



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W GDAŃSKU**

RGD.536-20/00/01/HK

Gdańsk, dnia 27 lipca 2001r.

DECYZJA NR RGD.23/2001

Na podstawie art. 9, w związku z art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2000r., Nr 122, poz. 1319), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego, z urzędu, przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, nakazuje się Telewizji Kablowej Szel-Sat[®] Spółce z o.o. z siedzibą w Gdyni i Spółdzielni Mieszkaniowej „JEDNOŚĆ” w Ełku zaniechanie stosowania praktyki polegającej na ograniczeniu dostępu do rynku przedsiębiorcom nie objętym porozumieniem zawartym przez skarżonych w dniu 4 września 1997r.

UZASADNIENIE

W trakcie badań rynku dostaw sygnału telewizji kablowej na terenie miasta Ełk, przeprowadzonych przez organ antymonopolowy w 2000r., ustalono m.in., iż jedynym przedsiębiorcą świadczącym tego rodzaju usługi jest Telewizja Kablowa Szel-Sat[®] Spółka z o.o. z siedzibą w Gdyni. Równocześnie, jak dowiodła analiza umów zawartych przez administratorów zasobów mieszkaniowych zlokalizowanych na tym obszarze i ww. operatora, do niektórych z nich, w tym do umowy ze Spółdzielnią Mieszkaniową „JEDNOŚĆ”, strony włączyły postanowienia zapewniające dostawcy wyłączność prowadzenia działalności w długim okresie czasu.

W porozumieniu z dnia 4 września 1997r. kwestionowanym w niniejszym postępowaniu, na tę okoliczność wprowadzono następujące zapisy:

80-824 GDAŃSK, UL. PODWALE PRZEDMIEJSKIE 30

TEL. (058) 346-29-32, TEL/FAX (058) 346-29-33, TEL. CENTRALA (058) 301-50-21

E-MAIL: GDANSK@UOKIK.GOV.PL

„§ 6

*W związku z realizacją inwestycji ze środków własnych **OPERATORA**, których odzyskiwanie będzie możliwe w długim okresie czasu **ADMINISTRATOR** nie podejmie budowy sieci telewizji kablowej oraz modernizacji sieci AZART umożliwiających rozprowadzanie programów satelitarnych oraz programów telewizji naziemnej, ani nie wyda zgody innym podmiotom.*

§ 7

1. Umowa zostanie zawarta na czas określony do dnia 31.12.2012r.“

Mając na względzie ich treść, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w dniu 4 grudnia 2000r. wszczął, z urzędu, postępowanie administracyjne w sprawie nakazania zaniechania przez Telewizję Kablową Szel-Sat[®] Spółkę z o.o. z siedzibą w Gdyni i Spółdzielnię Mieszkaniową „JEDNOŚĆ” w Ełku stosowania praktyki monopolistycznej polegającej na zawarciu porozumienia mającego na celu ograniczenie dostępu do rynku lub eliminowanie z rynku przedsiębiorców nim nie objętych, co w ówczesnym stanie prawnym mogło stanowić naruszenie art. 4 pkt 4 ustawy z dnia 24 lutego 1990r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (Dz.U. z 1999r., Nr 52, poz. 547 oraz z 2000r., Nr 31, poz. 381 i Nr 60, poz. 704), a w obecnym – art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2000r., Nr 122, poz. 1319).

Spółdzielnia, odpowiadając na „Zawiadomienie o wszczęciu [...]”, poinformowała, iż:

- porozumienie z dnia 4 września 1997r. jest kontynuacją umowy zawartej uprzednio (tj. w 1993r.) ze Spółdzielnią Mieszkaniową „ŚWIT” „na dostarczanie sygnału TV sat w części zasobów (ok. 50%) poprzez dostosowaną instalację AZART oraz w ok. 30% pozostałych zasobów poprzez wykonaną oddzielnie instalację TV”,
- z usług TK Szel-Sat[®] skorzystano, ponieważ była jedynym dostawcą sygnału telewizji kablowej „w rejonie Spółdzielni”,
- teść § 6 i 7 wprowadzono do porozumienia w związku ze zobowiązaniem się przez operatora do „wykonania [ze środków własnych – dop. organu antymonopolowego] instalacji wewnątrzbudynkowej i miesz-

kaniowej wg technologii stosowanej w zasobach mieszkaniowych innych administratorów i w standardzie obowiązującym w sieci ogólnomiejskiej”, a „trudno wyobrazić sobie fakt poniesienia [...] dużych kosztów na wykonanie inwestycji bez gwarancji dłuższego okresu jej użytkowania przez wykonawcę”,

- o posiada 435 mieszkań, okablowanych w 99% przez TK Szel-Sat[®] (6 mieszkań posiada indywidualne anteny satelitarne).

Z pisma TK Szel-Sat[®] wynika z kolei, iż Spółka:

- o wzięła udział w konkursie ofert mającym na celu wyłonienie przedsiębiorcy, któremu zostanie powierzona obsługa sieci kablowej należącej, w dacie jego ogłoszenia, do Spółdzielni Mieszkaniowej „ŚWIT”, a zlokalizowanej „w zasobach mieszkaniowych większości administratorów elektrycznych”, i przetarg wygrała;
- o zobowiązała się w przedstawionej ofercie m.in. do:
 - ✓ odkupienia w całości sieci telewizji kablowej
 - ✓ kompleksowej jej modernizacji,
 - ✓ podniesienia standardu obsługi odbiorców,
 - ✓ rozszerzenia atrakcyjności oferty programowej;
- o zawarła z każdym z administratorów/zarządców (w tym: ze Spółdzielnią Mieszkaniową „JEDNOŚĆ”) odrębne umowy, na mocy których udostępniono jej – w celu prowadzenia obsługi operatorskiej – będące w ich gestii zasoby mieszkaniowe;
- o dostarcza (w dacie przekazania informacji) sygnał telewizyjny (drogą kablową) do 405 mieszkań należących do Spółdzielni.

Według TK Szel-Sat[®], mając na względzie powyższe okoliczności nie sposób uznać, by wybór dokonany przez Spółdzielnię Mieszkaniową „ŚWIT” w Ełku, a w konsekwen-

cji – przez skarżoną, nosił, tak po stronie oferenta, jak i wygrywającego przetarg, znamiona zakazanej prawem praktyki monopolistycznej.

Takiego charakteru nie ma również, zdaniem operatora, włączenie do umowy postanowienia zapewniającego mu wyłączność świadczenia usług, bowiem jako inwestor ponoszący znaczne nakłady środków (tu: związane z przejęciem sieci od Spółdzielni Mieszkaniowej „ŚWIT”, jak i koniecznością *„dostosowania zbiorczych instalacji radiowo-telewizyjnych (AZART) do odbioru programów radiofonii i telewizji publicznej bez jakichkolwiek możliwości subsydiowania tej części inwestycji ze strony właściciela zasobów mieszkaniowych”*) miał prawo oczekiwać przynajmniej ich zwrotu. *„Zapis – jak podniósł – wprawdzie bezpośrednio nie jest sam w sobie gwarantem zwrotu poniesionych nakładów, stanowi jednak pewien element zabezpieczający.”*

Prezes UOKiK, chcąc uwzględnić wszystkie okoliczności mogące wywierać wpływ na rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie (w tym: zakres potencjalnej i rzeczywistej konkurencji innych przedsiębiorców oferujących dostęp do programów telewizyjnych) zwrócił się do WIZJI TV Spółki z o.o. z siedzibą w Warszawie i CYFRY PLUS Spółki z o.o. z siedzibą w Warszawie, tj. operatorów telewizji satelitarnej, z prośbą o przekazanie informacji nt. ilości abonentów korzystających z ich usług na terenie Ełku. Z odpowiedzi uzyskanej od WIZJI TV wynika, iż jej odbiorcami na tym obszarze jest około 500 osób; drugi z operatorów nie odpowiedział na pismo organu antymonopolowego.

ORGAN ANTYMONOPOLOWY ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE.

Z treści umowy z dnia 4 września 1997r. wynika, iż Spółdzielnia Mieszkaniowa „JEDNOŚĆ” w Ełku nie tylko *„wyraziła zgodę i udostępniła”* Telewizji Kablowej Szel-Sat[®] Spółce z o.o. w Gdyni *„zasoby mieszkaniowe oraz teren, na którym one się znajdują w zakresie niezbędnym do realizacji obsługi operatorskiej sieci telewizji kablowej w ramach inwestycji własnej OPERATORA”* (§ 1), ale – równocześnie – przyjęła na siebie zobowiązanie, iż w terminie do dnia 31 grudnia 2012r. *„nie podejmie budowy sieci kablowej oraz modernizacji sieci AZART umożliwiających rozprowadzanie programów satelitarnych oraz telewizji naziemnej, ani nie wyda zgody innym pod-*

miotom na taką rozbudowę lub modernizację” (§ 6-7).

Przepisem stanowiącym w niniejszym postępowaniu podstawę do ewentualnego zakwestionowania przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazanych wyżej uzgodnień stron jest art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie [...], uznający za bezprawne, co do zasady, każde porozumienie, którego celem lub skutkiem jest ograniczanie dostępu do rynku lub eliminowanie z rynku przedsiębiorców nim nie objętych.

Aczkolwiek powołany zapis nie precyzuje bliżej kryteriów ich specyfikacji (szerzej w tej kwestii: Wiszniewska I., Reguły konkurencji a transakcje wyłączne, Warszawa 1995, s. 73-74), to nie budzi wątpliwości, że mogą go naruszać zarówno te, których założeniem lub rezultatem jest negatywne oddziaływanie na konkurencję, prowadzące do niepożądanego zmiany jej stanu (w tym: zmniejszenia intensywności), jak i te, wskutek których innym przedsiębiorcom (poza ich uczestnikami) skutecznie, i definitywnie, uniemożliwia się dostęp do rynku (Wiszniewska I., Reguły konkurencji ..., s. 11).

Ustawodawca, zakazując porozumień, o których mowa w art. 5, uznał jednak, iż niektóre z nich, noszące w literaturze przedmiotu – ze względu na ich znikome zagrożenie dla sprawności i efektywności mechanizmów konkurencji – miano bagatelnych (patrz: Gronowski S., Ustawa antymonopolowa. Komentarz. Warszawa 1996, s. 50-51), mogą znaleźć na gruncie ustawy o ochronie [...] usprawiedliwienie. Przesłanka ta stała się podstawą wyłączenia (art. 6):

- porozumień zawieranych pomiędzy konkurentami, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%, *oraz*
- porozumień, których uczestnikami są przedsiębiorcy działający na różnych szczeblach obrotu, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10%.

Zwolnione spod zakazu zawartego w art. 5 mogą zostać również te porozumienia, które przyczyniając się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub wzrostu postępu technicznego lub gospodarczego, zapewniają nabywcy lub użytkow-

nikowi odpowiednią część wynikających stąd korzyści, nie nakładając na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów, ani nie stwarzając tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów; w tym wypadku niezbędne będzie jednak stosowne rozporządzenie Rady Ministrów (art. 7).

Godzi się też zauważyć, iż ze względu na znaczną częstotliwość występowania w stosunkach gospodarczych transakcji zawierających klauzule wyłączności, ich stosowanie dopuszczono również w Kodeksie cywilnym – w zakresie umów sprzedaży, aczkolwiek, jak podnosi się w literaturze przedmiotu (patrz: Pietrzykowski K. [red.], Kodeks cywilny. Komentarz, tom II, wydanie 2 rozszerzone i zaktualizowane, Warszawa 2000, s. 50), ich „*prawna doniosłość*” powinna być w każdym wypadku weryfikowana w świetle ograniczeń stawianych przez inne ustawy (w tym ustawę o ochronie [...]).

Zdaniem organu antymonopolowego, żadna z przesłanek niezbędnych do usprawiedliwienia zapisów kwestionowanych w umowie z dnia 4 września 1997r. zawartej przez TK Szel-Sat[®] i Spółdzielnię Mieszkaniową „JEDNOŚĆ” w Ełku nie została spełniona: nie jest to bowiem ani porozumienie bagatelne (w rozumieniu art. 6 ustawy o ochronie [...]), ani nie wyłączono go spod działania powołanej ustawy na mocy rozporządzenia Rady Ministrów, nie posiada również znamion, o których mowa – w definiującym umowę sprzedaży – art. 535 K.c., tj. nie wiąże się z przeniesieniem na kupującego własności rzeczy, jej wydaniem ani z zapłatą za tę rzecz określonej ceny (patrz w podobnej sprawie: wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia z dnia 25 października 2000r., sygn. akt XVII Ama 13/00).

W tej sytuacji Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozważył, czy po uwzględnieniu podniesionych wyżej okoliczności, działania skarżonych przedsiębiorców wyczerpują – w świetle art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie [...] – znamiona praktyki ograniczającej konkurencję.

Fakt, iż zachowania tego rodzaju mogą być w każdym wypadku rozpatrywane wyłącznie w kontekście tzw. rynku relewantnego, tj. „*rynku towarów (usług), które ze względu na ich przeznaczenie 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” (art. 4 ust. 8 ustawy o ochronie [...]), powoduje, iż jego delimitacja będzie stanowić kluczowy punkt dalszych rozważań w niniejszej sprawie. Analizą objęto wymiary: przedmiotowy, terytorialny, czasowy oraz stronę podażową i popytową rynku.

Posiłkując się treścią definicji rynku relewantnego oraz orzecznictwem Sądu Antymonopolowego w innych, podobnych sprawach (patrz np.: wyroki z dnia 6 grudnia 2000r., sygn. akt XVII Ama 101/99, z dnia 2 kwietnia 2001r., sygn. akt Ama 12/01 i z dnia 9 maja 2001r., sygn. akt Ama 91/00), Prezes Urzędu stanął na stanowisku, iż wymiar produktowy konstytuują usługi polegające na umożliwieniu odbiorcy dostępu do programów telewizyjnych i radiowych, krajowych i zagranicznych, niezależnie od rodzaju transmitera (sieci kablowej, przekazu satelitarnego, w tym z platform cyfrowych, lub z nadajników naziemnych), za pomocą którego są dystrybuowane.

Organ antymonopolowy uznał też, iż pomimo określonych ograniczeń techniczno-ekonomicznych związanych z każdym rodzajem przekazu (np. zbyt niski popyt na usługi telewizji kablowej w stosunku do koniecznych nakładów, brak możliwości umieszczenia anteny satelitarnej w dowolnym miejscu), mogą one stanowić dla abonentów – przy porównywalnych ofertach i warunkach cenowych – substytucyjne kanały pozyskiwania dostępu do interesujących ich pakietów programowych.

Drugim wymiarem rynku relewantnego jest – obok przedmiotowego – wymiar przestrzenny, zazwyczaj rozumiany jako obszar geograficzny, na którym warunki konkurencji dla wszystkich jego uczestników są – w odniesieniu do określonych towarów (usług) – jednakowe (bądź zbliżone). W niniejszym postępowaniu przyjęto, iż ma on charakter lokalny, wyznaczony przez zasięg sieci operatora telewizji kablowej, tworzącej trwałą infrastrukturę techniczną służącą przesyłowi programów telewizyjnych i radiowych, zlokalizowaną w granicach zasobów mieszkaniowych należących do SM „JEDNOŚĆ”. Zdaniem organu antymonopolowego, taka definicja wymiaru

przestrzennego rynku znajduje swoje uzasadnienie w konieczności uzyskania przez każdego potencjalnego świadczeniodawcę przedmiotowych usług, zgody Spółdzielni (jako administratora/zarządcy zasobów).

Aspekt czasowy rynku jest w niniejszym postępowaniu istotny o tyle, że ewentualne negatywne, z punktu widzenia stanu relacji konkurencyjnych, skutki zawarcia przez strony umowy z dnia 4 września 1997r. zapewniającej TK Szel-Sat[®] – w obrębie zasobów mieszkaniowych Spółdzielni – wyłączność świadczenia usług przekazu sygnału telewizyjnego drogą kablową trwałyby, zgodnie z postanowieniem § 7 pkt 1, aż do dnia 31 grudnia 2012r.

Struktura podmiotowa tak zdefiniowanego rynku relewantnego jest szczególna: tworzą ją TK Szel-Sat[®], dostawcy programów telewizyjnych przekazywanych drogą satelitarną (w tym platformy cyfrowe), Spółdzielnia Mieszkaniowa „JEDNOŚĆ” w Ełku oraz indywidualni abonenci (mieszkańcy należących do niej zasobów).

O ile nie budzi wątpliwości transparentny charakter strony podaźowej, o tyle wyjaśnienia wymaga strona popytowa rynku relewantnego. W porozumieniu z dnia 4 września 1997r., zawartym przez TK Szel-Sat[®] i Spółdzielnię, postanowiono, iż *„... podłączenie indywidualnych abonentów nastąpi za ich zgodą i po zawarciu umowy indywidualnej określającej prawa i obowiązki.”* Z przywołanego zapisu wynika jednoznacznie, iż świadczenie usług telewizji kablowej odbywa się na podstawie umów swobodnie zawieranych przez abonentów, a Spółdzielni nie można przypisać statusu *„konsumenta zbiorowego”*, zaspokajającego *„zbiorczo”* potrzeby kulturalne mieszkańców administrowanych przez niego zasobów. Tę funkcję skarżona realizuje jedynie pośrednio, tj. poprzez umożliwienie dostępu – do będącej w jej posiadaniu infrastruktury – tym przedsiębiorcom, którzy świadczą usługi przekazu sygnału telewizyjnego drogą kablową, i stworzenie odpowiednich warunków technicznych dla indywidualnego zaspokajania potrzeb przez osoby zamieszkujące w jego zasobach.

Jakkolwiek dla stwierdzenia praktyki monopolistycznej związanej z naruszeniem art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie [...] nie jest konieczne posiadanie na rynku relewantnym pozycji dominującej przez żadnego z uczestników porozumienia, tym niemniej poprawna metodologicznie ocena skutków jego zawarcia dla stanu kon-

kurencji nie może nie uwzględniać zarówno siły (ekonomicznej) przedsiębiorców będących stronami porozumienia (estymowanej wielkością udziału w rynku), jak i barier dostępu do rynku, powstających w związku z tym dla innych przedsiębiorców.

Z materiałów znajdujących się w aktach postępowania wynika, iż zasoby lokalowe skarżonej Spółdzielni obejmują 435 mieszkań; do 405 sygnał telewizji kablowej z nich dostarcza TK Szel-Sat[®], w 6 zainstalowano antenę satelitarną. Oznacza to, że 93,1% odbiorców korzysta z usług skarżonego operatora, co pozwala przypisać mu posiadanie pozycji dominującej na rynku relewantnym.

Mając na względzie przeprowadzoną wyżej analizę Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stanął na stanowisku, iż istnieją wystarczające przesłanki, by uznać treść porozumienia zawartego w dniu 4 września 1997r. przez TK Szel-Sat[®] Spółkę z o.o. w Gdyni i Spółdzielnię Mieszkaniową „JEDNOŚĆ” w Ełku (zwłaszcza jego § 6 i 7) za naruszającą przepis art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie [...].

Decydujące dla przyjęcia takiego rozstrzygnięcia okazały się następujące okoliczności:

- nie budzi wątpliwości uprzywilejowana pozycja stron umowy na obszarze zasobów mieszkaniowych należących do Spółdzielni Mieszkaniowej „JEDNOŚĆ” w Ełku,
- zawarte przez skarżonych przedsiębiorców porozumienie skutecznie ogranicza sprawność działania mechanizmów konkurencji, a w wypadku dostawców sygnału telewizyjnego drogą kablową – uniemożliwia ich funkcjonowanie całkowicie (poprzez wprowadzenie długotrwałej i trudnej do pokonania bariery dostępu w postaci klauzuli wyłączności świadczenia tych usług przyznanej na rzecz TK Szel-Sat[®] oraz deklaracji powstrzymania się – przez administratora – od budowy własnej sieci i wydania zgody innym operatorom na prowadzenie przedmiotowej działalności),
- akceptacja Spółdzielni dla postanowień umowy z dnia 4 września 1997r. powoduje, iż podjęła się ona – bez żadnego uzasadnienia prawnego i wbrew interesom rzeczywistych ich konsumentów (por. w

tej sprawie wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 25 października 2000r., sygn. akt XVII Ama 13/00) – roli „zbiorowego konsumenta” usług telewizji kablowej na administrowanym przez siebie obszarze, pozbawiając w ten sposób abonentów chociażby możliwości dokonania wyboru odpowiadającego im kontrahenta (dostawcy programów telewizyjnych i radiowych drogą kablową).

W tym stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

POUCZENIE: Od decyzji niniejszej służy odwołanie do Sądu Okręgowego – Sądu Antymonopolowego za pośrednictwem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatury w Gdańsku w terminie 14 dni od daty jej doręczenia.

Otrzymują:

1. TELEWIZJA KABLOWA SZEL-SAT[®] SPÓŁKA Z O.O.
UL. T. WENDY 7/9
81-341 GDYNIA
2. SPÓŁDZIELNIA MIESZKANIOWA „JEDNOŚĆ”
UL. GDAŃSKA 35/2
19-300 EŁK