



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK 2-411-3/06/PW

Warszawa, dn.20 kwietnia 2007 r.

DECYZJA Nr DOK- 52/07

Na podstawie art. 85 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

odmawia wszczęcia postępowania antymonopolowego,

z wniosku Telekomunikacji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie w sprawie uznania za praktykę ograniczającą konkurencję działania Sieci akademickich – Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej z siedzibą w Warszawie, Wrocławskiej Akademickiej Sieci Komputerowej z siedzibą we Wrocławiu, Trójmiejskiej Akademickiej Sieci Komputerowej z siedzibą w Gdańsku oraz Poznańskiego Centrum Superkomputerowo-Sieciowego z siedzibą w Poznaniu, polegającego na zawarciu porozumienia, którego treścią było jednoczesne przelanie przez te Sieci akademickie ruchu kierowanego do sieci Telekomunikacji Polskiej S.A. z łączy bezpośrednich na łącza międzynarodowe, co mogło naruszyć konkurencję na hurtowym rynku wymiany ruchu internetowego pomiędzy polskimi operatorami i stanowić praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.).

Uzasadnienie

1. W dniu 24 kwietnia 2006 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes Urzędu) wpłynął wniosek Telekomunikacji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: TP lub Wnioskodawca) z dnia 19 kwietnia 2006 r. o:

- a) wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej z siedzibą w Warszawie (dalej: NASK), Trójmiejskiej Akademickiej Sieci Komputerowej z siedzibą w Gdańsku (dalej: TASK), Wrocławskiej Akademickiej Sieci Komputerowej z siedzibą we Wrocławiu (dalej: WASK) oraz Poznańskiemu Centrum Superkomputerowo-Sieciowemu z siedzibą w Poznaniu (dalej: POZMAN), dalej zwanymi łącznie jako: Sieci akademickie;
 - b) wydanie decyzji o uznaniu praktyk opisanych we wniosku za ograniczające konkurencję i nakazanie zaniechania ich stosowania;
 - c) nałożenie na uczestników porozumienia kar przewidzianych ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz.2080 z późn. zm.);
 - d) zaliczenie w poczet materiału dowodowego pisma oznaczonego sygnaturą UOKiK L. dz. 6828, znajdującego się w materiale dowodowym postępowania oznaczonego sygnaturą DOK-2-411-9/04/PW oraz pozbawionej tajemnicy przedsiębiorstwa wersji opinii biegłego uzyskanej w tymże postępowaniu.
2. TP w przedmiotowym wniosku z dnia 19 kwietnia 2006 r. jako rynek właściwy wskazała: „rynek hurtowej wymiany ruchu IP pomiędzy operatorami”¹.
 3. Wobec faktu niewskazania przez TP we wniosku o wszczęcie postępowania podstawy prawnej zarzucanego Sieciom akademickim naruszenia, Prezes Urzędu wezwał Wnioskodawcę do uzupełnienia tego braku pismem z dnia 4 września 2006 r.
 4. W odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu TP wskazała pismem z dnia 20 września 2006 r., że Sieci akademickie dopuściły się naruszenia **art. 5 ust. 1** ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w szczególności poprzez zawarcie porozumienia, którego treścią było jednoczesne przelanie przez Sieci akademickie ruchu kierowanego do sieci TP z łączy bezpośrednich na łączy międzynarodowe, co mogło naruszyć konkurencję na rynku właściwym, którym jest rynek dostępu hurtowego do usług internetowych (rynek praktyki), co w rezultacie mogłoby wpływać niekorzystnie na zasady świadczenia usług internetowych na poziomie detalicznym (rynek dotknięty praktyką)².
 5. W piśmie z dnia 20 września 2006 r. Wnioskodawca zmienił określenie rynku właściwego, na którym doszło do podejrzewanej przez Wnioskodawcę praktyki ograniczającej konkurencję wskazując, że porozumienie Sieci akademickich „mogło naruszyć konkurencję

¹ pismo TP z dnia 19 kwietnia 2006 r., str. 7, akapit 4

na rynku właściwym, którym jest rynek dostępu hurtowego do usług internetowych (rynek praktyki)³.

6. Z uwagi na fakt, że we wniosku o wszczęcie postępowania z dnia 19 kwietnia 2006 r. oraz w piśmie TP z dnia 20 września 2006 r., stanowiącym uzupełnienie wniosku o wszczęcie postępowania, Wnioskodawca wskazał różne rynki jako właściwe, bez jednoczesnego doprecyzowania ich wzajemnej zależności, Prezes Urzędu wezwał TP pismem z dnia 13 marca 2007 r. do uzupełnienia złożonego wniosku poprzez jednoznaczne wskazanie, jaki rynek Wnioskodawca uznaje za właściwy w sprawie.
7. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Wnioskodawca pismem z dnia 19 marca 2007 r. wskazał ostatecznie, że w jego opinii rynkiem właściwym w sprawie jest „hurtowy rynek wymiany ruchu internetowego pomiędzy polskimi operatorami”⁴.
8. Wnioskodawca podkreślił w piśmie z dnia 20 września 2006 r., że wskazane przez niego porozumienie **nie mieści się w katalogu porozumień antykonkurencyjnych wymienionych w art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów**. Zdaniem Wnioskodawcy, katalog ten ma jednak charakter przykładowy, a konstrukcja art. 5 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* umożliwia szczerne stosowanie zawartego w nim zakazu, odnosząc go do wszelkich porozumień godzących w konkurencję⁵.

Argumenty podniesione przez Wnioskodawcę:

9. W opinii TP spełniona jest przesłanka naruszenia interesu publicznego jako warunku uzasadniającego wszczęcie postępowania antymonopolowego. Zdaniem Wnioskodawcy zachowanie Sieci akademickich dotyka w sposób bezpośredni lub pośredni bardzo szerokiego kręgu uczestników obrotu gospodarczego, zarówno przedsiębiorców jak i konsumentów⁶.
10. TP wskazała, że działanie Sieci akademickich, polegające na jednoczesnym przelaniu ruchu kierowanego do sieci TP z łączy bezpośrednich na łączy międzynarodowe, doprowadziło do znacznego podniesienia ponoszonych przez TP kosztów odbioru ruchu przesłanego z zagranicy, co w konsekwencji spowodowało podniesienie kosztów związanych z

² Pismo TP z dnia 20 września 2006 r., str. 1

³ Pismo TP z dnia 20 września 2006 r., str. 1

⁴ Pismo TP z dnia 19 marca 2007 r.

⁵ Pismo TP z dnia 20 września 2006 r., str. 2, akapit 1

⁶ Pismo TP z dnia 19 kwietnia 2006 r., str. 5, akapit 3

uzyskaniem dostępu do Internetu, którymi obarczeni mogą być końcowi (detaliczni i biznesowi) odbiorcy Internetu⁷.

11. Zdaniem Wnioskodawcy, utrzymywanie wyższych cen na rynku usług hurtowego dostępu do Internetu przez podmiot o znaczącej pozycji rynkowej sprzyja utrzymywaniu wyższych cen przez pozostałe podmioty, które doprowadziły do podwyższenia kosztów świadczenia usług przez TP, co prowadzi do ograniczenia konkurencji⁸.
12. Ponadto, w opinii Wnioskodawcy, nadmierne wykorzystywanie łączy międzynarodowych powoduje spadek jakości świadczonych usług nie tylko przez TP ale także przez Sieci akademickie wykorzystujące te łącza, co grozi destabilizacją ruchu oraz uszkodzeniem wszystkich użytkowników, w szczególności zaś klientów korzystających z Internetu⁹.
13. W uzasadnieniu wniosku TP stwierdziła, iż zachowanie Sieci akademickich, mające charakter porozumienia ustalającego warunki zakupu towarów, miało poprawić pozycję konkurencyjną uczestników porozumienia kosztem konkurenta – TP, dając jednocześnie uczestnikom porozumienia przewagę nad pozostałymi uczestnikami gry rynkowej i zmierzało do wyeliminowania z rynku jego uczestników nieobjętych porozumieniem¹⁰.
14. Zdaniem TP, działania Sieci akademickich zarówno w sposób istotny pogorszyły sytuację konkurencyjną TP, jak i zagroziły jakości przesyłanego przez innych przedsiębiorców i konsumentów ruchu IP. Sieci akademickie ustaliły, w opinii TP, sposób transferu ruchu IP, a więc zasady zakupu towarów, które w formie przyjętej przez uczestników porozumienia faworyzowały uczestników względem wszystkich innych, nieobjętych porozumieniem przedsiębiorców, zmierzając jednocześnie do wyeliminowania z rynku TP poprzez zwiększenie kosztów jej funkcjonowania¹¹.
15. Wnioskodawca wskazał, że od początku swojej działalności utrzymywał bezpłatny dostęp Sieci akademickich do sieci TP. Nieodpłatny dostęp stanowi zdaniem TP odstępienie od powszechnie stosowanej zasady odpłatności. Pomimo braku jego prawnego uregulowania TP stosowała zasadę, zgodnie z którą ruch akademicki przepływał przez sieć TP za darmo, a do podmiotów komercyjnych TP kierowała ofertę dostępu do sieci przewidującą jego odpłatność. Łącza w technologii ATM STM1 o różnej przepływności funkcjonowały

⁷ Pismo TP z dnia 20 września 2006 r., str. 2, akapit 7

⁸ Pismo TP z dnia 20 września 2006 r., str. 2, akapit 8

⁹ Pismo TP z dnia 20 września 2006 r., str. 2 *in fine* oraz str. 3 akapit 1

¹⁰ Pismo TP z dnia 19 kwietnia 2006 r., str. 2

¹¹ Pismo TP z dnia 19 kwietnia 2006 r., str. 7

między TP a NASK, Uniwersytetem Warszawskim (ICM), TASK, WASK, SILWEB (Katowice), POZMAN, LODMAN (Łódź) i mniejszymi sieciami – łącze zbiorcze¹².

16. Zdaniem Wnioskodawcy, począwszy od 2003 roku doszło do znacznego przeciążenia łącz zestawionych z sieciami akademickimi z uwagi na fakt, że według wiedzy TP Sieci akademickie zaczęły wykorzystywać nieodpłatnie udostępnianą im przez TP przepustowość do walki konkurencyjnej z innymi uczestnikami rynku, w tym także TP. Wnioskodawca stwierdził, że Sieci akademickie miały sprzedawać udostępniony nieodpłatnie dostęp, czym z jednej strony ograniczały jakość dla użytkowników akademickich, z drugiej zaś wykorzystywały finansowo TP. Wnioskodawca zdecydował się zatem wpiersw na negocjacje z sieciami akademickimi w celu objęcia przesyłanego przez nie ruchu komercyjnego zasadami odpłatności. Wobec braku odpowiedzi ze strony Sieci akademickich oraz w sytuacji ewidentnego przeciągania rozmów TP założyła ograniczenia dla ruchu komercyjnego pochodzącego od klientów Sieci akademickich i wchodzącego do sieci TP poprzez bezpłatne „akademickie” styki¹³.
17. Wnioskodawca wskazał, że „w dniu 13 lutego 2004 roku, o godzinie 16.00, a więc z chwilą zakończenia prac służb TP Sieci akademickie jednocześnie przelały ruch kierowany do sieci TP z łączy bezpośrednich na łącza międzynarodowe. Sieci NASK i WASK przelały na łącza międzynarodowe tylko ruch akademicki, z tym, że WASK przelał ruch z łączy bezpośrednich ok. godziny 18.00, ta sieć przelała jednak później na łącza międzynarodowe także ruch komercyjny”¹⁴.
18. Według Wnioskodawcy, praktyka kierowania przez łącza międzynarodowe krajowego ruchu jest wciąż utrzymującym się zachowaniem uczestników porozumienia¹⁵.
19. Zdaniem TP, działanie Sieci akademickich oznacza wypaczenie konkurencji na rynku, gdyż masowe przesyłanie ruchu przez łącza zagraniczne wiąże się z koniecznością ponoszenia dodatkowych opłat przez TP. Powinno ono być uznane nie tylko za dodatkowe naruszenie konkurencji, ale wręcz za próbę ograniczenia pozycji rynkowej lub wyeliminowania z gry podmiotu, który przez takie uzgodnione działania spotyka się z koniecznością pokrycia rosnących kosztów przyjmowania ruchu¹⁶.
20. W opinii TP, przelanie przez uczestników porozumienia przez łącza zagraniczne nie tylko ruchu komercyjnego, co do którego TP prowadziła politykę ograniczania jego ilości na

¹² Pismo TP z dnia 19 kwietnia 2006 r., str. 3

¹³ Pismo TP z dnia 19 kwietnia 2006 r., str. 3, akapit 1 i n.

¹⁴ Pismo TP z dnia 19 kwietnia 2006 r., str. 3, akapit 3 i n.

¹⁵ Pismo TP z dnia 19 kwietnia 2006 r., str. 3 i str. 4

łączach akademickich, ale także ruchu akademickiego, który był bezpłatnie i bez jakichkolwiek ograniczeń dopuszczany do sieci TP, świadczy o zamiarze uczestników porozumienia ograniczania lub wyeliminowania konkurencji. Znaczna część ruchu została skierowana w taki sposób, który wiązał się dla TP z koniecznością ponoszenia zwielokrotnionych kosztów¹⁷.

21. Zdaniem Wnioskodawcy, nagła zmiana charakterystyki ruchu dokonana w piątek po zakończeniu pracy przez służby techniczne TP mogła jedynie oznaczać chęć destabilizacji łączy zagranicznych TP i wpłynąć tym samym na bezpieczeństwo sieci TP¹⁸.
22. TP podnosi także, że przelanie ruchu miało na celu zablokowanie łączy międzynarodowych TP i zmuszenie tej spółki do potraktowania uczestników porozumienia w sposób odmienny od pozostałych uczestników gry rynkowej, czyli zaoferowania im lepszych warunków dostępu do sieci TP¹⁹.
23. W opinii Wnioskodawcy, przelanie ruchu powoduje konieczność ponoszenia przez TP dodatkowych opłat za przyjmowany ruch, zwiększając tym samym koszty i zmniejszając możliwości konkurowania TP na rynku²⁰.
24. Ponadto, zdaniem TP, zbieżność nie tylko daty ale także godziny działań Sieci akademickich nie może być dziełem przypadku²¹.
25. Zdaniem Wnioskodawcy, znaczna wielkość ruchu przelanego przez Sieci akademickie na łącza międzynarodowe w wysokości [...] (informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa – pkt 1 załącznika nr 1 do decyzji) może skutkować zablokowaniem łączy TP i praktycznym brakiem możliwości korzystania z zasobów Internetu znajdujących się poza Polską przez wszystkich abonentów sieci TP. Działania Sieci akademickich prowadziły, w opinii Wnioskodawcy, do znacznego pogorszenia pozycji TP z uwagi na uszczerbek dla renomy związanej z jakością i bezpieczeństwem świadczonych usług oraz powstanie po stronie TP dodatkowych kosztów odbioru przysyłanego z zagranicy ruchu internetowego. Ponadto, w opinii Wnioskodawcy, przeciążenie łączy międzynarodowych, wydłużenie drogi transmisji pakietów oraz podniesienie kosztów po stronie TP skutkuje pogorszeniem pozycji rynkowej TP w relacjach z końcowymi odbiorcami Internetu²².

¹⁶ Pismo TP z dnia 19 kwietnia 2006 r., str. 3 i str. 4

¹⁷ Pismo TP z dnia 19 kwietnia 2006 r., str. 4, akapit 1

¹⁸ Pismo TP z dnia 19 kwietnia 2006 r., str. 4, akapit 2

¹⁹ Pismo TP z dnia 19 kwietnia 2006 r., str. 4, akapit 2

²⁰ Pismo TP z dnia 19 kwietnia 2006 r., str. 4, akapit 2

²¹ Pismo TP z dnia 19 kwietnia 2006 r., str. 4, akapit 4

²² Pismo TP z dnia 19 kwietnia 2006 r., str. 4 *in fine* oraz str. 5

26. Zdaniem TP, w opinii biegłych powołanych na użytek postępowania oznaczonego sygn. DOK 2-411-9/04/PW w pkt 2.2.6. na str. 9, a także w pkt 2.3 na str. 10 biegli przesądzają, że przyjęta praktyka dotycząca wymiany ruchu IP wiąże się z koniecznością ponoszenia opłat na rzecz właściciela systemu autonomicznego za przesyłany ruch IP. Ponadto TP twierdzi, że biegli w sposób jednoznaczny wypowiadają się co do kwestii konieczności uzyskania zgody właściciela takiego systemu autonomicznego na przesyłanie ruchu IP oraz co do możliwości nieprzekazywania lub zmiany jakości przekazywania pakietów pochodzących od innego dostawcy w przypadku niezawarcia umowy o przekazywaniu pakietów z innym dostawcą. W opinii Wnioskodawcy oznacza to, że praktyka Sieci akademickich mogła skutkować zablokowaniem przesyłania pakietów IP od tych podmiotów, co jednocześnie wiązałoby się z ograniczeniem dostępności do niektórych danych klientów TP lub ich przesyłaniem przy jednoczesnym ponoszeniu z tego tytułu strat²³.
27. Zdaniem Wnioskodawcy, niewątpliwym celem porozumienia zawartego przez Sieci akademickie było ograniczenie konkurencji, poprzez sztuczną próbę wpłynięcia na ceny na rynku hurtowej wymiany ruchu internetowego. Sieci akademickie korzystając z łączy międzynarodowych dążyły do zwiększenia kosztów odbioru ruchu z zagranicy ponoszonych przez TP, co nie sprzyja obniżaniu cen na te usługi przez innych przedsiębiorców. Wobec uznania, że celem ocenianego porozumienia jest ograniczenie konkurencji, nie ma potrzeby analizy skutków jego zastosowania²⁴.
28. Wnioskodawca wskazał także, że zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, wyrażonym m.in. w sprawie *Woodpulp przeciwko Komisji połączone sprawy C-89,104,114,116-117,125-129/85 [1993] ECR I-307*, że jeżeli określonego działania nie da się wytłumaczyć w żaden inny racjonalny sposób niż w taki, że podmioty porozumiały się, to uznaje się, że miało miejsce zawarcie porozumienia²⁵.
29. Zdaniem TP, nie da się zsynchronizowanego działania Sieci akademickich uznać za działanie paralelne, ponieważ działania tego nie da się wytłumaczyć czynnikami takimi jak natura produktu, wielkość i ilość przedsiębiorców, specyfika rynku i obrotu na tym rynku ani żadnymi innymi. Oznacza to, w opinii TP, że podmioty te musiały się porozumieć²⁶.

²³ Pismo TP z dnia 19 kwietnia 2006 r., str. 5, akapit 2

²⁴ Pismo TP z dnia 20 września 2006 r. str. 4 akapit 2 i 3

²⁵ Pismo TP z dnia 20 września 2006 r., str. 3 *in fine*

²⁶ Pismo TP z dnia 20 września 2006 r., str. 3 *in fine*

Postępowanie wyjaśniające przeprowadzone przez Prezesa Urzędu:

30. Przed wydaniem postanowienia o wszczęciu lub decyzji o odmowie wszczęcia postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu może przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, o którym mowa w art. 43 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, mające na celu uzyskanie dodatkowych informacji niezbędnych do rozstrzygnięcia o wszczęciu lub odmowie wszczęcia postępowania antymonopolowego.
31. Z uwagi na fakt, iż wniosek TP nie zawierał wszystkich istotnych informacji niezbędnych do oceny zasadności wszczęcia postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu wszczął na podstawie art. 43 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w dniu 28 listopada 2006 r. postępowanie wyjaśniające (sygn. DOK 2-400-5/06/PW), w celu wstępnego ustalenia, czy działanie NASK, TASK, WASK oraz POZMAN, polegające na przelaniu przez ww. Sieci akademickie ruchu kierowanego do TP z łączy bezpośrednich na łącza międzynarodowe nie stanowi naruszenia przepisów ww. ustawy (dalej: postępowanie wyjaśniające).
32. W ramach postępowania wyjaśniającego, Prezes Urzędu skierował pisma zarówno do Wnioskodawcy jak też do Sieci akademickich oraz kilkunastu innych największych operatorów telekomunikacyjnych w Polsce.
33. W związku z prowadzonym postępowaniem wyjaśniającym, Prezes Urzędu przeprowadził analizę przychodów uzyskanych w 2005 r. oraz w trzech pierwszych kwartałach 2006 r. przez operatorów telekomunikacyjnych, działających na rynku właściwym wskazanym przez Wnioskodawcę.
34. Ponadto, w toku postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu skierował do podmiotów, którym zarzucane jest zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia, pytania mające na celu ustalenie szczegółowych okoliczności podjętych przez te podmioty działań.
35. Poniższa tabela (Tabela Nr 1) przedstawia przedsiębiorców, których Prezes Urzędu wezwał do udzielenia odpowiedzi oraz treść skierowanych do nich pytań.

Tabela Nr 1

Przedsiębiorcy wezwani przez Prezesa Urzędu do udzielenia informacji oraz treść pytań zadanych przez Prezesa Urzędu

Nazwa przedsiębiorców uczestniczących w analizie rynku	Treść pytań
1. GTS Energis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 2. Crowley Data Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie	Przedstawienie przychodów jakie uzyskali Państwo w 2005 r. oraz trzech pierwszych kwartałach 2006 r. (należy podać odrębne dane za 2005 r. oraz 2006 r.) z tytułu umów dotyczących odpłatnej wymiany ruchu IP z innymi operatorami

<p>3. Pro Futuro S.A. z siedzibą w Warszawie</p> <p>4. ATM S.A. z siedzibą w Warszawie</p> <p>5. Netia S.A. z siedzibą w Warszawie</p> <p>6. Telekomunikacja Kolejowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie</p> <p>7. Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie</p> <p>8. Internet Cable Provider Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu</p> <p>9. Telefonia Dialog S.A. z siedzibą we Wrocławiu</p> <p>10. TTcomm S.A. z siedzibą w Warszawie</p> <p>11. Stream Communications Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie</p> <p>12. DotCom Sp. z o.o. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej</p> <p>13. TeliaSonera International Carrier Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie</p> <p>14. Internet Group S.A. z siedzibą w Warszawie</p> <p>15. dataCOM S.A. z siedzibą w Warszawie</p> <p>16. Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie</p>	<p>telekomunikacyjnymi (międzyoperatorska transmisja danych)</p>
<p>1. Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa z siedzibą w Warszawie</p> <p>2. Trójmiejska Akademicka Sieć Komputerowa z siedzibą w Gdańsku</p> <p>3. Wrocławska Akademicka Sieć Komputerowa z siedzibą we Wrocławiu</p> <p>4. Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe z siedzibą w Poznaniu</p>	<p>1. Przedstawienie przychodów jakie uzyskali Państwo w 2005 r. oraz trzech pierwszych kwartałach 2006 r. (należy podać odrębne dane za 2005 r. oraz 2006 r.) z tytułu umów dotyczących odpłatnej wymiany ruchu IP z innymi operatorami telekomunikacyjnymi (międzyoperatorska transmisja danych)</p> <p>2. Wyjaśnienie czy w okresie począwszy od 1 stycznia 2004 r. do dnia dzisiejszego ruch wychodzący z Państwa sieci do sieci TP był przekierowywany z łączy bezpośrednich z TP na łącza międzynarodowe?</p> <p>W przypadku w którym odpowiedź na pytanie wskazane w pkt 2) jest twierdząca zadano przedsiębiorcom dodatkowe pytania:</p> <p>3. Określenie dat początkowych oraz dat końcowych przesyłania ruchu sieciowego wychodzącego do sieci TP w sposób, o którym mowa w pkt 2) powyżej tj. za pośrednictwem łączy międzynarodowych.</p> <p>4. Określenie czy przekierowany ruch był ruchem tzw. komercyjnym czy też ruchem akademickim.</p> <p>5. Wskazanie jaki wolumen ruchu sieciowego w stosunku do całego przesyłanego przez Państwa ruchu sieciowego był przekierowywany na łącza międzynarodowe oraz jakie były zmiany wolumenu ruchu skierowanego na łącza międzynarodowe przez czas trwania przekierowania.</p>

Źródło: opracowanie własne

W odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu, ww. przedsiębiorcy złożyli stosowne wyjaśnienia i przedłożyli żądane dokumenty.

36. Po przeanalizowaniu odpowiedzi udzielonych przez operatorów telekomunikacyjnych, w związku z powstaniem uzasadnionego podejrzenia co do konieczności zastosowania wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, o którym mowa w art. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu zwrócił się w ramach postępowania wyjaśniającego do polskich przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających na krajowym segmencie rynku właściwego o wskazanie przychodów uzyskiwanych z prowadzonej przez nich działalności w 2003 roku, w celu oszacowania łącznego udziału rynkowego stron porozumienia w roku kalendarzowym poprzedzającym rok zawarcia porozumienia.
37. Poniższa tabela (Tabela Nr 2) przedstawia przedsiębiorców, których Prezes Urzędu wezwał do udzielenia odpowiedzi oraz treść skierowanych do nich pytań.

Tabela Nr 2

Przedsiębiorcy wezwani przez Prezesa Urzędu do udzielenia informacji oraz treść pytań zadanych przez Prezesa Urzędu

Nazwa przedsiębiorców uczestniczących w analizie rynku	Treść pytań
<p>1. GTS Energis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie</p> <p>2. Crowley Data Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie</p> <p>3. Pro Futuro S.A. z siedzibą w Warszawie</p> <p>4. ATM S.A. z siedzibą w Warszawie</p> <p>5. Netia S.A. z siedzibą w Warszawie</p> <p>6. Telekomunikacja Kolejowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie</p> <p>7. Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie</p> <p>8. Internet Cable Provider Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu</p> <p>9. Telefonia Dialog S.A. z siedzibą we Wrocławiu</p> <p>10. GTS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie</p> <p>11. TeliaSonera International Carrier Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie</p> <p>12. DataCom S.A. z siedzibą w Warszawie</p> <p>13. Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie</p>	<p>Przedstawienie przychodów jakie uzyskali Państwo w 2003 r. z tytułu umów dotyczących odpłatnej wymiany ruchu IP z innymi operatorami telekomunikacyjnymi (międzyoperatorska transmisja danych)</p>

<p>14. Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa z siedzibą w Warszawie</p> <p>15. Trójmiejska Akademicka Sieć Komputerowa z siedzibą w Gdańsku</p> <p>16. Wrocławska Akademicka Sieć Komputerowa z siedzibą we Wrocławiu</p> <p>17. Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe z siedzibą w Poznaniu</p>	
---	--

W odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu, ww. przedsiębiorcy złożyli stosowne wyjaśnienia i przedłożyli żądane dokumenty.

Prezes Urzędu ustalił co następuje:

38. Zarzucana przez Wnioskodawcę praktyka polegać miała na zawarciu pomiędzy sieciami akademickimi porozumienia ograniczającego konkurencję, którego treścią było jednoczesne przelanie przez Sieci akademickie ruchu kierowanego do sieci TP z łączy bezpośrednich na łączy międzynarodowe, co mogło naruszyć konkurencję na hurtowym rynku wymiany ruchu internetowego pomiędzy polskimi operatorami.
39. W pierwszej kolejności zasadne wydaje się ustalenie na czym polegała zarzucana przez TP sieciom akademickim antykonkurencyjna praktyka tj. przelanie ruchu kierowanego do sieci TP z łączy bezpośrednich na łączy międzynarodowe. W tym celu należy wyjaśnić zasady wymiany ruchu sieciowego (ruchu IP) pomiędzy operatorami telekomunikacyjnymi.

Zasady wymiany ruchu między operatorami telekomunikacyjnymi:

40. Sieć Internet zbudowana jest z wielu połączonych ze sobą sieci telekomunikacyjnych zarządzanych przez różnych operatorów telekomunikacyjnych.
41. Internet charakteryzuje się złożonością powiązań pomiędzy sieciami telekomunikacyjnymi. Sieci telekomunikacyjne zarządzane przez poszczególne podmioty bywają często połączone z kilkunastoma lub kilkudziesięcioma sieciami innych operatorów. Dzięki takiemu powiązaniu sieci możliwe jest przesyłanie danych różnymi, niepokrywającymi się drogami.
42. Dane w sieci Internet przesyłane są za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnych pomiędzy serwerem należącym do nadawcy informacji oraz komputerem należącym do jej adresata. Nadawcą danych jest zazwyczaj podmiot, który przechowuje dane dostępne dla

użytkowników. Odbiorcą tych danych, a więc ich adresatem, jest zazwyczaj użytkownik Internetu zainteresowany uzyskaniem określonych informacji.

43. Komputer odbiorcy danych oraz serwer nadawcy danych mogą być umiejscowione w obrębie jednej sieci lub w obrębie kilku niezależnych lecz połączonych ze sobą sieci.
44. Zazwyczaj operatorzy dążą do jak najsprawniejszego i najszybszego przesyłania informacji w ramach sieci, co skutkuje ukierunkowywaniem strumienia przesyłanych danych na łącza, które mogą zapewnić największą niezawodność oraz przepustowość przesyłu.
45. Często jednak z powodu wystąpienia określonych zdarzeń losowych np. awarii określonego urządzenia telekomunikacyjnego lub fizycznego przerwania łącza, konieczne jest przekierowanie ruchu na łącza mniej wydajne lub łącza zapasowe. Sytuację tą można przyrównać do wypadku na drodze, w wyniku którego konieczne jest wprowadzenie objazdów innymi ścieżkami. W takim przypadku, mimo istnienia utrudnień na pewnym odcinku łącza, żądane przez użytkownika dane mogą do niego dotrzeć inną drogą, nawet jeśli będą pochodziły z tego samego serwera. Urządzenia kierujące ruchem sieciowym wyposażone są w oprogramowanie umożliwiające automatyczne ominięcie przeszkody występującej w sieci.
46. Uzyskanie danych przez użytkownika Internetu odbywa się w ten sposób, że:
 1. użytkownik żąda za pomocą swojego komputera interesujących go danych,
 2. na podstawie żądania właściwe informacje przesyłane są od serwera, na którym są umieszczone, za pośrednictwem sieci, do tego użytkownika.
47. W celu sprawnego przesyłu danych przez sieci, dane dzielone są na mniejsze części – tzw. pakiety danych. Do sterowania przepływem pakietów w sieci używany jest specjalny mechanizm nazywany protokołem IP (ang. *internet protocol*).
48. Każdy z pakietów danych wyposażony jest w związany z nim adres IP – adres docelowy komputera odbiorcy danych. Adres IP złożony jest z ciągu liczb oddzielonych kropkami np. 68.29.140.3. Pakiety zawierające adres IP kierowane są w sieci do oznaczonego za pomocą adresu IP użytkownika docelowego. Adres IP pełni zatem w sieciach teleinformatycznych zbliżoną funkcję jak adres w przypadku tradycyjnej poczty.
49. Przekazywanie danych w sieciach telekomunikacyjnych z wykorzystaniem protokołu IP, określane jest mianem wymiany ruchu IP.

Umowy o wymianie ruchu sieciowego (umowy o wymianie ruchu IP):

50. W celu umożliwienia przesyłania danych pomiędzy użytkownikami umiejscowionymi w sieciach telekomunikacyjnych różnych operatorów, operatorzy ci zawierają na szczeblu hurtowym umowy o świadczenie usług przesyłu ruchu sieciowego (umowy o wymianie ruchu IP).
51. Każdy operator może zawrzeć wiele umów o wymianie ruchu IP z innymi operatorami. Przykładowo, polski operator może mieć zawartą umowę z TP lub innymi operatorami krajowymi w celu wymiany ruchu krajowego oraz kilka umów z operatorami zagranicznymi w celu wymiany ruchu zagranicznego.
52. Bezpośrednia wymiana ruchu IP pomiędzy sieciami telekomunikacyjnymi na podstawie umowy o wymianie ruchu IP może odbywać się na zasadach odpłatności, albo nieodpłatnie.
53. W razie nieodpłatnej wymiany ruchu IP operatorzy ponoszą jedynie koszty związane z technicznymi aspektami utrzymania sieci w stanie umożliwiającym wymianę ruchu.
54. Wymiana ruchu IP odbywa się na zasadach nieodpłatności zazwyczaj wyłącznie w przypadku, w którym połączone sieci telekomunikacyjne mają zbliżoną wielkość. Nieodpłatna wymiana ruchu IP nie jest bowiem co do zasady opłacalna dla większego z operatorów zawierających umowę o nieodpłatnej wymianie ruchu sieciowego.
55. W przypadku połączenia sieci różnych wielkości powstaje dysproporcja w ilości ruchu IP wymienianego między sieciami, związana z różną liczbą użytkowników obydwu sieci. Charakterystyczny dla umów o nieodpłatnej wymianie ruchu jest fakt, że operator akceptujący ruch sieciowy nie pobiera opłaty za przychodzący do jego sieci ruch. Z drugiej strony obsługa tego ruchu generuje jednak koszty jego działalności. Operatorzy telekomunikacyjni będą skłonni wymieniać ruch IP na zasadach nieodpłatności jedynie w przypadku, w którym koszty związane z tego rodzaju transakcją nie przekroczą korzyści z nią związanych.
56. Zjawisko wykorzystywania umów o nieodpłatnej wymianie ruchu IP przez mniejszych operatorów kosztem większych określone jest jako tzw. *free-riding* i stanowi najczęstszą przyczynę, dla której operatorzy posiadający rozległe sieci nie godzą się na nieodpłatną wymianę ruchu z operatorami małych sieci.

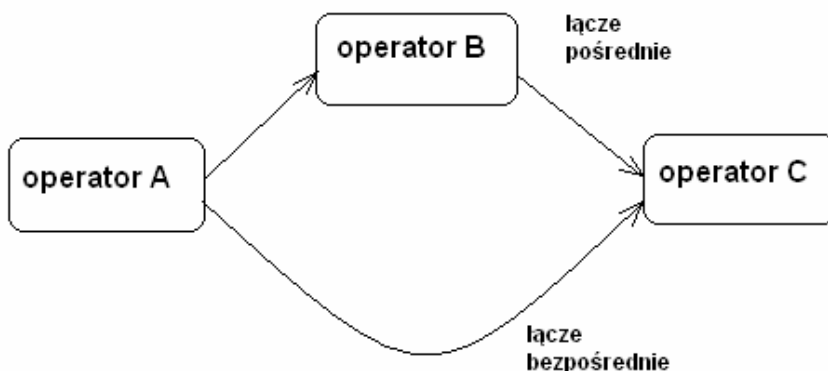
57. W pozostałych przypadkach, a więc zazwyczaj w razie występowania dysproporcji wielkości sieci oraz poziomu ruchu wychodzącego z sieci, wymiana ruchu sieciowego odbywa się na zasadach odpłatności. Zasadą jest, że operator „mniejszy płaci większemu”.
58. Podstawową różnicą między odpłatną i nieodpłatną wymianą ruchu IP jest także, oprócz konieczności uiszczenia opłaty, dostępność do sieci operatorów innych niż bezpośrednio umawiający się. Dostępność taka występuje wyłącznie w przypadku umów o odpłatnej wymianie ruchu IP tj. umów o tranzyt ruchu IP. Umowy o tranzyt ruchu IP są zawierane na całym świecie i w praktyce to one umożliwiają istnienie sieci Internet dzięki zapewnieniu każdemu użytkownikowi światowej, światowej dostępności do zasobów zgromadzonych w tej sieci.

Światowa dostępność do treści internetowych:

59. Zamierzeniem leżącym u podstaw sieci Internet oraz warunkiem *sine qua non* jej istnienia, jest łączenie w większą całość zlokalizowanych na całym świecie komputerów oraz mniejszych sieci. Sieć Internet opiera się bowiem na założeniu, że każdy jej użytkownik może uzyskać dostęp do wszystkich informacji umieszczonych w tej sieci w jakimkolwiek miejscu na świecie (światowa dostępność – ang. *global connectivity*).
60. Zapewnienie światowej dostępności do informacji umieszczonych w innym państwie, czy na innym kontynencie, wymaga istnienia fizycznego i logicznego połączenia pomiędzy komputerem, na którym umieszczono poszukiwane dane oraz komputerem należącym do poszukującej tych danych osoby. Jak wyżej wspomniano dostęp taki może być skutkiem zawarcia umowy o wymianie ruchu IP między operatorami.
61. Nierozsądnym z technicznego punktu widzenia byłoby jednak wymaganie aby każdy operator telekomunikacyjny musiał zawrzeć bezpośrednią umowę z każdym innym operatorem funkcjonującym na świecie, w celu bezpośredniej wymiany ruchu sieciowego pomiędzy nimi. Oznaczałoby to w istocie konieczność zawarcia co najmniej kilkunastu lub nawet kilkudziesięciu tysięcy umów przez każdego operatora telekomunikacyjnego.
62. Z uwagi na znaczną rozległość sieci Internet oraz ogromne odległości dzielące poszczególne komputery, połączenie wszystkich sieci w jedną całość na podstawie bezpośrednio zawieranych umów przekracza zatem możliwości pojedynczego operatora. Wymusiło to ukształtowanie się zasad współpracy pomiędzy operatorami

telekomunikacyjnymi oraz wypracowanie metod bezkonfliktowej wymiany ruchu sieciowego pomiędzy nimi.

63. W związku z dynamicznym rozwojem sieci Internet oraz powstaniem ogromnej ilości operatorów telekomunikacyjnych zarządzających swoimi sieciami rozrzuconymi po całym świecie, konieczne stało się stworzenie zasad pośredniego uzyskiwania dostępu do zasobów sieciowych innego operatora. Dostęp do tych zasobów nie jest więc zawsze oparty na bezpośredniej umowie pomiędzy dwoma operatorami – innymi słowy istnieje możliwość pozyskania treści witryny WWW umieszczonej w sieci podmiotu A przez użytkownika podłączonego do sieci podmiotu B nawet w sytuacji, w której pomiędzy A i B nie istnieje żaden stosunek umowny. Dostęp taki realizowany jest dzięki umowom o **tranzyt ruchu IP**.
64. W sytuacji wymiany ruchu sieciowego między trzema operatorami telekomunikacyjnymi: A, B i C, dane wysyłane z serwera umieszczonego w sieci A mogą dotrzeć do użytkownika Internetu podłączonego do sieci C w dwojaki sposób:



Rys. 1 (źródło – opracowanie własne)

- a) za pośrednictwem łącza bezpośredniego – operatorzy A i C zawierają bezpośrednio umowę dotyczącą wymiany ruchu IP między nimi – w tej sytuacji dane z serwera umieszczonego w sieci A przebiegają bezpośrednio przez sieć należącą do A by w końcowej fazie za pośrednictwem sieci C dotrzeć do użytkownika

serwer w sieci A -> sieć A -> sieć C -> użytkownik Internetu w sieci C

- b) za pośrednictwem łącza pośredniego – opartego na umowie **tranzytu ruchu IP**. Operator A zawiera umowę o tranzyt ruchu IP z operatorem B i jeżeli operator B jest dodatkowo

stroną umowy o wymianę ruchu IP z operatorem C przepływ danych może odbywać się w następujący sposób:

server w sieci A -> sieć A -> sieć B -> sieć C -> użytkownik Internetu w sieci C

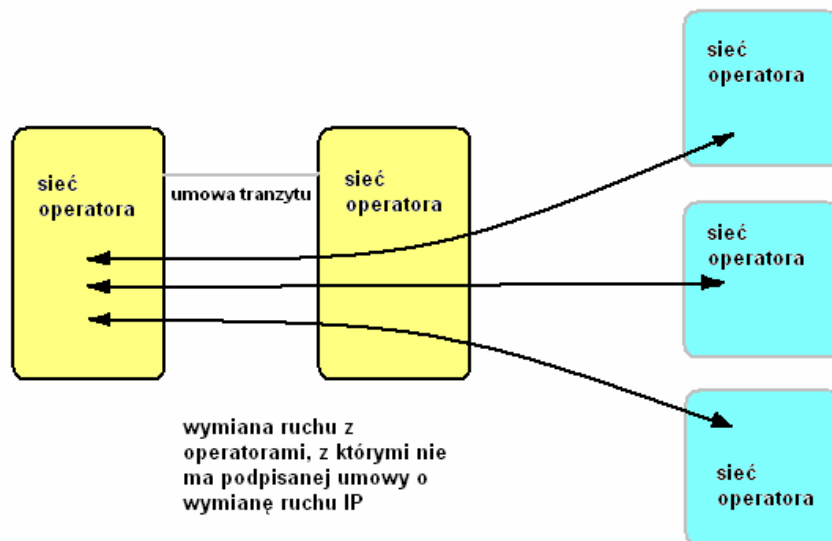
W powyższej sytuacji, pomimo braku stosunku umownego między A i C dane pochodzące z A będą mogły być dostarczone do użytkownika w sieci C.

65. Wymiana ruchu pomiędzy sieciami A i C na rys. 1 powyżej może następować także na podstawie umowy tranzytu ruchu IP za pośrednictwem więcej niż jednego operatora. W takiej sytuacji kilku operatorów kolejno przekazuje sobie te same dane na podstawie wielu zawartych umów o tranzyt ruchu IP. Oznacza to, że dzięki umowom tranzytu ruchu IP ruch sieciowy może przemieszczać się w sieciach szeregu różnych operatorów zanim trafi do sieci, w której znajduje się adresat tego ruchu.

server w sieci A -> sieć A -> sieć B -> sieć X -> sieć Y ->...-> sieć C -> użytkownik Internetu w sieci C

Umowa o tranzyt ruchu IP:

66. W odróżnieniu od umów o nieodpłatnej wymianie ruchu IP, które umożliwiają jedynie dostęp do zasobów zgromadzonych w sieci telekomunikacyjnej drugiej strony tych umów (i ewentualnie w sieciach jej klientów), umowy o odpłatnej wymianie ruchu IP – tzw. umowy o tranzyt ruchu IP – umożliwiają nie tylko dostęp do zasobów drugiej strony umowy, ale także dostęp do całej sieci Internet.
67. Umowy o tranzyt ruchu IP pozwalają na uniknięcie nieracjonalnej sytuacji, w której każdy operator musiałby mieć podpisane umowy o przesyłanie danych w sieci z każdym innym istniejącym na świecie operatorem. Współpraca na zasadzie umów o tranzyt ruchu IP umożliwia także osiągnięcie światowej dostępności do treści internetowych z każdego miejsca na świecie.
68. Wskutek zastosowania usługi tranzytu ruchu IP, każdy użytkownik podłączony do sieci konkretnego operatora telekomunikacyjnego ma dostęp do wszystkich treści umieszczonych na serwerach podłączonych do sieci Internet. Jest to konsekwencją powiązania wszystkich operatorów zarządzających sieciami składającymi się na Internet umowami o wymianę ruchu IP.



Rys. 2 (źródło – opracowanie własne)

69. Usługa tranzytu ruchu IP ma charakter odpłatny.
70. Dzięki usłudze tranzytu ruchu IP możliwe jest np. uzyskanie dostępu do sieci operatorów zagranicznych za pośrednictwem operatora polskiego albo uzyskanie dostępu do sieci polskich za pośrednictwem operatora zagranicznego.

Działanie Sieci akademickich:

71. Określona w piśmie TP z dnia 19 kwietnia 2006 r., a zarzucana sieciom akademickim, praktyka polegała, zdaniem Wnioskodawcy, na zamknięciu w dniu 13 lutego 2004 r. o godzinie 16:00 łącza bezpośredniego pomiędzy TP a tymi sieciami – tzn. łącza bezpośredniego pomiędzy TP (operatorem A na rys. 1) oraz sieciami akademickimi (operatorem C na rys. 1) – oraz przekierowaniu ruchu sieciowego IP o natężeniu ok. [...] (informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa – pkt 1 załącznika nr 1 do decyzji) na łącza międzynarodowe TP – łącza pośrednie między TP (operatorem A na rys. 1), operatorem zagranicznym (operatorem B na rys. 1) oraz sieciami akademickimi (operatorem C na rys. 1).

72. Informacje zgromadzone od Sieci akademickich w toku postępowania wyjaśniającego potwierdziły fakt przelania ruchu sieciowego z łączy bezpośrednich z TP na łącza międzynarodowe w dniu 13 lutego 2004 r. o godz. 16:00.²⁷
73. Jednocześnie 3 z 4 Sieci akademickich zgodnie wskazały na fakt zakończenia przesyłania ruchu sieciowego przez łącza międzynarodowe TP w związku z faktem zawarcia w dniu 3 lipca 2006 r. przez POZMAN, działający w imieniu Jednostek Wiodących reprezentujących sieci MAN zrzeszonych w Konsorcjum PIONIER, umowy z TP nr POK-1095/06 o świadczeniu usług transmisji danych i dostępu do Internetu w zakresie ruchu komercyjnego. Usługa ta została uruchomiona 1 września 2006 r. na styku międzyoperatorskim sieci PIONIER i TPNET zlokalizowanym w Łodzi (łącze podstawowe) oraz Poznaniu (łącze zapasowe) i od tego dnia cały komercyjny ruch IP pomiędzy siecią PIONIER, a tym samym sieciami MAN i TPNET został skierowany poprzez ten styk, a nie poprzez łącza międzynarodowe.²⁸
74. Oznacza to, że Sieci akademickie zaprzestały zarzucanego im przez Telekomunikację Polską S.A. działania z dniem 1 września 2006 r.

Przychody uzyskiwane przez operatorów telekomunikacyjnych z tytułu umów o odpłatnej wymianie ruchu IP:

75. W wyniku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu ustalił wysokość przychodów TP, Sieci akademickich oraz kilkunastu największych operatorów prowadzących działalność w zakresie międzyoperatorskiej wymiany ruchu sieciowego na terytorium RP. Wysokość przychodów tych podmiotów za 2003 r., 2005 r. oraz trzy pierwsze kwartały 2006 r. została przedstawiona poniżej w Tabeli Nr 3:

Tabela Nr 3 – przychody polskich operatorów prowadzących działalność w zakresie międzyoperatorskiej wymiany ruchu sieciowego (informacje zawierające tajemnice przedsiębiorstwa – pkt 2 załącznika nr 1 i pkt 1 załącznika nr 2 do decyzji)

Nazwa operatora	Przychód za 2003 r.	Przychód za 2005 r.	Przychód za 3Q 2006 r.
Telekomunikacja Polska S.A. ²⁹	[...] zł	[...] zł	[...] zł
Internet Cable Provider sp. z o.o. ³⁰	[...] zł	[...] zł	[...] zł

²⁷ pismo NASK z dnia 18 grudnia 2006 r. pkt c), pismo WASK z dnia 20 grudnia 2006 r. pkt c), pismo TASK z dnia 15 grudnia 2006 r. pkt c), pismo POZMAN z dnia 20 grudnia 2006 r. pkt c)

²⁸ pismo WASK z dnia 20 grudnia 2006 r. pkt c), pismo TASK z dnia 15 grudnia 2006 r. pkt c), pismo POZMAN z dnia 20 grudnia 2006 r. pkt c)

²⁹ pismo Telekomunikacji Polskiej S.A. z dnia 15 grudnia 2006 r. oraz z dnia 16 kwietnia 2007 r.

GTS Energis sp. z o.o. ³¹	[...] zł	[...] zł	[...] zł
GTS Polska sp. z o.o. ³²	[...] zł	[...] zł	[...] zł
Crowley Data Poland sp. z o.o. ³³	[...] zł	[...] zł	[...] zł
Pro Futuro S.A. ³⁴	[...] zł	[...] zł	[...] zł
ATM S.A. ³⁵	[...] zł	[...] zł	[...] zł
Netia S.A. ³⁶	[...] zł	[...] zł	[...] zł
Telekomunikacja Kolejowa sp. z o.o. ³⁷	[...] zł	[...] zł	[...] zł
Exatel S.A. ³⁸	[...] zł	[...] zł	[...] zł
Telefonia Dialog S.A. ³⁹	[...] zł	[...] zł	[...] zł
TTcomm S.A. ⁴⁰	-	[...] zł	[...] zł
Stream Communications sp. z o.o. ⁴¹	-	[...] zł	[...] zł
DotCom sp. z o.o. ⁴²	-	[...] zł	[...] zł
TeliaSonera International Carrier Poland sp. z o.o. ⁴³	[...] zł	[...] zł	[...] zł
Internet Group S.A. ⁴⁴	-	[...] zł	[...] zł
dataCOM S.A. ⁴⁵	[...] zł	[...] zł	[...] zł
Łączny przychód 18 operatorów (w tym TP)	[...] zł	[...] zł	[...] zł
NASK ⁴⁶	[...] zł	[...] zł	[...] zł
TASK ⁴⁷	[...] zł	[...] zł	[...] zł
WASK ⁴⁸	[...] zł	[...] zł	[...] zł
POZMAN ⁴⁹	[...] zł	[...] zł	[...] zł
Łączny przychód Sieci akademickich	[...] zł	[...] zł	[...] zł

³⁰ pismo Internet Cable Provider Sp. z o.o. z dnia 20 grudnia 2006 r. oraz z dnia 6 kwietnia 2007 r.

³¹ pismo GTS Energis Sp. z o.o. z dnia 15 grudnia 2006 r. oraz z dnia 12 kwietnia 2007 r.

³² pismo GTS Energis Sp. z o.o. z dnia 15 grudnia 2006 r. oraz z dnia 12 kwietnia 2007 r.

³³ pismo Crowley Data Poland Sp. z o.o. z dnia 15 grudnia 2006 r. oraz z dnia 11 kwietnia 2007 r.

³⁴ pismo Pro Futuro S.A. nr DP/DKZ-54/2006 oraz pismo z dnia 16 kwietnia 2007 r.

³⁵ pismo ATM S.A. z dnia 18 grudnia 2006 r. oraz z dnia 16 kwietnia 2007 r.

³⁶ pismo Netii S.A. nr DP/DKZ-53/2006 oraz pismo z dnia 16 kwietnia 2007 r.

³⁷ pismo Telekomunikacji Kolejowej Sp. z o.o. z dnia 18 grudnia 2006 r. oraz z dnia 17 kwietnia 2007 r.

³⁸ pismo Exatel S.A. z dnia 18 grudnia 2006 r. oraz z dnia 11 kwietnia 2007 r.

³⁹ pismo Telefonii Dialog S.A. z dnia 18 grudnia 2006 r. oraz z dnia 13 kwietnia 2007 r.

⁴⁰ pismo Ttcomm S.A. z dnia 11 grudnia 2006 r.

⁴¹ pismo Stream Communications Sp. z o.o. z dnia 22 grudnia 2006 r.

⁴² pismo DotCom Sp. z o.o. z dnia 8 grudnia 2006 r.

⁴³ pismo TeliaSonera International Carrier Poland Sp. z o.o. z dnia 19 grudnia 2006 r. oraz z dnia 6 kwietnia 2007 r.

⁴⁴ pismo Internet Group S.A. z dnia 18 grudnia 2006 r.

⁴⁵ pismo dataCOM S.A. z dnia 19 stycznia 2007 r. oraz z dnia 11 kwietnia 2007 r.

⁴⁶ pismo NASK z dnia 18 grudnia 2006 r. oraz z dnia 16 kwietnia 2007 r.

⁴⁷ pismo TASK z dnia 15 grudnia 2006 r. oraz z dnia 10 kwietnia 2007 r.

⁴⁸ pismo WASK z dnia 20 grudnia 2006 r. oraz z dnia 11 kwietnia 2007 r.

⁴⁹ pismo POZMAN z dnia 20 grudnia 2006 r. oraz z dnia 13 kwietnia 2007 r.

Łączny przychód wszystkich badanych operatorów	[...] zł	[...] zł	[...] zł
Udział procentowy łącznego przychodu Sieci akademickich w łącznym przychodzie wszystkich operatorów	2,961238%	1,244321%	1,172778%

Prezes Urzędu zważył co następuje:

76. W świetle art. 1 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu działając w interesie publicznym, chroni interesy przedsiębiorców i konsumentów.
77. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 29 maja 2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98) publicznoprawny charakter ustawy powoduje, iż znajduje ona zastosowanie wówczas, gdy jest zagrożony lub naruszony interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki funkcjonować może prawidłowo, gdy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w takim rozumieniu należy uznać, jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuacja pojedynczego przedsiębiorcy, lecz jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki.
78. Prezes Urzędu stwierdził, że w niniejszym postępowaniu spełniona jest przesłanka działania w celu ochrony interesu publicznego jako warunku uzasadniającego wszczęcie postępowania antymonopolowego. Zachowanie Sieci akademickich polegające na zmianie kierunku przepływu ruchu sieciowego może dotyczyć bowiem w sposób bezpośredni lub pośredni szerokiego kręgu uczestników obrotu gospodarczego, zarówno przedsiębiorców jak i konsumentów. Wskutek działania Sieci akademickich zagrożone mogłyby być właściwe warunki funkcjonowania rynku gospodarczego. W tym zakresie Prezes Urzędu podziela stanowisko Wnioskodawcy.
79. Zgodnie z art. 85 ust. 1 i ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, odmówić wszczęcia postępowania antymonopolowego, jeżeli w sposób oczywisty z zawartych we wniosku oraz posiadanych przez Prezesa Urzędu informacji wynika, że nie naruszono zakazu określonego w art. 5, w zakresie nie wyłączonym na podstawie art. 6 i 7, lub zakazu określonego w art. 8.

80. Zgodnie z powyżej cytowanym przepisem, warunkiem odmowy wszczęcia postępowania antymonopolowego na podstawie art. 85 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest stwierdzenie, iż w sposób **oczywisty** z zawartych we wniosku oraz posiadanych przez Prezesa Urzędu informacji wynika, że nie naruszono zakazu określonego w art. 5 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, czyli że porozumienie zawarte przez Sieci akademickie, dotyczące przekierowania ruchu sieciowego z łącza bezpośredniego z TP na łącza międzynarodowe TP nie ma charakteru antykonkurencyjnego.
81. Stosownie do art. 5 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji **na rynku właściwym**.
82. Kwestią zasadniczą w trakcie rozpatrywania spraw z zakresu porozumień ograniczających konkurencję jest zatem wyznaczenie rynku właściwego, na którym dana praktyka miałaby mieć miejsce.

Rynek właściwy:

83. Zgodnie z przepisem art. 4 pkt. 8 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* rynek właściwy to 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.
84. Zgodnie z powyższą definicją legalną, wyznaczenie rynku właściwego powinno uwzględniać co najmniej dwa aspekty tego rynku tj. aspekt produktowy (asortymentowy) oraz aspekt geograficzny.
85. Wnioskodawca w swoim wniosku o wszczęcie postępowania z dnia 19 kwietnia 2006 r. określił rynek właściwy produktowo jako „rynek hurtowej wymiany ruchu IP pomiędzy operatorami”. W piśmie z dnia 20 września 2006 r., stanowiącym uzupełnienie wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego, Wnioskodawca zmienił definicję rynku właściwego wskazując, że porozumienie Sieci akademickich „mogło naruszyć konkurencję na rynku właściwym, którym jest rynek dostępu hurtowego do usług internetowych (rynek praktyki)”.

86. Pomimo wskazania odmiennych rynków relewantnych w dwóch przesłanych do Prezesa Urzędu pismach, Wnioskodawca nie wskazał, który z tych rynków uznaje za właściwy w sprawie. Prezes Urzędu zwrócił się do TP o wyjaśnienie powyższej wątpliwości pismem z dnia 13 marca 2007 r.
87. W piśmie z dnia 19 marca 2007 r. Wnioskodawca wskazał ostatecznie, że w jego opinii rynkiem właściwym w sprawie jest „hurtowy rynek wymiany ruchu internetowego pomiędzy polskimi operatorami”.
88. Żaden z rynków relewantnych przedstawionych przez Wnioskodawcę w przesyłanych do Prezesa Urzędu pismach, w szczególności zaś rynek określony w piśmie z dnia 19 marca 2007 r. jako rynek hurtowej wymiany ruchu internetowego pomiędzy polskimi operatorami, nie mogą zostać uznane za rynek właściwy w niniejszej sprawie. Rynki te nie odpowiadają bowiem przedstawionym powyżej ustaleniom faktycznym, dokonany przez Prezesa Urzędu w oparciu o ogólnie dostępne źródła informacji, dane przedstawione przez TP w pismach kierowanych do Prezesa Urzędu oraz materiał zgromadzony w toku postępowania wyjaśniającego.
89. Zgodnie wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 2 listopada 2005 r. sygn. akt: XVII Ama 72/04, „ustalenie pozycji przedsiębiorcy na rynku właściwym jest obowiązkiem Prezesa Urzędu. Czynności polegające na wyodrębnieniu rynku właściwego Prezes Urzędu podejmuje z urzędu”. W opinii Sądu, jedynie Prezes Urzędu dysponuje środkami prawnymi umożliwiającym uzyskanie informacji niezbędnych do dokonania powyższych ustaleń.
90. Wyznaczenie rynku właściwego w niniejszym postępowaniu w kształcie zaproponowanym przez Wnioskodawcę nie odpowiadałoby ustalonemu stanowi faktycznemu sprawy, prowadziłoby do nieprawidłowej oceny pozycji rynkowej przedsiębiorców funkcjonujących na tym rynku i stanowiłoby tym samym naruszenie art. 4 pkt 9 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
91. W przypadku wyznaczenia rynku właściwego w sposób wskazany przez TP, orzekanie co do działania Sieci akademickich byłoby niemożliwe, z uwagi na fakt, że sieci te nie działałyby w takiej sytuacji na rynku właściwym.
92. W związku z powyższym, Prezes Urzędu samodzielnie wyznaczył rynek właściwy w sprawie w oparciu na całokształt zgromadzonych informacji dotyczących sposobu funkcjonowania sieci Internet, w sposób umożliwiający realną ocenę pozycji i siły rynkowej Sieci akademickich prowadzących na nim działalność.

Rynek właściwy asortymentowo:

93. Zdaniem Prezesa Urzędu, w odniesieniu do zarzutu dotyczącego zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia pomiędzy sieciami akademickimi rynkiem właściwym **produktowo** jest rynek **hurtowej odpłatnej wymiany ruchu IP pomiędzy operatorami**.
94. Zarzucana przez TP praktyka Sieci akademickich dotyczy stosunków cywilnoprawnych na szczeblu hurtowym tj. w zakresie wymiany ruchu sieciowego pomiędzy przedsiębiorcami, w celu dalszej odsprzedaży tych usług lub świadczenia innych usług na rzecz użytkowników. Zarzucana praktyka nie dotyczy zatem bezpośrednio stosunków przedsiębiorcy telekomunikacyjnego z użytkownikami końcowymi nabywającymi jego usługi. Wnioskodawca prawidłowo wskazał zatem **szczebel hurtowy** rynku właściwego asortymentowo.
95. Zawężenie rynku właściwego produktowo do „ryнку dostępu do usług internetowych” należy uznać za nieuzasadnione naturą oraz charakterystyką towaru, którego dotyczy zarzucana sieciom akademickim praktyka.
96. Zdaniem Prezesa Urzędu określenie rynku właściwego jako rynku „dostępu do usług” mogłoby wywołać problemy związane z prawidłowym zdefiniowaniem tego pojęcia. W szczególności wątpliwości mogą zachodzić co do stosunku tego sformułowania do pojęcia „dostępu telekomunikacyjnego” jako pojęcia zdefiniowanego prawnie w art. 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. *Prawo telekomunikacyjne* (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.).
97. W opinii Prezesa Urzędu, pod pojęciem „dostępu” należy zgodnie z zasadami wykładni językowej rozumieć „świadczenie usługi dostępu”. Tymczasem umowy zawierane między operatorami telekomunikacyjnymi, dotyczące przesyłania ruchu IP, umożliwiają co do zasady dwustronną wymianę tego ruchu pomiędzy umawiającymi się stronami, a nie dają tylko jednej z umawiających się stron możliwość „dostępu hurtowego do usług internetowych” drugiej. W przypadku wymiany ruchu IP pomiędzy operatorami każdy z nich jest jednocześnie podmiotem ten ruch wysyłającym jak i odbierającym.
98. W przypadku nieodpłatnej wymiany ruchu sieciowego (*peering*) każdej ze stron umowy zapewniony zostaje dostęp do zasobów zgromadzonych w sieci drugiej strony. Nie oznacza to jednak, że w analizowanym przypadku mamy do czynienia z dwiema umowami umożliwiającymi dostęp do drugiej sieci każdemu z operatorów. Umowa jest wyłącznie jedna i dotyczy **wymiany ruchu IP między operatorami**.

99. W przypadku umów o charakterze odpłatnym, pomimo, że wyłącznie na jednej ze stron tych umów spoczywa obowiązek zapłaty umówionej ceny, strona nabywająca usługę tranzytu uzyskuje więcej niż tylko dostęp do sieci usługodawcy oraz sieci innych operatorów tworzących sieć internet. Nabywając bowiem usługi tranzytu ruchu IP, operator telekomunikacyjny nie tylko zapewnia sobie oraz swoim klientom „dostęp hurtowy do usług internetowych” dostawcy tranzytu IP oraz innych operatorów, ale także umożliwia tym podmiotom **wzajemny dostęp do swojej sieci oraz do sieci swoich klientów**.
100. Na marginesie należy podkreślić, że istota zarzucanej przez TP praktyki polega właśnie na wprowadzaniu zmian w kierunku przepływu ruchu kierowanego **do sieci TP** przez strony porozumienia, a nie kwestii dostępu stron porozumienia do zasobów TP. Zarzutem sformułowany przez TP w piśmie z dnia 20 września 2006 r. jest bowiem „zawarcie porozumienia, którego treścią było jednoczesne przelanie przez Sieci akademickie **ruchu kierowanego do sieci TP** [...]”. Powyższe sformułowanie jednoznacznie wskazuje, że oprócz pobierania danych z sieci TP, Sieci akademickie przesyłały także ruch w kierunku do sieci TP – **wymieniały** zatem ruch z innym operatorem telekomunikacyjnym.
101. Sposób zdefiniowania rynku właściwego w niniejszym postępowaniu wynika w oczywisty sposób ze sposobu funkcjonowania sieci Internet, w której komunikacja odbywa się na zasadzie przekazania żądania przesłania określonych danych w kierunku od odbiorcy danych do jego nadawcy a następnie przesyłania żądanych danych w kierunku od nadawcy danych do ich odbiorcy. Wymiana ruchu sieciowego ma zatem ze swej istoty charakter dwustronny. W konsekwencji należy uznać, że decydując się na zakup usługi tranzytu ruchu IP operator nabywa usługę umożliwiającą dwustronną **wymianę ruchu sieciowego** pomiędzy nim a innymi operatorami telekomunikacyjnymi.
102. Dodatkowo należy zauważyć, że pojęcie „usług internetowych” nie jest zdefiniowane prawnie. W opinii Prezesa Urzędu „usługi internetowe” obejmują wszelkie usługi świadczone przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, związane z funkcjonowaniem światowej sieci Internet. Obejmują one zatem zarówno usługi świadczone na płaszczyźnie dostępowej jak i wszelkie usługi świadczone za pośrednictwem sieci Internet.
103. Zdaniem Prezesa Urzędu umieszczenie określenia „usługi internetowe” w opisie rynku właściwego powoduje, że rynek ten jest zdefiniowany zbyt szeroko, bez uwzględnienia specyfiki działalności podmiotów, którym zarzucane jest zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia.

104. Wydaje się, iż trudne byłoby także zdefiniowanie pojęcia hurtowego dostępu do tych usług. Literalne brzmienie propozycji Wnioskodawcy wyrażone w piśmie z dnia 20 września 2006 r. wskazuje bowiem, że hurtowy dostęp do usług internetowych polega na oferowaniu tych usług w stosunkach między przedsiębiorcami w celu ich dalszej odsprzedaży we własnym imieniu i na własny rachunek przez przedsiębiorcę nabywającego te usługi na szczeblu hurtowym.
105. Tymczasem istota zarzucanej przez Wnioskodawcę praktyki polega na wprowadzaniu zmian w przesyłaniu ruchu sieciowego na płaszczyźnie protokołu IP, a więc na płaszczyźnie różnej i całkowicie niezależnej od płaszczyzny przesyłanych treści. Przesyłanie pakietów danych opatrzonych adresem IP nie jest bowiem w żaden sposób uzależnione od rodzaju usług, które będą świadczone z ich wykorzystaniem. Dla hurtowej wymiany ruchu IP pomiędzy operatorami nie ma bowiem najmniejszego znaczenia jakie usługi wygenerowały ten ruch. Niewłaściwym byłoby zatem odnoszenie się w definicji rynku właściwego do hurtowej sprzedaży usług internetowych.
106. Zgodnie z brzmieniem art. 4 pkt 8 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* rynek właściwy produktowo obejmuje te towary, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę, właściwości, w tym jakość, uznawane są przez nabywców za **substytuty**.
107. Powszechnie uznaje się, że dwoma sposobami wymiany ruchu IP na szczeblu hurtowym są: nieodpłatna (ang. *peering*) oraz odpłatna (tranzyt ruchu IP) wymiana ruchu IP. Obydwie metody różnią się także zasadniczo co do możliwości jakie dają one stronom umów na podstawie których są stosowane.
108. Umowy *peeringu* zapewniają stronom jedynie wzajemny dostęp do zasobów zgromadzonych w sieciach należących do drugiej strony umowy oraz ewentualnie do zasobów zgromadzonych w sieciach klientów obydwu stron. Nie dają one zatem możliwości wymiany ruchu IP z innymi operatorami niż powyżej wskazani. Tym samym nie zapewniają one światowej dostępności, a więc możliwości wymiany ruchu z wszystkimi innymi operatorami tworzącymi światową sieć Internet.
109. Światowa dostępność w przypadku umów o nieodpłatną wymianę ruchu IP (*peering*) zapewniona byłaby zatem jedynie w sytuacji, w której każdy operator miałby zawartą taką umowę z każdym innym operatorem telekomunikacyjnym na świecie. Operację taką należy uznać jednak z oczywistych względów za niemożliwą do przeprowadzenia.
110. Umowy *peeringu* co do zasady oparte są na zasadzie nieodpłatności. Koszty utrzymania infrastruktury pokrywane są po części przez obydwu operatorów.

111. Niekiedy wyróżnia się także odpłatną formę peeringu (ang. *paid-peering*), w której jeden z operatorów płaci za wymianę ruchu z siecią drugiego z operatorów. W istocie jednak ta forma *peeringu* została dopiero niedawno wprowadzona do użytku i nie odgrywa większego znaczenia na rynku hurtowej wymiany ruchu IP.⁵⁰
112. Umowy o **tranzyt ruchu IP** umożliwiają natomiast nie tylko wymianę ruchu z siecią operatora zapewniającego tę usługę, ale także możliwość wymiany ruchu IP z wszystkimi innymi operatorami telekomunikacyjnymi tworzącymi Internet. Tranzyt ruchu IP zapewnia zatem – w odróżnieniu od *peeringu* – światową dostępność.
113. O braku substytutywności odpłatnej i nieodpłatnej wymiany ruchu IP świadczy przede wszystkim fakt, że pomimo istnienia niewątpliwej zalety tej ostatniej w postaci braku konieczności ponoszenia opłat, operatorzy telekomunikacyjni nie rezygnują z umów o odpłatnej wymianie ruchu IP.
114. Umowy *peeringu* traktowane są wyłącznie jako umowy uzupełniające, obniżające częściowo koszty wynikające z umów o tranzyt ruchu IP.
115. Operatorzy telekomunikacyjni, z wyjątkiem tzw. operatorów *top-tier* (najwięksi światowi operatorzy, którzy nie muszą kupować usług tranzytu ruchu IP od innych operatorów – jest ich w zależności od szacunków jedynie od kilku do kilkunastu), nie mogą generalnie funkcjonować w sieci Internet wyłącznie w oparciu o umowy *peeringu*.
116. Oczywistym jest zatem, że z punktu widzenia **popytu** usługi odpłatnej (tranzyt ruchu IP) i nieodpłatnej (*peering*) wymiany ruchu IP **nie stanowią substytutów**.
117. Także z punktu widzenia podaży *peering* oraz tranzyt ruchu IP nie mieszczą się w granicach jednego rynku właściwego. Pomimo, że usługi *peeringu* oraz tranzytu ruchu IP świadczone są przy wykorzystaniu tej samej infrastruktury sieciowej, operator wymieniający ruch na podstawie umów peeringowych nie będzie skłonny przestawić się na świadczenie usług tranzytu tylko z powodu kilkuprocentowego wzrostu opłat pobieranych przez operatorów świadczących usługi tranzytu ruchu IP. Wybór dotyczący świadczenia każdej z usług – odpłatnej i nieodpłatnej wymiany ruchu IP – oparty jest bowiem w każdym przypadku na innych motywach i przesłankach.
118. Świadczenie usług nieodpłatnej wymiany ruchu IP może odbywać się tylko w stosunku do operatorów posiadających sieci zbliżonej wielkości oraz chcących wymieniać ruch w ten sposób. Świadczenie usług tranzytu ruchu IP nie jest w praktyce możliwe na rzecz

⁵⁰ E. Jahn, J. Prüfer, *Transit versus (Paid) Peering: Interconnection and Competition in the Internet Backbone*

operatorów większych, co oznacza, że w stosunku do takich operatorów operator mniejszy może wyłącznie występować w roli nabywcy tej usługi.

119. Oznacza to, że wybór odpłatnego lub nieodpłatnego sposobu wymiany ruchu IP zdeterminowany jest w znacznej mierze przez czynniki inne niż wola przedsiębiorcy. W takiej sytuacji **nie można mówić o istnieniu pomiędzy tymi sposobami substytutywności ze strony podaży.**
120. Z uwagi na odmienną charakterystykę wymiany ruchu IP na zasadach *peeringu* oraz tranzytu ruchu IP a także brak substytutywności między tymi usługami zarówno po stronie popytu jak i po stronie podaży, należy uznać tym samym, że **nie należą one do jednego rynku właściwego.**
121. Niewątpliwym jest, że Sieci akademickie działają na rynku **hurtowej wymiany ruchu IP.** Potwierdzają to zarówno sformułowania zawarte przez Wnioskodawcę we wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego, jak i wyniki przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego.
122. Powyższe stwierdzenie wynika przede wszystkim z faktu, że każdy operator telekomunikacyjny zamierzający prowadzić działalność w zakresie świadczenia usług dostępu do sieci Internet musi wymieniać ruch z innymi operatorami telekomunikacyjnymi. Jedynie bowiem zapewnienie światowej dostępności umożliwi mu pozyskanie odpowiedniej liczby klientów, stanowiących bazę dla jego działalności.
123. We wniosku o wszczęcie postępowania TP wskazała jednoznacznie na fakt wymiany ruchu IP dokonywanej przez Sieci akademickie – płaszczyzny wymiany ruchu IP dotyczy bowiem stawiany przez TP zarzut.
124. Ponadto wyniki przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego wskazują, że Sieci akademickie prowadzą działalność polegającą na wymianie ruchu IP i uzyskują z tej działalności przychód.
125. Działanie Sieci akademickich, polegające na przekierowaniu ruchu IP kierowanego do sieci TP z łączy bezpośrednich na łącza międzynarodowe, ze swej istoty dotyczy jednak wyłącznie rynku **odpłatnej** hurtowej wymiany ruchu IP.
126. Przesądza o tym podstawowa cecha nieodpłatnej hurtowej wymiany ruchu IP, którą jest dwubiegunowość takiej wymiany. W nieodpłatnej wymianie ruchu IP mogą bowiem

uczestniczyć jedynie strony umowy o nieodpłatnej wymianie ruchu IP. Ruch przychodzący z zewnątrz tj. z sieci innych operatorów nie jest wymieniany w ramach *peeringu*.

127. Zgodnie z twierdzeniami Wnioskodawcy, co zostało także potwierdzone w toku postępowania wyjaśniającego, Sieci akademickie przelały ruch z łączy bezpośrednich z TP na łącza międzynarodowe. Oznacza to, że w efekcie tych działań wymieniały one ruch z TP za pośrednictwem operatorów zagranicznych. Należy zauważyć, że działanie Sieci akademickich, stanowiące zarzucaną przez TP praktykę, może odbywać się wyłącznie w ramach umów o odpłatnej wymianie ruchu IP tj. umów tranzytu ruchu IP. W przypadku, w którym Sieci akademickie wymieniałyby ruch z operatorami zagranicznymi na podstawie umów o nieodpłatnej wymianie ruchu IP, ruch ten nie mógłby nigdy trafić do sieci TP. W konsekwencji nie mógłby zatem zagrozić bezpieczeństwu tej sieci oraz interesom Wnioskodawcy.
128. W rezultacie za oczywiste należy uznać, że Sieci akademickie działały na rynku hurtowej odpłatnej wymiany ruchu IP i tego rynku dotyczyła zarzucana przez TP praktyka.
129. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Prezes Urzędu uznał, że rynkiem właściwym produktowo w sprawie jest **rynek hurtowej odpłatnej wymiany ruchu IP pomiędzy operatorami**, obejmujący usługi tranzytu ruchu IP.
130. Poza rynkiem właściwym znajduje się odpłatna forma wymiany ruchu IP na zasadach *paid-peeringu*, z uwagi na jej niewielkie znaczenie i brak szerszego rozpowszechnienia, w szczególności między polskimi operatorami telekomunikacyjnymi. Status *paid-peeringu* będzie wymagał szczegółowej dalszej analizy jako specyficzna forma wymiany ruchu IP, będąca w istocie połączeniem niektórych cech *peeringu* oraz tranzytu ruchu IP. Prezes Urzędu pragnie jednak podkreślić, że kwestia włączenia *paid-peeringu* do rynku właściwego może pozostać otwarta, gdyż ewentualne włączenie tej usługi do rynku właściwego poszerzyłoby jedynie granice rynku właściwego, co nie wpłynęłoby na ocenę przedmiotowego porozumienia Sieci akademickich.
131. Niezależnie od powyższych rozważań, Prezes Urzędu pragnie wskazać, że gdyby rynek właściwy zakreślony został w sposób zaproponowany przez Wnioskodawcę w piśmie z dnia 19 kwietnia 2006 r. oraz w piśmie z dnia 19 marca 2007 r. tj. jako rynek „hurtowej wymiany ruchu IP”, rynek właściwy w sprawie zostałby określony znacznie szerzej, co w konsekwencji doprowadziłoby do jeszcze niższego udziału Sieci akademickich na tym rynku i podobnie jak w pkt 130 powyżej, nie wpłynęłoby w żaden sposób na ocenę przedmiotowego porozumienia Sieci akademickich.

Rynek właściwy geograficznie:

132. W odniesieniu do aspektu geograficznego rynku hurtowej odpłatnej wymiany ruchu IP między operatorami, należy stwierdzić, że rynkiem właściwym jest rynek **światowy**.
133. Ani w piśmie z dnia 19 kwietnia 2006 r. ani w piśmie z dnia 20 września 2006 r. Wnioskodawca nie wskazał rynku właściwego w ujęciu geograficznym.
134. W odpowiedzi na pismo Prezesa Urzędu z dnia 13 marca 2007 r., w którym Prezes Urzędu wskazał, że na podstawie analizy wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego oraz informacji uzyskanych w toku postępowania wyjaśniającego, a także w oparciu o dotychczasowe orzecznictwo Komisji Europejskiej rynkiem właściwym w aspekcie geograficznym jest rynek światowy, TP wskazała jedynie, że w jej opinii rynek właściwy jest rynkiem hurtowej wymiany ruchu internetowego **pomiędzy polskimi operatorami**. Wnioskodawca nie przedstawił jednak żadnego uzasadnienia dla powyższego twierdzenia.
135. Zawężenie rynku właściwego geograficznie do rynku **krajowego**, gdyż tak należy w istocie rozumieć twierdzenie TP o rynku właściwym jako rynku wymiany ruchu pomiędzy polskimi operatorami, nie jest w żadnym stopniu uzasadnione ani właściwościami tego rynku, ani charakterystyką towarów oferowanych na tym rynku. Każdorazowo o zasięgu geograficznym rynku decyduje bowiem ocena warunków konkurencji panujących na tym rynku.
136. Światowy wymiar rynku hurtowej odpłatnej wymiany ruchu IP pomiędzy operatorami, wynika z oceny podstawowych właściwości tego rynku. Usługi tranzytu ruchu IP nabywane są przez operatorów telekomunikacyjnych nie tylko od operatorów krajowych ale w znacznej mierze od **operatorów zagranicznych**.
137. Należy podkreślić, że do zawarcia przez operatora krajowego umowy o tranzyt ruchu IP nie jest wymagana obecność operatora zagranicznego w Polsce w postaci podmiotu zależnego prawa krajowego czy oddziału przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Operator zagraniczny nie musi także mieć statusu krajowego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego ani uzyskiwać wpisu do rejestru działalności telekomunikacyjnej.
138. Dla zawarcia umowy o tranzyt ruchu IP jest bowiem konieczne jedynie zestawienie co najmniej jednego punktu styku między sieciami obydwu operatorów. Punkt styku może znajdować się zarówno na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej jak i poza jej granicami.

139. Sieci obydwu operatorów mogą, lecz **nie muszą znajdować się blisko siebie**. Połączenie sieci w celu wymiany ruchu IP może odbywać się także z wykorzystaniem wydzierżawionych łączy, a więc nawet na bardzo znaczne odległości. Istnieją wszakże umowy o wymianie ruchu między operatorami np. europejskimi oraz amerykańskimi, których sieci oraz użytkownicy znajdują się w bardzo znacznej odległości od siebie.
140. Sam Wnioskodawca posiada zawarte umowy w tym zakresie z operatorami zagranicznymi takimi jak: Deutsche Telekom, Telia International Carrier oraz France Telecom.
141. Podobnie większość pozostałych operatorów telekomunikacyjnych działających w Polsce, w tym także Sieci akademickie, posiada umowy o tranzyt ruchu IP zawarte z operatorami zagranicznymi. Należy zauważyć, że w braku takich umów zarzucana przez Wnioskodawcę praktyka nie mogłaby bowiem mieć miejsca. Praktyka ta polega, zgodnie ze stanowiskiem TP, na przelaniu ruchu sieciowego z łączy krajowych pomiędzy TP i sieciami akademickimi na łącza międzynarodowe – a zatem łącza pomiędzy sieciami akademickimi oraz operatorami zagranicznymi.
142. Należy podkreślić, że z uwagi na hierarchiczną strukturę sieci Internet, prowadzącą do konieczności wymiany ruchu IP także z największymi operatorami światowymi (tzw. *top-tier*) w większości usytuowanymi w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej, rynek usług tranzytu ruchu IP ze swojej natury ma charakter rynku **transgranicznego**. Operatorzy usytuowani na innych kontynentach muszą bowiem zawierać umowy transgraniczne z operatorami ze Stanów Zjednoczonych. Bez tych umów użytkownicy spoza Stanów Zjednoczonych nie mieliby dostępu do danych internetowych zgromadzonych w tym kraju, a stanowiących znaczącą część ogółu treści internetowych na świecie.
143. Niemożliwe jest także zawężenie usług tranzytu ruchu IP do obszaru kontynentu europejskiego, gdyż nie istnieją prawne ani faktyczne ograniczenia w możliwości nabywania usług tranzytowych od pozaeuropejskich dostawców. Ponadto, jak wyżej wspomniano, każdy europejski dostawca musi mieć także możliwość wymiany ruchu IP z sieciami pozaeuropejskimi, co nie może być osiągnięte bez zawarcia odpowiednich umów z operatorami takich sieci.
144. Po uwzględnieniu powyższych wniosków, należy stwierdzić, że nie jest możliwe zatem wyznaczenie ścisłych granic rynku właściwego w ujęciu geograficznym na obszarze węższym niż cały świat.

145. Proponowana definicja rynku geograficznego jest jednocześnie zgodna z globalnym ujęciem hurtowej wymiany ruchu IP zaproponowanym w dotychczasowym orzecznictwie Komisji Europejskiej. **Globalny charakter** hurtowej wymiany ruchu IP podkreślony został w decyzji Komisji Europejskiej z dnia 8 lipca 1998 r. w sprawie *WorldCom/MCI* (COMP/M.1069) oraz decyzji z dnia 28 czerwca 2000 r. w sprawie *MCIWorldCom/Sprint* (COMP/M.1741).
146. Jednocześnie Prezes Urzędu pragnie podkreślić, że nawet gdyby uznać rynek właściwy za wspólnotowy lub, tak jak stwierdził Wnioskodawca, krajowy – do czego wobec przedstawionych powyżej faktów oraz orzecznictwa nie ma jednak oczywistych podstaw – łączny udział Sieci akademickich, którym Wnioskodawca zarzuca zawarcie zakazanego porozumienia i tak nie przekroczyłby progów wyłączenia z art. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Udział ten, jak zostanie wykazane poniżej, wyłącznie na wąsko wykrojonym z rynku właściwego obszarze Polski, wynosi jedynie niecałe 3%.

Wyłączenie *de minimis* spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję:

147. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zakazu porozumień ograniczających konkurencję, o którym mowa w art. 5 tej ustawy, nie stosuje się do porozumień zawieranych między konkurentami, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5% (wyłączenie *de minimis*).
148. Zgodnie z brzmieniem art. 6 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wyłączenia *de minimis* nie stosuje się do przypadków określonych w art. 5 ust. 1 pkt 1-3 i pkt 7 tej ustawy, a więc do przypadków ustalania bezpośrednio lub pośrednio cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów, ograniczania lub kontrolowania produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji, podziału rynków zbytu lub zakupu oraz uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.
149. Wnioskodawca wskazał w piśmie z dnia 20 września 2006 r., jako podstawę prawną zarzucanego sieciom akademickim naruszenia, **art. 5 ust. 1** ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Wnioskodawca podkreślił, że wskazane przez niego porozumienie **nie mieści się w katalogu porozumień antykonkurencyjnych wymienionych w art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów**. Zdaniem Wnioskodawcy, katalog ten ma jednak

charakter przykładowy, a konstrukcja art. 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* umożliwia szczelne stosowanie zawartego w nim zakazu, odnosząc go do wszelkich porozumień godzących w konkurencję.

150. Prezes Urzędu podziela pogląd Wnioskodawcy, że zarzucana Sieciom akademickim przez TP praktyka nie odpowiada bezpośrednio żadnej z praktyk szczegółowo wymienionych w katalogu art. 5 ust. 1 pkt 1-7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Praktyka polegająca na przelaniu ruchu sieciowego z łącz bezpośrednich na łącza międzynarodowe może być zakazana wyłącznie w oparciu o ogólny przepis art. 5 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
151. Z uwagi na powyższe do zarzucanej przez TP praktyki znajduje zastosowanie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, jako że nie stanowi ona żadnej z praktyk wymienionych w art. 5 ust. 1 pkt 1-3 i 7 tej ustawy.

Łączny udział rynkowy NASK, TASK, WASK i POZMAN na rynku właściwym:

152. Rynek właściwy jest rynkiem charakteryzującym się wysokim stopniem zatomizowania, wynikającym – po pierwsze – z wysokiej liczby podmiotów na nim działających oraz – po drugie – z niskich udziałów rynkowych tych podmiotów wyrażonych zarówno w wartościach względnych, jak i bezwzględnych.
153. Wysoka liczba uczestników rynku właściwego jest pochodną szerokiego zasięgu geograficznego rynku właściwego. Rynek właściwy obejmuje bowiem większość rozwiniętych państw świata, w których działają operatorzy telekomunikacyjni posiadający sieci, między którymi może być wymieniany ruch IP.
154. Tymczasem tylko w Polsce liczba operatorów telekomunikacyjnych jest znaczna. Przeprowadzając w kwietniu 2006 r. badanie rynku usług szerokopasmowego dostępu do Internetu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zwrócił się z kwestionariuszami do 661 operatorów świadczących usługi dostępu do Internetu. Oznacza to w istocie, że na krajowym segmencie rynku właściwego działa co najmniej kilkuset operatorów wymieniających ruch IP z innymi operatorami telekomunikacyjnymi. Nawet przy uwzględnieniu faktu, że część z tych operatorów może być jedynie klientami usług tranzytu ruchu IP, należy zwrócić uwagę, że liczba podmiotów na rynku właściwym działających jedynie na terytorium Polski jest znaczna.

155. Biorąc pod uwagę liczbę oraz rozproszenie operatorów telekomunikacyjnych świadczących usługi tranzytu ruchu IP w Polsce, należy stwierdzić, że liczba tych operatorów, funkcjonujących na całym rynku właściwym (rynek światowy), może wynosić nawet około kilkudziesięciu tysięcy. Z wysokim stopniem pewności można natomiast stwierdzić, że liczba ta przekracza kilkanaście tysięcy.
156. Rynek, na którym działa tak wysoka liczba przedsiębiorców cechuje się wysokim stopniem zatomizowania i zbliża się do teoretycznej konstrukcji ekonomicznej rynku idealnie konkurencyjnego. Udziały rynkowe przedsiębiorców na takim rynku będą bowiem minimalne w liczbach bezwzględnych nawet w sytuacji, w której niektórzy z tych przedsiębiorców będą mieli względne udziały kilkanaście razy wyższe niż ich konkurenci.
157. Należy zauważyć, że na światowym rynku odpłatnej hurtowej wymiany ruchu IP pomiędzy operatorami najwyższe udziały rynkowe będą mieli operatorzy tzw. *top-tier*, a więc najwięksi światowi operatorzy telekomunikacyjni, nie kupujący od innych operatorów usług tranzytu ruchu IP, a działający jedynie w oparciu o nieodpłatne umowy *peeringu* zawarte pomiędzy sobą. Uzyskanie światowej dostępności związane jest bowiem w każdym przypadku z nabywaniem usługi tranzytu ruchu IP bezpośrednio od takiego operatora lub pośrednio od jednego z jego klientów. Operatorzy ci stanowią szczyt hierarchicznie zbudowanej struktury Internetu.
158. W praktyce Komisji Europejskiej na rynku hurtowej wymiany ruchu IP jedynie operatorzy *top-tier* byli podmiotami, których siła i pozycja rynkowa były oceniane w świetle prawa ochrony konkurencji. Może to pośrednio wskazywać na fakt, że rynek hurtowej wymiany ruchu IP ma charakter rozdrobniony.
159. Rynek odpłatnej hurtowej wymiany ruchu IP między operatorami nigdy nie podlegał oraz nie podlega telekomunikacyjnej regulacji sektorowej. Wskazuje to na fakt, że na tym rynku występował oraz nadal występuje stan skutecznej konkurencji. Na rynku tym, z uwagi na wysoki stopień rozproszenia udziałów rynkowych, nie działają żadne podmioty o znacznej sile rynkowej.
160. Według różnych szacunków liczba operatorów *top-tier* oscyluje w granicach od kilku do kilkunastu. Nawet gdyby operatorzy ci byli jedynymi operatorami działającymi na rynku, to i tak udział poszczególnych z nich, w przypadku istnienia między nimi względnej równowagi siły rynkowej, mieściłby się w granicach do maksymalnie kilkunastu procent udziału światowego. Tymczasem jak wyżej wskazano liczba podmiotów funkcjonujących na rynku jest bardzo wysoka i może przekraczać kilkanaście tysięcy.

161. Operatorzy telekomunikacyjni, którym zarzucane jest zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia, są sieciami akademickimi prowadzącymi działalność na rynku właściwym jedynie w ograniczonym zakresie. W odróżnieniu od Wnioskodawcy będącego największym operatorem telekomunikacyjnym w Polsce, od którego usługi tranzytu ruchu IP nabywa większość operatorów działających na terytorium Polski, od Sieci akademickich usługi takie nabywają jedynie mniejsze od nich podmioty. Wynika to z ogólnej zasady rządzącej usługami tranzytu ruchu IP, zgodnie z którą „mniejszy płaci większemu”.
162. Znikomy udział Sieci akademickich w rynku właściwym potwierdzają uzyskane przez Prezesa Urzędu dane dotyczące przychodów osiąganych przez te sieci z tytułu umów o odpłatnej wymianie ruchu IP. Przychody te są [...] (informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa – pkt 2 załącznika nr 2 do decyzji) razy niższe niż przychody TP.
163. Należy dodatkowo podkreślić, że pomiędzy sieciami akademickimi a operatorami *top-tier* występuje jeszcze kilka szczebli operatorów zarządzających sieciami o międzynarodowym i kontynentalnym znaczeniu. Uwzględniając fakt, że operatorzy ci sprzedają usługi tranzytu ruchu IP w znacznej mierze operatorom krajowym wielkości TP, a częstokroć większym, należy uznać, że ich przychody z działalności na rynku właściwym są wielokrotnie wyższe niż przychody TP. Skoro zatem, jak ustalił Prezes Urzędu, przychody TP są [...] (informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa – pkt 3 załącznika nr 2 do decyzji) niż przychody Sieci akademickich, oznacza to w rezultacie, że przychody operatorów zarządzających sieciami o międzynarodowym i kontynentalnym znaczeniu **przekraczają bardzo znacząco** przychody Sieci akademickich. Operatorów prowadzących działalność w tej skali jest na rynku właściwym co najmniej kilkudziesięciu.
164. Zgromadzone w toku postępowania wyjaśniającego dane o udziałach w segmencie rynku właściwego obejmującym jedynie terytorium Polski wskazują, że łączny udział rynkowy stron zarzucanego przez TP porozumienia mieścił się w granicach 1% - 3% w latach 2003-2006.
165. Danymi mającymi znaczenie dla zastosowania wyłączenia z art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, są dane dotyczące łącznego udziału rynkowego Sieci akademickich w 2003 r., jako roku kalendarzowego poprzedzającego zawarcie porozumienia (porozumienie zostało zawarte 16 lutego 2004 r.).
166. Dane zgromadzone w toku postępowania wyjaśniającego odnośnie do udziału rynkowego Sieci akademickich na **krajowym segmencie** rynku właściwego w 2003 r. wskazują, że łączny udział Sieci akademickich wynosił w tym okresie **niecałe 3%**.

167. W oparciu o wyniki badania udziałów rynkowych w 2005 i 2006 roku wskazujących, że łączny udział Sieci akademickich wynosił w tych latach **niewiele ponad 1% wyłącznie na segmencie krajowym** rynku, należy stwierdzić, że pozycja rykowa Sieci akademickich **słabnie w czasie**, w odróżnieniu od pozycji rynkowej TP, której przychody w roku 2006 w stosunku do roku 2003 [...] (informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa – pkt 3 załącznika nr 1 do decyzji).
168. Nawet zatem w sytuacji, w której – mimo braku podstaw do takiego wnioskowania – rynek właściwy zostałby wyznaczony wąsko jako rynek krajowy – do działania Sieci akademickich na rynku znalazłoby zastosowanie wyłączenie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
169. Tymczasem rynek właściwy w sprawie ma charakter **globalny** i obejmuje wszystkich operatorów telekomunikacyjnych działających w większości rozwiniętych krajów świata. Prezes Urzędu nie dysponuje danymi dotyczącymi udziału Sieci akademickich na światowym rynku odpłatnej hurtowej wymiany ruchu IP między operatorami. Z uwagi na stopień rozdrobnienia rynku pozyskanie takich informacji w drodze badania rynku dla ścisłego oznaczenia udziału Sieci akademickich, wobec poczynionych dotychczas uwag, byłoby niecelowe. Udziały Sieci akademickich na rynku światowym mogą być zatem jedynie oszacowane. Z całkowitą pewnością będą one jednak znacząco niższe niż 3% wyliczone dla terytorium Polski. Wynika to z faktu, że segment krajowy rynku właściwego, zgodnie z dokonanymi powyżej ustaleniami, stanowi jedynie niewielki procent całego rynku właściwego.
170. Z uwagi na globalny charakter rynku właściwego znikomy udział Sieci akademickich w tym rynku występował zarówno w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia – tj. w roku 2003, jak i w roku 2005, a także w roku 2006. Uwzględniając zatamizowany charakter rynku właściwego zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że udział ten będzie bardzo nieznaczny także w przyszłości.
171. W konsekwencji, biorąc powyższe pod uwagę, Prezes Urzędu uznał, że w stosunku do zarzucanego sieciom akademickim przez Wnioskodawcę działania, polegającego na zawarciu zakazanego art. 5 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* porozumienia poprzez przelanie ruchu IP z łącz bezpośrednich z TP na łącza zagraniczne, **znajduje zastosowanie wyłączenie *de minimis*** przewidziane w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

172. W świetle art. 85 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* sytuacja, w której wskazane we wniosku o wszczęcie postępowania porozumienie podlega wyłączeniu na podstawie łącznego udziału rynkowego stron porozumienia (będących konkurentami) nieprzekraczającego 5%, przesądza o niemożliwości wszczęcia takiego postępowania i konieczności **odmowy jego wszczęcia w drodze decyzji**.

173. W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 78 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy *kodeks postępowania cywilnego*, od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Z upoważnienia

Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Dyrektor Departamentu Ochrony Konkurencji

Monika Bychowska

Otrzymują:

- 1) Pan Tomasz Bagdziński
pełnomocnik spółki Telekomunikacja Polska S.A.
ul. Twarda 18
00-105 Warszawa
- 2) Pan Henryk Romańczuk
pełnomocnik spółki Telekomunikacja Polska S.A.
kancelaria Wierzbowski Eversheds Sp.k.
ul. Jasna 14/16a
00-041 Warszawa
- 3) a/a