



**PREZES  
URZĘDU OCHRONY  
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK2-410-2/09/KR

Warszawa, 13 listopada 2009 r.

**Decyzja Nr DOK -6/2009**

- I. Na podstawie art. 12 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, w którego toku uprawdopodobniono, że Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie oraz P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zawarli porozumienie ograniczające konkurencję na krajowym hurtowym rynku świadczenia usług dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych, polegające na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem, poprzez:
- a. stosowanie klauzuli wyłączności zakupu usług roamingu krajowego lub innych zbliżonych form dostępu telekomunikacyjnego przez P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie od Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie oraz
  - b. zagwarantowanie Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie prawa pierwszeństwa świadczenia usług roamingu krajowego na rzecz P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, przed innymi operatorami publicznej ruchomej sieci telekomunikacyjnej, którzy złożyli P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oferty świadczenia ww. usług,
- którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na krajowym hurtowym rynku świadczenia usług dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów
- oraz po przyjęciu zobowiązania:
1. Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie i P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do wykreślenia, z zawartej pomiędzy nimi, w dniu 8 czerwca 2006 r., Umowy o Roamingu Krajowym, klauzuli wyłączności zakupu usług roamingu krajowego lub innych zbliżonych form dostępu telekomunikacyjnego przez P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie od Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie oraz klauzuli gwarantującej Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie prawo pierwszeństwa świadczenia usług roamingu krajowego na rzecz P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, przed innymi operatorami publicznej ruchomej sieci telekomunikacyjnej, którzy złożyli P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oferty świadczenia ww. usług,
  2. Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie i P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do niestosowania w ramach wzajemnej współpracy na krajowym hurtowym rynku świadczenia usług dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych klauzuli wyłączności zakupu usług roamingu krajowego

lub innych zbliżonych form dostępu telekomunikacyjnego przez P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie od Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie oraz klauzuli gwarantującej Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie prawo pierwszeństwa świadczenia usług roamingu krajowego na rzecz P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, przed innymi operatorami publicznej ruchomej sieci telekomunikacyjnej, którzy złożyli P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oferty świadczenia ww. usług,

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, nakłada na:

Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie i P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie obowiązek wykonania zobowiązań, o których mowa w punktach I1. i I2., w tym zobowiązania, o którym mowa w punkcie I1., w terminie 21 dni od daty doręczenia decyzji.

II. Na podstawie art. 12 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na:

Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie i P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, obowiązek złożenia sprawozdania:

1. o zrealizowaniu, nałożonego w punkcie I1. decyzji, zobowiązania, w terminie miesiąca od daty doręczenia decyzji, poprzez przekazanie przez Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie i P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii aneksu zmieniającego Umowę o Roamingu Krajowym z 8 czerwca 2006 r. zgodnie z ww. zobowiązaniem,
2. o realizowaniu, nałożonego w punkcie I2. decyzji, zobowiązania, poprzez przekazywanie, w formie pisemnej, przez Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie i P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, informacji o każdorazowej zmianie zasad ich wzajemnej współpracy na krajowym hurtowym rynku świadczenia usług dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych, a także o zakończeniu lub podjęciu takiej współpracy, wraz z załączeniem potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej między nimi umowy, aneksu do umowy lub innego dokumentu regulującego warunki wzajemnej współpracy Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie i P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na ww. rynku, przez okres trzech lat od daty doręczenia decyzji.

### **Uzasadnienie**

W dniu 4 grudnia 2008 r. P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej P4) wystąpiła do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z wnioskiem o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub o jej obniżenie, w związku z zawarciem przez P4 i Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej Polkomtel) porozumienia ograniczającego konkurencję.

W dniu 27 lutego 2009 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej Prezes UOKiK/Urzędu lub organ antymonopolowy) wszczął, na podstawie art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm. – dalej również jako ustawa) postępowanie antymonopolowe przeciwko Polkomtel oraz P4 w związku z zawarciem porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym hurtowym rynku świadczenia usług dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych polegającego na ograniczaniu dostępu do

rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem, poprzez stosowanie klauzuli wyłączności zakupu usług roamingu krajowego lub innych zbliżonych form dostępu telekomunikacyjnego przez P4 od Polkomtel oraz zagwarantowanie Polkomtel prawa pierwszeństwa świadczenia usług roamingu krajowego na rzecz P4, przed innymi operatorami publicznej ruchomej sieci telekomunikacyjnej, którzy złożyli tej spółce ofertę świadczenia ww. usług, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

W dniu 27 lutego 2009 r. Prezes Urzędu zawiadomił Polkomtel i P4 o wszczęciu przeciwko nim ww. postępowania antymonopolowego.

Pismem z dnia 28 sierpnia 2009 r. strony postępowania złożyły wspólny wniosek o wydanie w niniejszej sprawie decyzji w trybie art. 12 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz przedstawiły propozycje zobowiązań, które Prezes Urzędu może nałożyć na Polkomtel i P4 w drodze ww. decyzji.

Pismem z dnia 8 września 2009 r., po dodatkowych ustaleniach dokonanych przez strony postępowania z organem antymonopolowym, Polkomtel i P4 zobowiązały się do wykreślenia z Umowy o Roamingu Krajowym, zawartej między nimi 8 czerwca 2006 r. (dalej również jako Umowa), klauzuli wyłączności zakupu usług roamingu krajowego lub innych zbliżonych form dostępu telekomunikacyjnego przez P4 od Polkomtel oraz klauzuli gwarantującej Polkomtel prawo pierwszeństwa świadczenia usług roamingu krajowego na rzecz P4, przed innymi operatorami publicznej ruchomej sieci telekomunikacyjnej, którzy złożyli tej spółce oferty świadczenia ww. usług oraz do niestosowania w ramach wzajemnej współpracy na krajowym hurtowym rynku świadczenia usług dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych ww. klauzul, a także do złożenia Prezesowi Urzędu sprawozdania o zrealizowaniu tych zobowiązań.

Pismem z dnia 1 października 2009 r. Prezes UOKiK poinformował Polkomtel i P4 o zakończeniu postępowania dowodowego oraz wezwał je do zapoznania się z aktami postępowania i złożenia ewentualnego ostatecznego stanowiska w sprawie.

Pismem z dnia 15 października 2009 r. P4 przedstawiła Prezesowi Urzędu ostateczne stanowisko w niniejszej sprawie.

W toku postępowania antymonopolowego zostały przedstawione informacje i dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do których Prezes Urzędu, mocą stosownych postanowień, ograniczył prawo wglądu. Okoliczność ta wpłynęła na fakt, że niniejsza decyzja składa się z następujących części:

- właściwej decyzji, niezawierającej informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. jawnej dla wszystkich;
- załącznika nr 1, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa niejawnie dla stron postępowania, tj. dla Polkomtel i P4;
- załącznika nr 2, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa jawne dla stron postępowania.

Załączniki nr 1 i 2 decyzji stanowią integralną część decyzji właściwej.

**Organ antymonopolowy ustalił, co następuje:**

**Strony postępowania**

## **Polkomtel**

Spółka rozpoczęła działalność w 1996 r. na podstawie Koncesji nr 3/96/GSM1. Obecnie działa na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Akcjonariuszami Polkomtel są przedsiębiorstwa działające zarówno w branży telekomunikacyjnej, jak również w innych sektorach gospodarki – przede wszystkim w sektorze energetycznym. Są to: KGHM Polska Miedź S.A. – 24,39%, Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. – 24,39%, PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. – 21,85%, Vodafone Americas, Inc. – 19,61%, Węgłokoks S.A. – 4,98% oraz Vodafone International Holdings B.V. – 4,78%.

Spółka dysponuje zestawem pasm w częstotliwościach GSM 900, GSM 1800 i UMTS 2000. Daty ważności koncesji dla operatora kończą się odpowiednio: dla GSM 900 w 2011 r., dla GSM 1800 w 2015 r., dla UMTS 2000 w 2023 r.

Obecnie, Polkomtel oferuje usługi, m.in., pod następującymi markami: *Plus*, *MixPlus*, *Simplus*, *Sami Swoi*, *36,6* czy *iPlus*.

Spółka świadczy usługi w systemie abonamentowym i przedpłaconym. Operator udostępnia klientom również usługi mobilnego dostępu do Internetu.

## **P4**

Spółka powstała w 2005 r. pod firmą Netia Mobile Sp. z o.o., a w październiku 2005 r. zmieniła nazwę na P4.

Udziałowcami P4 są dwa fundusze inwestycyjne: islandzki Novator Telecom – 49,7% udziałów oraz grecki Tollerton – 50,3% udziałów.

W maju 2005 r. spółka (jeszcze pod nazwą Netia Mobile) wygrała przetarg na rezerwację częstotliwości w systemie UMTS, a 23 sierpnia 2005 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej Prezes UKE) dokonał na jej rzecz rezerwacji tych częstotliwości do 31 grudnia 2022 r.

W listopadzie 2008 r. P4, obok Aero2 Sp. z o.o., została zwycięzcą przetargu na rezerwację częstotliwości z zakresu 880 – 890 MHz/925 – 935 MHz na obszarze całego kraju i 9 grudnia 2008 r. otrzymała od Prezesa UKE ich rezerwację.

Komercyjną działalność na rynku telefonii mobilnej spółka rozpoczęła w marcu 2007 r. pod marką *Play*. P4 świadczy usługi w technologii UMTS (3G) oraz GSM 900/1800. Operator posiada ofertę zarówno w systemie abonamentowym, jak i przedpłaconym. Spółka świadczy również usługi mobilnego dostępu do Internetu.

## **Porozumienie**

Na detalicznym rynku telefonii ruchomej w Polsce, na koniec grudnia 2008 r., działało szesnastu operatorów telekomunikacyjnych. Czterech z nich to tzw. operatorzy sieciowi – MNO (ang. *Mobile Network Operator*), przy czym trzech posiadają pełną infrastrukturę sieci komórkowej o zasięgu krajowym (w tym rezerwację częstotliwości radiowych). Są to: Polkomtel - *Plus*, Polska Telefonii Cyfrowa Sp. z o.o. (dalej jako PTC) - *Era* i Polska Telefonii Komórkowa Centertel Sp. z o.o. (dalej jako PTK Centertel) - *Orange*<sup>1</sup>. Czwarty MNO, tj. P4 - *Play* również posiada pełną infrastrukturę sieci komórkowej, ale za względu na wejście tej spółki na rynek w marcu 2007 r., ma ona ograniczony zasięg geograficzny (tzw. wyspowa sieć dostępową). Dwunastu pozostałych przedsiębiorców prowadzi działalność jako tzw. operatorzy wirtualnych sieci ruchomych – MVNO (ang. *Mobile Virtual Network Operator*). Charakteryzują się oni tym, że – w zależności od przyjętego modelu MVNO – nie

---

<sup>1</sup> Czcionką pochyłą zaznaczono główne (najbardziej rozpowszechnione) marki, pod którymi funkcjonują na rynku Polkomtel, Polska Telefonii Cyfrowa oraz Polska Telefonii Komórkowa Centertel.

posiadają w ogóle lub tylko w ograniczonym zakresie dysponują własną infrastrukturą sieciową i w żadnym przypadku nie posiadają rezerwacji częstotliwości radiowych. Są to: Aster Sp. z o.o. (*Aster*), Avon Mobile Sp. z o.o. (*myAvon*), CP Telecom Sp. z o.o. (*Carrefour Mova*), Crowley Data Poland Sp. z o.o. (*CROWLEY TeleMobile*), Cyfrowy Polsat S.A. (*Cyfrowy Polsat*), emFinanse Sp. z o.o. (*mBank mobile*), Mars Polska Sp. z o.o. (*Snickers Mobile*), Mediatel S.A. (*Telepin Mobi*), MNI Telecom S.A. (*Simfonia i Ezo Mobile*), Mobile Entertainment Company Sp. z o.o. (*Mobilking*), Netia S.A. (*Netia Mobile*), Wirtualna Polska S.A.<sup>2</sup> (*Wp mobi*).<sup>3</sup>

Wszyscy ww. operatorzy telekomunikacyjni świadczą na rzecz swoich klientów detalicznych (użytkowników końcowych) usługi telefonii ruchomej o zasięgu ogólnopolskim. Należy jednak wskazać, że tylko trzech MNO – Polkomtel, PTC oraz PTK Centertel – działa wyłącznie w oparciu o własną infrastrukturę. Pozostali przedsiębiorcy natomiast, świadczą usługi przy wykorzystaniu, w mniejszym bądź większym zakresie (w zależności od zapotrzebowania), sieci trzech ww. operatorów MNO. Dochodzi więc do współpracy handlowej na szczeblu hurtowym między operatorem nabywającym usługę dostępu do takiej sieci i tym przedsiębiorcą, który tę sieć udostępnia (tzw. *host* lub dostawca).

O ile po stronie operatorów udostępniających **swoją** sieć innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym występują zawsze MNO posiadający pełną infrastrukturę ruchomej sieci telefonicznej, o tyle po stronie przedsiębiorców nabywających dostęp do tej sieci mogą wystąpić różne podmioty, w zależności od tego jaką infrastrukturę posiadają, a w konsekwencji, do jakich elementów sieci MNO potrzebują nabyć dostęp. W związku z tym wyróżnia się spośród nich (nabywców) następujące podmioty:

- MVNO SP (ang. *Service Provider*) – MVNO Dostawca Usług,
- MVNO ESP (ang. *Enhanced Service Provider*) – MVNO Zaawansowany Dostawca Usług,
- Full/Pure MVNO – Pełny/Czysty MVNO
- MNO działający w modelu roamingu krajowego<sup>4</sup>.

**Zakwestionowane przez Prezesa Urzędu porozumienie między Polkomtel i P4 dotyczy ustalenia warunków współpracy tych spółek w zakresie świadczenia przez Polkomtel usług dostępu do swojej sieci na rzecz P4.**

Należy wskazać, że P4 jest operatorem MNO działającym w modelu roamingu krajowego. Oznacza to, że spółka ta posiada rezerwację częstotliwości radiowych oraz rozbudowuje własną sieć dostępową, jednak ze względu na fakt, że weszła na rynek w marcu 2007 r. sieć P4 nie ma zasięgu krajowego.

Dysponując ww. infrastrukturą, P4, żeby móc rozpocząć w 2007 r. świadczenie detalicznych usług telefonii ruchomej o zasięgu krajowym, musiała uzyskać dostęp do sieci innego

---

<sup>2</sup> Z dniem 24 czerwca 2009 r., w ramach Grupy Kapitałowej Telekomunikacja Polska, podjęta została decyzja o wycofaniu się Wirtualnej Polski S.A. ze świadczenia usług telekomunikacyjnych w modelu MVNO pod marką *Wp mobi* – informacja pochodzi ze *Sprawozdania Zarządu z działalności Grupy Telekomunikacja Polska w pierwszym półroczu 2009 r.*, s. 27, w: *Skonsolidowanym Raporcie Grupy Kapitałowej Telekomunikacji Polskiej za pierwsze półrocze 2009 r.*

<sup>3</sup> Dane pochodzą z *Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego w 2008 r.*, przygotowanego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, opublikowanego 24 kwietnia 2009 r. na stronie internetowej: [www.uke.gov.pl](http://www.uke.gov.pl), s. 53-54.

<sup>4</sup> Charakterystyka wskazanych modeli działalności operatorów telefonii ruchomych znajduje się w części decyzji dotyczącej rynku właściwego.

operatora telekomunikacyjnego, posiadającego sieć o takim zasięgu. W tym celu P4 podjęła współpracę z Polkomtel na podstawie Umowy o Roamingu Krajowym.

Organ antymonopolowy zakwestionował porozumienie Polkomtel i P4 polegające na wprowadzeniu do Umowy klauzuli wyłączności zakupu usług roamingu krajowego lub innych zbliżonych form dostępu telekomunikacyjnego przez P4 od Polkomtel oraz klauzuli gwarantującej Polkomtel prawo pierwszeństwa świadczenia usług roamingu krajowego na rzecz P4, przed innymi operatorami publicznej ruchomej sieci telekomunikacyjnej, którzy złożyli P4 oferty świadczenia ww. usług.

[TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA] – załącznik nr 2 do Decyzji

### **Prezes Urzędu zważył, co następuje:**

#### **Interes publicznoprawny**

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów należy do sfery prawa publicznego. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 1 ustawy, określa ona warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.

Podstawą do zastosowania przepisów ww. ustawy jest uprzednie stwierdzenie, że w niniejszej sprawie doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. Oznacza to, że mechanizmy służące ochronie konkurencji mogą być wykorzystane jedynie wówczas, gdy działania przedsiębiorców naruszałoby interes publicznoprawny, czyli dotyczący ogółu, a nie jednostki czy oznaczonej grupy podmiotów. Ustawa znajduje więc zastosowanie, 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.<sup>5</sup>

Ponadto, jak podkreśla Sąd Najwyższy<sup>6</sup>, ochrona konkurencji – jako cel wskazany organowi antymonopolowemu w ustawie – wymaga nie tylko reakcji na pokrzywdzenie jakiegokolwiek kontrahenta, ale również reakcji na istnienie samego stanu realnego zagrożenia dla zasad swobodnej konkurencji. Stan takiego potencjalnego zagrożenia jest bowiem oceniany z punktu widzenia interesu publicznego, jako stan niewłaściwy, a tym samym niedopuszczalny.

Należy jednocześnie podkreślić, że interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien on być ustalony i skonkretyzowany co do swoich wymagań.

Mając na uwadze, że Polkomtel, jako dostawca usług, posiada ok. [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA] – załącznik nr 1 do Decyzji - udział w rynku właściwym, tj. krajowym hurtowym rynku świadczenia usług dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych a P4, jako nabywca, dysponuje ok. 86,4% udziałem w tym rynku<sup>7</sup>, można przyjąć, że operatorzy ci mogą naruszyć reguły wolnej

<sup>5</sup> Zob. wyrok SN z 29 maja 2001 r., I CKN 1217/98.

<sup>6</sup> Zob. wyrok SN z 24 lipca 2003 r., I CKN 496/01.

<sup>7</sup> Informacje dotyczące udziałów rynkowych przedsiębiorców działających po stronie podaźowej i popytowej rynku właściwego zostały szerzej omówione w części decyzji dotyczącej porozumienia między Polkomtel i P4.

konkurencji, w przypadku gdy zawarte między nimi porozumienie wpływa na prowadzenie działalności gospodarczej przez innych przedsiębiorców świadczących na ww. rynku usługi.

Ustalenie bowiem między Polkomtel i P4 warunków ich współpracy na rynku właściwym w oparciu o wyłączność zakupów usług roamingu krajowego lub innych zbliżonych form dostępu telekomunikacyjnego przez P4 od Polkomtel oraz zagwarantowanie Polkomtel prawa pierwszeństwa świadczenia usług roamingu krajowego na rzecz P4, przed innymi operatorami publicznej ruchomej sieci telekomunikacyjnej, którzy złożyli tej spółce oferty świadczenia ww. usług, może ograniczać innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostęp do tego rynku.

Mając na uwadze powyższe, organ antymonopolowy uznał, że naruszenie przez Polkomtel i P4 zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy spełnia przesłankę interesu publicznego.

### **Rynek właściwy w sprawie**

Wyznaczenie rynku właściwego (relewantnego) ma kluczowe znaczenie dla stosowania przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Rynek właściwy wyznacza płaszczyznę współzawodnictwa konkurentów w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej na określonym terytorium geograficznym.<sup>8</sup> Wyznaczenie jego granic jest więc niezbędne dla oceny działań przedsiębiorców z punktu widzenia ich zgodności z prawem antymonopolowym.

Przez rynek właściwy, stosownie do art. 4 pkt 9 ustawy, rozumie się *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*.

Ustawowa definicja rynku właściwego wskazuje zatem na dwa aspekty, jakie powinny być brane pod uwagę podczas jego określania, a mianowicie aspekt produktowy i geograficzny. Pierwszy stanowi, które towary są zaliczane do tego samego rynku właściwego, a drugi – jaki jest zakres terytorialny tego rynku. Należy przy tym wskazać, że pod pojęciem *towaru*, w świetle art. 4 pkt 7 ustawy, rozumie się, m.in., wszelkiego typu usługi.

Uwzględniając informacje i dokumenty zgromadzone w niniejszym postępowaniu, Prezes Urzędu ustalił, że rynkiem właściwym, na którym Polkomtel i P4 zawarły porozumienie, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji, jest krajowy hurtowy rynek świadczenia usług dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych.

### **Rynek produktowy**

Reguły definiowania rynku właściwego w ujęciu produktowym oparte są na koncepcji substytucyjności, rozumianej jako możliwość zamiennego stosowania produktów lub usług przez nabywców, których potrzeby mają one zaspokajać. To oznacza, że podstawowe znaczenie dla wyznaczenia rynku produktowego ma substytucyjność po stronie popytu (tzw. substytucyjność popytowa).

<sup>8</sup> Zob. wyrok SOKiK z 18 grudnia 2002 r., XVII Ama 19/01, niepubl.

Ponadto, zgodnie z orzecznictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, przy określaniu rynku należy m.in., obok towaru na nim oferowanego wziąć pod uwagę szczebel obrotu (hurt, detal)<sup>9</sup>.

Należy jednocześnie pamiętać, że aby w ogóle mówić o rynku, musimy mieć do czynienia z transakcjami gospodarczymi łączącymi jego uczestników. Nie możemy mówić o rynku w sytuacji, w której pomiędzy jego domniemanymi uczestnikami nie dochodzi do żadnej wymiany gospodarczej.

Uwzględniając informacje i dokumenty zgromadzone w niniejszym postępowaniu, Prezes Urzędu ustalił że rynkiem właściwym jest hurtowy rynek świadczenia usług dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych. Organ antymonopolowy uznał, że ze względu na zakres produktowy, w skład tego rynku wchodzi następujące usługi:

1. **rozpoczynanie połączeń** – umożliwia innym operatorom **pośredni dostęp** do publicznej ruchomej sieci telefonicznej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego oraz pozwala tym operatorom na oferowanie, przy wykorzystaniu numeru dostępowego lub preselekcji, usług połączeń telefonicznych w technologii ruchomej użytkownikom końcowym, będącym abonentami publicznej ruchomej sieci telefonicznej operatora uzyskującego ww. pośredni dostęp;
2. **rozpoczynanie połączeń powiązane z dostępem** – umożliwia innym operatorom **dostęp** do publicznej ruchomej sieci telefonicznej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego oraz pozwala tym operatorom na oferowanie swoim użytkownikom końcowym kompletnego zestawu usług w technologii ruchomej, w oparciu o udostępnioną sieć;
3. **czas połączeń (airtime) powiązany z dostępem** – sprzedaż, przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego posiadającego ruchomą publiczną sieć telefoniczną, pakietów minut lub pojemności we własnej sieci innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym. Usługa ta umożliwia dostawcom usług oferowanie użytkownikom końcowym usług telefonicznych w technologii ruchomej, poprzez odsprzedaż na rynku detalicznym zakupionego hurtowo czasu, np. w formie usług przedpłaconych (pre-paid);
4. **krajowy roaming**<sup>10</sup> – hurtowa sprzedaż usług przez operatora sieci ruchomej posiadającego pełne pokrycie siecią dostępową na terytorium kraju na rzecz innego operatora sieci telefonii ruchomej, który w celu obsługi własnych abonentów kupuje dostęp do sieci pierwszego operatora na obszarach, które nie zostały przez niego pokryte własną siecią dostępową.

Wszystkie ww. usługi mają na celu zapewnienie nabywcom możliwość oferowania ich klientom detalicznym (użytkownikom końcowym) usług telefonii ruchomej, za pośrednictwem sieci operatora - dostawcy.

*Strona podażowa*

---

<sup>9</sup> Wyrok SOKiK z 23 marca 2006 r., XVII Ama 130/04.

<sup>10</sup> Roaming krajowy (ang. *National roaming*) - to mechanizm w bezprzewodowych sieciach telekomunikacyjnych (np. komórkowych lub Wi-Fi), umożliwiający korzystanie z usług obcych sieci, bądź punktów dostępowych, w momencie gdy abonent znajduje się poza zasięgiem sieci operatora lub dostawcy Internetu, z którym podpisał umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych.



Stronę podażową, tj. dostawców usług na rynku właściwym wyznaczonym w niniejszej sprawie stanowią operatorzy MNO, posiadający własną, pełną infrastrukturę tworzącą publiczną ruchomą sieć telefoniczną o zasięgu krajowym.

### *Strona popytowa*

Stronę popytową rynku właściwego wyznaczonego w niniejszej sprawie stanowią:

1. **operatorzy wirtualnych ruchomych sieci telefonicznych, tzw. MVNO**, prowadzący działalność w oparciu o jeden z trzech poniższych modeli współpracy z operatorami ruchomych sieci telefonicznych posiadającymi własną infrastrukturę, tworzącą publiczną ruchomą sieć telefoniczną, tj. MNO. Wśród MVNO wyróżnia się następujące modele:
  - a. **dostawca usług, tzw. SP** – przedsiębiorca telekomunikacyjny, który nie posiada własnej infrastruktury sieciowej, a z powodu braku własnego zakresu numeracyjnego i kodu sieci, nie posiada również własnych kart SIM. Korzysta on z kart SIM operatora MNO, z którym współpracuje na rynku właściwym. Taki model współpracy z MNO dopuszcza możliwość posiadania przez SP własnego systemu bilingowego, co wiąże się z jego utrzymaniem i implementacją własnych taryf detalicznych. Jego działalność sprowadza się do dostarczania usług telekomunikacyjnych pod własną marką oraz realizacji procesów związanych z marketingiem, sprzedażą i obsługą własnych użytkowników końcowych;
  - b. **zaawansowany dostawca usług, tzw. ESP** – przedsiębiorca telekomunikacyjny posiadający własną infrastrukturę umożliwiającą taryfikację i biling użytkowników końcowych, świadczenie usług dodatkowych oraz zarządzanie dostępem do usług. Ponadto, ESP posiada własny zakres numeracyjny z indywidualnym kodem sieci – NDC oraz dysponuje własnymi kartami SIM. Model współpracy ESP stanowi rozszerzenie modelu SP;
  - c. **pełny MVNO** – przedsiębiorca telekomunikacyjny posiadający infrastrukturę telekomunikacyjną, za wyjątkiem podsystemu radiowego BSS<sup>11</sup> (brak BTS<sup>12</sup>, BSC<sup>13</sup> i transmisji) w sieci dostępowej. Posiada on pełną infrastrukturę szkieletową realizującą funkcje komutacyjne. Infrastruktura komutacyjna pozwala mu na samodzielne zestawianie i kierowanie połączeń. Ponadto, dzięki posiadaniu elementów komutacyjnych pełny MVNO może samodzielnie realizować punkty styku z innymi operatorami sieci telekomunikacyjnych. Operator ten posiada własne centrale MSC<sup>14</sup> oraz SGSN<sup>15</sup>. Przedsiębiorca ten w pełni kontroluje dostęp do sieci swoich abonentów, posiadając własne rejestry HLR<sup>16</sup>, VLR<sup>17</sup>, AuC<sup>18</sup> oraz systemy bilingowe.

---

<sup>11</sup> BSS – ang. *Base Station Subsystem*.

<sup>12</sup> BTS – ang. *Base Transceiver Station* - stacje bazowe systemu GSM stanowią interfejs pomiędzy infrastrukturą sieciową operatora a terminalami użytkowników.

<sup>13</sup> BSC – ang. *Base Station Controller* – sterowniki stacji bazowych sterujące pracą BTS.

<sup>14</sup> MSC – ang. *Mobile Switching Centre* – centrala systemu komórkowego która realizuje podstawowe funkcje komutacyjne systemu, tj. odpowiada za zestawianie połączeń w ramach danego systemu GSM, a także połączeń pomiędzy abonentami tego systemu a abonentami zewnętrznych sieci telekomunikacyjnych. Nadzoruje ona zestawione połączenia oraz nalicza opłaty.

<sup>15</sup> SGSN – ang. *Serving GPRS Support Node* – węzeł sieci GSM odpowiedzialny za odpowiednie procesy.

<sup>16</sup> HLR – ang. *Home Location Register* – rejestr stacji własnych zawiera informacje o abonentach systemu zarejestrowanych w danej sieci telefonii komórkowej, niezależnie od ich aktualnego położenia.

<sup>17</sup> VLR – ang. *Visitor Location Register* – rejestr stacji obcych zawiera informacje o abonentach aktualnie znajdujących się w obszarze obsługiwanym przez skojarzoną z nim centralę MSC.

<sup>18</sup> AuC – ang. *Authentication Center* – jest bazą danych posiadającą łączność sygnalizacyjną z głównym rejestrem HLR. AuC uczestniczy w procedurach zabezpieczających, przy identyfikacji użytkowników oraz szyfrowaniu transmisji w kanale radiowym.

Podobnie jak ESP, pełny MVNO posiada również własne karty SIM oraz zakres numeracyjny. Model pełnego MVNO stanowi najbardziej zaawansowaną formę operatorów sieci wirtualnej;

2. **operatorzy MNO korzystający z usługi roamingu krajowego** – przedsiębiorcy telekomunikacyjni będący w pełni samodzielnymi MNO w zakresie świadczonych usług, jednak zasięg ich infrastruktury dostępowej czasowo lub trwale nie pokrywa obszaru całego kraju, a jedynie niektóre obszary (tzw. wyspowa sieć dostępowa). W związku z tym, w celu świadczenia usług w skali krajowej, operatorzy ci muszą skorzystać z sieci innego MNO, posiadającego ruchomą sieć telekomunikacyjną, uzupełniającą zasięg ich sieci w oparciu o usługę roamingu krajowego.

Z powyższego wynika, że operatorzy działający po stronie popytowej rynku właściwego korzystają z usług dostępu do sieci MNO w różnym zakresie, w zależności od tego jak rozbudowaną posiadają infrastrukturę własną. Należy jednak podkreślić, że w każdym przypadku dostawcami ww. usług są operatorzy MNO, ponieważ tylko oni mają techniczne możliwości ich świadczenia, z uwagi na to, że obecnie wyłącznie oni dysponują pełną infrastrukturą telekomunikacyjną o zasięgu krajowym.

W ocenie Prezesa Urzędu, mając na uwadze informacje i dokumenty zgromadzone w niniejszym postępowaniu, można przyjąć, że rynkiem właściwym w ujęciu produktowym, na którym Polkomtel i P4 zawarły porozumienie ograniczające konkurencję, jest hurtowy rynek świadczenia usług dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych. Należy również podkreślić, że strony postępowania antymonopolowego nie kwestionowały w jego toku postępowania tak określonego rynku właściwego.

### Rynek geograficzny

Rynkiem w znaczeniu geograficznym jest obszar, na którym warunki konkurencji dotyczące danego towaru są dostatecznie jednolite i który można odróżnić od obszarów sąsiadujących przez wzgląd na odmienne warunki prowadzenia działalności oferowane przedsiębiorcom. Na wielkość rynku geograficznego mają przede wszystkim wpływ naturalne cechy badanego towaru. Na granice rynku geograficznego mogą mieć także wpływ czynniki natury prawnej, przykładowo bariery dostępu do rynku.

W niniejszej sprawie, Prezes Urzędu uznał, że geograficzny zasięg rynku właściwego obejmuje terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Za takim wyznaczeniem rynku geograficznego przemawia fakt, że do świadczenia przez MNO, na rzecz hurtowych odbiorców, usług wchodzących w zakres produktowy rynku właściwego niezbędne jest posiadanie przez MNO ruchomej publicznej sieci telefonicznej na obszarze Polski. Wynika to również z umów zawieranych między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi na hurtowym rynku świadczenia usług dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych, zgodnie z którymi, zarówno pod pojęciem sieci operatora –dostawcy, jak i nabywcy należy rozumieć publiczną ruchomą sieć telekomunikacyjną eksploatowaną przez tych operatorów w Polsce, w określonym standardzie (np. GSM 900, GSM 1800 lub UMTS). W konsekwencji, podmioty nieposiadające ww. sieci na terytorium RP nie mogą wywierać presji konkurencyjnej na przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających w oparciu o taką sieć w Polsce.

Ponadto, organ antymonopolowy wziął pod uwagę, że w świetle treści art. 10 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. *Prawo telekomunikacyjne* (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.) działalność

telekomunikacyjna jest działalnością gospodarczą regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Na podstawie uzyskanego wpisu przedsiębiorca telekomunikacyjny jest uprawniony do podjęcia oraz prowadzenia działalności wyłącznie na terytorium RP.

Działalność telekomunikacyjna polega, m.in., na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych, co oznacza: przygotowywanie sieci telekomunikacyjnej w sposób umożliwiający świadczenie w niej usług, jej eksploatację, nadzór nad nią lub umożliwienie dostępu telekomunikacyjnego.

Należy jednocześnie wskazać, że zgodnie z treścią art. 12 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, fakt naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 tej ustawy wymaga jedynie uprawdopodobnienia, a nie udowodnienia. Istotne jest przy tym, że uprawdopodobnienie dotyczy wszystkich elementów decyzji, w tym również rynku właściwego.

### **Uprawdopodobnienie naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy**

Zgodnie z treścią art. 12 ust. 1 ustawy, do wydania przez Prezesa Urzędu decyzji zobowiązującej wystarczające jest uprawdopodobnienie naruszenia przez stronę/strony postępowania zakazu określonego w art. 6 lub 9 ustawy lub w art. 81 lub 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

Instytucja uprawdopodobnienia występuje w wielu przepisach prawa, ale w żadnym z nich nie została określona ani co do istoty, ani charakteru. Z postanowienia Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2006 r., II CNP 13/05 wynika, że jedynie art. 243 k.p.c. stanowi, iż zachowanie szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym nie jest konieczne, ilekroć ustawa przewiduje uprawdopodobnienie zamiast dowodu. Sąd Najwyższy stwierdził ponadto, że skoro ustawodawca nie zdefiniował pojęcia *uprawdopodobnienie*, należy przyjąć, że miał na względzie potoczne rozumienie tego określenia.

Odnosnie do *uprawdopodobnienia* wypowiedział się również Naczelny Sąd Administracyjny<sup>19</sup>, który stwierdził, że uprawdopodobnienie określonej okoliczności nie jest równoznaczne z jej pełnym udowodnieniem. Wystarczają także dowody pośrednie i domniemania faktyczne, czyli wyciąganie logicznych wniosków o faktach na podstawie innych ustalonych faktów. Gdy przepisy prawa wymagają, aby uprawdopodobnić określoną okoliczność, należy wykazać, że istnieje realna możliwość przyjętego domniemania.

Naczelny Sąd Administracyjny<sup>20</sup> przyjął również, że uprawdopodobnienie stanowi środek zastępczy dowodu w znaczeniu ścisłym, a zatem środek niedający pewności, lecz tylko wiarygodność (prawdopodobieństwo) twierdzenia o jakimś fakcie.

Podobne stanowisko przyjęła doktryna. Przykładowo, E. Iserzon wyraził pogląd, zgodnie z którym uprawdopodobnienie jest to czynność procesowa stwarzająca w świadomości organu orzekającego mniejszy lub większy stopień przekonania o prawdopodobieństwie jakiegoś faktu.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 20 kwietnia 1995 r., SA/Gd 340/94.

<sup>20</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 5 maja 1995 r., SA/Wr 2223/94.

<sup>21</sup> E. Iserzon, J. Staroścień, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, teksty, wzory i formularze*, Warszawa 1970.

W świetle art. 12 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, uprawdopodobnienie stwierdza się na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu lub będących podstawą wszczęcia postępowania z urzędu. Wynika z tego, że źródłem uprawdopodobnienia może być w istocie każda informacja, dokument, okoliczność, która jest znana organowi antymonopolowemu.<sup>22</sup>

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu zgromadził informacje i dokumenty umożliwiające uprawdopodobnienie, że Polkomtel i P4 naruszyły zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

### Porozumienie

Stronom postępowania antymonopolowego postawiono zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Przepis ten stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy, zakazu, o którym mowa w ww. art. 6 ust. 1, nie stosuje się do porozumień zawieranych między konkurentami, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5% oraz do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami, jeżeli udział w rynku posiadany przez któregokolwiek z nich w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10%.

Z treści art. 7 ust. 1 ustawy wynika zatem wyłączenie spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, określanego również jako zasada *de minimis*. Zasada ta stosowana jest do porozumień, które nie zagrażają konkurencji w stopniu uzasadniającym ingerencję organu antymonopolowego.<sup>23</sup> Porozumienia takie określa się jako bagatelne. Należy zaznaczyć, że kryterium udziału w rynku, o którym mowa w art. 7 ust. 1 pkt 1 i 2, odnosi się do rynków właściwych, których dotyczy porozumienie.

W ocenie Prezesa Urzędu przesłanki wskazane w treści art. 7 ust. 1 ustawy nie znajdują zastosowania do stanu faktycznego w niniejszej sprawie.

Porozumienie zawarte między Polkomtel i P4 organ antymonopolowy przeanalizował również w świetle przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007 r. *w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję* (Dz. U. z 2007 r., Nr 230, poz. 1691 - dalej Rozporządzenie). Ma ono bowiem charakter wertykalny (Polkomtel jest dostawcą usługi roamingu krajowego, P4 natomiast, jej nabywcą).

Zgodnie z § 4 ust. 1 Rozporządzenia wyłączenie stosuje się do porozumień wertykalnych, jeśli udział dostawcy w rynku właściwym sprzedaży towarów objętych porozumieniem nie przekracza 30%. Dostawcą w zakwestionowanym porozumieniu jest Polkomtel, który posiada wyższy niż 30% udział w rynku właściwym. Z tego względu, na gruncie Rozporządzenia,

---

<sup>22</sup> C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis 2009, s. 311.

<sup>23</sup> R. Whish, *Competition Law*, Oxford University Press 2009, s. 137.

porozumienie zawarte między Polkomtel i P4 nie podlega wyłączeniu spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 6.

### *Cel lub skutek*

Zgodnie z brzmieniem art. 6 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. Cel lub skutek wskazane są jako przesłanki alternatywne. Oznacza to, że wystarczy, aby w rozstrzygnięciu sprawy organ antymonopolowy wykazał którąkolwiek z nich.

Cel porozumienia można określić jako wolę jego uczestników wyrażoną w treści określonego dokumentu, jak również to, czego strony porozumienia wyraźnie nie określiły w umowie, ale zamierzają osiągnąć. Warto przy tym zauważyć, że dla określenia celu porozumienia podstawowe znaczenie ma jego obiektywny charakter, a nie subiektywne wyobrażenia jego stron o zamiarach czy motywach działania. Cel porozumienia wynika zatem wprost z całokształtu albo z przynajmniej części postanowień umowy, przy czym dla jego oceny należy także uwzględnić okoliczności jego realizacji.<sup>24</sup> Ponadto, dla określenia czy porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji nie tylko należy uwzględnić treść porozumienia, ale także inne czynniki, takie jak cele porozumienia jako takiego w danym kontekście gospodarczym i prawnym.<sup>25</sup> Należy również wskazać, że cel porozumienia ograniczającego konkurencję nie musi zostać osiągnięty, tzn. nie musi stać się jego skutkiem w taki sposób jak zaplanowano w umowie.<sup>26</sup>

Zakazem określonym w art. 6 ust. 1 ustawy objęte są również porozumienia, których celem nie jest ograniczenie konkurencji, lecz które faktycznie taki skutek wywołały lub też mogą taki skutek wywołać w niedalekiej przyszłości. Nie ma zatem znaczenia brak wystąpienia po stronie przedsiębiorców zamiaru ograniczenia konkurencji. Zamiar taki nie musi także wynikać z – ocenianej obiektywnie – treści porozumienia. Z powyższego wynika zatem, że porozumienia, których celem samym w sobie nie było ograniczenie konkurencji mogą być zakazane, jeśli wywołują taki skutek. Negatywny skutek nie musi od razu wystąpić, wystarczy że porozumienie zostało zawarte i że istnieje prawdopodobieństwo, iż skutek wystąpi w najbliższej przyszłości.<sup>27</sup>

Porozumienie między Polkomtel i P4 zostało zawarte na krajowym hurtowym rynku świadczenia usług dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych i polega na wprowadzeniu do Umowy klauzuli wyłączności zakupu usług roamingu krajowego lub innych zbliżonych form dostępu telekomunikacyjnego przez P4 od Polkomtel (dalej klauzula wyłączności zakupu) oraz klauzuli gwarantującej Polkomtel prawo pierwszeństwa świadczenia usług roamingu krajowego na rzecz P4, przed innymi operatorami publicznej ruchomej sieci telekomunikacyjnej, którzy złożyli P4 oferty świadczenia ww. usług (dalej klauzula gwarantująca Polkomtel prawo pierwszeństwa).

### *Zarzut dotyczący klauzuli wyłączności zakupu*

---

<sup>24</sup> T. Skoczny, W. Szpringer, *Zakaz Porozumień Ograniczających Konkurencję I*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1996.

<sup>25</sup> Wyrok ETS z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-551/03 P *General Motors BV v. Comision*.

<sup>26</sup> J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press 1999.

<sup>27</sup> T. Skoczny, W. Szpringer, *op. cit.*

Prezes Urzędu uprawdopodobnił, że celem i skutkiem wprowadzenia do Umowy klauzuli wyłączności zakupu jest ograniczenie konkurencji poprzez ograniczenie dostępu do rynku przedsiębiorcom nieobjętym porozumieniem. Uprawdopodobnienie to organ antymonopolowy oparł o następujące okoliczności.

Na rynku właściwym przedsiębiorcami, którzy świadczą usługi dostępu do swojej sieci są trzej MNO, tj. Polkomtel, PTC oraz PTK Centertel. Ich faktyczne udziały w hurtowym rynku świadczenia usług dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych, liczone wg przychodów uzyskanych w 2008 r. z tytułu sprzedaży usług świadczonych na tym rynku, przedstawiają się odpowiednio w następujący sposób: [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA] – załącznik nr 1 do Decyzji. Wartości te jednoznacznie wskazują na silną pozycję Polkomtel na wskazanym rynku. Należy przy tym wskazać, że tak wysoki udział tej spółki w rynku właściwym wynika przede wszystkim z faktu, że jednym z jej kontrahentów jest P4, która jednocześnie jest największym nabywcą usług na tym rynku.

Na koniec 2008 r., obok P4, po stronie popytowej na rynku właściwym, działało dwunastu operatorów MVNO. Trzech z nich – CP Telecom Sp. z o.o. (*Carrefour Mova*), emFinanse Sp. z o.o. (*mBank mobile*) oraz Netia S.A. (*Netia Mobile*), bezpośrednio lub pośrednio, korzysta z sieci Polkomtel, siedmiu - Avon Mobile Sp. z o.o. (*myAvon*), Aster Sp. z o.o. (*Aster*), Crowley Data Poland Sp. z o.o. (*Crowley TeleMobile*), Mars Polska Sp. z o.o. (*Snickers Mobile*), MediaTel S.A. (*Telepin Mobi*), MNI Telecom S.A. (*Simfonia* i *Ezo Mobile*) oraz Wirtualna Polska S.A. (WPmobi) – świadczy lub świadczyło detaliczne usługi telefonii ruchomej, bezpośrednio lub pośrednio, w oparciu o sieć PTK Centertel i dwóch operatorów - Cyfrowy Polsat S.A. (*Cyfrowy Polsat*) oraz Mobile Entertainment Company Sp. z o.o. (*Mobilking*) – korzysta z sieci PTC.

Dwunastu ww. operatorów MVNO (bez P4), na koniec 2008 r. posiadało ogółem ponad 300 tys. użytkowników końcowych, z detalicznych usług P4 natomiast, korzystało w tym czasie ok. 2 mln klientów. Należy przy tym zaznaczyć, że liczba obsługiwanych klientów detalicznych bezpośrednio przekłada się na wartość usług nabywanych przez operatorów na rynku właściwym od MNO. Czym większa bowiem liczba użytkowników końcowych korzysta z detalicznych usług telefonii ruchomej danego operatora MVNO lub MNO korzystającego z roamingu krajowego, tym więcej, pod względem wartości, przedsiębiorca ten nabywa usług od operatora MNO, z którego sieci korzysta. Biorąc pod uwagę powyższe dane, udział P4 po stronie popytowej rynku właściwego wynosi ok. 86,4%, podczas gdy pozostali nabywcy usług na tym rynku posiadają łącznie ok. 13,6% udziału rynkowego.

Przy takiej strukturze podmiotowej i udziałowej rynku właściwego, zarówno po jego stronie podażowej, jak i popytowej, uprawdopodobniono, że wprowadzenie do Umowy klauzuli wyłączności zakupu miało na celu i wywołało skutek ograniczający konkurencję, w postaci ograniczenia dostępu do rynku przedsiębiorcom nieobjętym porozumieniem, którzy świadczą hurtowe usługi dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych, tj. PTC i PTK Centertel. Operatorzy ci (jako dostawcy usług) nie mają bowiem dostępu do ponad 80% rynku właściwego a przy jego strukturze podażowo-popytowej oraz stosowaniu przez Polkomtel i P4 klauzuli wyłączności zakupu, sytuacja ta nie może ulec zmianie. Zwłaszcza, jeśli weźmie się pod uwagę, że strony porozumienia zobowiązały się do stosowania tej klauzuli przez cały czas trwania Umowy. Zgodnie bowiem z Wytycznymi Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych (2000/C 291/01), analizując porozumienia wertykalne zawierające klauzule wyłączności zakupu, z punktu widzenia ich

zgodności z prawem antymonopolowym, należy brać pod uwagę nie tylko pozycję rynkową dostawcy, ale również zakres i czas przez jaki klauzula ta jest stosowana. Tego rodzaju zobowiązania trwające dłużej niż pięć lat, w przypadku większości rodzajów inwestycji nie są uznawane za konieczne dla uzyskania domniemanych efektywności bądź efektywności są niedostateczne, aby zrównoważyć ich wykluczający efekt na rynku.<sup>28</sup>

W ocenie Prezesa Urzędu, wprowadzenia klauzuli wyłączności zakupu nie uzasadniania również chęć zminimalizowania ewentualnych ryzyk wynikających z wykonywania Umowy przez Polkomtel i P4, polegających, m.in., na poniesieniu przez Polkomtel nakładów inwestycyjnych w rozbudowę swojej sieci w celu świadczenia na rzecz P4 usługi roamingu krajowego i późniejszego ewentualnego zrezygnowaniu przez P4 z nabywania tej usługi od Polkomtel oraz podjęcia współpracy z innym MNO.

Należy jednocześnie podkreślić, że strony porozumienia nie wykazały w toku postępowania, że wprowadzenie klauzuli wyłączności zakupu było konieczne w celu zminimalizowania ww. ryzyk. Ponadto, Polkomtel i P4 wprowadziły w Umowie szereg regulacji, których celem było zabezpieczenie, przede wszystkim, ryzyka finansowego związanego z podjęciem między nimi współpracy na rynku właściwym. [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA] – załącznik nr 2 do Decyzji.

Ponadto, należy zauważyć, że ryzyko związane z ponoszeniem przez przedsiębiorcę świadczącego usługi na rynku właściwym nakładów na rozbudowę swojej sieci, mogą w znacznym stopniu minimalizować prognozy ruchu i przewidywana liczba użytkowników końcowych obsługiwanych przez operatora korzystającego z jego sieci, które operator ten ma obowiązek przedstawić dostawcy zazwyczaj na kilka lub kilkanaście kolejnych miesięcy. Dzięki temu dostawca nie ryzykuje, że błędnie oszacuje lub oceni o ile oraz w jaki sposób powinien rozbudować sieć. Jednocześnie, należy podkreślić, że zarówno koszt przedstawienia zawyżonych prognoz, jak i przeszacowania liczby abonentów obciąża operatora korzystającego z dostępu do sieci, który jest wówczas obowiązany uiścić na rzecz dostawcy opłaty minimalne lub dodatkowe. Ponadto, przy tego rodzaju współpracy stosuje się długie (kilkunastomiesięczne) okresy wypowiedzenia, co również w znacznym stopniu może minimalizować ryzyko związane z rozbudową sieci dostawcy.

Należy przy tym wskazać, że mimo, iż rozbudowa sieci przez operatora świadczącego usługi na rynku właściwym często wiąże się z podjęciem współpracy z konkretnym nabywcą tych usług, nie oznacza to, że po zakończeniu tej współpracy, przedsiębiorca ten nie będzie mógł wykorzystać tej sieci w inny sposób, np. na obsługę ruchu generowanego przez jego własnych użytkowników końcowych czy przez klientów detalicznych innego kontrahenta hurtowego.

Mając na uwadze wskazane okoliczności, organ antymonopolowy uprawdopodobnił antykonkurencyjny cel i skutek porozumienia między Polkomtel i P4, polegającego na wprowadzeniu do Umowy o Roamingu Krajowym klauzuli wyłączności zakupu.

#### *Zarzut dotyczący klauzuli gwarantującej Polkomtel prawo pierwszeństwa*

Prezes Urzędu uprawdopodobnił, że celem i skutkiem wprowadzenia do Umowy klauzuli gwarantującej Polkomtel prawo pierwszeństwa jest ograniczenie konkurencji poprzez ograniczenie dostępu do rynku przedsiębiorcom nieobjętym porozumieniem, którzy świadczą hurtowe usługi dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach

<sup>28</sup> Wytyczne Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych (2000/C 291/01), punkt 141.

telefonicznych, tj. PTC i PTK Centertel. Uprawdopodobnienie to organ antymonopolowy oparł o następujące okoliczności.

Klauzula gwarantująca Polkomtel prawo pierwszeństwa świadczenia usług roamingu krajowego na rzecz P4, przed innymi operatorami publicznej ruchomej sieci telekomunikacyjnej, którzy złożyli tej spółce oferty świadczenia ww. usług stanowi przykład tzw. klauzuli angielskiej. Zobowiązuje ona nabywcę do informowania przedsiębiorcy dostarczającego usługę o każdej lepszej ofercie i zezwala mu na jej przyjęcie tylko wówczas, gdy dostawca nie może lub nie chce jej sprostać. Zgodnie z Wytycznymi Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych, tego rodzaju postanowienia mogą ograniczać konkurencję.

Przy ocenie antykonkurencyjności porozumienia zawartego między stronami niniejszego postępowania, istotny jest fakt, że wprowadzenie do Umowy klauzuli gwarantującej Polkomtel prawo pierwszeństwa postawiło tę spółkę w uprzywilejowanej pozycji negocjacyjnej wobec jej konkurentów, tj. PTC i PTK Centertel. Wprowadzenie ww. klauzuli do Umowy, w praktyce, gwarantuje Polkomtel prawo ciągłej współpracy z P4 na rynku właściwym, w tym również na warunkach dostosowanych do tych, które oferują P4 konkurenci Polkomtel. Tym samym, przedsiębiorcy ci w praktyce nie mają szans na świadczenie usług dostępu do ich sieci na rzecz P4. Taka sytuacja powoduje ograniczenie po stronie Polkomtel ryzyka ekonomicznego związanego z prowadzeniem działalności telekomunikacyjnej na ww. rynku. Na mocy porozumienia Polkomtel jest zwolniony z konieczności podejmowania rywalizacji na rynku na takich samych zasadach, jak jego konkurenci. Spółka ta nie musi bowiem szacować ich możliwości finansowych oraz obawiać się, że któryś z nich zaoferuje P4 lepsze warunki świadczenia usług roamingu krajowego i pozbawi w ten sposób Polkomtel największego nabywcy usług na tym rynku. Obowiązek poinformowania swojego kontrahenta przez P4 o ofercie innych przedsiębiorców skutkuje asymetrią informacji pomiędzy Polkomtel i innymi oferentami. W rezultacie, konkurent Polkomtel, aby mieć możliwość podjęcia współpracy z P4, musiałby złożyć ofertę na tyle atrakcyjną, aby być pewnym, że Polkomtel nie zdecyduje się na takie warunki współpracy z P4.

W ocenie Prezesa Urzędu, wprowadzenia klauzuli gwarantującej Polkomtel prawo pierwszeństwa, podobnie jak w przypadku wyłączności zakupu, nie uzasadniania chęć zminimalizowania ewentualnych ryzyk wynikających z wykonywania Umowy przez Polkomtel i P4. Strony skorzystały bowiem z szeregu innych – wskazanych wcześniej – sposobów zabezpieczenia swoich interesów, zwłaszcza finansowych, związanych z podjętą współpracą na podstawie Umowy.

Mając na uwadze powyższe, organ antymonopolowy uprawdopodobnił antykonkurencyjny cel i skutek porozumienia między Polkomtel i P4, polegającego na wprowadzeniu do Umowy o Roamingu Krajowym klauzuli gwarantującej Polkomtel prawo pierwszeństwa świadczenia usług roamingu krajowego na rzecz P4 przed innymi operatorami, którzy złożyli tej spółce oferty świadczenia ww. usług.

Organ antymonopolowy podkreśla jednocześnie, że uprawdopodobnienie antykonkurencyjnego celu i skutku, zarówno klauzuli wyłączności zakupu, jak i gwarantującej Polkomtel prawo pierwszeństwa, nie kwestionuje pozytywnego efektu, jaki przyniosło zawarcie przez Polkomtel i P4 Umowy o Roamingu Krajowym. Bezsporne jest bowiem, że korzystnym, zwłaszcza z punktu widzenia użytkowników końcowych, jest pojawienie się na detalicznym rynku telefonii ruchomej czwartego, liczącego się operatora, tj. P4.



**Zobowiązanie przedsiębiorców do podjęcia lub zaniechania określonych działań  
zmiierzających do zapobieżenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy  
o ochronie konkurencji i konsumentów**

Przepis art. 12 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przewiduje, że jeżeli przedsiębiorca, któremu zarzucane jest naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 6, art. 9 ustawy, art. 81 lub art. 82 TWE, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań, zmiierzających do zapobieżenia tym naruszeniom, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań.

Strony niniejszego postępowania złożyły wspólny wniosek o wydanie decyzji w trybie art. 12 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* i nałożenie na nie zobowiązania do wykreślenia z Umowy klauzuli wyłączności zakupu usług roamingu krajowego lub innych zbliżonych form dostępu telekomunikacyjnego przez P4 od Polkomtel oraz klauzuli gwarantującej Polkomtel prawo pierwszeństwa świadczenia usług roamingu krajowego na rzecz P4, przed innymi operatorami publicznej ruchomej sieci telekomunikacyjnej, którzy złożyli tej spółce oferty świadczenia ww. usług oraz do niestosowania w ramach wzajemnej współpracy na krajowym hurtowym rynku świadczenia usług dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych ww. klauzul, a także do złożenia Prezesowi Urzędu sprawozdania o zrealizowaniu i realizowaniu tych zobowiązań.

Z uwagi na powyższe, organ antymonopolowy może skorzystać z instrumentu prawnego przewidzianego w art. 12 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Jednocześnie, ze względu na fakt, że w toku postępowania antymonopolowego zostało uprawdopodobnione naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy, a strony postępowania z własnej inicjatywy podjęły działania mające na celu eliminację zachowań naruszających ww. przepis ustawy, celowa i uzasadniona wydaje się być akceptacja złożonych przez Polkomtel i P4 zobowiązań.

Należy wziąć pod uwagę, że celem złożonych zobowiązań jest wyeliminowanie działań stron porozumienia, kwestionowanych poprzez postawienie zarzutów w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego. Jednocześnie, treść zobowiązań Polkomtel i P4 pozostaje w funkcjonalnym związku z zakwestionowaną praktyką. Strony postępowania zobowiązały się bowiem do wykreślenia zakwestionowanych przez Prezesa Urzędu klauzul z Umowy o Roamingu Krajowym oraz do ich niestosowania w ramach wzajemnej współpracy na krajowym hurtowym rynku świadczenia usług dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych.

Organ antymonopolowy uprawdopodobnił, że wprowadzenie ww. klauzul do Umowy określającej warunki współpracy Polkomtel i P4 na rynku właściwym miało na celu i spowodowało ograniczenie dostępu do rynku przedsiębiorcom nieobjętym porozumieniem. Należy jednocześnie zauważyć, że stosowanie tych klauzul mogłoby mieć antykonkurencyjny charakter w perspektywie długookresowej i w coraz większym stopniu ograniczać dostęp do rynku przedsiębiorcom nieobjętym porozumieniem.

Nałożenie na strony postępowania ww. zobowiązań pozwoli wyeliminować kwestionowane klauzule, w sposób szybszy, niż miałyby to miejsce w przypadku wydania decyzji stwierdzającej stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję, a jednocześnie pozwoli osiągnąć stan rynku zgodny z prawem konkurencji znacznie wcześniej.

Po dokonaniu przez Prezesa Urzędu analizy zobowiązań złożonych przez strony niniejszego postępowania, organ antymonopolowy uznał, że są one wystarczające, proporcjonalne i adekwatne oraz, że w sposób niebudzący wątpliwości doprowadzą do wyeliminowania naruszeń zarzucanych Polkomtel i P4.

Ponadto, w celu skutecznego monitorowania wykonania przyjętych przez spółki zobowiązań, organ antymonopolowy nałożył na nie obowiązek złożenia sprawozdania o zrealizowaniu zobowiązania polegającego na wykreśleniu z Umowy o Roamingu Krajowym klauzuli wyłączności zakupu usług roamingu krajowego lub innych zbliżonych form dostępu telekomunikacyjnego przez P4 od Polkomtel oraz klauzuli gwarantującej Polkomtel prawo pierwszeństwa świadczenia usług roamingu krajowego na rzecz P4, przed innymi operatorami publicznej ruchomej sieci telekomunikacyjnej, którzy złożyli P4 oferty świadczenia ww. usług oraz o realizowaniu zobowiązania polegającego na niestosowaniu przez nie w ramach wzajemnej współpracy na krajowym hurtowym rynku świadczenia usług dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych ww. klauzul, przez okres trzech lat od daty doręczenia decyzji.

Dzięki nałożonemu obowiązkowi sprawozdawczości w ww. sposób, Prezes Urzędu będzie miał możliwość sprawdzenia czy strony postępowania wyeliminowały zakwestionowane klauzule, tak w przypadku obecnie wiążącej je Umowy, jak i przez okres trzech kolejnych lat trwania współpracy Polkomtel i P4 na rynku właściwym.

Zgodnie z brzmieniem art. 12 ust. 4 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* Prezes Urzędu nie nakłada na strony postępowania kary pieniężnej.

Pouczenie:

Na podstawie art. 81 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479<sup>28</sup> § 2 *Kodeksu postępowania cywilnego* (Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 z późn. zm.), od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie dwóch tygodni od daty doręczenia decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

*Z upoważnienia  
Prezesa Urzędu  
Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

**Otrzymują:**

**1. Polkomtel S.A.**

*pełnomocnik*  
**Pani Małgorzata Sz waj**  
**Kancelaria Linklaters**  
**C. Wiśniewski i Wspólnicy**  
**Spółka komandytowa**  
**ul. Sienna 39**  
**00-121 Warszawa**

**2. P4 Sp. z o.o.**

*pełnomocnik*

**Pani Marta Sendrowicz**

**Allen & Overy**

**A. Pędzich spółka komandytowa**

**Rondo ONZ 1**

**00-124 Warszawa**