



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

ul. Jagiellońska 34, 85-097 Bydgoszcz
tel. (052) 345-56-44, Fax (052) 345-56-17
e-mail: bydgoszcz@uokik.gov.pl

Bydgoszcz, dn. 23.11.2007 r.

Znak: RBG-411-06/05/AB

Wg rozdzielnika

Decyzja nr RBG 10/2007

Na podstawie art. 105 ust. 1 Kodeksu postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, ze zmianami w: Dz.U.2001.49.509, Dz.U.2002.113.984, Dz.U.2002.169.1387, Dz.U.2003.130.1188, Dz.U.2003.170.1660, Dz.U.2002.153.1271, Dz.U.2004.162.1692, Dz.U.2005.78.682, Dz.U.2005.181.1524 i Dz.U.2005.64.565) w związku z art. 80 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm. w Dz.U. z 2006 r. Nr 157, poz. 1119, Dz.U. z 2006 r. Nr 170, poz. 1217, Dz.U. z 2006 r. Nr 249, poz. 1834), oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy, a także na podstawie art. 131 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. w Dz.U. z 2007 r. Nr 99, poz. 660), i §6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. z 2002 r. Nr 18, poz. 172 ze zm. w Dz.U. z 2003 r. Nr 6, poz. 68),

w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

umarza się postępowanie antymonopolowe prowadzone na wniosek Automatic Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Brodnicy w związku z podejrzeniem stosowania przez Eltronik Sp. z o.o. z siedzibą w Brodnicy **praktyk ograniczających konkurencję, polegających na:**

- I. nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku świadczenia płatnych usług dostarczania programów telewizyjnych w Mieście Brodnicy, poprzez stosowanie rażąco niskich cen tej usługi w ramach prowadzonych przez Eltronik Sp. z o.o. w Brodnicy akcji promocyjnych kierowanych do tych odbiorców, którzy zrezygnują z usług Automatic Serwis Sp. z o.o. w Brodnicy;
- II. nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku świadczeniu usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu, poprzez stosowanie rażąco niskich cen tej usługi w ramach prowadzonych przez Eltronik Sp. z o.o. w Brodnicy akcji promocyjnych kierowanych do tych odbiorców, którzy zrezygnują z usług Automatic Serwis Sp. z o.o. w Brodnicy,

jako bezprzedmiotowe.

Uzasadnienie

Pismem z dnia 9.03.2005 r. wnioskodawca – Automatic Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Brodnicy (zwany dalej „Automatic”) wystąpił do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury UOKiK w Bydgoszczy (zwany dalej „Prezesem Urzędu”, bądź „organem antymonopolowym”) z wnioskiem o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko Eltronik Sp. z o.o. z siedzibą w Brodnicy (zwany dalej „uczestnikiem”, bądź „Eltronik”), pod zarzutem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na rażąco niskim zaniżaniu cen za usługi. Istotą zarzutu postawionego uczestnikowi było stosowanie promocji (abonament w cenie 3 zł – tzw. pakiet 3x3, i przyłączenie w cenie 1 zł) dla abonentów, którzy zrezygnują z usług wnioskodawcy, co zdaniem Automatic umożliwiało uczestnikowi posiadana przez niego pozycja dominująca na rynku.

Kreśląc podstawę prawną swojego wystąpienia, wnioskodawca wskazał na przepis art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (zwana dalej „ustawą”).

Uzasadniając swoje stanowisko, wnioskodawca powołał się na decyzję Prezesa UOKiK Nr RPZ 29/2004 z dnia 29 listopada 2004 r., gdzie uznano za praktykę ograniczającą konkurencję stosowanie przez operatora telewizji kablowej (dalej jako „tvk”) rażąco niskich opłat instalacyjnej i abonamentowych.

Tym samym, postanowieniem z dnia 16 marca 2005 r. Prezes Urzędu wszczął postępowanie wyjaśniające w celu wstępnego ustalenia, czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego.

W toku postępowania wyjaśniającego uczestnik zajął stanowisko wobec postawionego mu przez wnioskodawcę zarzutu, i podniósł, że Automatic sam stosował praktykę rażąco niskiego zaniżania cen usług, i po wejściu na rynek Brodnicy przez pierwsze trzy lata działalności stosował ceny 13,50 zł (2001 i 2002), oraz 17,50 zł w 2003 r. co miało na celu przejęcie abonentów uczestnika i skutkowało rezygnacją z usług Eltronik przez 360 osób. Zdaniem uczestnika, dopiero w 2004 roku wnioskodawca urealnił wysokość opłaty abonamentowej do 27,80 zł. W tym samym czasie, tj. od roku 2000 na innym rynku lokalnym Miasta Inowrocławia, wnioskodawca stosował opłatę w wysokości ok. 30,00 zł. Uczestnik podkreślił, że możliwość długotrwałego zaniżania cen przez wnioskodawcę wynikała z jego siły ekonomicznej w postaci dużo większej ilości gniazd abonenckich w porównaniu z Eltronik.

Wobec powyższego, postanowieniem z dnia 29 kwietnia 2005 r. Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe, i postawił uczestnikowi zarzut nadużywania pozycji dominującej na rynku usług telewizji kablowej i transmisji danych w Brodnicy poprzez narzucanie rażąco niskich cen tych usług w stosunku do tych odbiorców, którzy zrezygnują z usług Automatic Serwis Sp. z o.o. w Brodnicy, co może stanowić naruszenie art 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W toku postępowania antymonopolowego, strony zajęły następujące stanowiska:

Automatic:

1. pismem z dnia 1.06.2005 r. – promocyjne ulotki uczestnika były kierowane zarówno do abonentów innych operatorów, jak i osób nie posiadających telewizji kablowej; w swoich ulotkach wnioskodawca nie wskazywał jakich konkretnie

- operatorów dotyczy promocja w przeciwieństwie do Eltronik, który wskazywał konkretnie, że oferta dotyczy abonentów wnioskodawcy;
2. pismem z dnia 11.08.2005 r. – zdaniem wnioskodawcy, uczestnik stosował zarzucaną mu praktykę do dnia 31.03.2005 r.; w okresie stosowanej przez uczestnika promocji, z usług Automatic zrezygnowało 37 osób;
 3. pismami z dnia 15.11.2005 r. i 4.10.2006 r. – wnioskodawca przekazał informacje o stosowanych przez siebie promocjach, oraz ilości pozyskanych dzięki nim abonentów.

Eltronik:

1. pismem z dnia 5.04.2005 r. – uczestnik zakwestionował stawiany mu przez wnioskodawcę zarzut twierdząc, że to on jest ofiarą niezgodnych z prawem działań wnioskodawcy;
2. pismem z dnia 21.07.2005 r. – uczestnik zakwestionował, aby w swoich ulotkach wskazywał, iż promocja dotyczy wyłącznie abonentów wnioskodawcy, ponadto podniósł, że w swoich ulotkach nie uzależniał stosowania promocji od rezygnacji z usług innego operatora jak czynił to wnioskodawca, lecz zamieścił tam jedynie sformułowanie "Oferta skierowana jest do abonentów sieci innego operatora", co dopuszczało możliwość jednoczesnego korzystania przez abonentów z usług obu operatorów;
3. pismem z dnia 8.08.2005 r. – uczestnik poinformował, że w okresie od 1 stycznia 2004 r. stosowana była tylko jedna promocja kwestionowana przez wnioskodawcę, która zakończyła się w dniu 31.03.2005 r.; w ramach tej promocji podpisano 24 umowy na terenie działania sieci wnioskodawcy;
4. pismem z dnia 4.09.2006 r. – uczestnik uzupełnił dane o stosowanych przez siebie promocjach, w tym kwestionowanej przez wnioskodawcę.

W dalszych pismach strony podtrzymały swoje stanowisko w sprawie.

Postanowieniem z dnia 28.07.2006 r., Prezes Urzędu zmienił postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego w nin. sprawie, stawiając uczestnikowi zarzut nadużywania pozycji dominującej (o treści tożsamej z wnioskiem Automatic) na:

1. lokalnym rynku świadczenia usługi dostarczania programów telewizyjnych w Mieście Brodnicy;
2. krajowym rynku świadczenia usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu,

poprzez stosowanie rażąco niskich cen tych usług w ramach prowadzonych akcji promocyjnych kierowanych do tych odbiorców, którzy zrezygnują z usług Automatic Serwis Sp. z o.o. w Brodnicy, co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zmiana jak wyżej, wynikała z analizy dotychczasowego orzecznictwa Prezesa Urzędu i Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznającego za rynek produktowy rynek dostarczania programów telewizyjnych, bez względu na formę ich dostarczania (substytucyjność tvk i platform cyfrowych – patrz rozważania dot. rynku właściwego), a także w związku z koniecznością doprecyzowania szeroko zakreślonego – początkowo – rynku transmisji danych. Zmiana postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego nie wpłynęła na stanowiska stron, które podtrzymały swoje dotychczasowe wnioski.

Wobec zakończenia postępowania dowodowego, o którym poinformowano

jego strony, koniecznym stało się wydanie nin. decyzji.

W toku postępowania dokonano ustaleń faktycznych jak niżej:

1. Uczestnik i wnioskodawca byli w badanym okresie jedynymi operatorami telewizji kablowej na terenie Miasta Brodnicy, oraz jedynymi podmiotami świadczącymi za pośrednictwem posiadanej sieci tvk usługę szerokopasmowego dostępu do Internetu (sługa detaliczna) – przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy.
2. Od chwili wejścia na rynek Miasta Brodnicy (2000 r.) wnioskodawca stosował tam agresywną politykę cenową pobierając aż do roku 2004 opłaty abonamentowe za tvk na poziomie 13,50 i 17,50 zł (w tym samym czasie stosując na innych rynkach lokalnych opłaty za porównywalny pakiet programowy w wysokości ok. 30 zł), co pozwoliło mu przejąć 360 abonentów uczestnika, a dopiero w roku 2004 podniósł je do poziomu 27,80 zł – fakty, które należało uznać na podstawie art. 230 Kodeksu postępowania cywilnego (k.p.c.) w związku z art. 81 ustawy za przyznane (przemilczane) przez wnioskodawcę, który nie zakwestionował twierdzeń uczestnika (mimo otrzymania do wiadomości odpisu jego pisma).
3. Uczestnik stosował kwestionowaną przez wnioskodawcę promocję, w ramach której oferował abonentom sieci innego operatora – nie wskazując, że chodzi konkretnie o wnioskodawcę – promocyjne warunki, w ramach których przez pierwsze trzy miesiące abonament miał wynosić: za Internet 3 zł, za HBO 3 zł, i za telewizję kablową 3 zł, dodatkowo koszt podłączenia w wysokości 1 zł. Oferta była ważna w okresie od dnia 6.02.2005 r. do dnia 31 marca 2005 r. (tj. 54 dni).

Wykaz promocji stosowanych przez uczestnika na terenie Brodnicy:

Lp.	Okres obowiązywania promocji	Warunki promocji
Telewizja kablowa oraz Internet		
1.	6.02.2005 - 31.03.2005	opłata za podłączenie 1 zł, abonament tvk przez 3 miesiące po 3,00 zł, abonament za Internet przez 3 miesiące po 3,00 zł, abonament za HBO po 3,00 zł
2.	1.06.2006 - 30.09.2006	umowa na pakiet rozszerzony na 18 miesięcy - opłata przyłączeniowa 1,22 zł, abonament za pierwsze 3 miesiące w wysokości 30% wybranego pakietu tvk i Internetu

4. Wnioskodawca stosował w latach 2003-2006 r. podobne jak uczestnik promocje cenowe, w ramach których, oferował abonentom, którzy zrezygnują z usług innego operatora warunki promocyjne: np. podłączenie telewizji kablowej i Internetu za 1 zł, abonament za telewizję kablową przez 3 miesiące za 1 zł, abonament za Internet przez 3 miesiące za 1 zł, kanał HBO przez 1 miesiąc za 1 zł.

Wykaz promocji stosowanych przez wnioskodawcę na terenie Brodnicy:

Lp.	Okres obowiązywania promocji	Warunki promocji
Internet		

Lp.	Okres obowiązywania promocji	Warunki promocji
1.	1.04.2006 - 15.04.2006	umowa na 12 miesięcy - abonament przez 2 miesiące po 1,00 zł umowa na 15 miesięcy - abonament przez 4 miesiące po 1,00 zł
2.	20.07.2006 - 31.10.2006	umowa na 12 miesięcy - abonament przez 2 miesiące po 1,00 zł (następnie od 40,00 - 256 kbps do 78,00 zł - 1024 kbps) umowa na 24 miesięcy - abonament w okresie 1-12 miesięcy od 23,00 zł - 256 kbps do 48,00 zł - 1024 kbps, następnie od 46,00 zł - 256 kbps do 96,00 zł - 1024 kbps umowa na 36 miesięcy - abonament w okresie 1-12 miesięcy od 20,00 zł - 512 kbps do 40,00 zł - 1024 kbps, następnie od 40,00 zł - 512 kbps do 80,00 zł - 1024 kbps
Telewizja kablowa oraz Internet		
1.	25.02.2003 - 16.03.2003	aktywacja 1 zł, abonament przez 2 miesiące 1 zł
2.	31.10.2003 - 1.12.2003	aktywacja 1 zł, abonament za tvk przez 3 miesiące 1 zł, abonament za Internet przez 3 miesiące 1 zł, abonament za HBO przez 1 miesiąc 1 zł
3.	2.11.2003 – 1.03.2004	aktywacja 240,00 zł, abonament za Internet dost. drogą radiową 69,00 zł
4.	1.12.2003 – 1.03.2004	aktywacja 1 zł, abonament za tvk przez 3 miesiące 1 zł, abonament za Internet przez 1 miesiąc 1 zł
Tvk		
1.	6.06.2006 - 20.06.2006	przy aktywacji pakietu pełnego abonament przez 3 miesiące za 1 zł
2.	1.07.2006 - 10.07.2006	umowa na 18 miesięcy - przy aktywacji pakietu pełnego abonament przez 2 miesiące za 1 zł

5. Na skutek stosowanej przez uczestnika promocji, będącej przedmiotem nin. postępowania, pozyskał on 24 abonentów z terenu działania wnioskodawcy. Natomiast promocje stosowane przez wnioskodawcę pozwoliły mu pozyskać odpowiednio: 55 abonentów tvk (promocja od 25.02.2003 r. do 16.03.2003 r.), 1 abonenta tvk, 5 abonentów tvk+HBO i 1 abonenta tvk+Internet (promocja od 31.10.2003 r. do 1.12.2003 r.), 13 abonentów (promocja od 2.11.2003 r. do 1.03.2004 r.), 81 abonentów tvk i 94 abonentów Internet (promocja od 1.12.2003 do 1.03.2004 r.) – brak danych dot. późniejszych akcji promocyjnych wnioskodawcy.
6. Na żadnym z badanych w nin. postępowaniu rynków właściwych uczestnik nie zajmuje pozycji dominującej. Konkurentem uczestnika na rynku właściwym płatnych usług dostarczania programów telewizyjnych w Mieście Brodnicy są poza wnioskodawcą także operatorzy platform cyfrowych, oferujący produkt substytucyjny na warunkach jak niżej:

I. CYFRA+:

1. miesięczna opłata abonamentowa – od 24,00 zł (pakiet startowy) – na dzień wydania decyzji od 29,00 zł do 143,00 zł (pakiet prestiżowy);
2. opłata aktywacyjna – 199,00 zł – na dzień wydania decyzji 99,00 zł;
3. czynsz najmu dekodera – 10,00 zł miesięcznie, ewentualnie zakup dekodera 189,00 zł, antena gratis,

II. Cyfrowy Polsat:

1. miesięczna opłata abonamentowa – od 29,90 zł do 59,80 zł;
2. opłata aktywacyjna 1,22 zł;
3. czynsz najmu dekodera – 5,00/14,10 zł, bądź zakup dekodera od 99,00 zł, a z anteną od 149,00 zł.

III. „n”:

1. miesięczna opłata abonamentowa:
 - pakiet informacja i rozrywka bez opłaty;
 - pakiet dzieci 10 zł;
 - pakiet style moda muzyka 10 zł;
 - pakiet cinemax 10 zł;
 - pakiet kultura nauka swiat 16 zł;
 - pakiet sport i motoryzacja 16 zł;
 - pakiet hity filmowe 16 zł;
 - Przy wyborze pakietu hity filmowe pakiet cinemax bez opłaty do końca 2007 roku;
2. Jednorazowe opłaty aktywacyjne:
 - opłata aktywacyjna: nbox HDTV 99 zł;
 - opłata aktywacyjna: nbox HDTV recorder 449 zł;
3. zestaw antenowy:
 - zestaw antenowy nbox HDTV 60 zł
 - zestaw antenowy nbox HDTV recorder 140 zł
 - zestaw antenowy multiroom 170 zł.

Szczegółowe rozważania dotyczące udziałów w rynkach właściwych, oraz możliwości skutecznego zapobiegania konkurencji przez uczestnika, zostały zawarte w dalszej części decyzji.

7. Liczba abonentów operatorów tvk – stan na grudzień 2006 r.:

L.p.	Operator	Ilość abonentów	Miasta	% rynku
1	UPC Polska	1.000.000	116	22,22%
2	Vectra	630.000	114	14,00%
3	Multimedia Polska	464.000	109	10,31%
4	Grupa ASTER	367.000	3	8,16%
5	TOYA	150.000	4	3,33%
6	INEA	100.000	6	2,22%
7	MTK S.Tar	60.000	12	1,33%
8	Stream Communications	62.000	16	1,38%
9	Promax	30.000	18	0,67%
10	Sat Film	25.000	1	0,56%
	razem	~ 2.888.000		
	pozostali	~ 1.600.000		
	RAZEM w całej Polsce	~ 4.500.000		
	w tym członkowie PIKE	~ 3.700.000		

Liczba abonentów operatorów tvk – stan na marzec 2007 r.:

L.p.	Operator	Ilość abonentów	Miasta	% rynku
1	UPC Polska	1.000.000	116	22,22%
2	Vectra	643.000	115	14,29%
3	Multimedia Polska	506.000	Dane dostępne w Multimedia Polska	11,24%
4	Grupa ASTER	368.000	3	8,18%
5	TOYA	150.000	4	3,33%
6	INEA	100.000	6	2,22%
7	Stream Communications	62.000	16	1,38%
8	MTK S.Tar	60.000	21	1,33%
9	Promax	30.000	18	0,67%
10	Sat Film	25.000	1	0,56%
	razem	~ 2.944.000		
	pozostali	~ 1.600.000		
	RAZEM w całej Polsce	~ 4.500.000		
	w tym członkowie PIKE	~ 3.700.000		

8. W toku postępowania, wnioskodawca został przejęty przez Multimedia Polska S.A. z siedzibą w Gdyni, co nie zmienia pozostałych ustaleń nin. decyzji, gdyż ta dotyczy praktyki uczestnika jaka miała miejsce w roku 2005. Rejestracja połączenia Automatic Serwis Sp. z o.o. i Multimedia Polska S.A. – połączenie w trybie art. 492 §1 pkt 1 Kodeksu spółek handlowych poprzez przeniesienie całego majątku Automatic Serwis Sp. z o.o. (spółka przejmowana) na Multimedia Polska S.A. (spółka przejmująca) – została dokonana w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 15 czerwca 2007 r. (fakt znany z urzędu – art. 77 §4 k.p.a., z postępowania przed Sądem Apelacyjnym w Warszawie sygn. akt VI ACa 64/07, gdzie wnioskodawca występował w charakterze podmiotu zainteresowanego). Na dzień wydania nin. decyzji, Multimedia Polska S.A. podtrzymała złożony przez uczestnika wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego, który – wobec dokonanej sukcesji generalnej – należy traktować jako jej własny.

Prezes Urzędu zważył co następuje:

Na wstępie, Prezes Urzędu wyjaśnia, iż stosuje na potrzeby wydania nin. decyzji przepisy ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów mimo wejścia w życie nowej ustawy antymonopolowej (ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów) z uwagi na treść jej art. 131 ust. 1, zgodnie z którym cyt. *„Do postępowań wszczętych na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i niezakończonych do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.”*

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji, oraz zasady – podejmowanej w interesie publicznym – ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów (art. 1 ust. 1 ustawy).

Istotnym dla rozstrzygnięcia o istnieniu interesu publicznego w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy jest ustalenie, iż dotyczy on z góry nieokreślonej liczby osób – uczestników rynku. Podejmując decyzję o wszczęciu postępowania antymonopolowego, organ antymonopolowy wstępnie ustalił, iż praktyka zarzucana uczestnikowi mogła dotknąć rynku właściwego (rynków właściwych) jako całości, tj. wszystkich jego uczestników, w tym przede wszystkim konsumentów, w których interesie leży istnienie konkurencyjnych rynków płatnych usług dostarczania programów telewizyjnych i szerokopasmowego dostępu do Internetu, a także pozostałych operatorów, jako uczestników tych rynków po stronie podaży.

Istotą zarzutów stawianych uczestnikowi było w istocie przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych dla powstania, bądź rozwoju konkurencji na rynkach właściwych, poprzez stosowanie rażąco niskich cen usług (art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy). Tym samym, zasadnym było uznanie, iż zarzucana uczestnikowi praktyka mogła potencjalnie prowadzić do ograniczenia konkurencji eliminując z rynku wnioskodawcę, co skutkowałoby ograniczeniem konkurencji na rynkach właściwych. Niezasadnym byłoby w takim przypadku poprzestanie na ustaleniu, iż skutek przedmiotowej promocji objął jedynie 24 abonentów, a jej celem było przejście wyłącznie ograniczonej grupy abonentów wnioskodawcy. Brak bowiem podstaw do uznania, że grupa abonentów wnioskodawcy miała charakter zamknięty.

Powyższe uzasadniało zbadanie sprawy przez Prezesa Urzędu w trybie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Dopiero rozpatrzenie nin. sprawy dowiodło – o czym mowa poniżej – iż mimo antymonopolowego charakteru zarzutów stawianych uczestnikowi, ostatecznie ustalono, iż jego praktyka nie może być kwalifikowana z punktów widzenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z uwagi na brak zasadniczej przesłanki uznania jego działań za naruszające interes publiczny w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy, tj. posiadania pozycji dominującej na rynkach właściwych.

Rynek właściwy:

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy, *„Zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców.”*

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera legalną definicję rynku właściwego. Zgodnie z art. 4 pkt 8 ustawy, przez rynek właściwy 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.”*. Pojęcie *„towarów”* obejmuje rzeczy, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 6 ustawy).

Przy wyznaczaniu rynku właściwego niezbędne jest uwzględnienie szczególnych cech danego produktu (wyodrębnienie rynku produktowego), oraz określenie obszaru, na którym jest on dystrybuowany, i gdzie warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne (wyodrębnienie rynku geograficznego).

Na potrzeby nin. sprawy, kierując się charakterem zarzutów stawianych uczestnikowi, oraz stanowiskiem prezentowanym przez wnioskodawcę, a także

profilem działalności prowadzonej przez uczestnika, Prezes Urzędu uznał, iż koniecznym jest rozpatrzenie skutków kwestionowanej praktyki uczestnika w aspekcie dwóch rynków właściwych, co znalazło swoje odzwierciedlenie w sentencji nin. decyzji.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu uznał, iż w niniejszej sprawie rynkiem właściwym jest rynek świadczenia odpłatnych usług dostarczania programów telewizyjnych (rynek produktowy), obejmujący zarówno usługi świadczone przez operatorów tradycyjnej telewizji kablowej, jak i operatorów satelitarnych platform cyfrowych, którzy oferują usługi tego samego rodzaju, o zbliżonej ofercie programowej i w podobnej cenie. Stanowisko to znajduje uzasadnienie w orzecznictwie Sądu ochrony Konkurencji i Konsumentów. Przywołać należy w tym miejscu wyrok SOKiK z dnia 6 grudnia 2000 r. sygn. akt XVII Ama 101/99, w którym SOKiK stwierdził, iż rynkiem właściwym jest rynek dostarczania (przesyłania) programów telewizyjnych, podkreślając, iż cyt. *„przedmiotem popytu jest możliwość ich odbioru i wyboru. Rynek produktowy na terenie Warszawy tworzą zatem zarówno operatorzy telewizji kablowej jak i telewizja satelitarna, a w szczególności platformy cyfrowe. Ich oferta jest z punktu widzenia konsumenta w pełni substytutywna (możliwość odbioru programów telewizyjnych).”*.

W ocenie Prezesa Urzędu, przyjętemu w niniejszej sprawie zakresowi granic rynku produktowego nie stoi na przeszkodzie pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 24 czerwca 2003 r. (sygn. akt I CKN 408/01). Sąd Najwyższy przyjął, powołując się na stanowisko ukształtowane w europejskim prawie konkurencji, zasadę wąskiego wyodrębniania rynków produktowych, i w rezultacie uznał za słuszne ustalenie przez Prezesa UOKiK rynku usług telewizji kablowej jako rynku właściwego w sprawie. Jednocześnie, Sąd Najwyższy pokreślił, iż zasadność takiego wyznaczenia rynku właściwego została przez organ antymonopolowy przeanalizowana i szeroko uzasadniona w zaskarżonej decyzji, nie zaś przyjęta z góry. Zdaniem organu antymonopolowego, stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy pozwala traktować taki (wąski) sposób wyznaczenia rynku usług telewizji kablowej, jako uzasadniony konkretnymi okolicznościami danej sprawy wyjątek od zasady substytucyjności usług telewizji kablowej i platform cyfrowych.

Powołane wyżej orzeczenie Sądu Najwyższego zapadło w okresie, kiedy ceny usług świadczonych przez platformy cyfrowe były na wyższym niż obecnie poziomie, i stanowiły ofertę dla zamożniejszej części społeczeństwa. Obecna ich analiza wykazuje substytucyjność względem telewizji kablowej. Badając tę kwestię, Prezes Urzędu oparł się na informacjach powszechnie znanych – ogłaszanych, i na bieżąco aktualizowanych za pośrednictwem stron internetowych operatorów: <http://www.cyfraplus.pl>, <http://www.cyfrowypolsat.pl> i <http://n.pl> (vide: ustalenia faktyczne nin. decyzji).

O skierowaniu oferty operatorów platform cyfrowych do tzw. przeciętnego konsumenta świadczy także fakt, że według ostatnich dostępnych danych, posiadają oni już łącznie ok. 3 miliony abonentów, w tym: Cyfrowy Polsat – 1,8 mln., Cyfra+ – 950 tys., Platforma „n” – 200 tys.¹ Oznacza to, że nie tylko łącznie, ale również z osobna, dwaj najwięksi (zasiedziali) operatorzy telewizji cyfrowej posiadają przynajmniej porównywalną ilość abonentów jak największy w Polsce operator

¹ Vide: <http://www.satkurier.pl>.

telewizji kablowej, tj. UPC. Co więcej, ilość abonentów operatorów telewizji kablowych pozostaje na stałym poziomie (vide: ustalenia faktyczne nin. decyzji), z czego wynika, że o ile dotychczasowi abonenci korzystają jeszcze ze starej technologii (kablowej), o tyle nowi w zdecydowanej większości preferują usługi platform cyfrowych, które traktują jako w pełni substytucyjne wobec usług telewizji kablowych². Tymczasem, ilość abonentów platform cyfrowych zwiększa się dynamicznie. Porównanie z danymi aktualnymi na koniec listopada 2006 r. (źródło: Gazeta Wyborcza³) pozwala stwierdzić, iż od tego czasu do sierpnia 2007 liczba ta zwiększyła się o ok. 1 mln. abonentów, tj. o ok. 50%.

O faktycznej konkurencji platform cyfrowych i operatorów telewizji kablowych świadczy również fakt, iż ci ostatni, próbując nadgonić dystans technologiczny wobec platform cyfrowych, i zapobiec odpływowi abonentów, zaoferowali w ostatnim czasie (w największych miastach) dostęp do telewizji cyfrowej stosując technikę transmisji danych DVB-C⁴, a w jednym przypadku (Multimedia Polska S.A.) nawet w wysokiej rozdzielczości HDTV⁵ (vide: <http://www.pike.org.pl>).

Natomiast, przy zakresłaniu granic przedmiotowych rynku właściwego w nin. sprawie, niezasadnym byłoby uwzględnienie analogowej telewizji satelitarnej tj. przedsiębiorców dystrybuujących anteny satelitarne umożliwiające samodzielny odbiór programów telewizyjnych – tzw. kanałów „free to air” (kanały wolne, niezakodowane, których odbiór jest bezpłatny). Odbiór programów telewizyjnych tą metodą nie stanowi realnego substytutu usług telewizji kablowej, oraz platform cyfrowych. Przy korzystaniu z analogowych anten satelitarnych brak jest możliwości odbioru najpopularniejszych programów telewizji publicznej TVP (TVP1 i TVP2). Tak daleko idące ograniczenie oferty programowej sprawia, że odbiór programów telewizyjnych za pośrednictwem analogowych anten satelitarnych nie jest substytucyjny. Co najwyżej, odbiór programów „free to air” może stanowić uzupełnienie oferty usług tvk i platform cyfrowych, lecz nie może jej zastąpić. Istotna różnica dotyczy ponadto bezpłatności samej usługi dostarczania programów telewizyjnych.

Tym bardziej, brak jest podstaw do uznania substytucyjności tradycyjnych anten naziemnych (rozśiew naziemny w systemie AZART). Sprzedawcy tych anten nie są ani rzeczywistymi, ani potencjalnymi konkurentami operatorów tvk i platform cyfrowych. Zasadniczą różnicą jest w tym przypadku – podobnie jak w przypadku anten satelitarnych – bezpłatność samej usługi dostarczania programów telewizyjnych. Ponadto, oferta programowa dostępna za pośrednictwem anten naziemnych jest na tyle uboga, iż nie stanowi dla konsumentów istotnej alternatywy, skoro za pośrednictwem anteny naziemnej istnieje możliwość odbioru jedynie kilku programów.

Potwierdzeniem zajętego w nin. decyzji stanowiska jest prawomocny wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 5 października 2006 r.⁶, który

² Vide: <http://www.pike.org.pl>.

³ Vide: <http://www.gospodarka.gazeta.pl>.

⁴ Z ang. Digital Video Broadcasting – Cable (standard cyfrowej telewizji kablowej).

⁵ Z ang. High Definition TV – telewizja wysokiej rozdzielczości.

⁶ Apelacja Prezesa UOKiK od tego orzeczenia została oddalona wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 czerwca 2007 r. sygn. akt VI ACa 42/07, w którego uzasadnieniu SA uznał, iż cyt. „Niewątpliwie trafnie w sprawie niniejszej zarówno Prezes UOKiK jak i Sąd Okręgowy uznali, że konkurentami w zakresie dostarczania konsumentom programów telewizyjnych są zarówno operatorzy tradycyjnej satelitarnej telewizji kablowej, jak i operatorzy satelitarnej telewizji cyfrowej.”.

prezentuje aktualny pogląd tego Sądu w sprawie substytucyjności usług telewizji kablowej i platform cyfrowych. W uzasadnieniu wyroku SOKiK uznał, iż cyt. *„Zgodzić się trzeba z zawartym w decyzji wywodem, według którego rynkiem produktowym w sprawie jest rynek świadczenia usług dostarczania programów telewizyjnych niezależnie od rodzaju transmitera. W tym ujęciu substytutem usługi wykonywanej drogą kablową jest przede wszystkim przekaz satelitarny oferowany przez operatorów platform cyfrowych.”*. Tym samym, należy uznać, że począwszy od roku 2003 (okres objęty cyt. wyżej rozstrzygnięciem) nie może być już wątpliwości, iż usługi świadczone przez operatorów telewizyjnych platform cyfrowych stały się dostępne dla przeciętnego, statystycznego odbiorcy i stanowią substytut tradycyjnej telewizji kablowej.

Drugim, niezbędnym elementem rynku właściwego jest jego wymiar geograficzny, co przesądza o konieczności wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są zbliżone dla wszystkich konkurentów.

Określając wymiar geograficzny rynku właściwego w nin. sprawie należało uwzględnić istotę zarzutu stawianego Uczestnikowi, którą jest wykorzystywanie pozycji dominującej na rynku Miasta Brodnica, gdzie zdaniem wnioskodawcy próbuje on zablokować rozwój konkurencji poprzez zaniżanie cen za świadczone usługi. Brodnica jawi się zatem, jako teren bezpośredniej, ostrej rywalizacji uczestnika i wnioskodawcy, która skutkuje powstaniem specyficznych dla tego Miasta warunków konkurencji w zakresie świadczenia przedmiotowej usługi, co dotyczy wszystkich bez wyjątku uczestników rynku, w tym również operatorów platform cyfrowych, których niski udział w tym rynku jest w dużym stopniu pochodną walki cenowej wnioskodawcy i uczestnika (vide: rozważania dotyczące rynku produktowego).

Badając aspekt geograficzny rynku właściwego, Prezes Urzędu wziął pod uwagę charakter działalności prowadzonej przez uczestnika, polegającej na świadczeniu usług dostarczania programów telewizyjnych w pakietach programowych, drogą sieci kablowej. Okoliczność ta przesądza o konieczności wyznaczenia granic rynku geograficznego w oparciu o zasięg terytorialny sieci uczestnika, która obejmuje teren całego miasta. Fakt, iż terenem rzeczywistej rywalizacji uczestnika i wnioskodawcy był teren Osiedla Michałowo i części Śródmieścia nie zmienia powyższych ustaleń, skoro wnioskodawca stopniowo rozwijał swoją sieć, i nie ograniczał jej wyłącznie do zasobów określonych spółdzielni mieszkaniowych, których granice stanowiłyby bariery dla jej dalszego rozwoju. Koniecznym jest więc ustalenie, że potencjalna konkurencja wnioskodawcy dotyczyła całego miasta, a początkowe rozwinięcie sieci na terenie objętym głównie zabudową wielorodzinną (wielolokalową) było tylko pierwszym etapem jej rozwoju i nie uzasadnia węższego wyznaczenia rynku od strony geograficznej. Należy zauważyć, że nieracjonalna i utrudniona byłaby w takim przypadku każdorazowa zmiana definicji rynku właściwego, stosownie do postępów wnioskodawcy w rozwoju sieci, tj. okablowania kolejnych, pojedynczych budynków np. na terenie Śródmieścia, bądź w innych częściach Miasta.

Lokalny, ograniczony do danej miejscowości, wymiar rynku geograficznego usług dostarczania programów telewizyjnych jest utrwalony w orzecznictwie zarówno Prezesa Urzędu, jak i SOKiK⁷, oraz wyższych instancji, i brak jest wystarczających

⁷ Por. m.in.: wyrok SOKiK z dnia 6 grudnia 2000 r. (sygn. akt AmA 101/99).

przesłanek, aby na potrzeby przedmiotowej sprawy wyznaczyć go w węższym, bądź szerszym zakresie. Nie stoi temu na przeszkodzie uznanie substytucyjności usług świadczonych przez operatorów platform cyfrowych, którzy działają na terenie całego kraju, skoro rynek właściwy wyznaczono pod kątem preferencji nabywców (konsumentów), będących mieszkańcami Brodnicy, o których pozyskanie toczy się rywalizacja stron nin. postępowania⁸, a głównymi rywalami w tej walce są lokalni operatorzy telewizji kablowej, którzy rozwijając swoją sieć w ramach danej miejscowości, tworzą tam specyficzne warunki konkurencji.

Tym samym, należało uznać, że rynkem właściwym w nin. sprawie jest lokalny rynek świadczenia płatnych usług dostarczania programów telewizyjnych w Mieście Brodnicy (na potrzeby rozstrzygnięcia jak w pkt I sentencji nin. decyzji).

Koniecznym było również zdefiniowanie kolejnego rynku właściwego (objętego zakresem przedmiotowym wniosku), jakim jest rynek świadczenia usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu (rynek produktowy).

Usługa szerokopasmowego dostępu do sieci Internet, świadczona na rzecz użytkowników końcowych (rynek detaliczny), polega na udostępnieniu połączenia z Internetem za pomocą szybkiego łącza lub medium o dużej przepustowości transmisji, tj. w praktyce poprzez łącza xDSL⁹ i modemy kablowe – tvk (rynek produktowy). Inne, alternatywne technologie, takie jak dostęp bezprzewodowy, bądź technologie umożliwiające transmisję danych przez sieć elektroenergetyczną, odgrywają obecnie marginalną rolę, i ze względu na odmienne uwarunkowania technologiczne stanowią aktualnie odrębne rynki.

Wyodrębnienie usługi dostępu szerokopasmowego od dostępu wąskopasmowego nie budzi obecnie wątpliwości. Istnieje szereg parametrów technicznych, które sprawiają, że z wielu aplikacji internetowych oferowanych w sieci nie da się korzystać poprzez dostęp wąskopasmowy. Jedynie korzystanie z technologii zapewniających szerokopasmowy dostęp umożliwia pełne korzystanie z usług oferowanych w sieci Internet¹⁰. W oparciu o te przesłanki techniczne, usługi wąskopasmowe stanowią odrębny rynek i nie są postrzegane jako możliwe substytuty z punktu widzenia użytkownika końcowego korzystającego z połączenia szerokopasmowego¹¹.

Co więcej, o ile w przypadku dostępu szerokopasmowego mamy do czynienia z dostępem nielimitowanym czasowo, za stałą, zryczałtowaną opłatą, o tyle w przypadku połączenia dial-up użytkownicy płacą za każdy rozpoczęty impuls lub jednostkę czasu trwania połączenia. Ponadto, do skorzystania z obu usług, o których

⁸ W wyroku z dnia 12 czerwca 2007 r. sygn. akt VI ACa 42/07 Sąd Apelacyjny w Warszawie uznał, iż ustalenie substytucyjności usług tvk i platform cyfrowych nie stoi na przeszkodzie ustaleniu lokalnego wymiaru rynku.

⁹ Z ang. x Digital Subscriber Line – zbiorowy termin określający technologie asymetrycznych cyfrowych linii abonenckich. Do grupy technologii xDSL zaliczamy: HDSL (High DSL) – technologia o podwyższonej przepływności, IDSL (ISDN DSL) - technologia zintegrowana, ADSL (Asymmetric DSL) – asymetryczna DSL, CDSL (Consumer DSL) – powszechna DSL, SDSL (Symetric DSL) – symetryczna DSL, RADSL (Rate Adaptive DSL) – adaptacyjna DSL, VDSL (Very high speed DSL) – wysokiej przepływności DSL.

¹⁰ Dostęp wdzwaniany (dostęp wąskopasmowy) - pozwala na korzystanie w sposób funkcjonalny z podstawowych usług Internetowych takich jak poczta elektroniczna, wymiana plików i przeglądanie witryn internetowych. Dostęp ten nie zapewnia wysokiej jakości usług i nie daje możliwości korzystania ze specjalistycznych usług takich jak usługi telefonii internetowej VoIP (ang. Voice over Internet Protocol), czy usługi video.

¹¹ Vide: decyzja Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 14 lutego 2007 r. znak DRT-SMP-6043-23/05 (33) nakładająca obowiązki regulacyjne na TP S.A.

mowa, konieczne jest posiadanie przez użytkownika innego rodzaju urządzenia dostępowego, oraz oprogramowania.

W chwili obecnej, rynek szerokopasmowego dostępu do Internetu jest rynkiem szybko rozwijającym się. Usługi na tym rynku świadczą oprócz operatorów telewizji kablowej (w tym uczestnika i wnioskodawcy) tacy operatorzy jak: Telekomunikacja Polska S.A., oraz wielu innych operatorów telefonii stacjonarnej. W ocenie Prezesa Urzędu, dzięki posiadaniu największej sieci telekomunikacyjnej oraz licznym promocjom, które wiązały się z podpisaniem umów wieloletnich, Telekomunikacja Polska S.A. jest obecnie tym operatorem, który zdołał osiągnąć znaczną przewagę nad innymi podmiotami świadczącymi usługi szerokopasmowego dostępu do sieci Internet. TP posiada ponad połowę wszystkich łączy ze stałym dostępem do sieci Internet w stosunku do całości łączy oferowanych przez największych przedsiębiorców obecnych na tym rynku, oraz najbardziej rozbudowaną ofertę pod względem cen i wariantów tej usługi. Konkurencją dla TP stanowią zwłaszcza operatorzy sieci kablowych, którzy na koniec 2006 roku posiadali łącznie około 900.000 linii z dostępem do sieci Internet¹².

Oceniając wymiar geograficzny rynku, o którym mowa, należy w szczególności uznać, iż na obszarze Polski brak jest wewnętrznych barier w zakresie wejścia na rynek świadczenia usług szerokopasmowego dostępu do Internetu. Brak jest też różnic, w zależności od obszaru geograficznego, w preferencjach końcowych użytkowników tych usług, które są jednorodne. Nie występują również znaczące różnice w opłatach. Z uwagi na fakt, iż usługa szerokopasmowego dostępu do Internetu jest oferowana przez TP potencjalnie do każdego klienta na terenie całego kraju (wszystkie województwa), inni dostawcy – bez względu na obszar – świadcząc swoje usługi, zmuszeni są każdorazowo dostosować swoją ofertę do tej, którą składa TP. Co więcej, warunki świadczenia przez TP usług w jej sieci są jednakowe dla całego obszaru państwa. TP stosuje w tym zakresie jednolity cennik, oraz regulamin świadczenia usług. Każde to wyznaczyć przedmiotowy rynek jako krajowy.

Brak jest również podstaw do uznania, że mógłby to być rynek szerszy. Uwarunkowania technologiczne, koszty, jak i bariery prawne w obrębie poszczególnych państw determinują uznanie, że zasadne jest określenie niniejszego rynku wyłącznie na poziomie krajowym. Wyznaczenie geograficznego zasięgu przedmiotowego rynku właściwego jako rynku krajowego jest przede wszystkim pochodną regulowanego charakteru działalności telekomunikacyjnej, wg obowiązujących w Polsce przepisów¹³. Podjęcie działalności telekomunikacyjnej na terytorium RP jest uzależnione, zgodnie z art. 10 Prawa telekomunikacyjnego, od uzyskania wpisu 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. Konsekwencją powyższego jest świadczenie usług – przez danego operatora telekomunikacyjnego – wyłącznie na rzecz użytkowników końcowych zlokalizowanych na zakończeniach sieci mieszczących się na terytorium RP. Podjęcie działalności na terytorium innego państwa wymaga spełnienia przesłanek przewidzianych w ustawodawstwie tego państwa. Mimo uzyskania uprawnień do prowadzenia działalności telekomunikacyjnej w innym

¹² „Polski rynek stałego dostępu do sieci Internet w Polsce w latach 2002-2006” – www.uke.gov.pl.

¹³ ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jednolity w Dz.U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800 z późniejszymi zmianami), wraz z rozporządzeniami wykonawczymi.

państwie, użytkownicy końcowi tam zlokalizowani nie będą w stanie nabywać usług telekomunikacyjnych tego operatora świadczonych na terytorium RP, o ile nie przeniosą swojej lokalizacji do Polski. Z punktu widzenia użytkowników końcowych, usługi świadczone w Polsce, oraz za granicą, nie są więc w żadnym stopniu substytucyjne, i należą do różnych rynków geograficznych.

O zasadności zdefiniowania rynku właściwego jako rynku usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu (rynek detaliczny), i wyznaczenia go jako rynku krajowego, świadczy ponadto tekst rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 października 2004 r. w sprawie określenia rynków właściwych podlegających analizie przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (Dz.U. z 2004 r. Nr 242, poz. 2420), które określa przedmiotowy rynek (na szczeblu hurtowym) jako rynek cyt. „5) świadczenia usługi dostępu szerokopasmowego, w tym usługi szerokopasmowej transmisji danych, z wyłączeniem usług, o których mowa w pkt 4 i 11;”, i jednocześnie określa ten rynek jako rynek krajowy (vide: §2 pkt 5 i §3 w/wym. rozporządzenia).

Mimo, że powyższe rozporządzenie definiuje wprost rynek hurtowy, w ocenie Prezesa Urzędu, mając na uwadze, że istotą świadczonej konsumentom usługi jest właśnie zapewnienie im szerokopasmowego dostępu do Internetu za pośrednictwem technologii modemów kablowych, bądź łącz xDSL, a warunki konkurencji na tym rynku dyktuje TP S.A. za pośrednictwem posiadanej sieci telekomunikacyjnej o zasięgu ogólnokrajowym, zasadne jest posługiwanie się na potrzeby nin. decyzji analogiczną definicją rynku właściwego z zastrzeżeniem, iż usługi są świadczone na szczeblu detalicznym. Tym, co odróżnia rynek detaliczny od hurtowego jest w nin. sprawie jedynie brak możliwości dalszej odsprzedaży przedmiotowej usługi przez jej odbiorców, a nie właściwości świadczonej usługi.

Pomocnicze skorzystanie – na potrzeby nin. decyzji – z definicji rynku wynikającej z w/wym. rozporządzenia Ministra Infrastruktury, a także ustaleń decyzji regulacyjnej Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE) dot. rynku 12 jest uzasadnione tym, iż obowiązkiem krajowych organów regulacyjnych definiujących odnośne rynki telekomunikacyjne jest w pierwszym rzędzie stosowanie się do zaleceń i wytycznych Komisji¹⁴ (art. 23 ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne – zwana dalej „Prawem telekomunikacyjnym”), która obowiązana jest definiować rynki zgodnie z przepisami prawa konkurencji (art. 15 ust. 1 i ust. 2 dyrektywy ramowej¹⁵), a także bezpośrednie stosowanie w tym celu przepisów prawa konkurencji (art. 15 ust. 3 dyrektywy ramowej i art. 24 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego).

Zgodnie z Wytycznymi Komisji, o których mowa powyżej, cyt. „Na mocy ram regulacyjnych będą definiowane rynki i oceniana będzie znacząca pozycja rynkowa przy użyciu tej samej metodologii, która ma zastosowanie w prawie konkurencji. Z tego też powodu określenie zasięgu geograficznego rynków wskazanych w zaleceniu, zdefiniowanie tam, gdzie będzie to niezbędne właściwych rynków produktów i usług nieuwzględnionych w zaleceniu, oraz ocena skutecznej konkurencji przez krajowe organy regulacyjne powinny być spójne z orzecnictwem i praktyką w dziedzinie konkurencji. Aby zapewnić taką spójność, niniejsze wytyczne opierają się

¹⁴ „Wytyczne Komisji w sprawie analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej zgodnie z ramami regulacyjnymi Wspólnoty dotyczącymi sieci i usług łączności elektronicznej” (2002/C 165/03).

¹⁵ Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej.

na (1) istniejącym orzecznictwie Sądu Pierwszej Instancji i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącym definiowania rynku i pojęcia pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 TWE i art. 2 rozporządzenia w sprawie kontroli fuzji przedsiębiorstw; (2) wytycznych w zakresie stosowania zasad konkurencji EWG w sektorze telekomunikacyjnym; (3) obwieszczeniu Komisji dotyczącym definicji właściwych rynków dla celów wspólnotowego prawa konkurencji...; oraz (4) obwieszczeniu w sprawie stosowania zasad konkurencji do umów o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym...".

Co więcej, zdaniem Komisji, scharakteryzowanie rynków detalicznych powinno być punktem wyjścia dla definicji i określenia rynków hurtowych, czego dokonał Prezes UKE w powołanej decyzji regulacyjnej.

Mając na uwadze powyższe, koniecznym jest uznanie, że rynkem właściwym w nin. postępowaniu jest krajowy rynek świadczenia detalicznej usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu (na potrzeby rozstrzygnięcia jak w pkt II sentencji nin. decyzji).

Udział w rynku właściwym:

Wstępną przesłanką umożliwiającą uznanie działań przedsiębiorcy za praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 8 ustawy, jest posiadanie przez niego pozycji dominującej na rynku, którą zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy jest pozycja cyt. *„która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40 %;”*.

Na podstawie przeprowadzonej w toku postępowania analizy rynków właściwych, Prezes Urzędu ustalił, że uczestnik nie zajmuje pozycji dominującej na żadnym z w/wym. rynków właściwych, na których jego zachowanie było badane pod kątem zarzutów stawianych przez wnioskodawcę.

I. Rynek płatnych usług dostarczania programów telewizyjnych w Mieście Brodnicy:

Badanie tego rynku wykazało, że uczestnik posiada na nim ok. (informacja niejawna stanowiąca tajemnicę Eltronik Sp. z o.o. – pełne dane w pkt 1 zał. nr 1 do decyzji) % udział, mając zawartych (informacja niejawna stanowiąca tajemnicę Eltronik Sp. z o.o. – pełne dane w pkt 2 zał. nr 1 do decyzji) umów abonenckich (wg stanu na dzień 31.03.2005 r.), a jego konkurenci odpowiednio: wnioskodawca – ok. (informacja niejawna stanowiąca tajemnicę Automatic Serwis Sp. z o.o. – pełne dane w pkt 1 zał. nr 2 do decyzji) % (stan na 6.04.2005 r.), Cyfrowy Polsat – ok. (informacja niejawna stanowiąca tajemnicę Cyfrowy Polsat S.A. – pełne dane w pkt 1 zał. nr 3 do decyzji) % tj. (informacja niejawna stanowiąca tajemnicę Cyfrowy Polsat S.A. – pełne dane w pkt 2 zał. nr 3 do decyzji) abonentów (stan na 20.06.2005 r.) i Cyfra+ ok. (informacja niejawna stanowiąca tajemnicę CANAL+ Cyfrowy Sp. z o.o. – pełne dane w pkt 3 zał. nr 3 do decyzji) %, tj. (informacja niejawna stanowiąca tajemnicę CANAL+ Cyfrowy Sp. z o.o. – pełne dane w pkt 4 zał. nr 3 do decyzji) abonentów (stan na 20.06.2005 r.).

Mimo, że udział rynkowy uczestnika przekracza ustawowe 40%, co pozwala domniemywać, iż zajmuje on na rynku, o którym mowa, pozycję dominującą, to

w ocenie Prezesa Urzędu, analiza zasadniczej przesłanki uznania pozycji za dominującą w rozumieniu art. 4 pkt 9 ustawy, tj. możliwości skutecznego (w znacznym zakresie) zapobiegania konkurencji na rynku właściwym nie została spełniona w nin. sprawie. Istnienia pozycji dominującej nie da się ustalić jedynie na podstawie dużego udziału w rynku. Należy w tym celu przeprowadzić analizę cech ekonomicznych właściwego rynku, w szczególności w oparciu o takie kryteria jak m.in. całkowita wielkość przedsiębiorstwa, i wiążące się z nią: łatwy dostęp do rynków kapitałowych/zasobów finansowych, korzyści skali, oraz ekonomiczne bariery dostępu (istotne, o ile dostęp ten wymaga budowy własnej infrastruktury).

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu uznał, iż wnioskodawca jest dużo większym i ekonomicznie silniejszym operatorem tvk (przedsiębiorcą w ogóle) w porównaniu z uczestnikiem (tym bardziej aktualnie, po przejęciu wnioskodawcy przez Multimedia Polska S.A. z siedzibą w Gdyni). Zasięg jego działalności obejmował (na październik 2005 r.) 12 miast, w których posiadał on łącznie (informacja niejawna stanowiąca tajemnicę Automatic Serwis Sp. z o.o. – pełne dane w pkt 2 zał. nr 2 do decyzji) abonentów, podczas gdy zasięg sieci uczestnika obejmował 4 miasta, w których posiadał on łącznie jedynie (informacja niejawna stanowiąca tajemnicę Eltronik Sp. z o.o. – pełne dane w pkt 3 zał. nr 1 do decyzji) abonentów, przy czym sieć w Wąbrzeźnie została sprzedana 1.09.2006 r. Mając więc na uwadze specyfikę zarzucanego uczestnikowi naruszenia konkurencji, którego istota sprowadza się do zarzutu, iż wnioskodawca, jako podmiot słabszy rynkowo, nie był w stanie ponieść ekonomicznych konsekwencji zaniżania cen przez uczestnika, któremu umożliwiała to posiadana pozycja dominująca na rynku, należało uznać, iż mimo wyznaczenia rynku lokalnego Miasta Brodnicy, dla oceny możliwości skutecznego zapobiegania przez uczestnika konkurencji na tym rynku, koniecznym jest uwzględnienie całkowitego potencjału ekonomicznego obu konkurentów. Jego porównanie świadczy o tym, iż to wnioskodawca był w tym zakresie uprzywilejowany, gdyż zdobywając nowy dla siebie rynek Miasta Brodnicy, korzystał z możliwości, jakich był pozbawiony uczestnik, tj. mógł subsydiować początkową działalność w tym mieście środkami pozyskiwanymi na tych rynkach, na których posiadał silną pozycję, np. w Inowrocławiu (informacja niejawna stanowiąca tajemnicę Automatic Serwis Sp. z o.o. – pełne dane w pkt 3 zał. nr 2 do decyzji) abonentów. W tym przypadku, już fakt pojawienia się wnioskodawcy na dotychczas zdominowanym przez uczestnika rynku pozbawił go atrybutu dominacji, gdyż oznaczał dla uczestnika istotną zmianę warunków konkurencji, w tym zmusił go do stosowania kwestionowanej promocji cenowej, która nie była w stanie skutecznie jej zapobiec, o czym świadczy fakt, iż pozyskał on na skutek jej stosowania jedynie 24 abonentów z terenu działania wnioskodawcy (czemu nie przeczy twierdzenie wnioskodawcy o rezygnacji z jego usług 37 osób, skoro brak jest jakichkolwiek dowodów dla uznania, iż wszystkie z tych osób skorzystały następnie z usług uczestnika).

Posiadana przez wnioskodawcę pozycja na innych rynkach, umożliwiła mu stosowanie w pierwszym okresie działalności w Brodnicy (lata 2000-2004) agresywnej polityki cenowej, której przejawem było stosowanie opłat abonamentowych na poziomie 13,50 i 17,50 zł, podczas gdy w tym samym czasie, na innych rynkach, stosował on za ten sam pakiet programowy znacznie wyższe opłaty w wysokości ok. 30 zł. Fakt finansowania rozwoju sieci w Brodnicy i szybkiego jej wzrostu kosztem

innych rynków¹⁶, przemawia za uznaniem, że wnioskodawca korzystał z posiadanych, ekonomicznych możliwości ekspansji rynkowej, a uczestnik był pozbawiony możliwości skutecznego zapobiegania temu zjawisku mimo znaczącego udziału w lokalnym rynku. Fakt, iż opłaty abonamentowe wnioskodawcy zostały znacząco podwyższone dopiero w roku 2004 do poziomu 27,80 zł, tj. porównywalnego z uczestnikiem świadczy, iż najpóźniej w tym roku, w ocenie samego wnioskodawcy, uzyskał on na badanym rynku pozycję zbliżoną do uczestnika, umożliwiającą mu rozpoczęcie czerpania rzeczywistych korzyści finansowych, i najpóźniej od tego czasu należy datować zaistnienie stanu zrównoważonej konkurencji.

Oceniając posiadaną przez wnioskodawcę, faktyczną możliwość skutecznego zapobiegania ewentualnym próbom ograniczania konkurencji przez uczestnika, Prezes Urzędu uwzględnił fakt, iż na skutek stosowania przez wnioskodawcę w okresie 2000-2004 zaniżonych cen świadczonych usług, udało mu się nie tylko pozyskać nowych abonentów, nie korzystających wcześniej z usług żadnego operatora, lecz również przejąć 360 abonentów uczestnika.

Fakt, iż zrównoważona sytuacja na rynku była chwilowo przerywana przez obie strony na skutek podejmowanych przez nie akcji promocyjnych, nie świadczy o posiadaniu pozycji dominującej przez żadną z nich, lecz przeciwnie, przemawia za uznaniem, że obie strony miały możliwość skutecznego przeciwdziałania swoim poczynaniom rynkowym, a stosowane przez nie w tym celu środki były co do zasady tożsame, i stanowiły przejaw zdrowej konkurencji. Należy w tym miejscu przywołać ustalenia dot. akcji promocyjnych obu stron, które przemawiają za wnioskiem, iż to wnioskodawca wykazywał w tym zakresie większą aktywność, i to on jako pierwszy zastosował promocje, w ramach których oferował podłączenie telewizji kablowej za 1 zł i abonament w wysokości 1 zł przez pierwsze trzy miesiące. Pierwszą taką akcją promocyjną (będącą odpowiedzią na działania wnioskodawcy) uczestnik rozpoczął dopiero w lutym 2005 r. i była ona krótkotrwała (niespełna 2 miesiące). Co więcej, obniżone przez uczestnika, promocyjne opłaty były i tak wyższe, niż te stosowane przez wnioskodawcę (3x3 zł).

Wobec powyższego, należało uznać, że stosując przedmiotowe promocje cenowe jako pierwszy (począwszy od roku 2003, a więc już na dwa lata przed akcją promocyjną uczestnika), wnioskodawca rozpoczął korzystną dla konsumentów „wojnę cenową” z uczestnikiem. W tym starciu wnioskodawca nie stał na straconej pozycji, gdyż był operatorem większym i ekonomicznie silniejszym od uczestnika, co umożliwiło mu prowadzenie skutecznej i korzystnej dla konsumentów rywalizacji (np. wnioskodawca udzielił informacji, stosownie do której, na skutek jednej akcji promocyjnej prowadzonej na rynkach właściwych w okresie 1.12.2003 – 1.03.2004 r. pozyskał on 81 abonentów tvk i 94 abonentów Internetu).

O braku pozycji dominującej uczestnika świadczy również działalność operatorów platform cyfrowych, którzy – nawet jeśli nie stanowią jeszcze na lokalnym rynku istotnej, rzeczywistej konkurencji – posiadają ogromny potencjał wzrostowy (vide: ustalenia dot. wzrostu liczby abonentów w skali całego kraju, oraz rozważania dot. rynku właściwego), oraz brak barier dostępu do rynku, tak technologicznych, jak i ekonomicznych, skoro nie są zmuszeni do budowy własnej infrastruktury tvk.

¹⁶ Porównanie średniej wysokości rocznych przychodów przypadających na 1 abonenta wnioskodawcy wskazuje, że o ile w Brodnicy była to kwota ok. 255 zł, to np. w Inowrocławiu było to ok. 310 zł – dane za rok 2004.

Mając na uwadze powyższe, Prezes UOKiK ustalił, że rynek właściwy jest rynkiem konkurencyjnym, na którym występuje skuteczna walka o klienta pomiędzy wnioskodawcą i uczestnikiem, a także pomiędzy operatorami platform cyfrowych. Mimo, iż wnioskodawca posiada mniejszy udział w rynku, podejmuje on i prowadzi efektywną konkurencję z uczestnikiem, który nie ma możliwości skutecznego jej zapobiegania, a tym samym nie posiada pozycji dominującej w rozumieniu art. 4 pkt 9 ustawy.

Interwencja Prezesa Urzędu byłaby w takim przypadku nieuzasadniona, a strony nin. postępowania mają możliwość kwestionowania swoich działań przed sądami powszechnymi w trybie ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zmianami).

II. Krajowy rynek usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu na rzecz użytkowników końcowych:

Ocena rynku usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu była znacznie prostsza, z uwagi na fakt, iż rynek ten jest silnie zdominowany przez Telekomunikację Polską S.A., co wyklucza możliwość uznania uczestnika za podmiot dominujący na tym rynku właściwym.

Opierając się na ustaleniach decyzji z dnia 14 lutego 2007 r. Prezesa UKE znak DRT-SMP-6043-23/05 (33), gdzie wyznaczył on pozycję znaczącą¹⁷ TP S.A. na rynku hurtowym szerokopasmowego dostępu do Internetu, wywodząc ją z rynku detalicznego, gdzie jak ustalił, TP S.A. posiada pozycję sięgającą powyżej 60% bez rozróżnienia na technologie¹⁸, należało uznać, że pozycja dominująca TP S.A. nie jest aktualnie zagrożona, a wśród pierwszej piątki operatorów alternatywnych brak jest uczestnika: Dialog S.A. – 4%, NETIA S.A. 2%, UPC Sp. z o.o. 14%, VECTRA S.A. – 3%, MULTIMEDIA POLSKA S.A. – 3%, ASTER CITY – 8% (dane za rok 2005, tj. rok prowadzenia kwestionowanej przez wnioskodawcę akcji promocyjnej uczestnika).

Co więcej, według ustaleń Prezesa UKE, o których mowa powyżej, TP S.A. nie tylko posiada najwyższe udziały na rynku usług szerokopasmowego dostępu do sieci Internet, ale posiada również największe potencjalne możliwości zwiększenia w przyszłości liczby użytkowników, co nie wymagałoby od niej dodatkowych nakładów finansowych na budowę kablowej infrastruktury telekomunikacyjnej.

Nie bez znaczenia dla ustalenia pozycji dominującej TP S.A. na detalicznym rynku usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu jest fakt, iż zajmuje ona taką pozycję na rynku hurtowym, dysponując na terenie całego kraju bogatą infrastrukturą

¹⁷ „Znaczącą pozycję rynkową zajmuje przedsiębiorca telekomunikacyjny, który na rynku właściwym samodzielnie posiada pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego.” – art. 24 ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne; Z kolei, art. 14 ust. 2 dyrektywy ramowej, stanowi, iż „przedsiębiorstwo ma znaczącą pozycję rynkową, jeżeli samodzielnie lub wspólnie z innymi ma pozycję równoważną pozycji dominującej, tj. tak silną pozycję ekonomiczną, że uprawnia go ona do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów”.

¹⁸ Cyt. „Powyższe dane wskazują, że TP S.A. z udziałem na rynku detalicznym pod względem liczby abonentów na przełomie lat 2003-2005 sięgającym powyżej 60%, a w roku 2005 dokładnie - 66%, zajmowałaby indywidualną pozycję znaczącą na detalicznym rynku dostępu szerokopasmowego. Stanowi to podstawę do tego by przyjąć, iż operator ten zajmowałby również pozycję znaczącą na rynku hurtowym świadczenia usług szerokopasmowego dostępu do Internetu.” - <http://www.bip.uke.gov.pl>.

telekomunikacyjną, którą udostępnia innym operatorom w celu świadczenia usług detalicznych (dostęp bitstreamowy). Oznacza to, iż TP S.A. ma możliwość – w dużym stopniu niezależnego od konkurentów, kontrahentów i konsumentów – kształtowania warunków konkurencji na rynku detalicznym nie tylko poprzez ułatwiony dostęp do potencjalnych abonentów, ale także poprzez potencjalną możliwość utrudniania dostępu innym operatorom (o czym świadczy nałożenie na nią obowiązków regulacyjnych).

Tym samym, należało uznać, iż oczywistym jest, że uczestnik nie zajmuje na przedmiotowym rynku pozycji dominującej w rozumieniu ustawy, i brak jest koniecznej przesłanki umożliwiającej przystąpienie do merytorycznego rozpoznania zarzutu stosowania przez niego rażąco niskich cen usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu pod kątem naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Uzasadnienie prawne:

Zgodnie z art. 105 §1 Kodeksu postępowania administracyjnego (k.p.a.), cyt. *„Gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania.”*. Potrzeba zastosowania tego przepisu jest uzasadniona treścią art. 80 ustawy, stosownie do którego, cyt. *„W sprawach nie uregulowanych w ustawie do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego, z zastrzeżeniem art. 81.”* (ustawa nie reguluje samodzielnie kwestii umorzenia postępowania w przypadku, kiedy stało się ono bezprzedmiotowe).

Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o której stanowi art. 105 §1 k.p.a. oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie jej co do istoty¹⁹.

Art. 8 ustawy wprowadza zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym. Przesłanką wstępną pozwalającą na badanie, czy rzeczywiście strona postępowania (uczestnik) dopuściła się *„nadużycia”* jest więc uprzednie stwierdzenie posiadania przez nią pozycji dominującej na rynku właściwym. Bez wystąpienia tego elementu badanie, czy doszło do naruszenia zakazu przewidzianego w art. 8 ustawy jest bezprzedmiotowe. Tak więc, ewentualna decyzja rozstrzygająca nin. sprawę co do meritum, tj. decyzja wydana na podstawie art. 9-11 ustawy musiałaby zostać poprzedzona wstępnym ustaleniem, że uczestnik zajmował pozycję dominującą na rynkach właściwych.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż nie posiadanie przez uczestnika pozycji dominującej na rynkach właściwych, stanowi podstawę do wydania decyzji o umorzeniu postępowania na podstawie art. 105 §1 k.p.a. w związku z art. 80 ustawy.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w pkt I i pkt II nin. decyzji.

¹⁹ J.Borkowski w: B.Adamiak, J. Borkowski. KPA. Komentarz. C.H. Beck, komentarz do art. 105, nb 5.

Pouczenie:

Stosownie do art. 78 ust. 1 ustawy w związku z art. 479²⁸ §2 k.p.c. od decyzji niniejszej przysługuje stronom odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Odwołanie należy przesłać na adres Delegatury UOKiK w Bydgoszcy.

Otrzymują:

1. Pan Mirosław Knociński Prokurent
Automatic Serwis Sp. z o.o.
ul. Chołoniewskiego 46
85-127 Bydgoszcz
2. Pan Tomasz Sadowski
Doradca prawny
Multimedia Polska S.A.
ul. Tadeusza Wendy 7/9
81-341 Gdynia
3. Eltronik Sp. z o.o.
ul. 3 Maja 3
87-300 Brodnica
4. a/a