnia 24 października 2002 r., k. 478-483), iż w świetle wiążącej ją umowy agencyjnej z Carston, spółka ta nie jest ani konkurentem (art. 4 pkt 10 ustawy) ani konsumentem (art. 4 pkt 11) w rozumieniu przepisów uokik. Wnioskodawca jest jedynie kontrahentem umowy z PTC, ale nie jest to umowa dotycząca nabywania lub sprzedaży na własny rachunek na rynku właściwym usług telekomunikacyjnych, lecz umowa agencyjna o ich pośrednictwo, a tym samym Wnioskodawca jako agent nie jest konkurentem PTC, ale działa na jej zlecenie i w jej imieniu;

- PTC, pismem z dnia 21 marca 2003 r. (k. 573-580), powołała się na postanowienie Prezesa Urzędu z dnia 21 grudnia 2002 r. wydane w sprawie o sygn. DDI-2-53/35/2002/AS (k. 666-674), w którym to organ antymonopolowy stwierdził, iż brak jest przesłanek do przypisania PTC pozycji dominującej na rynku usług telefonicznych świadczonych w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych.

W dniu 9 sierpnia 2004 r. - na podstawie 105 kpa w związku z art. 80 uokik -**Prezes UOKiK wydał Decyzję Nr DOK 77/2004** (k. 1307-1328) **umarzającą postępowanie antymonopolowe** wszczęte na wniosek Carston w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Przesłanką wydania decyzji tej treści był brak stwierdzenia naruszenia interesu publicznego. W dniu 31 sierpnia 2004 r. do Urzędu wpłynęło odwołanie Carston (k. 1329-1344), uzupełnione pismem z dnia 6 września 2004 r. (k. 1383-1385).

Przepis art. 78 ust. 4 uokik przewiduje tryb samokontroli rozstrzygnięć Prezesa UOKiK przed przekazaniem akt do sądu ochrony konkurencji i konsumentów. W przedmiotowej sprawie organ antymonopolowy, zgodnie z przywołanym powyżej przepisem uokik, po przeanalizowaniu argumentacji wskazanej w odwołaniu oraz uzupełnieniu odwołania, **wydał w dniu 24 czerwca 2005 r. Decyzję nr DOK 64/2005**

(k. 1394-1417), w której uchylił poprzednią Decyzję z dnia 9 sierpnia 2004 r. w całości oraz umorzył postępowanie uznając, iż na przyjętym przez Prezesa Urzędu jako właściwy w sprawie rynku, tj. rynku pozyskiwania klientów na towary oferowane przez operatorów ruchomych publicznych sieci telefonicznych, PTC nie posiada pozycji dominującej. Od przedmiotowej decyzji Wnioskodawca złożył odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który wyrokiem z dnia 10 kwietnia 2006 r. (sygn. XVII AmA 89/05) odwołanie Wnioskodawcy oddalił. Wskutek apelacji spółki Carston Sąd Apelacyjny w Warszawie uchylił wydany wyrok SOKiK i przekazał sprawę SOKiK do ponownego rozpoznania. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 6 lutego 2008 r. (sygn. XVII Ama 102/07) uchylił Decyzję Prezesa UOKiK z dnia 24 czerwca 2005 r. Sąd I instancji uchylając zaskarżoną decyzję Prezesa UOKiK wskazał m.in. na brak w uzasadnieniu decyzji informacji o ustaleniach organu antymonopolowego dotyczących pozycji PTC na rynku podstawowym w okresie wcześniejszym (tj. przed latami 2000-2001), kiedy to umowa agencyjna między PTC a Carston już obowiązywała. Zdaniem Sądu dopiero po ustaleniu, jaka była pozycja PTC na rynku właściwym podczas całego okresu obowiązywania umowy agencyjnej, zasadne jest przeprowadzenie analizy zarzucanych przez Carston praktyk antykonkurencyjnych w kontekście posiadanej w danym czasie przez PTC pozycji na określonym rynku właściwym. Nie można bowiem wykluczyć, że stosowanie niektórych praktyk miało miejsce tylko w ograniczonym czasie i złożony w grudniu 2001 r. wniosek Carston był w tym zakresie spóźniony. Następnie, Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 16 stycznia 2009 r. (sygn. VI ACa 846/08) oddalił wszystkie apelacje złożone w tej sprawie przez strony i utrzymał w mocy rozstrzygnięcie sądu I instancji. Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Warszawie stało się prawomocne. Sąd Apelacyjny wskazał, iż *definiując rynek właściwy w postępowaniu administracyjnym należałoby go ocenić od strony produktowej, tj. rozważyć ponownie co jest towarem na tym rynku; czy jest to produkt oferowany finalnym klientom, czy też to co jest oferowane akwizytorom, a także jaki produkt jest dla akwizytorów substytucyjny. Oceny wymaga także rynek od strony podażowej, przy czym wątpliwości budzi, czy możliwe jest ograniczenie rynku do jednego operatora po stronie podażowej, jak postuluje Wnioskodawca, w sytuacji, gdy towar musi być określony w sposób abstrakcyjny, poprzez wskazanie cech rodzajowych. Słuszna tendencja do stosowania wąskich kryteriów segmentacji rynku nie może oznaczać wyodrębnienia rynku jednego tylko produktu i jednego producenta. Nie chodzi bowiem o wyznaczenie rynku możliwie najwęższego, ale o wyodrębnienie go w sposób rzeczywiście prawidłowy, pozwalający na należyte określenie działań prowadzonych na tym rynku przez konkretne podmioty gospodarcze.* Kontynuując swoje rozważania sąd II instancji wskazał na potrzebę dokonania selekcji zarzutów i ustalenie, kiedy miałyby w ich świetle dojść do zaprzestania stosowania praktyk, aby stwierdzić, iż *bezpředmiotowe jest analizowanie pozycji rynkowej zainteresowanego oraz stwierdzenie istnienia bądź nie – nadużyć pozycji poprzez stosowanie praktyk antykonkurencyjnych. Skuteczne powoływanie się na przepis art. 93 wymaga zatem poczynienia ustaleń w przedmiocie, w jakim ściśle określonym czasie wnioskujący zarzucił stosowanie praktyk, czy miałyby dochodzić do ich stosowania nieprzerwanie czy, kiedy i w jaki sposób miałyby nastąpić zaprzestanie.*

W wyniku ww. rozstrzygnięć sądowych Prezes UOKiK, pismem z dnia 16 maja 2011 roku (k. 1421), poinformował strony o kontynuowaniu niniejszego postępowania oraz jednocześnie wystąpił do Wnioskodawcy z zapytaniem o podtrzymaniu wniosku o wszczęcie postępowania oraz ewentualne wskazanie czasu trwania poszczególnych praktyk, których stosowanie Carston zarzuca PTC. Pismem z dnia 20 czerwca 2011 r. (k. 1435-1438)

Wnioskodawca podtrzymał wniosek o wszczęcie postępowania oraz wskazał ramy czasowe, w jakich poszczególne praktyki miały być, w jego ocenie, stosowane przez PTC.

Pismem z dnia 3 czerwca 2011 r. (k. 1426-1429) PTC złożyło wniosek o umorzenie niniejszego postępowania argumentując, iż wydanie przez Sąd Apelacyjny w Warszawie prawomocnego wyroku, w którym sąd II instancji oddalił wszystkie apelacje i utrzymał w mocy rozstrzygnięcie SOKiK w przedmiocie uchylecia Decyzji Prezesa UOKiK z dnia 24 czerwca 2005 r. oznacza, że postępowania administracyjne w tej sprawie nie może być kontynuowane i jedyne, co mógłby zrobić w tym stanie rzeczy Prezes UOKiK, to ewentualnie wszcząć nowe postępowanie. Następnie, pismem z dnia 5 sierpnia 2011 r. (k. 1445-1457) PTC podtrzymał wszystkie dotychczas podnoszone twierdzenia zgłoszone w toku postępowania administracyjnego oraz sądowego oraz odniósł się w sposób szczegółowy do potencjalnych ram czasowych zarzucanych PTC praktyk wskazanych w ostatnim piśmie Wnioskodawcy.

Pismem z dnia 3 listopada 2011 r. Prezes Urzędu zawiadomił obie strony o zamknięciu postępowania dowodowego, a także o możliwości zapoznania się z całością materiału zgromadzonego w aktach sprawy i złożenia ostatecznego stanowiska w sprawie (k. 1499). Wnioskodawca oraz PTC skorzystali z przysługującego im prawa do zapoznania się z aktami postępowania.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje.

Strony postępowania

Polska Telefonia Cyfrowa S.A. - strona, przeciwko której wszczęte zostało postępowanie - prowadzi działalność od roku 1996 r. PTC początkowo prowadziła działalność gospodarczą w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Z dniem 1 sierpnia 2011 r. PTC zmieniła formę organizacyjno-prawną i przekształciła się w spółkę akcyjną, informując jednocześnie, iż Polskiej Telefonii Cyfrowej S.A. przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej, tj. Polskiej Telefonii Cyfrowej sp. z o.o. (k. 1457). W oparciu o należącą do niej ruchomą publiczną sieć telekomunikacyjną PTC świadczy usługi telekomunikacyjne w zakresie telefonii ruchomej zgodnie z europejskim standardem telekomunikacyjnym ETSI/GSM w paśmie 900 MHz na podstawie koncesji wydanej przez Ministra Łączności wraz z zezwoleniem i przydziałem częstotliwości na okres 15 lat. Kolejna koncesja - na świadczenie usługi telekomunikacyjnych wg standardu ETSI/GSM w paśmie 1800 MHz wraz z odpowiednimi zezwoleniami i przydziałami częstotliwości została spółce PTC przydzielona w dniu 11 sierpnia 1999 r. (świadczenie usług objętych tą koncesją PTC rozpoczęła 1 marca 2000 r.). Od dnia 20 grudnia 2000 r. operator dysponuje również koncesją na świadczenie usług wg standardu UMTS w paśmie 2,0 Hz.

Carston sp. z o.o. - Wnioskodawca w postępowaniu zakończonym niniejszą decyzją - od roku 1996 współpracował z PTC wchodząc w skład jej systemu dystrybucji. Współpraca została zakończona w 2001 r.

Współpraca PTC z agentami

Zasady współpracy między PTC a Carston uregulowane zostały w dwustronnej **umowie agencyjno-dystrybucyjnej zawartej w dniu 11 października 1996 r.** Integralną część umowy stanowiły załączniki, m.in. załącznik 10 zawierający zasady naliczania i wypłaty prowizji oraz załącznik 11 dotyczący refundacji przez PTC wydatków reklamowych agentów.

Dowód: umowa agencyjno-dystrybucyjna, k. 331-360

Przedmiotowa umowa została zawarta na czas nieokreślony z możliwością wypowiedzenia jej przez każdą ze stron z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia (§ 15 pkt 15.1 i 15.2). Przedmiotem umowy było powierzenie agentowi przez PTC akwizycji oraz zawierania w imieniu i na rachunek PTC umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych, przyjmowanie w imieniu PTC opłaty aktywacyjnej i kaucji zabezpieczającej zgodnie z warunkami i specyfikacją przekazaną przez PTC. Agent zobowiązany był także do nabywania od PTC produktów (tj. aparatów telefonicznych i akcesoriów) celem ich odsprzedaży we własnym imieniu i na własny rachunek (§ 7). Jednocześnie w umowie zastrzeżono, iż PTC – z pominięciem agentów, ma prawo samodzielnie zawierać umowy sprzedaży usług telekomunikacyjnych oraz umów kupna-sprzedaży produktów zawierania umów sprzedaży usług telekomunikacyjnych (§ 1 pkt 1.2 umowy).

Zgodnie z treścią umowy, współpracujący z PTC agent nie mógł prowadzić w trakcie trwania umowy bezpośrednio ani pośrednio jakiegokolwiek działalności konkurencyjnej wobec działalności PTC (§ 1 pkt 1.6). Agent nie mógł także sprzedawać usług i produktów wyszczególnionych w załączniku do umowy instytucjom publicznym oraz Telewizji Polskiej S.A. oraz Polskiemu Radiu S.A. (§ 1 pkt 1.7; Załącznik nr 13). Umowa zawierała również zobowiązanie agenta, iż w okresie 12 miesięcy od wygaśnięcia umowy, nie będzie prowadził działalności konkurencyjnej wobec działalności PTC (§ 14 pkt 14.1).

Wynagrodzenia agenta stanowiła prowizja ustalana w wysokości i na zasadach określonych w załączniku nr 10 do umowy, przy czym w umowie wskazano, że stanowi ona jedyne i całkowite wynagrodzenie agenta, chyba że co innego wynika z umowy albo innego pisemnego uzgodnienia stron (§ 6 pkt 6.1. i 6.3.). Przewidziano w tym zakresie możliwość składania przez agenta zastrzeżeń odnośnie do wysokości naliczonego przez PTC wynagrodzenia, które należało wnieść pisemnie w terminie 30 dni od daty otrzymania wykazu należnych prowizji (§ 6 pkt 6.2) Umowa przewidywała także możliwość zmiany jej wysokości. Każda zmiana wysokości prowizji wymagała formy pisemnej pod rygorem nieważności. Brak zgody drugiej strony na taką propozycję dawał prawo do rozwiązania umowy w trybie trzymiesięcznego wypowiedzenia (§ 6 pkt 6.4).

W umowie zostały również określone zasady finansowania przez PTC wydatków agenta poniesionych na reklamę. Agent zobowiązany został do prowadzenia na własny koszt aktywnej działalności promocyjnej i reklamowej swoich punktów sprzedaży poprzez udział w imprezach handlowych i wystawienniczych oraz reklamę w środkach masowego przekazu (§ 11 pkt 11.1). Przy czym wskazano, iż w przypadku reklam i materiałów reklamujących wyłącznie sieć PTC, jak i materiałach reklamowych promujących usługę PTC jako jedną z pozycji w ofercie agenta, agent będzie przestrzegał założeń i wskazówek odnośnie do

wyglądu graficznego znaku firmowego PTC. Użycie znaku graficznego PTC mogło nastąpić na podstawie udzielonego przez PTC świadectwa autoryzacji lub zgody PTC udzielonej na piśmie (§ 11 pkt 11.2 i 11.3). PTC miał dodatkowo bezpłatnie wyposażyć agenta w odpowiednią ilość materiałów promocyjnych, katalogów, broszur i innych materiałów reklamowych (§ 11 pkt 11.4). PTC zobowiązał się do zwrotu 50 % wydatków, o ile kampania reklamowa będzie dotyczyła wyłącznie usług PTC oraz będzie spełniać ww. warunki i założenia.

Powyżej opisaną umowę agencyjno - dystrybucyjną zastąpiła umowa agencyjna **nr 026 zawarta w dniu 4 lutego 1999 r.** Integralną część tej umowy stanowiły także załączniki, w tym załącznik określający zasady naliczania i wypłaty prowizji oraz formularz reklamacji w zakresie ponownego naliczenia prowizji za dany okres.

Dowód: umowa agencyjna nr 026, k. 361-393

W większości umowa nr 026 zawierała postanowienia o podobnej treści, co wcześniej obowiązująca umowa agencyjno-dystrybucyjna. Agent nadal był zobowiązany do zawierania w imieniu i na rachunek PTC umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych oraz przyjmowania w imieniu i na rachunek PTC opłaty za przyłączenie do sieci, a poza tym mógł nabywać od PTC produkty (tj. aparaty telefoniczne i inne urządzenia) celem ich dalszej odsprzedaży użytkownikom (§ 1 pkt 1.1.). Agent miał realizować sprzedaż produktów jako autoryzowany agent PTC bez prawa wyłączności (§ 1 pkt 1.2.).

W zakresie prowizji wprowadzono dodatkowo postanowienie wskazujące, że warunki zmiany wysokości nie dotyczą akcji promocyjnych organizowanych przez PTC, w czasie ich trwania obowiązywać ma stawka prowizji w wysokości określonej każdorazowo przez PTC w warunkach danej promocji, na co agent wyraża zgodę. Agent miał prawo odmówić udziału w akcji promocyjnej poprzez brak złożenia stosownego zamówienia (§ 7 pkt 7.6.). W zakresie refundacji kosztów reklamy i promocji utrzymano 50% zwrot wydatków (§ 10 pkt 10.5).

Umowa agencyjna nr 026 **została wypowiedziana przez PTC w dniu 23 marca 2001 r.**, zgodnie z zastrzeżonym w umowie, 3 miesięcznym, okresem wypowiedzenia.

Dowód: pismo PTC z dnia 23 marca 2001 r., k. 398-399

Prezes Urzędu ustalił, iż zasady dotyczące przyłączania do sieci abonentów przez agentów i pobierania z tego tytułu opłaty aktywacyjnej, która następnie była przewalana na rachunek PTC - obowiązywały zarówno w umowie agencyjno-dystrybucyjnej z 1996 r., jak i umowie agencyjnej nr 026 z 1999 r. i zostały zmienione wraz z wprowadzeniem systemu elektronicznego systemu aktywowania kart SIM. W dniu 3 sierpnia 1998 r. PTC pozbawiła agentów prawa do pobierania w jej imieniu opłat aktywacyjnych. Od tego czasu kwota z tytułu aktywacji regulowana była przez abonenta przy pierwszej fakturze z tytułu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Dowód: wniosek Carston z dnia 30 grudnia 2001 r. k. 19
pismo PTC z dnia 27 maja 2002 r., k. 328

Prezes Urzędu ustalił ponadto, że w dniu 3 marca 2000 r. strony zawarły Porozumienie, w którym wskazano na zobowiązanie finansowe Wnioskodawcy w stosunku

do PTC w wysokości 140 000 zł związane z faktem sprzedaży przez Wnioskodawcę telefonów promocyjnych poza akcjami promocyjnymi PTC w okresie od 1 lipca 1997 r. do 5 lipca 1998 r.

Dowód: porozumienie z dnia 3 marca 2000 r., k. 400
pismo PTC z dnia 27 maja 2002 r. k. 320-330
pismo Wnioskodawcy z dnia 30 grudnia 2001 r., s. 1-21

Jednocześnie Prezes Urzędu ustalił, że operator organizował często akcje promocyjne polegające na oferowaniu użytkownikom końcowym promocyjnych warunków zakupu usług telekomunikacyjnych połączone ze sprzedażą aparatu telefonicznego po obniżonej - w stosunku do rynkowej – cenie oraz z obniżoną wysokością opłaty aktywacyjnej. Umowy takie zawierane były z klientami końcowymi na czas określony (rok, dwa lata) i związane były z subsydiowaniem przez operatora kosztów zakupu aparatu telefonicznego. Warunki przystąpienia agentów do takich promocji, w tym zasady rozliczeń, ustalone były każdorazowo w informacjach przekazywanych najpierw pisemnie, a następnie w postaci komunikatów przesyłanych drogą elektroniczną (zawierały one m.in. ofertę produktów objętych promocją, warunki ich sprzedaży, warunki zawarcia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, warunki wynagrodzenia prowizyjnego). Warunki wynagrodzenia agentów związane z uczestnictwem w akcjach promocyjnych były odmienne niż w „podstawowej” umowie agencyjnej zawartej z PTC. W warunkach promocyjnych ustalano także cenę, po której agent jest zobowiązany do sprzedaży aparatów telefonicznych objętych promocją. Każdorazowo agent mógł decydować, czy przystąpić do udziału w danej promocji organizowanej dla użytkowników końcowych przez PTC, czy też nie. Przy czym wobec częstotliwości akcji promocyjnych i oparciu aktywności operatora głównie o taką formułę, jako sposób pozyskania nowych klientów detalicznych, uczestnictwo w promocjach stało się dla agentów swego rodzaju ekonomiczną koniecznością i główną postacią świadczenia usługi dystrybucji na rzecz operatora. W odniesieniu do omawianych akcji promocyjnych nie można zatem mówić o istnieniu jednej umowy dotyczącej wszystkich akcji promocyjnych. Jak zostało wskazane, przystąpienie agenta do danej promocji odbywało się za każdym razem poprzez złożenie oferty/przedstawienie informacji przez PTC o warunkach danej promocji, jej przedmiotu, okresu trwania, prowizji dla agentów i przyjęciu tej oferty/ warunków przez agenta. Przy czym umożliwienie agentowi uczestnictwa w promocjach związane było z prowadzeniem przez agenta działalności w ramach sieci dystrybucyjnej PTC.

Dowód: wydruk wiadomości elektronicznej skierowanej do agentów zawierającej ofertę promocyjną PTC pt. „Wielka Majówka” w sieci Era 17.04-27.05.2001, k. 1164-1178;
pismo PTC z dnia 27 maja 2002 r., k. 320-330
pismo Wnioskodawcy z dnia 30 grudnia 2001 r., k. 2-21

Prezes Urzędu ustalił ponadto, iż PTC w pierwszym okresie swojej działalności zawierało umowy dystrybucyjne z agentami, które były w treści podobne, lecz różniły się nieznacznie w zakresie warunków finansowych (m.in. refundacja kosztów reklamy, stawki kwotowe za przyłączenie do sieci kolejnego abonenta). Pełna standaryzacja umów nastąpiła

począwszy od kwietnia 2001 r. (umowa agencyjna nr 002/2001). Umowa standaryzacyjna nie została podpisana z Wnioskodawcą, wobec faktu uprzedniego zakończenia współpracy między stronami.

Dowód: pismo Wnioskodawcy z dnia 30 grudnia 2001 r.

pismo PTC z dnia 24 października 2002 r. wraz z załącznikiem, k. 482; 490-529

pismo PTC z dnia 5 sierpnia 2011 r., k. 1445-1457

Prezes Urzędu ustalił ponadto, iż w czasie obowiązywania obu umów między PTC a Carston, tj. w latach 1996-2001 na rynku polskim usług telefonii komórkowej GSM działali także dwaj inni operatorzy telefonii komórkowej, tj. PTK-Centertel oraz Polkomtel S.A.

Polkomtel S.A. działalność handlową rozpoczął 1 października 1996 r., a PTK-Centertel od 1 marca 1998 r.¹. Obaj operatorzy, podobnie jak PTC, prowadzą sprzedaż swoich usług za pomocą różnych kanałów dystrybucji, tj. zarówno za pośrednictwem własnych salonów firmowych, własnych przedstawicieli handlowych, jak i sieci agentów. Agenci nie mogą sprzedawać usług i produktów innych operatorów. Warunki sprzedaży i cenniki są takie same dla wszystkich kanałów dystrybucji. Warunki sprzedaży promocyjnej określa każdorazowo operator. Agenci sprzedają usługi i sprzęt na podstawie takich samych cenników jak własne punkty operatorów. Agenci mogą nabywać sprzęt pochodzący z innych źródeł niż operator po spełnieniu określonych warunków. Operatorzy nie zawarli umów na wyłączność z producentami aparatów telefonicznych. Przy wyborze kandydatów na agentów operatorzy kierują się przede wszystkim doświadczeniem danego podmiotu w prowadzeniu działalności gospodarczej, w tym w szczególności doświadczeniem handlu w zakresie telekomunikacji czy informatyki oraz sytuacją ekonomiczną danego podmiotu (rentowność).

Dowód: pismo PTK-Centertel z 7 lutego 2003 r., k. 560-562

pismo Polkomtel z dnia 7 lutego 2003 r., k. 555-558

Prezes Urzędu ustalił, że w latach 1996-2001 szacunkowe udziały rynkowe poszczególnych operatorów telefonii komórkowej kształtowały się w następujący sposób:

1996 r. – wg kryterium przychodów: PTC: 9,7%, Polkomtel: 10,8%, PTK-Centertel: 79,5%

1997 r. – wg kryterium przychodów: PTC: 29,5%, Polkomtel: 33%, PTK-Centertel: 37,5%

1998 r. – wg kryterium przychodów: PTC: 37%, Polkomtel: 40%, PTK-Centertel: 23%

1999 r. – wg kryterium przychodów: PTC: 40%, Polkomtel: 43%, PTK-Centertel: 17%

2000 r. - wg kryterium przychodów: PTC: 41,73%, Polkomtel: 40,42%, PTK-Centertel: 17,85%

2001 r. – wg kryterium przychodów: PTC: 39,7%, Polkomtel: 38,6%, PTK-Centertel: 21,6%,

Dowód: pismo PTC z dnia 28 września 2011 r., k. 1472-1475

pismo Polkomtel S.A. z dnia 4 października 2011 r., k.1484-1485

pismo PTK-Centertel z dnia 4 października 2011 r., k. 1477-1478

¹ Przy czym od 1991 r. PTK-Centertel świadczył usługi telekomunikacyjne w systemie NMT450i (analogowa telefonia komórkowa)

postanowienie Prezesa UOKiK z dnia 21 grudnia 2002 r., k. 666-673

Prezes Urzędu ustalił także w oparciu o dane pochodzące do dostawców aparatów telefonicznych na polskim rynku (importerzy, przedstawiciele producentów, dystrybutorzy hurtowi itp.), że głównymi odbiorcami hurtowymi są trzej operatorzy telefonii komórkowej lub ich przedstawiciele. Aparaty telefoniczne mogą być także sprzedawane innym zainteresowanym podmiotom, przy czym specyfika polskiego rynku jest taka, iż sprzedaż telefonów komórkowych użytkownikom końcowym odbywa się przede wszystkim za pośrednictwem operatorów i ich sieci dystrybucyjnych, a w związku z tym inni odbiorcy zgłaszają bardzo mały popyt na te produkty.

Dowód: pismo Wnioskodawcy z dnia 1 grudnia 2003 r., k. 1192-1193
pisma dostawców telefonów komórkowych, k. 1199, 1201-1202, 1207-1208, 1210, 1246, 1248, 1250-1252, 1254, 1256, 1258, 1260-1261, 1270, 1272-1273, 1275

Prezes Urzędu ustalił także, że od grudnia 2000 r. PTC refundował 75% kosztów poniesionych przez Wnioskodawcę na reklamę. Jednocześnie Prezes Urzędu ustalił, że inni agenci niż Wnioskodawca refundowane były przez PTC koszty na reklamę na poziomie 75% co najmniej od początku 1999 r.

Dowód: pismo Wnioskodawcy z dnia 30 grudnia 2001 r., k. 2-21
pismo Wnioskodawcy z dnia 20 czerwca 2011 r., k. 1435-1438
pismo PTC z dnia 5 sierpnia 2011 r., k. 1445-1457

Prezes Urzędu ustalił także, że spółka Debitel wycofała się z rozmów z operatorami telefonii komórkowej na przełomie 1998/1999 r.

Dowód: pismo Wnioskodawcy z dnia 30 grudnia 2001 r., k. 2-21

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Postępowanie w niniejszej sprawie zostało wszczęte na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.). W czasie trwania postępowania, w dniu 21 kwietnia 2007 r. weszła w życie ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50 poz. 331 ze zm., dalej również: uokik 2007), która zastąpiła uprzednio obowiązującą ustawę z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Na mocy art. 131 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* do postępowań wszczętych na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* i niezakończonych do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 16 lutego 2007 r., tj. do dnia 21 kwietnia 2007 r., stosuje się jednak przepisy dotychczasowe.

Brzmienie art. 131 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* w sposób jednoznaczny wskazuje, że do zakończenia spraw będących w toku w dniu 21 kwietnia 2007 r., zarówno w aspekcie materialno-prawnym jak i procesowym, odnoszą się wyłącznie przepisy ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, a fakt zmiany przepisów w toku postępowania nie stanowi okoliczności wpływającej na przebieg

postępowania, kwalifikację prawną zarzucanych czynów czy też ich ocenę. W konsekwencji podstawą prawną wydania decyzji administracyjnej są przepisy ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Interes publiczny

Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* z dnia 15 grudnia 2000 r. należy do sfery prawa publicznego. Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy, Prezes Urzędu działając w interesie publicznym, chroni interesy przedsiębiorców i konsumentów. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego *publicznoprawny charakter ustawy powoduje, iż znajduje ona zastosowanie wówczas, gdy jest zagrożony lub naruszony interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego*². Rynek taki funkcjonować może prawidłowo, gdy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Jedynie w warunkach niezniekształconej konkurencji, przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancję realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw. Istotą konkurencji jest bowiem współzawodnictwo przedsiębiorców w celu uzyskania przewagi na rynku, pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów przy jak najniższej cenie.

Podstawą do zastosowania przepisów ustawy jest - jak wyżej zostało wskazane - uprzednie stwierdzenie, że w danej sprawie doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Antymonopolowego *interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być ustalony i konkretyzowany. Organ administracji – Prezes Urzędu winien być w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej – art. 7 k.p.a. Publiczny znaczy dotyczący ogółu, dostrzeżony przez nieokreśloną z góry liczbę osób, a nie jednostki, czy też określoną grupę. A zatem podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy antymonopolowej winno być uprzednie stwierdzenie, że został naruszony interes publicznoprawny, a nie wyłącznie interes prawny jednostki czy też grupy*³. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w takim rozumieniu należy uznać, zdaniem Sądu, jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuację pojedynczego przedsiębiorcy, lecz jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki. Ponadto, jak podkreślił Sąd Najwyższy w innym orzeczeniu⁴, 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*. Sąd Najwyższy stwierdził również, iż *przy dokonywaniu oceny, czy doszło do naruszenia lub zagrożenia zasady wolnej konkurencji na rynku relevantnym, nie można poprzestać na zbadaniu sytuacji ewentualnego pokrzywdzenia bezpośrednich kontrahentów przedsiębiorcy dominującego na tym rynku. Potrzebne jest tu spojrzenie szersze, uwzględniające także to, w jaki sposób działania przedsiębiorstwa odbijają się na interesach członków spółdzielni (konsumentach), a nie tylko jej samej, jako bezpośredniego kontrahenta przedsiębiorstwa. Ten szerszy*

² wyrok SN z dnia 29 maja 2001 r., sygn. I CKN 1217/98

³ wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 4 lipca 2001 r., sygn. XVII Ama 108/00

⁴ wyrok SN z dnia 24 lipca 2003r., sygn. akt I CKN 496/01

kontekst naruszenia interesów także członków spółdzielni, dotkniętych pośrednio działaniem powoda naruszając interes o charakterze ogólniejszym – publicznoprawnym. Oznacza to, iż w przy ocenie przesłanki z art. 1 ust. 1 uokik, powinna być uwzględniana szersza perspektywa: zarówno w odniesieniu do uczestników danego rynku, obejmująca różne szczeble obrotu (bezpośrednich i pośrednich odbiorców towarów i usług), jak i w odniesieniu do skutków danego działania – rzeczywistych, ale także i potencjalnych.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu uznał, iż w zaistniałym stanie faktycznym przesłanka naruszenia interesu publicznego została spełniona. PTC jest jednym z trzech działających na dzień złożenia wniosku operatorów telefonii komórkowej, a zarzucane praktyki dotyczą jego relacji z nie tylko z konkretnym agentem. W związku z tym zbadanie relacji operatora z jego kontrahentami w ramach swojej sieci dystrybucyjnej w oparciu o warunki umowne niewątpliwie może wpływać na stan konkurencji na rynku, dotyczyć szerokiego kręgu kontrahentów (a nie tylko sytuacji konkretnego kontrahenta), a tym samym występuje przesłanka interesu publicznego.

W związku z przedstawionymi okolicznościami Prezes Urzędu uznał za zasadne przyjęcie, że w niniejszej sprawie występuje interes publiczny uzasadniający rozpoznanie wniosku Wnioskodawcy w ramach postępowania antymonopolowego.

W tym miejscu należy zauważyć, że w niniejszej sprawie została już przez Prezesa Urzędu wydana decyzja (decyzja nr DOK-64/2005 z dnia 25 czerwca 2005 r.) o umorzeniu niniejszego postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Carston. Decyzja ta została jednak następnie uchylona wyrokiem SOKiK z dnia 6 lutego 2008 r. (sygn. XVII AmA 102/07), utrzymanym w mocy przez Sąd Apelacyjny (wyrok z dnia 16 stycznia 2009 r., sygn. VI ACa 846/08). Prezes Urzędu przyjął zarazem, że w związku z utrzymaniem w mocy przez Sąd Apelacyjny ww. wyroku SOKiK uchylającego decyzję nr DOK-64/2005, w niniejszej sprawie zachodzi konieczność wydania nowej decyzji korespondującej z treścią wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowej, tj. decyzji rozstrzygającej merytorycznie zarzuty będące przedmiotem tego wniosku.

Ad pkt I sentencji Decyzji

Umorzenie z uwagi na treść art. 93 uokik

Niezależnie od stwierdzenia, że w niniejszej sprawie, z uwagi na charakter zarzutów (charakter kwestionowanego postępowania PTC), występuje interes publiczny, Prezes UOKiK uznał zarazem, że w zakresie wymienionym w pkt I sentencji niniejszej Decyzji, uzasadnione jest umorzenie postępowania ze względu na treść art. 93 uokik.

Zgodnie z art. 93 uokik nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania upłynął rok. Prezes Urzędu uznając się za właściwy do rozpoznania wniosku złożonego przez Carston z uwagi na spełnienie przesłanki interesu publicznego zobligowany jest także do zbadania innych wymogów jego przeprowadzenia i wydania w konsekwencji merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie. W tym celu organ antymonopolowy musi wziąć także pod uwagę nałożone na Prezesa UOKiK ograniczenia orzekania wynikające z ww.

przepisu odnoszącego się do kwestii przedawnienia możliwości prowadzenia postępowań antymonopolowych.

Zgodnie z wolą ustawodawcy wyrażoną w ww. art. 93 ustawy nie jest zasadne prowadzenie postępowań w przypadku tych praktyk, których stosowanie zostało lub mogło zostać zaniechane w pewnym okresie od wystąpienia zdarzenia mogącego zainicjować postępowanie antymonopolowe (tj. złożenia wniosku lub wszczęcia postępowania z urzędu). Mając to na uwadze, Prezes Urzędu dokonał analizy zarzucanych przez Wnioskodawcę praktyk pod kątem potencjalnego czasu ich trwania (czasu ich ustania), tak by wyeliminować ryzyko, że dokonana zostanie ocena zachowania przedsiębiorcy pod kątem ewentualnego naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję w sytuacji, gdy z uwagi na upływ wskazanego w art. 93 uokk terminu Prezes UOKiK nie jest do tego uprawniony i właściwe jest formalne, a nie merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy.

Przedmiotowa analiza była konieczna m.in. z tego powodu, iż niektóre działania, które Wnioskodawca zarzuca PTC związane były z „przymuszaniem” do zawarcia umowy czy też narzucaniem uciążliwych warunków. Zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa i doktryny w odniesieniu do tego typu praktyk przedkontraktowych momentem, w którym zaprzestano jej stosowania jest data zawarcia takiego kontraktu⁵.

W odniesieniu do przykładowych praktyk ograniczających konkurencję wyszczególnionych w art. 8 uokik, trzy z nich można zakwalifikować jako praktyki, które ustają w momencie zawarcia umowy, co wpływa na czas, w jakim organ antymonopolowy władny jest w z uwagi na treść art. 93 uokik, wszcząć postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję. W szczególności, można wskazać w tym kontekście na dwie praktyki z art. 8 uokik. Pierwsza praktyka polega na uzależnieniu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy (art. 8 ust. 2 pkt 4 uokik), druga na narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści (art. 8 ust. 2 pkt 6 uokik). W odniesieniu do każdej z tych praktyk, która związana jest z etapem poprzedzającym jej zawarcie, orzecznictwo konsekwentnie stoi na stanowisku, iż początek biegu przedawnienia do wszczęcia postępowania rozpoczyna się najpóźniej w dacie zawarcia umowy, w której narzucony został uciążliwy warunek. Jak wskazano w wyroku SOKiK z dnia 19 lutego 2002 r. *w świetle art. 93 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów początek biegu przedawnienia dla wszczęcia administracyjnego postępowania antymonopolowego opartego na zarzucie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na wymuszeniu przez podmiot dominujący na rynku zawarcia umowy uciążliwej dla kontrahenta, rozpoczyna się w dacie zawarcia takiej umowy, chociażby nawet skutki praktyk ograniczających konkurencję miały miejsce w następnych latach*⁶. Dokonując oceny zarzucanych praktyk z uwzględnieniem treści art. 93 uokik, Prezes Urzędu uwzględnił tylko te z zarzucanych praktyk, z których samej istoty bezsprzecznie wynika, że mogły mieć charakter przedkontraktowego narzucania świadczeń niezwiązanych w sposób rzeczowy lub zwyczajowy z umową lub uciążliwych warunków

⁵ D. Miąsik, w: T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1446.

⁶ wyrok SOKiK z 19.02.2004 r., sygn. XVII Ama 20/03, por. także wyrok SOKiK z dnia 19.06.2002, sygn. XVII Ama 96/01; wyrok SOKiK z dnia 3 kwietnia 2002 r., sygn. XVII Ama 88/01; wyrok SOKiK z dnia 25 lutego 2002 r., sygn. XVII Ama 51/01; wyrok SOKiK z dnia 4 lutego 2002 r., sygn. XVII Ama 20/01; wyrok SOKiK z dnia 24 października 2001 r., sygn. XVII Ama 101/01.

umów. Nie uwzględniono natomiast takich, które mogły, ale nie musiały, przyjąć taką przedkontraktową postać.

Z uwagi na treść art. 93 uokik brak jest zatem podstaw do dokonywania merytorycznej analizy zachowania PTC pod kątem naruszenia przepisów prawa antymonopolowego w przypadku postaci zarzucanej praktyki, o której mowa w pkt I.1. oraz I.3. sentencji niniejszej Decyzji (tj. odpowiednio w **pkt 5 i 14 postanowienia Prezesa UOKiK z dnia 24 lutego 2004 r.**) polegającego na uzależnianiu zawarcia umów sprzedaży telefonów od wpłacenia z tytułu aktywacji kwot wyższych niż kwoty wpłacane przez klientów za aktywacje. Jak zostało ustalone, agenci (w tym również Wnioskodawca) byli zobowiązani do pobierania opłat aktywacyjnych w imieniu PTC najpóźniej do dnia 3 sierpnia 1998 r. kiedy to wprowadzono system tzw. aktywacji elektronicznej. Zgodnie z ustaleniami dokonanyymi przez Prezesa UOKiK, obie strony postępowania zgodnie to potwierdziły. Carston wskazał to w sposób jednoznaczny we wniosku o jego wszczęcie postępowania antymonopolowego – *Carston w ramach umowy agencyjno-dystrybucyjnej do końca lipca 1998 r. był zobowiązany i uprawniony do pobierania w imieniu i na rachunek PTC od abonentów podpisujących umowy świadczenie usług telekomunikacyjnych opłaty za przyłączenie do sieci operatora (tzw. opłata za aktywację).* PTC również potwierdziło, iż wraz z dniem 3 sierpnia 1998 r. został wprowadzony nowy system w zakresie pobierania opłat aktywacyjnych. Wnioskodawca w piśmie z dnia 29 czerwca 2011 r. zmienił wprawdzie swoje dotychczasowe stanowisko prezentowane w tej sprawie i stwierdził, iż praktyka została zaniechana dopiero ok. 1999 r. Nie wyjaśnił jednak przy tym, na podstawie jakich okoliczności wskazuje taką datę i tym samym zmienia dotychczas prezentowane w postępowaniu stanowisko. Prezes Urzędu nie znalazł jednocześnie żadnych podstaw w materiale dowodowym, by inaczej niż pierwotnie to zostało uczynione przez Wnioskodawcę, określić moment zmiany systemu naliczania opłat aktywacyjnych. Tym samym za uzasadnione uznał przyjęcie za właściwą daty pierwotnie wskazanej we wniosku. Oznacza to, że data ta stanowi moment zaniechania zarzucanej praktyki, a tym samym wraz z końcem 1999 r. upłynął okres, w którym możliwe było wszczęcie postępowania antymonopolowego w tym zakresie. W związku z tym postępowanie w zakresie ww. zarzutów podlega umorzeniu z uwagi na ww. przyczyny formalne.

Niezależnie od istoty zarzucanej praktyki, tj. okoliczności że ewentualna praktyka miała charakter przedkontraktowy, Prezes Urzędu dokonał także oceny innych praktyk pod kątem potencjalnego momentu zaniechania ich stosowania z uwagi na treść art. 93 uokik. Na podstawie dokonanych w sprawie ustaleń należy wskazać, iż nie rozstrzygając, czy dane, rozpatrywane tu, zachowanie PTC można zakwalifikować jako praktykę ograniczającą konkurencję polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej, istotne jest to, że od końca roku, w którym potencjalnie zaprzestano stosowania tej praktyki do momentu zarówno złożenia przez Carston wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego, jak i do momentu wszczęcia na wniosek Carston tego postępowania, upłynął czas przekraczający ten wynikający z art. 93 uokk.

Dotyczy to w szczególności praktyki, o której mowa w pkt I.2. sentencji niniejszej Decyzji (odpowiednio w **pkt 11 postanowienia Prezesa UOKiK z dnia 24 lutego 2004 r.**), tj. polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku usług telefonii komórkowej GSM polegającej na uniemożliwieniu wejścia na rynek service providerów poprzez odmowę zawarcia umowy ze spółką Debitel. Jak wynika z treści wniosku, spółka Debitel prowadziła starania w zakresie wejścia na polski rynek na początku rozwoju telefonii komórkowej

w Polsce (1996 r.), a finalnie wycofała się z rozmów z operatorami na przełomie 1997/1998. W ocenie Prezesa UOKiK oznacza to, że omówione działania miały miejsce kilka lat przed wszczęciem niniejszego postępowania antymonopolowego, a więc w sposób oczywisty badania doszły do przedawnienia możliwości wszczęcia i prowadzenia postępowania antymonopolowego w ich sprawie – z uwagi na treść art. 93 uokik. Prezes Urzędu nie uznał przy tym za zasadne stanowiska Wnioskodawcy, który wskazał w piśmie z dnia 20 czerwca 2011 r., iż dopiero fakt rozpoczęcia działalności przez czwartego operatora telefonii komórkowej, tj. P4 sp. z o.o. ma świadczyć o zaniechaniu przedmiotowej praktyki. W ocenie Prezesa Urzędu nie zachodzi żadna korelacja pomiędzy wejściem na rynek kolejnego infrastrukturalnego operatora telefonii mobilnej, który uzyskał koncesję na świadczenie usług telekomunikacyjnych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej oraz rezerwacje na częstotliwości radiowe niezbędne do świadczenia tych usług, a wskazanym przez Wnioskodawcę podmiotem, który w oparciu o inny model biznesowy chciał świadczyć usługi na terenie RP. W związku z tym, nie jest konieczne poddawanie analizie opisanych przez Wnioskodawcę działań PTC pod kątem spełniania przesłanek z art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik, gdyż zasadnym jest przyjęcie, iż nie było ono kontynuowane najpóźniej na początku 1998 r.

W tym stanie rzeczy postępowanie antymonopolowe wszczęte pod zarzutem nadużywania pozycji dominującej okazało się – w zakresie pkt I sentencji decyzji – bezprzedmiotowe, jako że z uwagi na treść art. 93 uokk Prezes UOKiK nie był uprawniony do jego wszczęcia i dokonywania oceny w ramach tego postępowania wskazanych w pkt I sentencji zachowań PTC w aspekcie zakazu praktyk ograniczających konkurencję.

Należy wskazać, iż ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie reguluje bezpośrednio kwestii bezprzedmiotowości postępowania. Dlatego też, mając na uwadze treść jej art. 80, który stanowi, że w sprawach nieuregulowanych w niniejszej ustawie stosuje się przepisy kpa, zasadnym było umorzenie postępowania na podstawie art. 105 kpa, który odnosi się do bezprzedmiotowości postępowań administracyjnych. Zgodnie z powołaną regulacją organ administracji umarza w drodze decyzji postępowanie, jeżeli stało się ono z jakiegokolwiek przyczyny bezprzedmiotowe.

Z uwagi na powyższe okoliczności Prezes UOKiK orzekł, jak w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

Ad II sentencji Decyzji

W zakresie pozostałych zarzucanych praktyk, tj. zachowaniach PTC, o których mowa w pkt 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13 postanowienia Prezesa UOKiK z dnia 24 lutego 2004 r. (odpowiednio pkt II.1-11 sentencji niniejszej Decyzji), Prezes Urzędu uznał, że z uwagi na ich ciągly charakter bądź też niemożliwość ustalenia jednoznacznego terminu potencjalnego zaniechania zarzucanych zachowań przez PTC, zasadne jest przeanalizowanie zachowania PTC pod kątem spełniania przesłanek stosowania praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku właściwym ustalonym w sprawie.

Rynek właściwy

Działania przedsiębiorców, stanowiące praktykę ograniczającą konkurencję, ujawniają się na rynku właściwym. Wyznaczenie rynku właściwego w każdej sprawie antymonopolowej ma istotne znaczenie dla prawidłowego stosowania przepisów ustawy. Rynkiem właściwym, w rozumieniu art. 4 pkt 8 uokik jest 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. Przy czym przez towary zgodnie z art. 4 ust. 6 uokik należy także rozumieć m.in. rzeczy oraz usługi. Identyfikacja rynku właściwego jest wynikiem połączenia między rynkami towarów wzajemnie wymiennych (rynek produktowy), a geograficznym zasięgiem terytorium, na którym dochodzi do wymiany tych towarów (rynek geograficzny).

W przypadku praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej rynek właściwy w sprawie powinien stanowić rynek, na którym dany przedsiębiorca podejmuje zachowania, o których mowa w art. 8 ust. 2 uokik, wykorzystując swoją siłę rynkową wynikającą z faktu posiadania na nim pozycji dominującej. Za rynek właściwy można uznać także rynek powiązany z rynkiem podstawowym, tj. rynkiem, na którym przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, na skutek przeniesienia na rynek powiązany siły rynkowej z rynku podstawowego (rynku dominacji), jeżeli powiązania między tymi rynkami są takie, że pozwalają na uznanie, iż siła rynkowa z jednego rynku może być przeniesiona na inny, powiązany z nim rynek.

Wyjaśnić dodatkowo należy, iż prawo antymonopolowe nie wprowadza ograniczeń w odniesieniu do terminu, w którym rynek powinien zostać przez Prezesa Urzędu ostatecznie wyznaczony. Co więcej, zmiana określenia rynku właściwego w sprawie może nawet mieć miejsce w decyzji kończącej postępowanie antymonopolowe. Jak wskazał SN - *określenie rynku właściwego jest elementem istotnym i koniecznym jedynie rozstrzygnięcia zawartego w decyzji kończącej postępowanie*⁷ oraz jak wyjaśnił SOKiK - *brak jest podstaw do przypisania Prezesowi UOKiK obowiązku ostatecznego określenia rynku właściwego w konkretnym momencie przed wydaniem decyzji kończącej postępowanie*.⁸

Prezes Urzędu za niezasadne uznał proponowane przez strony postępowania rynki właściwe, tj. wskazany przez PTC rynek usług telekomunikacyjnych świadczonych w ruchomych publicznych sieciach telekomunikacyjnych oraz wskazany przez Wnioskodawcę rynek usług świadczonych dla PTC polegających na akwizycji i zawieraniu w imieniu i na rachunek operatora umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii komórkowej.

W ocenie Prezesa UOKiK wskazany przez PTC rynek nie jest rynkiem, na którym mogłoby dojść do nadużywania pozycji dominującej w kontekście stawianych przez Wnioskodawcę zarzutów. Produktem na tak określonym przez PTC rynku są usługi telekomunikacyjne świadczone przez operatorów telefonii komórkowej na rzecz

⁷ Wyrok SN z dnia 7 maja 2004 r., sygn. akt III SK 32/04.

⁸ Wyrok SOKiK z dnia 12 listopada 2008 r., sygn. akt XVII Ama 109/07

użytkowników końcowych. Rynek ten nie jest zatem rynkiem, na którym spotykają się operatorzy i ich agenci (w tym Wnioskodawca), tj. nie działają na nim agenci dystrybuujący usługi oferowane przez PTC, a w związku z tym rynek ten nie uwzględnia także relacji, jakie zachodzą między operatorami a członkami ich sieci dystrybucyjnych, czego w istocie dotyczą zarzucane praktyki, do których Carston odnosi się we wniosku, który zainicjował wszczęcie niniejszego postępowania antymonopolowego. Niemniej jednak, Prezes Urzędu za zasadne uznał rozważanie zaproponowanego przez PTC rynku jako rynku podstawowego (rynku dominacji) z uwagi na możliwość przenoszenia z tego rynku na inne, siły rynkowej, jaką dysponują poszczególni operatorzy telefonii komórkowej i na które poprzez jej posiadanie mogą przenosić także swoją pozycję rynkową. Następnie, Prezes Urzędu za prawidłowy uznał postulat PTC, by rynek właściwy w sprawie obejmował wszystkich operatorów telefonii komórkowej, a nie jedynie jednego operatora (tj. PTC). Taki kierunek wyznaczania rynku właściwego jest uzasadniony zarówno z uwagi na samą definicję rynku właściwego zawartą w art. 4 pkt 8 uokik, jak i dotychczasowe orzecznictwo sądów oraz doktryny w zakresie prawa antymonopolowego.

Następnie, należy wskazać, iż rynek zaproponowany przez Wnioskodawcę, tj. rynek usług świadczonych dla PTC polegających na akwizycji i zawieraniu w imieniu i na rachunek operatora umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii komórkowej, w ocenie Prezesa UOKiK, również należy uznać za nieprawidłowy w niniejszej sprawie. O ile bowiem Wnioskodawca słusznie wskazuje, że z uwagi na istotę zarzuczanych praktyk, które mają mieć miejsce w relacji operator-dystrybutorzy, wziąć pod uwagę nie można rynku, na którym występują finalni, detaliczni klienci PTC, o tyle zarówno zakres podmiotowy proponowanego rynku, jest za wąski, jak i sam produkt także został określony w sposób zawężający.

W związku z powyższym, Prezes Urzędu – kierując się zarówno wnioskami płynącymi z przedstawionych przez strony stanowisk w zakresie rynku właściwego, uwzględniając charakter zarzuczanych praktyk, specyfikę sytuacji panującej wówczas na rynku telekomunikacyjnym – w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz orzecznictwo sądów w zakresie wyznaczania rynku właściwego, w tym orzeczenia, jakie zapadły w trakcie uprzedniej kontroli sądowej w niniejszej sprawie, uznał, iż rynkiem właściwym w sprawie jest **krajowy rynek świadczenia usług dystrybucji towarów oferowanych przez operatorów ruchomych publicznych sieci telefonicznych**.

Prezes Urzędu dokonał oceny rynku od strony produktowej, tj. zważył co stanowi produkt na rynku, który tworzą przedsiębiorcy (obecni i potencjalni agenci - uczestnicy sieci dystrybucyjnych operatorów) mogący świadczyć usługi na rzecz operatorów w zakresie dystrybucji ich towarów oraz zainteresowani tymi usługami operatorzy telefonii komórkowej. Jak już zostało wskazane, przedmiotem obrotu na tak rozumianym rynku nie jest bowiem produkt oferowany finalnym klientom na rynku detalicznym. W ocenie Prezesa UOKiK produktem w rozumieniu art. 4 pkt 8 uokik, tj. produktem na użytek wyznaczenia rynku właściwego w niniejszej sprawie zgodnie z regulami prawa konkurencji, jest usługa polegająca na dystrybucji towarów oferowanych przez operatorów telefonii komórkowej. Stroną podażową rynku właściwego w sprawie są przedsiębiorcy spełniający określone wymagania (dobra kondycja finansowa, doświadczenie w handlu, w tym w zakresie telekomunikacji/elektroniki/informatyki itp.) oferujący swoje usługi pośrednictwa

operatorom telefonii komórkowej (strona popytowa rynku), przy czym również sami operatorzy mogą należeć (i faktycznie należą) do strony podaźowej rynku, gdyż sami lub za pośrednictwem spółek zależnych zajmują się dystrybucją swoich produktów. Operatorzy ci, chcąc rozwijać kanały dystrybucji swoich towarów celem dotarcia do jak największej liczby klientów końcowych, są zainteresowani stworzeniem sieci dystrybucji obejmujących swoim zasięgiem cały kraj, a w związku z tym, pozyskaniem także nowych, zewnętrznych agentów, którzy mając odpowiednie doświadczenie handlowe i branżowe, są gotowi świadczyć usługę dystrybucji. Na tak rozumianym rynku popyt na usługi dystrybucyjne ze strony operatorów spotyka się więc z podażą tych usług oferowaną przez dystrybutorów. Zakres usług dystrybucyjnych określany jest każdorazowo w umowach agencyjnych/dystrybucyjnych, przy czym – co do zasady - ma charakter podobny. Świadczenie usług dystrybucyjnych przez agentów obejmuje przede wszystkim sprzedaż usług telekomunikacyjnych w imieniu i na rachunek operatorów oraz sprzedaż aparatów telefonicznych i innych akcesoriów nabywanych uprzednio przez agentów od operatorów. Przy czym w przypadku akcji promocyjnych (zawierania z klientami końcowymi umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych na czas określony) sprzedaż usług telekomunikacyjnych powiązana jest ściśle ze sprzedażą aparatów telefonicznych, których niższy koszt nabycia przez klienta finalnego jest subsydiowany przez operatora.

W ocenie Prezesa UOKiK zdefiniowany powyżej rynek od strony popytowej tworzą wszyscy operatorzy telefonii ruchomej działający na rynku, gdyż z uwagi na jednorodność usługi dystrybucji, jaką są oni zainteresowani, usługa dystrybucji świadczona przez jednego agenta jest dla nich – co do zasady - substytucyjna wobec usługi dystrybucji, jaką może zaoferować inny agent. Nie można w tym momencie pominąć także specyfiki omawianego rynku, gdzie to odbiorcy usługi dystrybucji, czyli operatorzy - a nie usługodawcy, tj. agenci, decydują o jej finalnym zakresie i kształtują warunki umów dystrybucyjnych, w oparciu o które ma być ona świadczona. Wynika to z faktu, że to operatorzy, a nie ich agenci, mają silniejszą pozycję na rynku i to agenci są - z uwagi na skalę działalności operatorów, nowoczesną branżę, w której działają, renomę, rozwijającą się bazę klientów, a w konsekwencji możliwość osiągnięcia znacznych zysków - zainteresowani oferowaniem operatorom swoich usług. Będąc agentem danego operatora, agent czerpie korzyści z jego reputacji. Patrząc od strony podaźowej również i w tym wypadku występuje substytucyjność – nie ma bowiem przeszkód, by agent mógł świadczyć usługi dystrybucji na rzecz innego niż dotychczas operatora. Biorąc po uwagę, iż wymogi stawiane przez wszystkich operatorów kandydatom do swojej sieci są zbliżone, usługa dystrybucji świadczona na rzecz jednego operatora jest dla agenta substytucyjna wobec takiej usługi świadczonej na rzecz innego. Przy czym, w ocenie Prezesa Urzędu, nie ma tu także znaczenia okoliczność, na którą powołuje się Wnioskodawca, i którą ustalił organ antymonopolowy, tj. że w umowach agencyjnych znajdują się klauzule wyłączności obejmujące zarówno okres trwania umowy, jak i pewien czas na po jej zakończeniu. Zgodnie bowiem z regułami prawa konkurencji, produkt należy definiować w sposób abstrakcyjny, poprzez wskazanie jego cech rodzajowych, właściwości, przeznaczenia, w oderwaniu zatem od konkretnych postanowień danej umowy. Jak słusznie zostało już przez orzecznictwo⁹ wskazane, ściśle odwoływanie się do realiów

⁹ Por. wyrok SA w Warszawie z dnia 8 sierpnia 2005 r., sygn. VI ACa 6/05; Wyrok SA w Warszawie z dnia 16 stycznia 2009 r., sygn. VI ACa 846/08

danej umowy i w oparciu o nią wyznaczanie rynku właściwego oznaczałoby w wielu przypadkach, że rynek ograniczany byłby do jednego towaru tylko jednego przedsiębiorcy. Tego typu metoda wyznaczania rynku właściwego prowadziłoby w istocie do kreowania sztucznych rynków nie uwzględniających płaszczyzny, na której w istocie dochodzi do walki konkurencyjnej między przedsiębiorcami oferującymi dobra substytucyjne. W tym też kontekście należy wskazać, iż zaproponowany przez Wnioskodawcę rynek właściwy w sprawie został nieprawidłowo ustalony i biorąc pod uwagę regulację art. 4 pkt 8 uokik jako taki *de facto* nie istnieje.

W aspekcie geograficznym Prezes Urzędu uznał ww. rynek za mający charakter **krajowy**. Jak już wyżej wskazano, operatorzy telefonii komórkowej zainteresowani się stworzeniem sieci dystrybucji obejmującej swym zasięgiem cały kraj, celem dotarcia do jak największej liczby klientów. Jednocześnie należy wskazać, iż warunki umów zawieranych z dystrybutorami nie są odmienne z uwagi na obszar działania danego operatora. Usługa dystrybucji świadczona przez agentów jest, co do zasady, jednorodna w swym charakterze niezależnie od obszaru jej świadczenia i obejmuje zawieranie umów w imieniu i na rachunek operatorów umów telekomunikacyjnych oraz sprzedaż aparatów telefonicznych. Wysokość prowizji oraz inne warunki umowne także zależą w głównej mierze od wysokości osiągniętej sprzedaży, a nie od lokalizacji poszczególnych agentów. Za krajowym charakterem rynku przemawia dodatkowo okoliczność, iż rynek podstawowy, na którym operatorzy prowadzą swoją działalność, tj. rynek świadczenia towarów przez operatorów publicznych telefonicznych sieci ruchomych, z którego przenoszona jest siła rynkowa operatorów telefonii komórkowej na rynki powiązane, także ma charakter krajowy.

Z uwagi na ww. okoliczności Prezes Urzędu uznał, iż rynkiem właściwym w sprawie w aspekcie produktowym jest rynek świadczenia usług dystrybucji towarów oferowanych przez operatorów ruchomych publicznych sieci telefonicznych, natomiast w aspekcie geograficznym rynek ten ma charakter krajowy.

Jednocześnie, jak już było sygnalizowane powyżej, Prezes Urzędu uznał, iż w niniejszej sprawie należy wziąć pod uwagę także inny rynek (rynek podstawowy), na którym działają operatorzy komórkowi i z którego mogą przenosić oni swoją siłę rynkową na inne rynki, tj. rynki powiązane. Z takiego punktu widzenia, mając na względzie charakter zarzucanych PTC praktyk, rynkiem podstawowym jest **krajowy rynek świadczenia usług telekomunikacyjnych przez operatorów ruchomych publicznych sieci telefonicznych**, na którym spotykają się wszyscy operatorzy komórkowi i oferują swoje usługi klientom końcowym. Na tym rynku przedsiębiorcy Ci posiadają określoną pozycję rynkową, którą wyznacza ich udział rynkowy liczony wartościowo (tu: przychodami uzyskiwanymi z działalności telekomunikacyjnej), czy ilościowo (tu: liczbą użytkowników końcowych). Na tak zdefiniowanym rynku podstawowym operatory konkurują między sobą o klienta finalnego. Przy czym ich pozycja z rynku podstawowego może być i jest przenoszona na inne rynki. Rynki telekomunikacyjne jako takie, m.in. z uwagi na ich sieciowy charakter, charakteryzują się generalnie obecnością wielu rynków powiązanych, np. rynek detaliczny telefonii ruchomej i rynek hurtowy dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych sieciach telefonicznych. Do rynków powiązanych zaliczyć można, w ocenie Prezesa Urzędu, także i rynek właściwy wyznaczony w niniejszej sprawie. Jak zostało wskazane powyżej, na rynku usług dystrybucji towarów oferowanych przez operatorów telefonii komórkowej działają jako strona popytowa operatorzy, natomiast jako strona podaźowa, oferująca usługę dystrybucji,

przedsiębiorcy będący lub mogący być agentami tych operatorów. Przy czym, na rynku tym decydującą rolę odgrywa siła nabywczą operatorów (tzw. *buyer power*). Wynika ona ze skali zgłaszanego przez nich popytu na usługi dystrybucyjne oraz znaczenia handlowego tego faktu dla dostawcy usługi dystrybucji. To operatorzy kształtują warunki współpracy, w oparciu o jakie usługa dystrybucji, którą świadczą agenci będzie wykonywana i to agenci w większym stopniu zabiegają o udział w sieci dystrybucyjnej danego operatora, a nie odwrotnie. Wynika to z pozycji operatorów właśnie na rynku podstawowym, która w sposób naturalny jest przenoszona na rynek powiązany. Pozycja operatorów na rynku właściwym wyznaczonym w niniejszej sprawie jest zatem pochodną ich pozycji i siły rynkowej na rynku podstawowym. Przy czym dla agentów istotne jest, by znaleźć się w sieci dystrybucyjnej któregośkolwiek z operatorów, gdyż to podnosi ich pozycję na tym rynku, jak i pozwala skutecznie działać na rynku niższego szczebla, tj. oferowania towarów operatorów telefonii komórkowej klientom końcowym. Tym samym należy wskazać, iż **pozycja na rynku podstawowym determinuje siłę rynkową danego operatora na rynku właściwym** w niniejszej sprawie.

W kontekście powyższych rozważań dotyczących rynku podstawowego i jego wpływu na rynki powiązane, w tym rynek wyznaczony w niniejszej sprawie, na uwagę zasługuje jeszcze inna kwestia. Rynek podstawowy, podobnie jak i rynek właściwy w niniejszej sprawie tworzą wszyscy operatorzy telefonii ruchomej (w istotnym z punktu widzenia niniejszego postępowania okresie byli to trzej operatorzy Polkomtel, PTC, PTK-Centertel). Tak jak bowiem towary oferowane przez operatorów telefonii ruchomej klientom końcowym są dla nich substytucyjne i tworzą jeden rynek, na którym rozgrywa się walka konkurencyjna o klienta końcowego, tak i rynek powiązany, tj. rynek będący rynkiem właściwym w niniejszej sprawie, także tworzą od strony popytowej wszyscy operatorzy komórkowi. Usługi dystrybucyjne oferowane operatorom przez agentów są dla tych operatorów substytucyjne, podobnie jak i dla agentów istotne jest to by świadczyć taką usługę dla jednego z operatorów, gdyż jak już wskazano, usługa ta w swej istocie jest raczej jednorodna. I jak zostało już także wskazane agent jest zainteresowany świadczeniem usługi na rzecz operatora z uwagi na jego pozycję na rynku podstawowym, a więc jego udział w rynku, branżę, markę, a w konsekwencji związane z tym możliwości rozwoju i profity ekonomiczne wynikające z nawiązania takiej współpracy. Tym samym bez pozycji operatorów na rynku podstawowym nie rozwinęłyby się podaż usługi dystrybucji towarów przez nich oferowanych na rynku powiązanym, będącym rynkiem właściwym w niniejszej sprawie.

Umorzenie z uwagi na brak pozycji dominującej na rynku właściwym

Mając na uwadze powyższe rozważania, w tym wskazanie, że pozycja na rynku właściwym ustalonym w niniejszej sprawie jest pochodną pozycji operatorów na rynku podstawowym, tj. na krajowym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych, Prezes Urzędu za zasadne uznał ustalenie pozycji rynkowej poszczególnych operatorów na tym rynku w okresie, w którym zgodnie z treścią wniosku miały występować zachowania PTC, których za uznanie nadużywania pozycji dominującej żądał Wnioskodawca.

Prezes Urzędu ustalił zatem, jak kształtował się udział poszczególnych operatorów w rynku podstawowym w latach 1996-2001. Jak wynika z dokonanych ustaleń udziały trzech operatorów na przestrzeni tego okresu ulegały pewnym wahaniom, niemniej jednak żaden

z nich nie uzyskał takiego udziału rynkowego, który pozwalałaby mu na zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku i działania w znacznej mierze niezależnie od konkurentów, kontrahentów czy konsumentów. Przeciwnie, wahania w udziałach rynkowych, zmiana pozycji lidera oznacza raczej, iż rynek ten rozwijał się dynamicznie, był ówczesnie w fazie wschodzącej, co oznacza że trwała walka konkurencyjna między tymi przedsiębiorcami. Żaden z nich nie mógł pozwolić sobie więc na działania, na które konkurencja nie zareagowałaby w ten czy inny sposób, co w konsekwencji mogłoby doprowadzić do diametralnej zmiany układu sił na rynku.

Biorąc pod uwagę definicję pozycji dominującej, o której mowa w art. 4 pkt 9 uokik, jak wskazano powyżej na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych przez operatorów ruchomych publicznych sieci telefonicznych żaden z nich nie posiadał pozycji dominującej w rozumieniu definicji zawartej w omawianym przepisie. Należy przy tym wyjaśnić, iż wskazane w omawianym przepisie domniemanie posiadania pozycji dominującej przy 40% udziale rynkowym nie jest domniemaniem absolutnym i podlega wzruszeniu. Poza tym do uznania, że przedsiębiorca posiada pozycję dominującą na rynku nie wystarczy proste wyliczenie udziału w oderwaniu od innych realiów rynkowych. Konieczne jest bowiem odniesienie się do rynku (specyfika, bariery wejścia na rynek), na jakim przedsiębiorca działa, a przede wszystkim określenie pozycji jego konkurentów działających na tym samym rynku (o ile tacy istnieją). Jak bowiem wskazuje się w doktrynie *przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą ma nad swoimi konkurentami znaczącą przewagę, która pozwala mu na zapobieganie skutecznej konkurencji lub eksploatację kontrahentów, które to zachowania nie byłyby możliwe na rynku charakteryzującym się efektywną konkurencją, ponieważ spotkałyby się ze skuteczną reakcją konkurentów i klientów. Oznacza to, że przedsiębiorcy posiadający pozycję dominującą nie są poddawani efektywnej presji konkurencyjnej i posiadają znaczącą siłę rynkową.*¹⁰

Bezspornie PTC posiadał w niektórych z analizowanych lat 1996-2001 udział w rynku podstawowym zbliżony, bądź też nieznacznie przekraczający 40%. Nie oznacza to jednak, że posiadał pozycję dominującą w rozumieniu art. 4 pkt 9 uokik, gdyż jego konkurenci posiadali w tym samym czasie albo porównywalne do niego udziały (Polkomtel w latach 1997-2001), bądź też udziały w granicach 20% (PTK-Centertel) W oczywisty sposób oznacza to, iż przewaga jakiegokolwiek z tych trzech przedsiębiorców, posiadającego w danym okresie teoretycznie największy udział rynkowy w istniejącym wówczas na rynku układzie sił była praktycznie nieznaczna, w tym znaczeniu, że nie mógł on pozwolić sobie na niezależne od innych uczestników rynku działania, a więc nie działał w warunkach dominacji. Dominacja przedsiębiorcy na rynku jest bowiem konsekwencją znaczącej asymetrii pomiędzy nim a konkurentami. Przeciwnie, układ sił jak panował w zbadanym przez Prezesa Urzędu okresie, należy raczej określić jako klasyczny oligopol, tj. sytuację gdzie na rynku funkcjonuje kilku zbliżonych, co do udziału graczy i żaden z nich nie posiada pozycji dominującej.

Dlatego też również na rynku właściwym w niniejszej sprawie, gdzie pozycja operatorów jest pochodną ich pozycji na ww. rynku podstawowym, nie można mówić o posiadaniu przez PTC pozycji dominującej. W tym też kontekście pierwszy z warunków, do jakich odwołuje się art. 8 uokik dotyczący zakazu nadużywania praktyk ograniczających konkurencję nie został spełniony. Na rynku właściwym PTC nie posiada bowiem pozycji dominującej, a tym samym zarzucane przez Wnioskodawcę zachowania PTC nie kwalifikują

¹⁰ Tak w: C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 128

się do oceny pod kątem art. 8 uokik. Jak bowiem słusznie wskazano w wyroku SN dopiero istnienie pozycji dominującej stanowi przesłankę zastosowania art. 8 i wydania na podstawie art. 9 decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję.¹¹

Dotyczy to następujących zachowań PTC, w stosunku do których o stwierdzenie następujących zakazów wnioskował Carston:

- art. 8 ust. 2 pkt 1 uokik, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu PTC umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej ERA, polegającego na wyznaczaniu agentowi gorszych warunków sprzedaży niż sam stosuje;
- art. 8 ust. 2 pkt 1 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku sprzedaży telefonów komórkowych dopuszczonych przez PTC do sprzedaży przy zawarciu umowy terminowej o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez PTC, poprzez ustalanie, w czasie trwania promocji, ceny sprzedaży telefonu przez agenta na poziomie ceny zakupu, czyli poniżej łącznych kosztów zakupu i dalszej odsprzedaży;
- art. 8 ust. 2 pkt 2 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu PTC umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej ERA, z uwzględnieniem subryнку sprzedaży telefonów komórkowych dopuszczonych przez PTC do sprzedaży przy zawarciu umowy terminowej o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez PTC, polegającego na odmowie realizacji zamówień agentów na dostawę aparatów telefonicznych, przy jednoczesnej pełnej realizacji zapotrzebowania własnych punktów sprzedaży;
- art. 8 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu PTC umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej ERA polegające na:
 - stosowaniu wobec agentów niejednorodnych warunków refundacji kosztów reklamy,
 - stosowaniu wobec agentów niejednorodnych zasad w oferowaniu usług w ofercie publicznej przez poszczególnych agentów;
- art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu PTC umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej w sieci Era poprzez uzależnianie kontynuowania stosunku agencyjnego od wpłat kwot pieniężnych na poczet dopłat za wcześniej nabyte i zapłacone telefony;
- art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu PTC umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej ERA, polegającego na zakazie wprowadzenia i utrzymywania reklamy w publicznych środkach masowego przekazu, własnej promocji agenta,
- art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku sprzedaży telefonów GSM, polegającego na uniemożliwieniu dokonywania zakupu i sprzedaży innych aparatów telefonicznych niż nabytych od Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o.;
- art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku sprzedaży telefonów GSM marki Alcatel, polegającego na uniemożliwieniu handlu telefonami GSM marki Alcatel na warunkach wolnej dystrybucji;
- art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku

¹¹ wyrok SN z dnia 1 kwietnia 2004 r., sygn. III SK 21/04

akwizycji i zawierania w imieniu PTC umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej ERA, poprzez niedopuszczenie do sprzedaży przy zawieraniu umów terminowych o świadczenie usług telekomunikacyjnych telefonów innych niż nabyte od PTC;

- art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu PTC umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej w sieci ERA, przez rozwiązanie przez PTC umowy agencyjnej z Carston Polska Sp. z o.o.;

- art. 8 ust. 2 pkt 6 ww. ustawy, w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu PTC umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej ERA, polegającego na:

- narzucaniu uciążliwych warunków umów dotyczących sprzedaży w promocji.

W tym stanie rzeczy, postępowanie antymonopolowe wszczęte pod zarzutem nadużywania pozycji dominującej stało się bezprzedmiotowe i Prezes Urzędu orzekł jak w pkt II sentencji decyzji.

Należy wskazać, iż ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie reguluje bezpośrednio kwestii bezprzedmiotowości postępowania. Dlatego też, mając na uwadze treść art. 80 uokik, który stanowi, że w sprawach nieuregulowanych w niniejszej ustawie stosuje się przepisy kpa, zasadnym było umorzenie postępowania na podstawie art. 105 kpa, który odnosi się do bezprzedmiotowości postępowań administracyjnych. Zgodnie z powołaną regulacją organ administracji umarza w drodze decyzji postępowanie, jeżeli stało się ono z jakiegokolwiek przyczyny bezprzedmiotowe. Biorąc pod uwagę, iż przedmiotem zarzutu sformułowanego przez Wnioskodawcę było stosowanie praktyk ograniczających konkurencję polegających na nadużywaniu pozycji dominującej, to wobec uznania iż PTC nie posiada pozycji dominującej na rynku właściwym, postępowanie stało się bezprzedmiotowe.

Z uwagi na powyższe okoliczności Prezes UOKiK orzekł, jak w pkt II sentencji niniejszej decyzji.

Odniesienie do stanowisk stron

- zasadność kontynuowania postępowania antymonopolowego po prawomocnym wyroku uchylającym decyzję Prezesa UOKiK

PTC podniosło w toku postępowania antymonopolowego, że prawomocny wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 16 stycznia 2009 r. (VI ACa 846/09), w którym uchylona została Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 25 marca 2005 r. nr DOK 64/2005 nie determinuje, ani nie stanowi podstawy do kontynuowania przez Prezesa Urzędu prowadzonego dotychczas postępowania. Zdaniem przedsiębiorcy możliwe jest w takiej sytuacji jedynie wszczęcie nowego postępowania administracyjnego, przy czym decyzja w tym zakresie pozostawiona jest uznaniu organu antymonopolowego. Strona podniosła, iż Prezes UOKiK nie powinien podejmować żadnych nowych czynności, a w szczególności nie powinien przyjmować, iż po prawomocnym uchyleniu decyzji postępowanie toczy się nadal. W związku z tym, PTC wniósł o umorzenie postępowania.

Odnosząc się do powyższych uwag, należy zgodzić się co do jednej okoliczności z PTC. Fakt uchylenia ww. decyzji oznacza definitywne wyeliminowanie jej z obrotu

prawnego. Nie oznacza jednak, wbrew twierdzeniom PTC, automatycznego zakończenia samego postępowania administracyjnego, które powinno zostać przez organ administracji dopiero poprzez wydanie kolejnego rozstrzygnięcia formalnie zakończone. Sąd uchylił bowiem jedynie rozstrzygnięcie kończące postępowanie, a nie zniósł (w znaczeniu nie wyeliminował z obrotu) w ten sposób całości tego postępowania. Oznacza to ono nadal jest w toku, co oznacza, że zachodzi konieczność wydania nowej decyzji korespondującej z wnioskiem o wszczęcie postępowania antymonopolowego, tj. zawierającej rozstrzygnięcie dotyczące zarzucanych przez Carston działań PTC.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż w uzasadnieniu wyroku uchylającego ww. Decyzję wskazano na działania, które - w ocenie Sądu Apelacyjnego w Warszawie - powinien podjąć organ antymonopolowy, aby prawidłowo dokonać oceny stanu faktycznego niniejszej sprawy. Nie oznacza to oczywiście, że organ administracji jest związany merytorycznymi wytycznymi sądu powszechnego, lecz wskazuje jednoznacznie, że postępowanie antymonopolowe nie zostało zakończone. W związku z tym, przedstawiony przez PTC pogląd należy uznać za nieuzasadniony.

- zmiana kwalifikacji prawnej praktyki (art. 5, naruszenie TWE)

W ocenie Prezesa Urzędu stanowisko Wnioskodawcy, że organ antymonopolowy zobligowany jest do rozpatrzenia postępowania także w oparciu o inne przesłanki, niż te które zostały wskazane we wniosku o wszczęcie postępowania, tj. pod kątem naruszenia art. 5 uokik czy też unijnych reguł konkurencji nie zasługuje na uwzględnienie. Należy bowiem wskazać, iż jeżeli w ocenie wnioskodawcy - jako strony postępowania antymonopolowego - zachodzą przesłanki do zmiany kwalifikacji prawnej zarzucanych praktyk, czy też zachodzą inne okoliczności w sprawie wpływające na zmianę kształtu wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego może i powinien dokonać zmiany treści wniosku. Co więcej może nie tylko zmienić przedmiotowy wniosek, ale również go wycofać (art. 67 ust. 1 pkt 1 uokik). Podkreślić należy, że ustawodawca przewidując możliwość wszczęcia postępowania antymonopolowego na wniosek w sposób precyzyjny określił rolę, jaką wnioskodawca pełni w trakcie tak zainicjowanego postępowania. Po pierwsze, odmienne niż w przepisach postępowania administracyjnego, określone zostały wymogi, jakie powinien spełniać już sam wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego. Jak wskazano w art. 84 ust. 2 uokik wniosek powinien być złożony w formie pisemnej, zawierać podstawę prawną, uzasadnienie oraz uprawdopodobnienie naruszenia przepisów uokik. Oznacza to, że wnioskodawca zobowiązany jest do wskazania we wniosku kierunku postępowania antymonopolowego, w tym zdefiniowania oraz uprawdopodobnienia zarzucanych praktyk ograniczających konkurencję. W przypadku niespełnienia ww. warunków, wniosek podlega uzupełnieniu na wezwanie Prezesa UOKiK, a w razie braku jego uzupełniania, sprawie nie nadaje się dalszego biegu. Po drugie, należy wyjaśnić, że wnioskodawca zobowiązany został przez ustawodawcę do bycia aktywną stroną postępowania, niejako „jego gospodarzem”, co zostało dodatkowo obwarowane sankcją, o której mowa a art. 67 ust. 1 pkt 4 uokik. W przypadku bowiem bezczynności wnioskodawcy uniemożliwiającej prowadzenie postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, Prezes Urzędu może postępowanie umorzyć. Mając zatem powyższe na uwadze, należy wskazać iż Prezes Urzędu - porusza się w granicach wskazanych we wniosku o wszczęcie postępowania - jest zobowiązany do zebrania w sprawie niezbędnego materiału dowodowego, dokonania na jego

podstawie ustaleń stanu faktycznego, a następnie jego oceny prawnej. Prezes Urzędu nie jest jednak stroną takiego postępowania, lecz organem, przed którym ono się toczy. Aktywną stroną powinien być natomiast wnioskodawca, który wyznacza kierunek postępowania antymonopolowego, formułuje jego zakres podmiotowy i przedmiotowy, stawia zarzuty oraz przedkłada dowody na ich poparcie. Rolą organu administracji jest natomiast wszechstronna i rzetelna ocena postawionych zarzutów, a nie prowadzenie postępowania w odmiennym kierunku, niż ten wskazany we wniosku.

Jak zostało już powyżej wyjaśnione, wnioskodawca może swój wniosek zmienić czy też wycofać. Posiada więc w tym zakresie swobodę kształtowania kierunku postępowania, jako jego aktywna strona. W trakcie przedmiotowego postępowania Wnioskodawca nie dokonał natomiast ww. zmian, tj. nie rozszerzył treści wniosku o nową kwalifikację prawną, zarówno w obszarze polskiego prawa konkurencji, jak i prawa UE. Prezes Urzędu jest zatem zobowiązany do rozpatrzenia żądania Wnioskodawcy w kształcie przez niego złożonym. Wychodzenie organu antymonopolowego, który nie jest stroną przedmiotowego postępowania, poza granice wyznaczone w treści wniosku, należy więc uznać za niedopuszczalne.

Za zmianę wniosku nie można uznać zdania zawartego w piśmie Wnioskodawcy z dnia 20 czerwca 2011r., w którym zwraca się on o *rozważnie, czy np. praktyka opisana w pkt 12 postanowienia Prezesa UOKiK z dnia 24 lutego 2004 r. nie stanowi również naruszenia art. 5 uokik, gdyż zdaniem wnioskodawcy narusza i te przepisy* oraz w tym samym piśmie *zwrócenie organowi uwagi, że w przypadku, gdy stosowanie danej praktyki rozciągnęło się w czasie na okres po przystąpieniu Rzeczypospolitej Polskiej do Wspólnoty Europejskiej, do oceny praktyki w całym czasie jej stosowania mają zastosowanie również odpowiednie przepisy TWE*. Nie spełnia to w żaden sposób wymogów, jakie określa art. 84 ust. 2 uokik, a poza tym stanowiłoby to ewentualnie przedmiot nowego wniosku, a w obecnym stanie prawnym, tj. na podstawie ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. przedmiot zawiadomienia skierowanego do Prezesa Urzędu w sprawie podejrzenia stosowania określonych praktyk.

- przedsiębiorca dominujący (art. 4 pkt 3 e) uokik)

W toku postępowania Carston wskazał, iż w świetle art. 4 pkt 3 lit. e) uokik PTC jest podmiotem dominującym w stosunku do Carston. Wnioskodawca uzasadnił swoje twierdzenie tym, iż operator wywiera decydujący wpływ na działalność agenta. Wnioskodawca wskazał, iż ww. przepis wskazuje, iż przedsiębiorcą dominującym jest ten, kto *wywiera decydujący wpływ na działalność na jego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), w szczególności na podstawie umowy przewidującej zarządzanie innym przedsiębiorcą lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę*. Zdaniem Wnioskodawcy użyty w ww. przepisie zwrot *w szczególności* oznacza jedynie przykładowe, a nie wyczerpujące, wymienienie sytuacji, kiedy jeden przedsiębiorca ma wpływ na działalność drugiego.

Odnosząc się powyższych twierdzeń, Prezes Urzędu pragnie zauważyć, że pojęcie *przedsiębiorca dominujący*, zdefiniowane w art. 4 pkt 3 uokik nie jest elementem normy prawnej, zbudowanej w oparciu o przepis art. 8 uokik. *Przedsiębiorca dominujący* to kategoria prawna istotna dla potrzeb oceny dopuszczalności koncentracji przedsiębiorców i do rozważań nad strukturami gospodarczymi. Pojęcie przedsiębiorcy dominującego nie występuje w siatce pojęciowej ochrony przed praktykami ograniczającymi konkurencję (gdzie mowa jest

o *zajmowaniu pozycji dominującej* - por. art. 4 pkt 9 i art. 8 uokik). Dlatego też próba wykazania przez Wnioskodawcę, że PTC jest przedsiębiorcą dominującym w stosunku do Carston, wydaje się całkowicie chybiona jako element argumentacji wspierającej wniosek o stwierdzenie naruszenia przez PTC art. 8 uokik.

Wnioski dowodowe Wnioskodawcy

Prezes Urzędu nie uwzględnił wniosków dowodowych złożonych przez Wnioskodawcę w przedmiocie przeprowadzenia dowodu z przesłuchania świadków wskazanych w piśmie Carston z dnia 5 sierpnia 2002 r. (k. 403-424) oraz w piśmie z dnia 25 listopada 2002 r. (k.547-548). Mając na uwadze, iż przedmiotowa decyzja z uwagi na ww. okoliczności nie dotyczy oceny zachowania PTC pod kątem spełniania przesłanek stosowania konkretnych praktyk ograniczającej konkurencję, o którym mowa w art. 8 ust. 2 uokik, ich uwzględnienie ich nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Wnioskodawca żądał przeprowadzenia dowodów na okoliczności dotyczące stosowania poszczególnych praktyk, których stosowanie zarzucał PTC. Mając więc na względzie okoliczność, iż niniejsze postępowanie antymonopolowe podlega umorzeniu z powodu przedawnienia jego prowadzenia oraz z uwagi na stwierdzenie braku posiadania pozycji dominującej przez PTC na rynku właściwym, przeprowadzenie powyższych dowodów nie dotyczy okoliczności faktycznych mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, na co wprost wskazuje art. 227 kpc. Ustalenie tych okoliczności stało się nieistotne i wtórne z punktu widzenia charakteru rozstrzygnięcia dokonanego przez Prezesa UOKiK w niniejszej decyzji.

W związku z powyższym należało rozstrzygnąć jak sentencji Decyzji.

Od niniejszej decyzji przysługuje stronie odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – stosownie do treści art. 78 ust. 1 uokik w zw. z art. 479 (28) k.p.c. i w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) - za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

*Z up. Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów*

[Grzegorz Materna, dyrektor Departamentu
Ochrony Konkurencji]

Otrzymują:

1. r. pr. Stanisław Dudzik
pełnomocnik Polskiej Telefonii Cyfrowej S.A.
Kancelaria T. Studnicki, K. Pleszka,
Z. Cwiąkalski, J. Górski sp. k.
ul. Jabłonowskich 8
31-114 Kraków
2. adw. Ireneusz Zieliński
pełnomocnik Carston sp. o.o.

Adwokaci & Doradcy s.c.
ul Świętokrzyska 18
00-052 Warszawa