



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK2-411-7/05/KD

Warszawa, dnia 29 grudnia 2006 r.

DECYZJA Nr DOK - 167/06

Na podstawie art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (tekst jednolity: Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.), w związku z art. 80 oraz art. 93 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jednolity: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080), a także na podstawie art. 85 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **odmawia wszczęcia postępowania antymonopolowego** z wniosku Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, w sprawie stosowania przez Telekomunikację Polską S.A. z siedzibą w Warszawie praktyk ograniczających konkurencję, polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku hurtowego dostępu do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej, poprzez:

- narzucanie w umowach o współpracy z innym operatorem telekomunikacyjnym klauzuli umożliwiającej wypowiedzenie umowy bez żadnych obiektywnych przyczyn, co stanowiło narzucanie uciążliwych warunków umów przynoszących przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści, naruszające art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 6 ww. ustawy;
- wypowiedzenie umów o współpracy międzyoperatorskiej, co mogło przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku i stanowić naruszenie art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, oraz
- wycofanie dostępu do sieci Telekomunikacji Polskiej SA z siedzibą w Warszawie poprzez wypowiedzenie umów o współpracy międzyoperatorskiej, co mogło stanowić nadużywanie pozycji dominującej, o którym mowa w art. 82 *Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską* (Dz. Urz. UE C 325 z 24 grudnia 2002 r.).

UZASADNIENIE

W dniu 11 lipca 2005 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes Urzędu, Prezes UOKiK, lub organ antymonopolowy) wpłynął wniosek spółki Regionalne Sieci Telekomunikacyjne „El-Net” S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: El-Net lub Wnioskodawca) o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko Telekomunikacji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: TP S.A.). W dniu 1 sierpnia 2006 r. Netia S.A. z siedzibą w Warszawie i El-Net S.A. z siedzibą w Warszawie połączyły się przez przejęcie w trybie art. 492 § 1 Kodeksu Spółek Handlowych. W wyniku połączenia Netia S.A. z siedzibą w Warszawie wstąpiła we wszystkie prawa i obowiązki El-Net wynikające w szczególności z zawartych wcześniej umów o świadczenie usług. Z tego powodu niniejsza decyzja kierowana jest do następcy prawnego El-Net, tj. Netii S.A. z siedzibą w Warszawie.

W powyższym wniosku El-Net wniósł o:

- wszczęcie przeciwko TP S.A. postępowania antymonopolowego, zarzucając jej stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku dostępu do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej poprzez wycofanie dostępu do swojej sieci na skutek wypowiedzenia umów o współpracy;
- wszczęcie przeciwko TP S.A. postępowania antymonopolowego, zarzucając jej stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku dostępu do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej poprzez stosowanie w umowach o współpracy klauzuli umożliwiającej wypowiedzenie umowy bez żadnych obiektywnych przyczyn;
- uznanie powyższych działań TP S.A. za praktyki ograniczające konkurencję, o których mowa w art. 8 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz nakazanie zaniechania ich stosowania;
- wszczęcie przeciwko TP S.A. postępowania antymonopolowego, zarzucając jej nadużywanie pozycji dominującej, o którym mowa w art. 82 *Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską* poprzez wycofanie dostępu do swojej sieci na skutek wypowiedzenia umów o współpracy;

- uznanie powyższego działania za naruszenie art. 82 *Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską* oraz nakazanie zaniechania jej stosowania;
- nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

Na dowód opisanych działań TP S.A., El-Net załączył do wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego 5 umów o współpracy pomiędzy El-Net i TP S.A. dotyczących świadczenia usług na obszarach dawnych województw:

1. bydgoskiego – umowa z dnia 27 maja 1997 r.,
2. słupskiego – umowa z dnia 17 czerwca 1999 r.,
3. koszalińskiego – umowa z dnia 17 czerwca 1999 r.,
4. warszawskiego – umowa z dnia 3 grudnia 1999 r.,
5. suwalskiego – umowa z dnia 30 listopada 2000 r.,

oraz 4 pisma TP S.A. z dnia 28 kwietnia 2005 r. wypowiadające El-Net umowy o współpracy na terenie dawnych województw: bydgoskiego, słupskiego, koszalińskiego i warszawskiego.

Wnioskodawca załączył jednocześnie do przedmiotowego wniosku postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie – Wydział XX Gospodarczy z dnia 4 lipca 2005 r. (sygn. akt: XX GCO 94/05) o zabezpieczeniu roszczeń El-Net poprzez nakazanie TP S.A. utrzymania dostępu telekomunikacyjnego Wnioskodawcy do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej na terenie byłych województw: bydgoskiego, koszalińskiego i warszawskiego na warunkach umów o współpracy z 27 maja 1997 r., 17 czerwca 1999 r. i 3 grudnia 1999 r., nakazanie wykonywania tych umów oraz zakazanie ich wypowiedziania do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia sprawy.

W uzupełnieniu wniosku El-Net pismem z dnia 19 października 2005 r. przekazał Urzędowi dokumentację korespondencji pomiędzy TP S.A. i Wnioskodawcą, która miała miejsce po wypowiedzeniu przedmiotowych umów w dniu 28 kwietnia 2005 r., a mianowicie: pismo El-Net z dn. 24 maja 2005 r. zawierające odpowiedź na przedmiotowe wypowiedzenia oraz zajęte w sprawie stanowisko, pismo TP S.A. a dnia 28 lipca 2005 r., pismo El-Net z dnia 30 sierpnia 2005 r., pismo TP S.A. z dnia 25 sierpnia 2005 r. oraz pismo El-Net z 9 września 2005 r.

Skierowanym do wiadomości Prezesa Urzędu pismem do El-Net z dnia 10 listopada 2005 r. TP S.A. oświadcza, iż wystawiona przez El-Net w ramach umów o współpracy faktura o numerze ELW/TPSA/0905 nie zostanie uregulowana w całości. TP S.A. powołuje się przy tym na fakt, iż część ruchu zakańczanego w sieci El-Net generowana jest w sposób sztuczny, tzn. bez związku ze świadczeniem jakichkolwiek usług telekomunikacyjnych. TP S.A. wyodrębniło zatem

frakcję wspomnianego ruchu oraz odjęło jego wartość od kwoty widniejącej na przedmiotowej fakturze El-Net.

Odnosząc się do powyższego, El-Net pismem z dnia 1 grudnia 2005 r., skierowanym również do wiadomości Prezesa Urzędu, stanął na stanowisku, iż ruch, o którym mowa generowany jest przez osoby trzecie, za pośrednictwem sieci TP S.A. do sieci El-Net, co wyklucza odpowiedzialność El-Netu za jego powstawanie. Wnioskodawca zapewniał przy tym, iż przedmiotowy ruch nie jest spowodowany jego aktywnością i nie jest on inicjatorem połączeń składających się na tenże ruch.

W związku z faktem, iż wniosek El-Net nie spełniał wymogów określonych w art. 84 ust. 2 *o ochronie konkurencji i konsumentów*, pismem z dnia 28 lutego 2006 r. Prezes Urzędu zwrócił się do Wnioskodawcy z prośbą o jego uzupełnienie m.in. poprzez:

1. Uprawdopodobnienie naruszenia przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zwłaszcza w kontekście regulacji przewidzianych w ustawie z dnia 16 lipca 2004 r. *Prawo telekomunikacyjne* (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.).
2. Wyjaśnienie zjawiska generowania tzw. sztucznego ruchu w sieci, zaistniałego przed dniem wypowiedzenia umów o współpracy, na które powołuje się TP S.A. w pismach z dnia 28 kwietnia 2005 r. oraz późniejszej korespondencji z El-Net.
3. Przedstawienie wyników rozmów pomiędzy El-Net i TP S.A. w sprawie ustalenia nowych zasad współpracy międzyoperatorskiej zaplanowanych na dzień 11 maja 2005 r. przez TP S.A. w pismach z dnia 28 kwietnia 2005 r.

Jednocześnie Prezes Urzędu poinformował El-Net, iż wniosek o wszczęcie przeciwko TP S.A. postępowania antymonopolowego, zarzucający jej stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku dostępu do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej poprzez stosowanie w umowach o współpracy klauzuli umożliwiającej wypowiedzenie umowy bez żadnych obiektywnych przyczyn, z uwagi na regulację art. 93 ww. ustawy, nie zasługuje na uwzględnienie.

W odpowiedzi na powyższe żądanie organu antymonopolowego, w uzasadnieniu właściwości Prezesa UOKiK w przedmiotowej sprawie, El-Net pismem z dnia 20 marca 2006 r. przedstawił swoje stanowisko wyrażające się w przekonaniu, iż przepisy ustawy *Prawo telekomunikacyjne* nie mogą być postrzegane jako wchodzące w kolizję z przepisami ustawy

antymonopolowej, a dochodzenie przez uczestników rynku telekomunikacyjnego określonych uprawnień w postępowaniach prowadzonych przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dawniej: Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty) nie wyklucza stosowania odpowiednich instrumentów przewidzianych w ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Możliwości dochodzenia ochrony prawnej wynikające z przepisów obu tych ustaw są – zdaniem Wnioskodawcy – niezależne od siebie i realizują tę ochronę na różnych płaszczyznach oraz przy pomocy różnych instrumentów.

Odnosząc się do kwestii generowania sztucznego ruchu telekomunikacyjnego, Wnioskodawca zapewnił, iż nie posiada żadnych informacji, które wskazywałyby, iż przedmiotowe zjawisko było spowodowane działaniami El-Net.

Ponadto, Wnioskodawca podtrzymał stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 11 lipca 2005 r. w zakresie wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego w związku z nadużyciem przez TP S.A. pozycji dominującej poprzez narzucanie uciążliwych warunków umów na skutek stosowania w umowach o współpracy klauzuli umożliwiającej wypowiedzenie umowy bez żadnych obiektywnych przyczyn pomimo iż zarzut uległ przedawnieniu zgodnie z art. 93 ww. ustawy.

W związku z koniecznością zebrania dodatkowego materiału dowodowego w zakresie podejrzenia naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, wobec faktu, iż możliwość wszczęcia postępowania antymonopolowego w przedmiotowej sprawie nadal budziła wątpliwości, Prezes Urzędu postanowieniem z dnia 17 lipca 2006 r. wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy warunki umów o współpracy zawierane przez TP S.A. z innymi operatorami telekomunikacyjnymi oraz zasady ich wypowiedzenia, nie stanowią naruszenia przepisów ww. ustawy.

W ramach powyższego postępowania wyjaśniającego, organ antymonopolowy zwrócił się do TP S.A. pismem z dnia 9 sierpnia 2006 r. o:

1. Przedstawienie przyczyn wypowiedzenia przez TP S.A. w dniu 28 kwietnia 2005 r. umów o współpracy z operatorem El-Net S.A. oraz informacji na temat podjętych oraz planowanych działań w zakresie dalszej współpracy TP S.A. z tym operatorem.
2. Przekazanie wszelkich informacji i dokumentów potwierdzających występowanie zjawiska generowania sztucznego ruchu, na które powołuje się TP S.A. w pismach do El-Net z kwietnia 2005 r. oraz skierowanym do wiadomości Urzędu piśmie z dnia 10 listopada

2005 r. oraz przekazanie kopii korespondencji prowadzonej w tej sprawie z El-Net S.A. przed dniem wypowiedzenia przez TP S.A. przedmiotowych umów o współpracy.

3. Przedstawienie zasad współpracy TP S.A. z innymi operatorami telekomunikacyjnymi w zakresie rozliczeń za świadczone usługi telekomunikacyjne w ramach umów o połączeniu sieci.

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Prezesa Urzędu pismem z dnia 25 sierpnia 2006 r. TP S.A. przedstawiła m. in. informacje na temat zasad współpracy z operatorami alternatywnymi na rynku usług telekomunikacyjnych w początkach jego liberalizacji, wyjaśnienia na okoliczność wypowiedzenia umów o połączeniu sieci zawartych z El-Net oraz uwagi odnośnie do zjawiska sztucznego ruchu w sieciach telekomunikacyjnych, w tym przedstawienie jego cech charakterystycznych oraz warunków generowania, a także raporty i analizy dotyczące ruchu tranzytowanego przez sieć TP do sieci El-Net.

Odnosząc się do wypowiedzenia przedmiotowych umów o współpracy z El-Net, TP S.A. wyjaśniła, co następuje.

Po pierwsze, wskazała na straty z tytułu przyjętych w stosunkach z El-Net zasad rozliczeń za połączenia międzysieciowe jako główną przyczynę przedmiotowego wypowiedzenia. Skutki stosowania różnych sposobów rozliczeń za połączenia międzysieciowe pomiędzy tymi, które zawarto w przedmiotowych umowach z El-Net, a rozliczeniami wynikającymi z umów zawieranych przez El-Net z innymi operatorami alternatywnymi dotyczą sfery ekonomicznych interesów TP S.A. powodując po jej stronie nieuzasadnione straty. Jak sugeruje TP S.A. brak jednolitości stawek za połączenia powoduje u uprzywilejowanych przedsiębiorców pokusę generowania tzw. sztucznego ruchu (przypadek El-Net) lub innego ruchu nieobjętego umowami.

Ponadto, w związku ze zmianami, jakie zaszły w strukturze właścicielskiej grupy kapitałowej Netia S.A. do której należy El-Net, TP S.A. stoi na stanowisku, iż koniecznym stało się zastąpienie dotychczasowych umów zawartych ze spółkami lokalnymi tej grupy kapitałowej nową umową ze spółką Netia S.A. z siedzibą w Warszawie. Spółka ta z dniem 1 sierpnia 2006 r. przejęła również spółkę El-Net.

TP S.A. podniosła ponadto, iż w celu odpowiedniej zmiany przedmiotowych umów jako niezgodnych z aktualnym stanem prawnym w zakresie regulacji stosunków pomiędzy operatorami, zwracała się do El-Net o podjęcie negocjacji w zakresie dostosowania tych umów do zaakceptowanej przez Prezesa URTiP (teraz Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej) oferty ramowej TP S.A. Wobec braku oczekiwanych efektów zwróciła się też do Prezesa URTiP o zmianę przedmiotowych umów lub zastąpienie ich nowymi w oczekiwanym przez TP S.A.

brzmieniu. Prezes URTiP odmówił wydania decyzji zmieniającej brzmienie łączących strony umów w powyższej sprawie, wskazując na brak swojej właściwości w sprawie z uwagi na fakt istnienia stosunku umownego pomiędzy stronami w momencie składania wniosku.

Podnosząc powyższe TP S.A. stanęła na stanowisku, iż wypowiedzenie przedmiotowych umów zgodnie z sugestią zawartą w decyzji Prezesa URTiP odmawiającej ustalenia warunków połączenia sieci w trybie postępowania administracyjnego, uznać należało za jedyny właściwy krok w celu zapobieżenia dalszym stratom finansowym oraz zawarcia ich na nowych zasadach.

Podkreślono ponadto, iż TP S.A. wykazywała wolę utrzymania stosunków umownych z El-Net w zakresie połączenia sieci, proponując m.in. właściwy aneks umowny, zawierający regulację rozliczeń międzyoperatorskich na zasadach podobnych, jak ma to miejsce z innymi operatorami telekomunikacyjnymi.

Na dowód powyższego TP S.A. przesłała kopię odpowiedniej korespondencji z El-Net oraz wniosku złożonego Prezesowi URTiP o zmianę przedmiotowych umów w trybie regulacji *Prawa telekomunikacyjnego* i wspomnianej decyzji w tej sprawie. Przedstawiono również analizę ruchu telekomunikacyjnego z grudnia 2005 r. wykonaną na zamówienie TP S.A. przez firmę Średniawa Consulting pod tytułem: „*Analiza ruchu telekomunikacyjnego w sieciach stacjonarnych. Definicje, wzorce, charakterystyki i zastosowania*” zawierającą oprócz ogólnych informacji na temat charakterystyki ruchu telekomunikacyjnego w sieciach stacjonarnych, także analizę ruchu w wybranych punktach styku sieci TP S.A. z siecią El-Net oraz interpretację wyników tejże analizy. Przekazano ponadto opinię prof. Andrzeja Dąbrowskiego – Dyrektora Instytutu Telekomunikacji Politechniki Warszawskiej w zakresie kwalifikacji ruchu telekomunikacyjnego charakteryzującego się krótkim czasem trwania, wysoką częstotliwością występowania oraz płaskim rozkładem dobowym.

Organ antymonopolowy, ustalił co następuje:

Wnioskodawca – ***El-Net S.A.*** jest spółką akcyjną, prowadzącą na terenie kraju działalność w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych. Jak wynika z informacji uzyskanych przez Prezesa Urzędu, z dniem 1 sierpnia 2006 r. Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (podmiot dominujący w grupie kapitałowej, do której należy El-Net) połączyły się w przez przejęcie w trybie przewidzianym w art. 492 § 1 Kodeksu Spółek Handlowych. W wyniku połączenia **Netia S.A. wstąpiła we wszystkie prawa i obowiązki El-Net wynikające w szczególności z zawartych wcześniej umów o świadczenie usług.**

Dowód: wpis do rejestru KRS o numerze 0000095991 prowadzonego dla spółki EL-Net (Monitor Sądowy i Gospodarczy z dnia 20 lipca 2006 r., nr 140, poz. 86388).

TP S.A. jest spółką akcyjną prowadzącą działalność gospodarczą na krajowym rynku telekomunikacyjnym na wielu poziomach obrotu. Mocą decyzji Prezesa URTiP z dnia 3 września 2001 r. uznana została za operatora o pozycji dominującej na krajowym rynku świadczenia usług powszechnych. Na podstawie art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. *o zmianie ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz zmianie niektórych ustaw* (Dz. U. Nr 113, poz. 1070), która weszła w życie z dniem 1 października 2003 r., TP S.A. uznana została z mocy prawa za operatora o znaczącej pozycji rynkowej w zakresie świadczenia usług telefonicznych w stacjonarnych publicznych sieciach telefonicznych.

W związku z koniecznością eksploatacji publicznych sieci telekomunikacyjnych w ramach prowadzonej przez opisane podmioty działalności telekomunikacyjnej, zawarły one w latach 1997 - 2000 5 umów o współpracy w zakresie połączenia sieci i świadczenia usług telekomunikacyjnych na obszarach dawnych województw:

1. bydgoskiego – umowa z dnia 27 maja 1997 r.,
2. słupskiego – umowa z dnia 17 czerwca 1999 r.,
3. koszalińskiego – umowa z dnia 17 czerwca 1999 r.,
4. warszawskiego – umowa z dnia 3 grudnia 1999 r.,
5. suwalskiego – umowa z dnia 30 listopada 2000 r.

Wymienione umowy stanowią podstawę do zawierania przez Wnioskodawcę umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych abonentom w ramach prowadzonej przez niego działalności.

Z uwagi na przedmiot niniejszych umów strony zawarły je na czas obowiązywania przyznanych Wnioskodawcy uprawnień do prowadzenia działalności w zakresie telekomunikacji.

Jednakże każda z nich zawiera regulację pozwalającą na wcześniejsze rozwiązanie umowy za wypowiedzeniem, w brzmieniu odpowiednio:

1. Umowa z dnia 27 maja 1997 r. o współpracy na obszarze dawnego województwa bydgoskiego w § 12 ust. 3: **[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA Netia S.A. – pkt 1 załącznika nr 1 do decyzji]**
2. Umowa z dnia 17 czerwca 1999 r. o współpracy na obszarze dawnego województwa słupskiego w § 11 ust. 2: **[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA Netia S.A. – pkt 2 załącznika nr 1 do decyzji]**

3. Umowa z dnia 17 czerwca 1999 r. o współpracy na obszarze dawnego województwa koszalińskiego w § 11 ust. 2: **[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA Netia S.A. – pkt 3 załącznika nr 1 do decyzji]**
4. Umowa z dnia 3 grudnia 1999 r. o współpracy na obszarze dawnego województwa warszawskiego w § 12 ust. 2: **[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA Netia S.A. – pkt 4 załącznika nr 1 do decyzji]**
5. Umowa z dnia 30 listopada 2000 r. o współpracy na obszarze dawnego województwa suwalskiego w § 10: **[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA Netia S.A. – pkt 5 załącznika nr 1 do decyzji]**

Jak wynika z wyjaśnień TP S.A. przekazanych pismem z dnia 28 sierpnia 2006 r. z uwagi na brak szczegółowej regulacji rynku telekomunikacyjnego w latach 90-tych, kształt umów zawieranych z alternatywnymi operatorami telekomunikacyjnymi oparty był jedynie na nikłym doświadczeniu kontrahentów. Warunki umowne dostosowywane były do wczesnego stadium liberalizacji rynku, gdzie podstawę rozliczeń między operatorami stanowiły ceny detaliczne usług telekomunikacyjnych. Przykładami takich metod rozliczeń są zasada *bill and keep*, polegająca na zatrzymywaniu przez każdego z operatorów opłat detalicznych, przyjmowanych od swoich klientów, bez wzajemnych rozliczeń stron umowy o połączeniu sieci oraz metoda *revenue share*, polegająca na procentowym podziale przychodów uzyskanych od abonentów za zrealizowane usługi. W miarę rozwoju rynku telekomunikacyjnego warunki przedmiotowych rozliczeń ulegały zmianom, głównie w kierunku kosztowej orientacji stawek za połączenia interkonektowe.

Opóźnienia w zakresie wprowadzania powyższych rozwiązań do umów międzyoperatorskich na rynku polskim spowodowały współistnienie różnych sposobów rozliczeń w umowach TP S.A. z operatorami alternatywnymi. Jak wynika z wyjaśnień TP S.A. jednocześnie obowiązują zatem: zasada *bill and keep* dominująca na rynkach lokalnych, zasada podziału przychodów funkcjonująca głównie na rynkach międzystrefowych i międzynarodowych, a także w inny sposób określone stawki wynikające z oferty TP S.A lub decyzji wydawanych przez Prezesa UKE.

W związku z wczesnym w stosunku do umów z innymi operatorami, terminem zawarcia, wyżej wskazane umowy o połączeniu sieci TP S.A. i El-Net zawierają metodę rozliczeń za połączenia interkonektowe opartą na modelu *revenue share*, według którego TP S.A. uiszcza **[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA Netia S.A. – pkt 6 załącznika nr 1 do decyzji]** należności wynikającej z cennika usług detalicznych TP S.A. za każde połączenie przychodzące z jej sieci, a zakańczane w sieci El-Net. Oznacza to, iż za każde połączenie zakańczane w sieci El-

Net, TP S.A. uiszcza **[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA Netia S.A. – pkt 7 załącznika nr 1 do decyzji]** stawki, jaką otrzymałaby od abonenta telefonicznego za wykonane połączenie. Należność TP S.A. wynosi zatem **[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA Netia S.A. – pkt 8 załącznika nr 1 do decyzji]** gr.¹ netto czyli **[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA Netia S.A. – pkt 9 załącznika nr 1 do decyzji]** gr. netto za jednostkę rozliczeniową czyli impuls trwający odpowiednio 3 lub 6 minut w zależności od okresu taryfikacyjnego.

Jednocześnie, jak wskazuje TP S.A., łączące ją z innymi operatorami umowy pozwalają na zorientowane kosztowo regulowanie przez operatora inicjującego połączenie należności na rzecz TP S.A. z tytułu ruchu zakańczanego w jej sieci.

Oznacza to, iż za ruch tranzytowany przez sieć TP S.A. do sieci El-Net operator inicjujący połączenie uiszcza na rzecz TP S.A. należność w wysokości ustalonej w umowie stawki za inicjowane połączenie pomnożonej przez długości jego trwania, rejestrowaną z dokładnością co do dziesiątych części minuty, natomiast TP S.A. zobowiązana jest do wypłaty na rzecz El-Net należności w wysokości **[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA Netia S.A. – pkt 6 załącznika nr 1 do decyzji]** ceny detalicznej za każdy impuls tegoż połączenia.

Przykładowo przedstawione rozliczenie połączeń bardzo krótkich wygląda w sposób następujący:

- za każde połączenie trwające 0,20 minuty kierowane do sieci El-Net poprzez sieć TP S.A., TP S.A. zobowiązana jest uiszczyć El-Net stawkę w wysokości **[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA Netia S.A. – pkt 9 załącznika nr 1 do decyzji]** gr. stanowiącą wartość **[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA Netia S.A. – pkt 6 załącznika nr 1 do decyzji]** ceny detalicznej impulsu telefonicznego zgodnej z aktualnym cennikiem TP S.A.,
- za to samo połączenie TP S.A. uzyska zaś od przykładowego operatora inicjującego (np. Długie Rozmowy S.A.) $0,20 * \text{[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA TP S.A. – pkt 1 załącznika nr 2 do decyzji]}$ gr. należne wg umowy za każdą minutę połączenia w zależności od okresu taryfikacyjnego T1, T2, T3, czyli odpowiednio: **[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA TP S.A. – pkt 2 załącznika nr 2 do decyzji]** gr. w związku z koniecznym do tranzytu zakończeniem połączenia w sieci TP S.A.

Przedstawione przez TP S.A. dane dotyczące ruchu telekomunikacyjnego tranzytowanego poprzez jej sieć do sieci El-Net w wybranym punkcie styku sieci w Warszawie (PSS CEMA 1/2) obrazują nagły wzrost tego ruchu w lutym 2005 r. o 2521% w stosunku do stycznia 2005 r. Wskazują także na drastyczne skrócenie średniego czasu trwania połączenia z 2,20 minuty do

¹ Jako opłatę detaliczną służącą do wyznaczania opłaty za zakończenie połączenia w sieci El-Net przyjmuje się opłatę za połączenia lokalne i strefowe obowiązującą w planie standardowym TP S.A.

0,20 minuty. Jak wynika z obliczeń operatora, spowodowało to 220-krotny wzrost zobowiązań TP S.A. w stosunku do El-Net z tytułu ruchu tranzytowego. W kolejnych miesiącach natomiast wielkość ruchu tranzytowego wzrastała odpowiednio w marcu o 188% i w kwietniu o 135% z jednoczesnym skróceniem czasu trwania jednego połączenia.

Ponadto, jak wynika z danych przedstawionych przez TP S.A. pismem z dnia 25 sierpnia 2006 r. przyjęte w stosunkach z El-Net zasady rozliczeń za połączenia zakańczane w sieci tego operatora przyznają mu znacznie lepsze warunki finansowe, niż ma to miejsce w przypadku innych operatorów alternatywnych, z którymi TP S.A. zawarła umowy o połączeniu sieci. Uprzywilejowanie w tym względzie przejawia się w znacznie wyższej średniej stawce za zakończenia połączenia w sieci pobierane przez El-Net od TP S.A. w porównaniu do średniej stawki płaconej przez TP S.A. na rzecz operatorów alternatywnych, którzy rozliczają się z TP S.A. na zasadzie stawek zorientowanych kosztowo. Różnica w średniej stawce wynosi od **[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA TP S.A. – pkt 3 załącznika nr 2 do decyzji]** do **[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA TP S.A. – pkt 4 załącznika nr 2 do decyzji]** stawki pobieranej przez operatora. Oznacza to, iż El-Net pobiera od TP S.A. średnie stawki o **[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA TP S.A. – pkt 3 załącznika nr 2 do decyzji]** wyższe od operatora otrzymującego najwyższe średnie stawki spośród wszystkich rozliczających się z TP S.A. przy pomocy modelu kosztowego.

Wobec powyższych różnic w systemach rozliczeń oraz generowania wynikających z nich strat, TP S.A. podjęła starania o zmianę niekorzystnych dla niej umów z El-Net. W tym celu pismami z 20 sierpnia 2002 r., 5 maja 2003 r. oraz 20 czerwca 2003 r. zwróciła się do El-Net o podjęcie negocjacji zapisów łączących strony umów o współpracy.

Zgodnie z twierdzeniem TP S.A., El-Net każdorazowo odmawiał jednak podjęcia merytorycznych negocjacji w tym zakresie. TP S.A. wystąpiła zatem dnia 7 sierpnia 2003 r. do Prezesa URTiP w trybie art. 83 ust. 2 ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. *Prawo telekomunikacyjne* z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie ustalenia pomiędzy TP S.A. i El-Net warunków połączenia sieci telekomunikacyjnych oraz rozliczeń z tytułu wzajemnego korzystania z sieci.

Prezes URTiP decyzją z dnia 25 czerwca 2003 r. (nr DRT-WWM-53/04) odmówił ustalenia warunków połączenia uznając, iż brak jest podstaw do ingerencji organu regulacyjnego w stosunki pomiędzy operatorami dopóki wiąże ich umowa. W uzasadnieniu decyzji wyraźnie wskazano, iż „TP chcąc ustalić warunki nowej umowy powinna porozumieć się z drugą stroną co do takiego (zgodnego z wymogami *Prawa telekomunikacyjnego* – przyp. Prezes UOKiK) sposobu rozwiązania dotychczasowej umowy i nawiązania nowej, (...) bądź też skorzystać z uprawnienia do wypowiedzenia umowy

zgodnie z postanowieniami wcześniejszej umowy lub ogólnymi zasadami k.c. po uprzednim ustaleniu warunków rozwiązania umowy, o których mowa w art. 78 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. Prawo telekomunikacyjne. Do czasu ustalenia warunków, o których mowa w tym przepisie, żadna ze stron nie może w wyniku oświadczeń woli, skutecznie doprowadzić do rozwiązania łączącej Strony umowy, a tym samym poddać pod ustalenie w drodze administracyjnej warunków nowej umowy zastępującej dotychczasową.”

Wobec powyższego, TP S.A. pismami z dnia 28 kwietnia 2005 r. wypowiedziała 4 z 5 wymienionych wyżej umów o współpracy pomiędzy TP S.A. i El-Net na obszarach byłych województw: warszawskiego, koszalińskiego, ślupskiego oraz bydgoskiego. Jak sugeruje Wnioskodawca, z uwagi na restrykcyjne przepisy o przyczynach wypowiedzenia, TP S.A. nie próbowała rozwiązać umowy z dnia 30 listopada 2000 r. o współpracy na obszarze dawnego województwa suwalskiego.

Postanowieniem z dnia 4 lipca 2005 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Wydział XX Gospodarczy (sygn. akt: XX GCO 94/05), z wniosku El-Net o udzielenie zabezpieczenia, nakazał TP S.A. utrzymanie dostępu telekomunikacyjnego El-Net do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej na terenie byłych województw: bydgoskiego, koszalińskiego i warszawskiego na warunkach umów o współpracy z 27 maja 1997 r., 17 czerwca 1999 r. i 3 grudnia 1999 r., nakazał wykonywanie wymienionych umów oraz zakazał ich wypowiedzenia do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia sprawy.

W dniu 6 stycznia 2006 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie – Wydział VI Cywilny, na skutek zażalenia TP S.A., zmienił postanowienie Sądu Okręgowego w ten sposób, że nakazał TP S.A. wykonywanie zawartych z El-Net umów: umowy o współpracy zawartej dnia 27 maja 1997 r., umowy o współpracy zawartej dnia 17 czerwca 1999 r. i umowy o współpracy zawartej dnia 3 grudnia 1999 r. do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia sporu.

W związku z powyższym postanowieniem w sprawie zabezpieczenia roszczeń, El-Net pozwem z dnia 19 lipca 2005 r. (przekazana Urzędowi kopia wskazuje na datę 19 czerwca 2005 r.) wniósł do Sądu Okręgowego w Warszawie o nakazanie TP S.A.:

1. utrzymania poprzednio ustanowionego na rzecz El-Net w umowach o współpracy z dnia 27 maja 1997 r., z dnia 17 czerwca 1999 r. oraz z dnia 3 grudnia 1999 r. dostępu telekomunikacyjnego do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej TP S.A., poprzez wykonywanie wskazanych umów;

2. wykonywania umów o współpracy z dnia 27 maja 1997 r., z dnia 17 czerwca 1999 r. oraz z dnia 3 grudnia 1999 r. po upływie okresu wypowiedzenia w związku z tym, iż oświadczenia o wypowiedzeniu – jako będące przejawem nadużywania pozycji dominującej na rynku międzyoperatorskim – są nieważne;
3. zaniechania czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na utrudnianiu El-Net dostępu do rynku, poprzez wypowiedanie lub niewykonywanie zawartych z El-Net umów o współpracy z dnia 27 maja 1997 r., z dnia 17 czerwca 1999 r. oraz z dnia 3 grudnia 1999 r.

Powyższe zabezpieczenie roszczeń oraz wspomniany pozew El-Net dotyczą wykonywania jedynie 3 spośród wypowiedzianych umów o współpracy łączących tego operatora z TP S.A. z uwagi na fakt, iż do połączenia sieci zgodnie z umową z dnia 17 czerwca 1999 r. o współpracy na obszarze dawnego województwa śląskiego nigdy nie doszło. Umowa ta nie była zatem wykonywana przed dniem wydania rzeczonych zabezpieczeń oraz złożonego w jego wykonaniu pozwu Wnioskodawcy.

Postawiony przez Wnioskodawcę zarzut nadużywania pozycji dominującej odnosi się jednakże do 4 umów spośród zawartych przez El-Net z TP S.A., gdyż kwestionuje on jako niezgodne z prawem ochrony konkurencji fakty dotyczące właśnie tej liczby umów, a mianowicie stosowania przez TP S.A. postanowień umownych pozwalających na ich rozwiązanie za wypowiedzeniem bez obiektywnej przyczyny oraz zastosowanie przez TP S.A. rozwiązań umów zgodnie z brzmieniem rzeczonych postanowień.

Zjawisko generowania sztucznego ruchu telekomunikacyjnego, na które powołuje się TP S.A. w pismach do El-Net z kwietnia 2005 r., skierowanym do wiadomości Prezesa Urzędu piśmie z dnia 10 listopada 2005 r. oraz piśmie z dnia 25 sierpnia 2006 r. polega na nawiązywaniu połączeń telekomunikacyjnych bezpośrednio w celu wywołania określonych wskazań urządzeń rejestrujących ruch w sieci, a nie w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Jak wynika z informacji przedstawionych przez TP S.A. pismem z dnia 25 sierpnia 2006 r., **rzeczywisty ruch telekomunikacyjny** (typowe połączenia pomiędzy abonentami) posiada następujące cechy:

1. Czas trwania połączeń jest zróżnicowany, co do zasady każde połączenie ma inny czas trwania, np. 5 minut, 5 minut i 14 sekund itp.
2. Połączenia pomiędzy abonentami są realizowane w różnych odstępach czasu.
3. Zróżnicowany jest rozkład dobowy ruchu – liczba połączeń jest większa w ciągu dnia i w ciągu dni roboczych, zaś mniejsza w ciągu nocy oraz w dni świąteczne.

4. Połączenia są realizowane w obu kierunkach: od abonenta A do abonenta B, jak również od abonenta B do abonenta A,

natomiast **sztuczny (generowany) ruch telekomunikacyjny** charakteryzuje się poniższymi cechami:

1. Ten sam lub zbliżony czas trwania połączeń – połączenia z określonych numerów abonenta A mają stale ten sam czas trwania.
2. Automatyczna powtarzalność – kolejne połączenia są realizowane w równych odstępach czasu lub wielokrotne, jednoczesne połączenia z tego samego numeru na inne numery.
3. Dobowy rozkład ruchu jest płaski – wielkość ruchu w sieci jest podobna niezależnie od pory dnia, włącznie z dniami świątecznymi.
4. Połączenia są realizowane tylko w jednym kierunku, od abonenta A do innych, zazwyczaj tych samych numerów.

Ruch sztuczny jest zazwyczaj generowany przez specjalne urządzenia, tzw. generatory ruchu. Urządzenia te, po podłączeniu do sieci telefonicznej generują kolejne, powtarzalne i identyczne połączenia do tych samych numerów docelowych. Do wykorzystywania tych urządzeń dochodzi najczęściej w sytuacji, gdy osoba posługująca się nimi, otrzymuje wynagrodzenie w oparciu o liczbę połączeń.²

Z załączonych do pisma z dnia 25 sierpnia 2006 r. dokumentów: sporządzonej na zamówienie TP S.A. przez firmę Średniawa Consulting analizy pod tytułem: „*Analiza ruchu telekomunikacyjnego w sieciach stacjonarnych. Definicje, wzorce, charakterystyki i zastosowania*” (dalej: Analiza) oraz opinii prof. Andrzeja Dąbrowskiego w zakresie kwalifikacji opisanego ruchu telekomunikacyjnego rejestrowanego we wskazanych punktach styku sieci TP S.A. i El-Net, wynika, iż ruch ten nie jest związany ze świadczeniem usług telekomunikacyjnych, lecz w sposób zamierzony prowadzi do zestawiania połączeń pozornych, nie odpowiadających ruchowi rzeczywistemu. Powyższa opinia wskazuje, iż ruch, o którym mowa, z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością generowany jest przy pomocy automatycznych generatorów ruchu.

W podsumowaniu Analizy czytamy ponadto, iż dostarczona do badań dokumentacja ruchu w punktach styku sieci TP S.A. z siecią El-Net pozwala na identyfikację typowych anomalii ruchu, świadczących o działaniach mających charakter nadużycia, czy też wykorzystania w złej wierze umowy o współpracy międzyoperatorskiej. (*„Analiza danych wyraźnie pokazuje, że umowa z TP S.A. o połączeniu sieci nie jest wykorzystywana przez El-Net do świadczenia usług telekomunikacyjnych, których celem jest komunikacja głosowa użytkowników, czy inne zastosowania o charakterze użytkowym*

² Pismo TP S.A. z dnia 25 sierpnia 2006 r.

(transmisja danych, dostęp do Internetu, telemetria, zdalny nadzór, itp.), lecz zaplanowane działanie obliczone na wykorzystanie asymetrii rozliczeń międzyoperatorskich występujących przy transzycie przez TP S.A. ruchu przychodzącego od innych operatorów, a kierowanego do sieci El-Net.”).

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

W myśl przepisu art. 93 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, nie wszczyna się postępowania antymonopolowego w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania upłynął rok.

Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu kluczowym jest ustalenie dnia, w którym nastąpiło zaprzestanie stosowania praktyki. Zgodnie z dotychczasowym orzecnictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz literaturą przedmiotu, początek biegu przedawnienia dla wszczęcia postępowania antymonopolowego, w zakresie naruszenia art. 8 ust. 1 w związku z ust. 2 pkt 6 ustawy antymonopolowej, rozpoczyna się najpóźniej w dniu zawarcia umowy, której warunki uważa się za uciążliwe i narzucane przez podmiot dominujący. Nawet wtedy, gdy skutki rzeczono narzucania miały miejsce na długo po zawarciu takiej umowy. W innym wypadku, gdyby uznać że skutki takiej praktyki są ciągle i nieograniczone czasowo, strona pokrzywdzona mogłaby w każdym czasie żądać zaniechania ich stosowania oraz uznania umowy lub jej części za nieważną, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy antymonopolowej, nawet po upływie długiego okresu od jej wykonania. Naruszałoby to zasadę pewności obrotu gospodarczego, a także wypaczałoby sens zasady przedawnienia wyrażonej w art. 93 ww. ustawy³.

W konsekwencji, bieg terminu przedawnienia do wszczęcia postępowania rozpoczyna się w tym dniu (zawarcia umowy), gdyż od tego momentu nie można już mówić o narzucaniu uciążliwych warunków, co stanowi istotę omawianej praktyki.⁴

Powyższe uwagi odnieść trzeba do postawionego we wniosku El-Net z dnia 11 lipca 2005 r. zarzutu stosowania przez TP S.A. praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku dostępu do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej poprzez stosowanie w umowach o współpracy klauzuli umożliwiającej wypowiedzenie umowy bez żadnych obiektywnych przyczyn.

³ Wyroki: Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 19 lutego 2004 r. - XVII Ama 20/03 oraz Sądu Antymonopolowego z dnia 25 lutego 2002 r. - XVII Ama 57/02

⁴ E. Modzelewska Wąchal, „*Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*”, Warszawa, 2002 r.

Zgodnie z przywołanym stanowiskiem doktryny i ugruntowanym orzecznictwem antymonopolowym, za dzień, w którym upłynął ostateczny termin na wszczęcie postępowania w przedmiotowej sprawie, przyjąć należy odpowiednio:

- dla umowy z dnia 27 maja 1997 r. (obszar dawnego woj. bydgoskiego) – dzień 31 grudnia 1998 r.,
- dla umów z dnia 17 czerwca 1999 r. (obszar dawnego woj. słupskiego oraz dawnego woj. koszalińskiego) oraz umowy z dnia 3 grudnia 1999 r. (obszar dawnego woj. warszawskiego) – dzień 31 grudnia 2000 r.

W związku z faktem, iż odpowiednie postępowania nie zostały wszczęte w przedstawionych terminach, a El-Net wniósł o ich wszczęcie dopiero w dniu 11 lipca 2005 r., należy uznać, iż organ antymonopolowy nie miał możliwości odniesienia się do charakteru kwestionowanych zapisów umownych i ich ewentualnej niezgodności z ustawą *o ochronie konkurencji i konsumentów*, bowiem spełnione zostały przesłanki przepisu art. 93 ww. ustawy. Niemożliwe jest zatem wszczęcie postępowania antymonopolowego, a zatem merytoryczne rozpatrzenie niniejszej sprawy.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Wnioskodawcy i należy uznać je za całkowicie niezrozumiałe, iż możliwość wszczęcia postępowania antymonopolowego zgodnie z powyższym wnioskiem nie przedawniła się z uwagi na fakt, iż El-Net **nie mógł wcześniej kwestionować postanowień przedmiotowych umów z obawy o utrzymanie współpracy**. Jeżeli bowiem warunki umów z TP były dla Wnioskodawcy od początku uciążliwe i narzucone, to dziwi, że chciał on na takich właśnie warunkach współpracować z TP. Jak się wydaje jest to duża niekonsekwencja w twierdzeniach Wnioskodawcy. Jak wspomniano powyżej, w przypadku praktyk ograniczających konkurencję polegających na narzucaniu przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą uciążliwych warunków umów przynoszących mu nieuzasadnione korzyści, za dzień początku biegu przedawnienia uznaje się dzień zawarcia umowy, bez względu na charakter rzeczony umowy. Przyjęcie proponowanego przez Wnioskodawcę stanowiska, iż sytuacja ta nie dotyczy umów o współpracy, pozwoliłoby na ominięcie regulacji omawianego przepisu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w niemalże każdym przypadku narzucania uciążliwych warunków umów.

Odnosząc się natomiast do części wniosku El-Net w zakresie postawionego TP S.A. zarzutu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, polegającej na nadużywaniu pozycji

dominującej na krajowym rynku dostępu do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej poprzez wycofanie dostępu do swojej sieci na skutek wypowiedzenia umów o współpracy, co miało stanowić przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji, wskazać należy co następuje.

Zgodnie z regulacją art. 85 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu może odmówić w drodze decyzji wszczęcia postępowania antymonopolowego, jeżeli w sposób oczywisty z zawartych we wniosku oraz posiadanych przez Prezesa Urzędu informacji wynika, że nie naruszono zakazu określonego w art. 8 ww. ustawy. Do zastosowania dyspozycji wynikającej z tego przepisu normy, złożony w sprawie wniosek należy uznać za bezzasadny, a opisaną we wniosku sprawę za nieposiadającą charakteru antymonopolowego.

Jak zaznacza się w literaturze przedmiotu, sprawa nie ma charakteru antymonopolowego, gdy np. wniosek skierowano przeciwko podmiotowi nie będącemu przedsiębiorcą w rozumieniu ww. ustawy lub nie dotyczy on naruszenia **interesu publicznoprawnego**, albo też **nie narusza jej przepisów o zakazie praktyk ograniczających konkurencję**, co stwierdzone może być na podstawie przedłożonych przez wnioskodawcę informacji lub innych dowodów.⁵

Odnosząc się do stanu faktycznego przedstawionego we wniosku o wszczęcie postępowania uzupełnionego informacjami uzyskanymi w trakcie postępowania wyjaśniającego, należy stwierdzić, co następuje.

TP S.A. wypowiedziała Wnioskodawcy umowy o współpracy na obszarze dawnych województw: warszawskiego, koszalińskiego, słupskiego oraz bydgoskiego. El-Net twierdzi, że wypowiedzenie to było przejawem nadużywania pozycji dominującej, bowiem uniemożliwiło Wnioskodawcy świadczenie usług na terenie ww. województw, co miało stanowić przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji.

Zauważyć należy, iż zakazana praktyka przedsiębiorcy dominującego polegająca na utrudnianiu lub uniemożliwianiu konkurowania przedsiębiorcom alternatywnym musi być wynikiem działania, które nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych przyczynach związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą. Mowa tu m.in. o czynnikach organizacyjnych, technicznych, prawnych lub ekonomicznych.⁶

Wobec przedstawionych przez TP S.A. obszernych informacji i wyjaśnień na okoliczność wypowiedzenia przedmiotowych umów o współpracy z El-Net, uznać należało, iż wskazane przyczyny o charakterze organizacyjno – ekonomicznym uzasadniają fakt wypowiedzenia oraz

⁵ E. Modzelewska Wąchal, op. cit., str. 288.

⁶ Ibidem, str. 115.

wskazują, iż sprawa ma charakter indywidualny, co nie pozwala na uruchomienie procedur antymonopolowych.

Wobec braku woli drugiej strony do renegotjacji powyższych umów (co zostało wykazane w postępowaniu wyjaśniającym) oraz niemożliwości ich zmiany w trybie administracyjnoprawnym, zgodzić się należy z twierdzeniem dominanta, iż wypowiedzenie umów o współpracy z El-Net było jedynym sposobem na ograniczenia strat finansowych generowanych przez TP S.A. na skutek asymetrii zasad rozliczania należności za ruch międzyoperatorski. Przedstawione dokumenty wskazują, iż ruch generowany we wskazanych punktach styku sieci TP S.A. z siecią El-Net miał rzeczywiście miejsce (co przyznaje zresztą Wnioskodawca w korespondencji z TP S.A. zaznaczając przy tym, iż nie ponosi odpowiedzialności za jego powstanie). Z dokumentów przekazanych przez TP S.A. wynika jednoznacznie, że ruch międzyoperatorski w przedmiotowych punktach styku sieci generowany był w sposób sztuczny, a jego celem mogło być zwiększenie przychodów spółki El-Net. Wnioskodawca odpowiadając na żądanie Prezesa UOKiK o ustosunkowanie się do twierdzeń TP S.A., w których przedsiębiorca ten zarzuca El-Net sztuczne generowanie ruchu, stwierdza, iż nie posiada żadnych informacji, które wskazywałyby, iż zjawisko sztucznego ruchu było spowodowane działaniami El-Net ani też informacji odnośnie tożsamości podmiotu, który może ten ruch inicjować.

Zauważyć należy, iż zjawisko sztucznego generowania ruchu tranzytowanego przez sieć TP S.A. do sieci El-Net nie miałyby miejsca, gdyby zawarte pomiędzy powyższymi przedsiębiorcami umowy o współpracy przewidywały kosztowy model rozliczeń za połączenia. Dla żadnego z operatorów telekomunikacyjnych, tak spośród kontrahentów TP S.A., jak kontrahentów El-Net, takie działanie nie znalazłoby uzasadnienia ekonomicznego. Oparcie rozliczeń międzyoperatorskich o koszt gwarantuje bowiem, iż wzrost liczby krótkich połączeń oznacza relatywny wzrost zobowiązań operatora inicjującego oraz operatora tranzytującego owe połączenia wobec operatora, w którego sieci te połączenia znajdują zakończenie (a więc odpowiednio: operatora/operatorów tranzytujących połączenia oraz operatora, w którego sieci połączenia mają ostateczne zakończenie). Jedynie asymetria rozliczeń pomiędzy zobowiązaniami operatora inicjującego połączenia wobec operatora je tranzytującego w stosunku do zobowiązań operatora tranzytującego wobec operatora, w sieci którego połączenia są ostatecznie zakańczane powoduje opłacalność generowania krótkich, dodatkowych (niezwiązanych ze świadczeniem usług telekomunikacyjnych) połączeń tranzytowych. Asymetria taka ma miejsce w opisanym przypadku współpracy TP S.A. z operatorami alternatywnymi, gdzie operatorem rozliczającym się z TP S.A. w oparciu o model uniezależniony od kosztu połączeń jest El-Net. Bez względu zatem

na tożsamość podmiotu inicjującego sztuczny ruch na styku sieci El-Net i TP S.A. stwierdzić należy istnienie realnej możliwości wykorzystania przedmiotowych umów o współpracy do zwiększenia przychodów El-Net w rezultacie istnienia zjawiska generowanie sztucznego ruchu na styku sieci tych operatorów.

Uznać należy zatem, iż celem wypowiedzenia powyższych umów, wobec istnienia obowiązków TP S.A. do współpracy z operatorami alternatywnymi (o czym niżej) było w pełni uzasadnione ochroną jej słusznego interesu, a jego celem była zmiana sposobu rozliczeń ze spółką El-Net.

Przedmiotowe działania dominanta nie spełniają zatem przesłanki niezgodności z przepisami art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy *o ochronie konkurencji konsumentów*, nie noszą bowiem cech nadużycia pozycji dominującej, stanowiąc jedynie reakcję TP S.A. na działania prowokowane jego zdaniem przez kontrahenta. Nawet przedsiębiorcy, który posiada pozycję dominującą nie można odmówić działań mających na celu ochronę uzasadnionego interesu ekonomicznego, nawet jeżeli oznacza to wypowiedzenie stosunków umownych z przedsiębiorcą o słabszej pozycji rynkowej. Podkreślić należy, iż wypowiedzeniu temu **towarzyszyła gotowość do renegocjacji przedmiotowych stosunków umownych, a sam obowiązek zawarcia kolejnej umowy o współpracy wynika z przepisów prawa.**

Składając przedmiotowy wniosek El-Net, którego uprawnienia wynikające z zawartych z TP S.A. umów o współpracy podtrzymane zostały postanowieniem Sądu Okręgowego z dnia 4 lipca 2005 r. (zmienionym mocą postanowienia Sądu Apelacyjnego z dnia 6 stycznia 2006 r.) o zabezpieczeniu roszczeń, prawdopodobnie zdawał sobie sprawę z faktu, iż postępowanie antymonopolowe w przedmiotowej sprawie wydłuży okres nakazanego TP S.A. utrzymania dostępu telekomunikacyjnego zgodnie z brzmieniem przedmiotowych umów. Oznacza to w praktyce wydłużenie w czasie potencjalnej możliwości zwiększenia przychodów El-Net w związku z przyjętym w przedmiotowych umowach modelem rozliczeń za połączenia interkonektowe, co wobec wzmożonego ruchu na przedmiotowych punktach styku, stoi w sprzeczności z zasadniczym celem przedmiotowych umów o współpracy, jakim jest świadczenie konkurencyjnych usług telekomunikacyjnych.

Jak wynika z wyjaśnień TP S.A., El-Net **uchylał się od zawarcia umów o połączeniu sieci na nowych zasadach**, z których korzystają inni kontrahenci tego przedsiębiorcy. Stanowisko takie stoi zatem w sprzeczności z postawionym we wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko TP S.A. zarzutem przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków do rozwoju konkurencji na rynku właściwym. Nawet jeżeli sztuczne generowanie

ruchu na styku sieci wspomnianych przedsiębiorców nie jest wynikiem świadomego działania El-Net lub też nakłaniania do takiego działania innych przedsiębiorców, co sugeruje w swoich wyjaśnieniach TP S.A., dążenie do jak najdłuższego utrzymania możliwości czerpania korzyści z tego zjawiska uznać trzeba za działanie w interesie pojedynczego przedsiębiorcy, który nie przekłada się na wartości chronione mocą ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Dokonane przez TP S.A. wypowiedzenie umów z El-Net nie dotyka zatem sfery wolnej konkurencji rozumianej jako mechanizm rynkowy ani też interesów uczestniczących w rynku konsumentów. Godzi jedynie w ekonomiczny interes Wnioskodawcy.

Biorąc po uwagę powyższe stwierdzić należy, że przedmiotowy wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego skierowany do Prezesa UOKiK w związku z zamiarem utrzymania stosunków umownych z przedsiębiorcą dominującym nie może zasługiwać na uwzględnienie przez wzgląd na wymóg naruszenia interesu publicznoprawnego w sprawie antymonopolowej. Prezes UOKiK nie jest bowiem organem uprawnionym do ingerencji w stosunki umowne pomiędzy przedsiębiorcami w imię ochrony prywatnoprawnego czy też ekonomicznego ich interesu. Przesłanką *sine qua non* wszczęcia postępowania antymonopolowego jest zaistnienie przynajmniej zagrożenia naruszeniem interesu publicznoprawnego. W przedmiotowym przypadku organ antymonopolowy nie doszukał się takiego zagrożenia, a złożony w sprawie wniosek El-Net dotyczy indywidualnego sporu powstałego pomiędzy El-Net i TP S.A.

Przepis art. 1 ust 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi, iż ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.

Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* należy do dziedziny prawa publicznego, którego zadaniem jest ochrona interesu ogólnospołecznego, któremu muszą być podporządkowane interesy poszczególnych uczestników rynku. Publicznoprawny charakter ustawy determinuje fakt, iż elementem koniecznym do podjęcia decyzji o wszczęciu i prowadzeniu postępowania na podstawie ww. ustawy jest zagrożenie lub naruszenie interesu publicznego.

Interes publiczny nie jest pojęciem jednolitym i stałym, wobec czego powinien być w każdej sprawie skonkretyzowany i ustalony. Publiczny oznacza dotyczący ogółu, dostrzeżony przez nieokreśloną z góry liczbę osób, a nie jednostkę czy określoną grupę.⁷

W wyroku z dnia 29 maja 2001 r.⁸, Sąd Najwyższy stwierdził, iż ustawa antymonopolowa znajduje zastosowanie wówczas, gdy zagrożony lub naruszony jest interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki może

⁷ Wyrok SN z dnia 27 sierpnia 2003r., sygn. akt I CKN 527/01

⁸ Wyrok SN z dnia 29 maja 2001 r., sygn. akt I CKN 1271/98

funkcjonować prawidłowo wówczas, gdy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Ustawa chroni zatem konkurencję jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w takim rozumieniu należy uznać jedynie te działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuacja pojedynczego przedsiębiorcy, lecz jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki. Ingerencja organów antymonopolowych uzasadniona jest tylko wówczas, gdy służy ochronie tak pojętej konkurencji. Celem ustawy nie jest bowiem ochrona indywidualnego przedsiębiorcy.

Ustawa ta nie daje zatem Prezesowi UOKiK uprawnień do działania w sprawach jednostkowych. Już samo pojęcie praktyki określone w ustawie wskazuje jednoznacznie, iż nie można jej utożsamiać z jednostkowym zachowaniem się przedsiębiorcy. Sąd Najwyższy stwierdził, iż pojęcie praktyki obejmuje wielość zachowań, ich powtarzalność i to w różnych stanach faktycznych⁹. Fakt podjęcia przez przedsiębiorcę działania, które wyczerpuje znamiona praktyk określonych w ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów*, nie wystarcza do stwierdzenia dopuszczenia się przez niego stosowania praktyk monopolistycznych i nałożenia kary pieniężnej, jeżeli jego działanie dotyka pojedynczego spośród wielu uczestników rynku. Jednostkowe zachowanie się dotyczącej określonej osoby przy jednoczesnym odmiennym zachowaniu się w stosunku do innych osób w takim samym stanie faktycznym nie jest praktyką naruszającą interes publicznoprawny.

Zasadniczą kwestią w niniejszej sprawie było dokonanie przez Prezesa UOKiK oceny, czy zarzucane TP działania naruszyły interes publiczny, tzn. czy skutkami tych działań dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie, czy działania te wywołały na rynku inne niekorzystne zjawiska.¹⁰ Stan faktyczny sprawy opisany powyżej w sposób jednoznaczny wskazuje, że rozpatrywana sprawa nie spełnia przesłanki naruszenia interesu publicznoprawnego. Dotyczy ona bowiem wyłącznie sporu pomiędzy TP S.A. oraz El-Net powstałego na skutek występowania zjawiska sztucznego ruchu telekomunikacyjnego w punktach styku sieci obu przedsiębiorców, który wobec obowiązujących zasad wzajemnych rozliczeń, powoduje znaczny i nieuzasadniony celem umów o współpracy tych przedsiębiorców wzrost zobowiązań finansowych TP S.A. względem El-Net.

Zakaz wymienionej w art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji jest ściśle powiązany z podstawowym celem tej ustawy – zawartą w art. 1

⁹ Wyrok SN z dnia 29 maja 2001r., sygn. akt I CKN 1217/98

¹⁰ Wyrok SN z dnia 27 sierpnia 2003r., sygn. akt I CKN 527/01

ochroną konkurencji. Ustawodawca nakłada tym samym obowiązek niestwarzania barier dla rozwoju konkurencji na przedsiębiorców, których pozycja rynkowa pozwala negatywnie oddziaływać na strukturę rynku i warunki funkcjonowania jego uczestników.¹¹

Stosowaniu powyższej praktyki sprzyja funkcjonowanie przedsiębiorców w warunkach tzw. monopolu naturalnego/sieciowego powstałego na skutek dzierżenia przez jednego przedsiębiorcę dominującego infrastruktury, bądź innego dobra rzadkiego niezbędnego do wykonywania działalności na tym rynku lub rynkach z nim powiązanych. Wiąże się to z uzależnieniem pozostałych przedsiębiorców od monopolisty/dominanta ze względu na możliwość dyktowania przez niego warunków prowadzenia odpowiedniej działalności.¹²

Przedmiotowy wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego dotyczy rynku usług telekomunikacyjnych, który niewątpliwie należy do kategorii rynków zmonopolizowanych sieciowo przez wzgląd na posiadanie w rękach jednego podmiotu – TP S.A. zdecydowanej większości infrastruktury telekomunikacyjnej. Nie pozostawia również wątpliwości fakt, iż przedsiębiorcą dominującym na tym rynku jest podmiot, o wszczęcie przeciwko któremu postępowania antymonopolowego wnosi El-Net. Oczywistym pozostaje także, iż wypowiedanie umów o współpracy z operatorem alternatywnym działającym na tym rynku jako konkurent dominanta, może skutkować ograniczeniem wolnej konkurencji na tym rynku.

Podkreślić należy jednak, iż w przedmiotowej sprawie do czynienia mamy z rynkiem regulowanym przepisami *Prawa telekomunikacyjnego*.

W myśl bowiem regulacji art. 26 ust. 1 *Prawa telekomunikacyjnego*, operator publicznej sieci telekomunikacyjnej (podmiot dominujący) jest obowiązany do prowadzenia negocjacji w sprawie zawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym na wniosek innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w celu świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych oraz zapewnienia interoperacyjności usług. Ponadto, zgodnie z brzmieniem art. 27 ust. 1 ww. ustawy *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej może, na pisemny wniosek każdej ze stron negocjacji o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym albo z urzędu, w drodze postanowienia, określić termin zakończenia negocjacji o zawarcie tej umowy, nie dłuższy niż 90 dni, licząc od dnia wystąpienia z wnioskiem o zawarcie umowy o dostęp telekomunikacyjny*, co więcej, ust. 2 powołanego artykułu stanowi, iż *w przypadku niepodjęcia negocjacji, odmowy dostępu telekomunikacyjnego przez podmiot do tego obowiązany lub niezawarcia umowy w terminie, o którym mowa w ust. 1, każda ze stron może zwrócić się do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy*.

¹¹ E. Modzelewska Wąchał, Op. Cit., str. 114.

¹² Ibidem, str. 115.

Podkreślić należy, iż TP S.A. mocą decyzji organu regulacyjnego z dnia 3 września 2001 r. uznana została za operatora o pozycji dominującej na krajowym rynku świadczenia usług powszechnych. Na podstawie art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o *zmianie ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz zmianie niektórych ustaw* (Dz. U. Nr 113, poz. 1070), która weszła w życie z dniem 1 października 2003 r., TP S.A. uznana została z mocy prawa za operatora o znaczącej pozycji rynkowej w zakresie świadczenia usług telefonicznych w stacjonarnych publicznych sieciach telefonicznych.

Obecnie obowiązująca ustawa sektorowa – ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. *Prawo telekomunikacyjne* (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.) w art. 221 ust. 1 pkt 1 lit. e przewiduje, iż przedsiębiorca telekomunikacyjny, który przed dniem wejścia w życie ustawy był operatorem o znaczącej pozycji rynkowej lub w stosunku do którego wydano decyzję ustalającą znaczącą pozycję rynkową w zakresie świadczenia usług telefonicznych w stacjonarnych publicznych sieciach telefonicznych - jest obowiązany m.in. do wykonywania obowiązków, o których mowa w art. 34 ust. 2 pkt 11 tej ustawy.

W myśl powołanego przepisu, przedsiębiorca ten zobowiązany jest do prowadzenia negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w dobrej wierze oraz utrzymywania uprzednio ustanowionego dostępu do określonych sieci telekomunikacyjnych, urządzeń lub udogodnień towarzyszących.

Wobec powyższych ustaleń uznać należy, iż TP S.A. jest podmiotem zobowiązanym do udostępniania posiadanej sieci, zgodnie z regulacją ustawy *Prawo telekomunikacyjne*.

Ponadto, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy, połączenie sieci stanowi szczególny rodzaj dostępu telekomunikacyjnego realizowanego pomiędzy operatorami, o którym mowa powyżej. Umowa określająca warunki dostępu telekomunikacyjnego i związanej z tym współpracy przedsiębiorców telekomunikacyjnych nazywana jest przez *Prawo telekomunikacyjne* alternatywnie: „umową o dostępie telekomunikacyjnym” lub „umową o połączeniu sieci.”

Jak wynika z analizy złożonego przez El-Net wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego, łączące Wnioskodawcę z TP S.A. umowy o współpracy w zakresie połączenia sieci i świadczenia usług telekomunikacyjnych na obszarach dawnych województw:

1. bydgoskiego – umowa z dnia 27 maja 1997 r.,
2. ślupskiego – umowa z dnia 17 czerwca 1999 r.,
3. koszalińskiego – umowa z dnia 17 czerwca 1999 r.,
4. warszawskiego – umowa z dnia 3 grudnia 1999 r.,
5. suwalskiego – umowa z dnia 30 listopada 2000 r.

z całą pewnością uznać należy za umowy o dostępie telekomunikacyjnym w rozumieniu przepisów obecnie obowiązującego *Prawa telekomunikacyjnego*, bez względu na fakt, iż zawarto je przed dniem wejścia w życie powyższej regulacji, tj. przed 3 września 2004 r.

Wobec powyższego stwierdzenia wymaga, iż instrumenty i narzędzia ochrony interesu prawnego Wnioskodawcy w sprawie przedmiotowego wypowiedzenia umów przez TP S.A. przewidziane są w szczególności mocą ustawy *Prawo telekomunikacyjne*. Zgodnie z przepisem art. 29 *Prawa telekomunikacyjnego*, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej może z urzędu, zmienić treść umowy o dostępie telekomunikacyjnym lub zobowiązać strony umowy do jej zmiany, w przypadkach uzasadnionych potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług. Oznacza to, iż w przypadku naruszania interesów konsumentów oraz zagrożenia naruszeniem wolnej konkurencji za sprawą określonych warunków umów o współpracy w zakresie połączenia sieci telekomunikacyjnych, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej może ingerować w stosunki pomiędzy przedsiębiorcami. Zgodne jest to również z jednym z podstawowych celów ustawy *Prawo telekomunikacyjne*, a mianowicie wymienionym w jej art. 1 ust. 2 pkt 1 wspieraniu równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Zauważyć należy przy tym, iż jak wynika z pism TP S.A. z dnia 28 kwietnia 2005 r. zawierających oświadczenia o przedmiotowym wypowiedzeniu umów oraz dokumentacji i wyjaśnień przekazanych Prezesowi UOKiK pismem z dnia 25 sierpnia 2006 r., operator ten czynił starania w celu renegocjacji wypowiedzianych umów, a także nadal pozostaje w gotowości do negocjowania nowych umów o współpracy w zakresie połączenia sieci TP S.A. i El-Net. Ponadto, wobec przedstawionej regulacji *Prawa telekomunikacyjnego* oraz brzmienia samych umów o współpracy, TP S.A. zobowiązana jest do utrzymania ustanowionego dostępu i świadczenia wzajemnych usług telekomunikacyjnych, a na straży istnienia nowych, uzgodnionych pomiędzy stronami warunków dalszej współpracy stoi w szczególności organ regulacyjny. Co więcej, uprawnienia Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej do zmiany powyższych warunków uzasadnionej ochroną interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług (art. 29 ww. ustawy) gwarantują ochronę publicznoprawnego interesu zarówno Wnioskodawcy, jak i jego abonentów w procesie współpracy z TP S.A. w zakresie połączenia sieci obydwu przedsiębiorców.

Wobec powyższych ustaleń, Prezes UOKiK uznał, iż w przedmiotowym przypadku spełniona została przesłanka oczywistego braku naruszeń przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, z uwagi na brak interesu publicznoprawnego, a zatem przesłanki koniecznej do

uruchomienia procedur antymonopolowych. Do wniosku o wszczęcie przeciwko TP S.A. postępowania antymonopolowego, zarzucając jej stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku dostępu do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej poprzez wycofanie dostępu do swojej sieci na skutek wypowiedzenia umów o współpracy zastosowanie znajdzie zatem regulacja art. 85 ww. ustawy.

Z całą stanowczością, raz jeszcze należy podkreślić, że w niniejszej sprawie, po pierwsze brak jest (koniecznego w postępowaniu antymonopolowym) zagrożenia naruszenia interesu publicznoprawnego poprzez dojście do skutku wypowiedzenia przedmiotowych umów o współpracy, które jak wykazano powyżej, narusza jedynie indywidualny interes Wnioskodawcy. Po drugie, dokonany akt wypowiedzenia umów w obliczu przedstawionych konsekwencji obowiązywania asymetrii rozliczeń za połączenia międzyoperatorskie uznać należy za uzasadniony, co świadczy o tym, iż przedmiotowe działania TP S.A. nie mają na celu ograniczenia konkurencji na rynku właściwym. Ponadto, nie można też zarzucić TP S.A. braku woli współpracy wobec faktu, iż dążyła ona do zawarcia nowych (wcześniej też renegocjacji starych) umów o współpracy z El-Net.

Powyższe względy zadecydowały również o odmowie wszczęcia przeciwko TP S.A. postępowania antymonopolowego, zarzucając jej nadużywanie pozycji dominującej, o której mowa w art. 82 *Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską* (dalej: TWE) poprzez wycofanie dostępu do swojej sieci na skutek wypowiedzenia umów o współpracy.

Zgodnie z art. 3 Rozporządzenia Rady WE nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002r. *w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu* (Dz. Urz. UE.L.03.1.1 z dnia 4 stycznia 2003 r.), w przypadku, gdy organ ochrony konkurencji Państwa Członkowskiego stosuje krajowe prawo ochrony konkurencji do praktyk spełniających przesłanki zakazu wyrażonego w przepisie art. 82 TWE, zobowiązany jest on również do stosowania art. 82 TWE. W niniejszym przypadku nie dochodzi do zastosowania przepisów krajowego prawa konkurencji, a zatem nie ma też podstaw do wszczęcia i prowadzenia postępowania w związku z podejrzeniem naruszenia przepisu art. 82 TWE.

W związku z powyższym, orzeka się jak w sentencji.

Zgodnie z art. 78 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz z art. 479²⁸ § 2 i 3 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 z

późn. zm.), od niniejszej decyzji służy stronie odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji.

*Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów*

*Dyrektor Departamentu Ochrony Konkurencji
Monika Bychomska*

Otrzymują:

1. Pan Piotr Woźny

Pełnomocnik RST „EI-Net” S.A.

z siedzibą w Warszawie

Kancelaria Prawna

Grynhoff, Woźny i Wspólnicy sp. kom.

ul. Piękna 18

00-549 Warszawa

2. Netia S.A.

ul. Poleczki 13

02-822 Warszawa

3. a/a