



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKiK W POZNANIU**

ul. Zielona 8, 61-851 Poznań
Tel. (0-61) 852-15-17, 852-77-50, Fax (0-61) 851-86-44
E-mail: poznan@uokik.gov.pl

RPZ-535/2/03/D.O.

Poznań, dnia 12 maja 2004 r.

DECYZJA Nr RPZ 8/2004

I. Na podstawie art. 28 ust. 4 i 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jednolity: Dz. U. z 2003 r., Nr 86, poz. 804, z 2003 r. Nr 170, poz. 1652 i z 2004 r. Nr 93, poz. 891) oraz § 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. Nr 18, poz. 172 z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, wszczętego na wniosek Centrum Telewizji Kablowej „JIM-SAT” sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim przeciwko Telekomunikacji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie

działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

uznaje się za ograniczającą konkurencję oraz naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 2 pkt 6 w. w. ustawy, praktykę polegającą na nadużywaniu przez Telekomunikację Polską S.A. z siedzibą w Warszawie pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania (wydzierżawiania) kanalizacji teletechnicznej w Słubicach, poprzez narzucanie wnioskodawcy uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umowy o dzierżawę kanalizacji teletechnicznej nr 27/242/BFX/P/DS03/2002/PKB, w postaci:

- 1) zastrzeżenia na rzecz wydierżawiającego prawa do jednostronnej zmiany ceny przy nieokreśleniu czynników, które mają wpływ na tę zmianę
- 2) zobowiązania dzierżawcy do takiego wykorzystania przedmiotu umowy, które nie będzie prowadziło do utraty przychodów wydierżawiającego na rzecz osób trzecich

i na mocy art. 9 ww. ustawy nakazuje się zaniechanie jej dalszego stosowania.

II. Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*

działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

w związku ze stwierdzeniem praktyki określonej w pkt I sentencji **nakłada się na Telekomunikację Polską S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną** w wysokości

9.434.000,00 zł (słownie: dziewięć milionów czterysta trzydzieści cztery złote) płatną do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. k.p.a. w zw. z art. 80 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*

działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

umarza się postępowanie antymonopolowe prowadzone na wniosek Centrum Telewizji kablowej „JIM-SAT” sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim przeciwko Telekomunikacji Polskiej S.A., w zakresie objętym zarzutem stosowania praktyki przewidzianej w art. 8 ust. 2 pkt 1 ww. ustawy polegającej na narzucaniu przez Telekomunikację Polską S.A. z siedzibą w Warszawie nadmiernie wygórowanej wysokości czynszu dzierżawnego kanalizacji teletechnicznej.

Uzasadnienie

Centrum Telewizji Kablowej „JIM-SAT” sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim (zwana dalej „wnioskodawcą”) zwróciła się do Delegatury Urzędu w Poznaniu z wnioskiem o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko Telekomunikacji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej „TP S.A.” lub „Spółką”). Wnioskodawca podniósł, iż na podstawie umowy z dnia 7 maja 2001 r. dzierżawi kanalizację teletechniczną TP S.A., tymczasem w dniu 20 września 2002 r. Spółka przedstawiła mu nową treść umowy dzierżawy, która swoimi postanowieniami narusza przepisy ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (zwanej dalej „Ustawą”). Wnioskodawca zarzucił Spółce nadużywanie pozycji dominującej poprzez narzucanie nadmiernie wygórowanej ceny dzierżawy nie uwzględniającej stopnia zajętości otworu przez wnioskodawcę i przez samą TP S.A. oraz poprzez narzucenie uciążliwych warunków umowy dzierżawy kanalizacji w zakresie zastrzeżenia na rzecz TP S.A. uprawnienia do jednostronnego dowolnego podwyższenia stawki czynszu i w zakresie zobowiązania wnioskodawcy do takiego wykorzystania przedmiotu umowy, które nie będzie prowadziło do utraty przychodów Spółki na rzecz osób trzecich.

Działając w oparciu o upoważnienie Prezesa Urzędu z dnia 10 kwietnia 2003 r., Delegatura Urzędu w Poznaniu wszczęła w dniu 30 kwietnia 2003 r. postępowanie antymonopolowe, stawiając TP S.A. zarzut stosowania praktyk zakazanych przepisami art. 8 ust. 1 i 2 pkt 1 i 6 Ustawy, poprzez nadużywanie pozycji dominującej na lokalnym rynku wydzierżawiania kanalizacji teletechnicznej, polegającego na narzucaniu nadmiernie wygórowanych cen dzierżawy miejsc w kanalizacji teletechnicznej na obszarze miasta Słubice oraz na narzucaniu uciążliwych warunków umowy z dnia 20 września 2002 r. nr 27/242/BFX/P/DS03/2002/PKB, poprzez:

- ujednoczenie stosowanych w skali kraju cen dzierżawy tej kanalizacji i oderwanie cen poszczególnych odcinków od kosztów związanych z ich utrzymaniem i eksploatacją, nie uwzględnienie w kalkulacji ceny poszczególnych odcinków stopnia wykorzystania kanalizacji przez sieci dzierżawcy i wydzierżawiającego, co w przypadku wnioskodawcy spowodowało ponad ośmiokrotny wzrost ceny w stosunku do poziomu cen dotychczas stosowanych,

- zastrzeżenie na rzecz TP S.A jednostronnego prawa do zmiany ceny o dowolną wartość,
- zobowiązanie dzierżawcy do takiego wykorzystania przedmiotu umowy, które nie będzie prowadziło do utraty przychodów TP S.A. na rzecz osób trzecich.

Postanowieniem z dnia 6 listopada 2003 r. treść zarzutów przedstawionych TP S.A. została zmieniona w kwestii narzucania przez TP S.A. cen nadmiernie wygórowanych na skutek ujednoczenia stosowanych w skali kraju cen dzierżawy i oderwania cen poszczególnych odcinków od kosztów związanych z ich utrzymaniem i eksploatacją, poprzez określenie tego zarzutu jako narzucania nadmiernie wygórowanych cen powodujących ośmiokrotny wzrost czynszu w stosunku do stawki dotychczasowej. Zmiana ta uzasadniona była wszczęciem przez tut. Urząd wobec TP S.A. postępowania antymonopolowego z urzędu, w zakresie oceny wprowadzonej przez Spółkę w 2002 r. nowej polityki kształtowania wysokości czynszu dzierżawy kanalizacji na nieokreślonej liczbie rynków lokalnych w skali całego kraju, którego wynik miałby wpływ na treść rozstrzygnięcia w tym zakresie w niniejszej sprawie. W pozostałym zakresie zarzuty pozostały niezmienione.

TP S.A., odpowiadając na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego - pismo z dnia 26 maja 2003 r. (k. 39 – 44), pismo z dnia 6 sierpnia 2003 r. (k. 75 – 80) - wyjaśniła, iż na terenie miasta Słubice, występują alternatywne sposoby prowadzenia kabla transmisyjnego, przy użyciu innej infrastruktury niż telekomunikacyjna, co wynika z ogólnego doświadczenia i wiedzy (miejska sieć ciepłownicza – np. MPEC Wrocław lub sieć kanalizacji ściekowej, za pomocą kabli montowanych przez TELE-FONIKA Zakład Integracji Sieci sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie).

Nowe stawki za dzierżawę kanalizacji teletechnicznej wprowadzone zostały w związku z analizą warunków dzierżawy stosowanych przed rokiem 2002 w całym kraju, która wykazała duże zróżnicowanie wysokości czynszu, ponieważ stosowano różne zasady obliczania stopnia zajętości kanalizacji, a w kalkulacji czynszu pomijano koszty kapitału „zamrożonego” budową kanalizacji. Zmiana stawek wprowadzona w 2002 r. ma na celu ujednoczenie ich w skali całego kraju.

Ustosunkowując się do zarzutu narzucania uciążliwych warunków umowy przez TP S.A., wyjaśniono, iż proponowane teksty umowy dzierżawy kanalizacji są umowami niestandardowymi, przygotowywanymi przez pracowników TP S.A. korzystających z ogólnych wytycznych Dyrekcji. Umowy te podlegają akceptacji członka zarządu spółki w ważniejszych kwestiach.

Ponadto TP S.A. w piśmie z dnia 6 lutego 2004 r. (k. 168 – 259) wskazała, iż zgodnie z ustawą z dnia 21 lipca 2000 r. *Prawo telekomunikacyjne* (Dz. U. Nr 73, poz. 852 z późn. zm.), jedynie Prezes Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (zwany dalej „Prezesem URTiP”) jest organem uprawnionym do kontroli w przedmiocie objętym niniejszym postępowaniem, tzn. jest odpowiedzialny za doprowadzenie do zawarcia umowy dzierżawy kanalizacji teletechnicznej oraz zobowiązany do czuwania nad treścią takiej umowy, zgodnie z art. 96 ustawy *Prawo telekomunikacyjne*. TP S.A. twierdzi, że w niniejszej sprawie zachodzi brak właściwości Prezesa Urzędu, a tym samym sprawę należy przekazać do rozpoznania właściwemu w sprawie Prezesowi URTiP albo postępowanie zawiesić do czasu wyjaśnienia kwestii wynikających z treści art. 96 ust. 1 *Prawa telekomunikacyjnego* (zgodnie z art. 94 § 1 pkt 4 k.p.a.). Stanowisko

to zostało poparte poprzez załączenie do niego kopii wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie XVII Ama 134/02 (k. 184 – 199).

TP S.A. zarzuciła też, że zarówno w podmiotowym jak i w przedmiotowym aspekcie sprawa niniejsza jest tożsama ze sprawą prowadzoną wobec niej z urzędu. Zdaniem Spółki rozstrzygnięcie postępowania toczącego się z urzędu odnosić się będzie do wszystkich podmiotów dzierżawiących kanalizację teletechniczną od Spółki, a zatem także do wnioskodawcy w niniejszej sprawie. Ponadto ocenie w tych sprawach podlega to samo działanie TP S.A., to jest narzucanie nadmiernie wygórowanych cen dzierżawy oraz narzucanie uciążliwych warunków umowy dzierżawy kanalizacji teletechnicznej. Z tych względów niniejsze postępowanie powinno zostać umorzone, jako bezprzedmiotowe.

Z kolei w piśmie z dnia 19 kwietnia 2004 r. (k. 290 – 305) Spółka ponownie podniosła wcześniejsze zarzuty oraz poinformowała, iż wprowadza już nowe zasady dzierżawy kanalizacji określone ww. Decyzją Członka Zarządu zawierając nowe umowy z dzierżawcami, przy czym załączyła zestawienie zawartych już i planowanych umów z dzierżawcami według tych nowych zasad. Spółka zwróciła się też o zaliczenie w poczet materiału dowodowego akt w sprawie prowadzonej przez Delegaturę Urzędu we Wrocławiu w sprawie RWR 535-S-1-/01/JM oraz sprawy sądowej zawisłej przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów zakończonej wyrokiem z dnia 3 grudnia 2003 r. (sygn. akt. XVII Ama 134/02) na okoliczność podmiotów, które mogą dysponować kanalizacją teletechniczną na obszarze miasta Poznania, nadającą się do przesyłu sygnału telewizji kablowej.

Przeprowadzone przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów postępowanie dowodowe pozwoliło na ustalenie następującego stanu faktycznego:

Telekomunikacja Polska S.A z siedzibą w Warszawie jest spółką prawa handlowego, której głównym przedmiotem działalności jest świadczenie usług telekomunikacyjnych. Spółka jest również właścicielem kanalizacji teletechnicznej, która służy do prowadzenia kabli transmisyjnych, w tym kanalizacji usytuowanej w Słubicach. Kanalizacja ta wykorzystywana jest do świadczenia oferowanych przez Spółkę usług telekomunikacyjnych, a wolne przestrzenie udostępniane są zainteresowanym przedsiębiorstwom i instytucjom, tj. np. operatorom telewizji kablowych (zwanymi dalej „operatorami tvk”), przedsiębiorcom świadczącym usługi internetowe, wojsku, bankom, itp.

Wnioskodawca jest operatorem świadczącym usługi rozprowadzania i rozpowszechniania programów telewizyjnych (operatorem telewizji kablowej). Wnioskodawca świadczy te usługi m. in. w Słubicach, korzystając przy tym z kanalizacji teletechnicznej TP S.A. umiejscowionej na odcinkach ulic: Wojska Polskiego 44-126 (... m), Niepodległości – na odcinku od kościoła do ul. Kościuszki 14 (... m), Nocznickiego 8 – 19 L (... m), co łącznie stanowi długość m. Korzystanie z kanalizacji odbywało się na mocy umowy dzierżawy z dnia 7 maja 2001 r., zawartej na czas nieokreślony, zgodnie z którą czynsz dzierżawny wynosił ... zł netto za każde rozpoczęte 100 metrów kanalizacji, a łączna kwota miesięcznego czynszu wskazana w umowie opiewała na ... zł netto.

W 2002 r. na mocy decyzji nr 2 Członka Zarządu TP S.A. ds. Techniki – Bertranda Le Guern w sprawie *dzierżaw elementów infrastruktury telekomunikacyjnej TP S.A. rozumianych jako kanalizacja teletechniczna, włókna światłowodowe i nie*

skonfigurowane linie miedziane z dnia 3 stycznia 2002 r. (zwanej dalej „Decyzją”) oraz wytycznych odnośnie zalecanych opłat miesięcznych za dzierżawę kanalizacji (Memorandum z dnia 11.10.2002 r.) wprowadzono nowe zasady akceptowania treści i zawierania umów dzierżawy kanalizacji oraz nowe zasady ustalania czynszu - niezależnie od stopnia zajętości otworu kanalizacji, zróżnicowane ze względu na czas trwania umowy. Ustalono jednolitą w skali kraju cenę dzierżawy kanalizacji, która wynosiła:

- czas nieokreślony obowiązywania umowy – ... zł za 100 metrów, 1 – roczny okres obowiązywania umowy – ... zł za 100 metrów, 3 – letni okres obowiązywania umowy – ... zł za 100 metrów, 5 – letni okres obowiązywania umowy – ... zł za 100 metrów.

Nowa cena określona została na podstawie kalkulacji kosztowej opiewającej na kwotę ... zł miesięcznie za 1 kilometrootwór (kmo) kanalizacji teletechnicznej pierwotnej. Zgodnie z pismem TP S.A. z dnia 22 maja 2003 r. (k. 157-162), składowymi miesięcznego kosztu 1 kmo kanalizacji teletechnicznej są:

- koszt infrastruktury – ... zł, w tym
 - o koszt amortyzacji od wartości bieżącej brutto – ... zł
 - o koszt kapitału – ... zł
- koszty operacyjne – ... zł
- koszty wynagrodzenia służb technicznych – ... zł
- ewentualnie również marże.

Na tej podstawie, zgodnie z zaoferowaną wnioskodawcy nową treścią umowy dzierżawy kanalizacji z dnia 20 września 2002 r. nr 27/242/BFX/P/DS03/2002/PKB (k. 7 – 9), nowa cena czynszu miesięcznego określona została na poziomie ... zł za każde rozpoczęte 100 metrów kanalizacji, a w związku z tym łączny czynsz za dzierżawione przez wnioskodawcę ... metry kanalizacji wyniósł ... zł netto.

Nowa treść umowy dzierżawy wskazywała, iż umowa ta zawarta miała być na czas określony. W projekcie umowy przewidziano m. in., iż TP S.A. zastrzega sobie prawo do zamiany ustalonej ceny, o czym dzierżawca zostanie pisemnie powiadomiony, bez potrzeby spisywania aneksu (§ 2 ust. 3 – 5 umowy):

- „3. Wyzierżawiający zastrzega sobie prawo do zmiany ceny, o której mowa w ust. 1 (cena za dzierżawę).
4. O zmianie ceny, o której mowa w ust. 2 Wyzierżawiający powiadomi Dzierżawcę pisemnie.
5. Zmiana ceny, o której mowa w ust. 2 nie stanowi zmiany postanowień niniejszej umowy i nie wymaga podpisywania dodatkowego aneksu.”

Sankcją za niezapłacenie czynszu według nowej stawki po upływie jednego miesiąca od dnia powiadomienia dzierżawcy o zmianie wysokości czynszu, jest rozwiązanie umowy w trybie natychmiastowym (§ 5 pkt 3 umowy: „Wyzierżawiający może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym w razie nieprzestrzegania przez Dzierżawcę warunków Umowy, a w szczególności (...) nieopłacania czynszu według nowej stawki, po upływie 1 miesiąca od dnia powiadomienia go o zmianie wysokości czynszu (§ 2 ust. 4 niniejszej Umowy)).

Poza tym umowa nakłada na dzierżawcę zobowiązanie do „takiego wykorzystania przedmiotu umowy, które nie będzie prowadziło do utraty przychodów TP S.A. na rzecz osób trzecich” (§ 4 ust. 8 umowy).

TP S.A. od sierpnia 2003 r. prowadzi negocjacje z Ogólnopolską Izbą Gospodarczą Komunikacji Kablowej (zwaną dalej „OIGKK”) oraz z występującym w charakterze obserwatora - Zrzeszeniem Telewizji Kablowych w Łodzi (zwanym dalej „ZTK”), które reprezentują znaczną część operatorów świadczących usługi telewizji kablowej oraz inne usługi świadczone w oparciu o sieć telewizji kablowej, w zamiarze wprowadzenia zasad obsługi zamówień i warunków handlowych umów dzierżawy kanalizacji technicznej (list intencyjny z dnia 30 lipca 2003 r. podpisany przez TP S.A. i OIGKK, notatki ze spotkań z ww. podmiotami). Wnioskodawca nie jest członkiem OIGKK, jest jednak członkiem ZTK. Negocjacje te, w ramach których odbyło się kilkanaście spotkań, nie zostały jeszcze zakończone (pismo TP S.A. z dnia 6 lutego 2004 r., k. 168 - 259).

W toku niniejszego postępowania TP S.A. decyzją Członka Zarządu TP. S.A. ds. Marketingu - Bruno Duthoi w sprawie *zasad udostępniania i ustalania wysokości opłat za dzierżawę Kanalizacji teletechnicznej* (zwanej dalej „Decyzją Członka Zarządu TP S.A.”) z dniem 24 października 2003 r. wprowadziła i wdrożyła kolejne nowe zasady wydzierżawiania kanalizacji należącej do jej infrastruktury, a na ich podstawie nową treść umowy dzierżawy.

Zgodnie z tymi zasadami dzierżawca zobowiązany jest do uiszczania tytułem dzierżawy na rzecz TP S.A.:

- a. jednorazowej opłaty za udostępnienie otworu w kwocie ... zł netto
- b. miesięcznego czynszu dzierżawy jednego otworu w kanalizacji teletechnicznej: stawka czynszu miesięcznego stanowi iloczyn sumy opłat podstawowych i współczynnika czynszu miesięcznego (zależnego od zajętości kanalizacji) w stosunku do opłaty podstawowej pomniejszony o upusty, przy czym:
 - o opłata podstawowa wynosi ... zł miesięcznie netto za każde rozpoczęte 100 metrów bieżących udostępnionego otworu w kanalizacji teletechnicznej;
 - o współczynnik czynszu miesięcznego stanowi podporządkowanie do kategorii odpowiadającej wielkości udostępnienia otworu dla danej średnicy kabla, przy czym minimalną jednostką odpowiadającą najmniejszej szerokości kabla jest 25 % otworu kanalizacji teletechnicznej pierwotnej zajętości kanalizacji;
 - o upusty w czynszu miesięcznym uzależnione są od:
 - strefy administracyjnej dzierżawienia kanalizacji teletechnicznej - wysokość upustu uzależnionego od strefy administracyjnej wynosi od 0 % dla Warszawy do 10 % dla miast poniżej 25 tys. mieszkańców
 - czasu na jaki zawarta została umowa: od 1% za czas dłuższy niż 5 lat do 4 % za czas nie przekraczający 2 lat.

TP S.A. nie zaproponowała wnioskodawcy nowych warunków dzierżawy oraz nowego projektu umowy, ustalonych na podstawie powyższej decyzji. Również zestawienie przedłożone w niniejszej sprawie jako załącznik do pisma TP S.A. z dnia 19 kwietnia 2004 r. wskazujące podmioty, z którymi zawarto już oraz podmioty z którymi planuje się zawarcie umów dzierżawy według nowych zasad, wskazuje, iż zgodnie z nim ani nie zawarto z wnioskodawcą nowej umowy, ani też w najbliższym czasie nie jest to zamierzone (k. 300 – 305).

W toku postępowania Urząd ponadto ustalił, iż kanalizacja teletechniczna jest w posiadaniu jeszcze m. in. takich podmiotów jak:

- **Telekomunikacja Kolejowa sp. z o.o. siedzibą w Warszawie**, która jednak nie dysponuje kanalizacją teletechniczną w Słubicach (pismo Telekomunikacji Kolejowej sp. z o.o. z dnia 17.12.2003 r., k. 163 - 166);
- **Telefonia Dialog S.A. z siedzibą we Wrocławiu**, która również nie dysponuje kanalizacją teletechniczną w Słubicach (pismo Telefonii Dialog S.A. z dnia 19.12.2003 r., k. 160);
- **NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie**, która także (ani żadna ze spółek grupy NETIA) nie dysponuje kanalizacją teletechniczną w Słubicach (pismo NETIA S.A. z dnia 19.12.2003 r., k. 161);
- **Telekomunikacja Energetyczna TEL-ENERGO S.A. z siedzibą w Warszawie**, która nie dysponuje kanalizacją teletechniczną w Słubicach (pismo Telekomunikacji Energetycznej TEL-ENERGO S.A. z dnia 16.12.2003 r., k. 162).

Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura w Poznaniu zważył, co następuje:

A. INTERES PUBLICZNY

Stosownie do przepisu art. 1 ust. 1 Ustawy wszczynając niniejsze postępowanie Urząd rozważył, czy na skutek działań TP S.A. został naruszony interes publiczny. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 maja 2001 r. w sprawie oznaczonej sygn. akt I CKN 1217/98 stwierdził, iż z publicznoprawnego charakteru Ustawy wynika, że znajduje ona zastosowanie, gdy naruszony zostaje interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki funkcjonować może prawidłowo, gdy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji uznać należy jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku, a więc dotyczą konkurencji jako zjawiska charakteryzującego funkcjonowanie gospodarki.

Należy zatem stwierdzić, że nie każde naruszenie prawa w stosunkach cywilnoprawnych przemawia za wszczęciem postępowania przewidzianego Ustawą. Decyduje o tym bowiem naruszenie przez przedsiębiorcę, w następstwie praktyk ograniczających konkurencję, interesu publicznoprawnego.

Działania TP S.A. zastosowane wobec wnioskodawcy polegające na wprowadzeniu uciążliwych warunków umowy dzierżawy kanalizacji teletechnicznej poprzez nieuczciwe ustalenie wysokości czynszu oraz wprowadzenie zapisów umożliwiających dowolną, każdorazową zmianę czynszu, godzą w interesy także innych podmiotów zmuszonych do korzystania z usług dzierżawy kanalizacji od TP S.A., tym bardziej iż wprowadzane przez TP S.A. nowe warunki umowy ukształtowane na bazie wytycznych członka zarządu TP S.A. miały charakter ogólnokrajowy. Konieczność zaakceptowania przez operatorów tvk tych narzuconych warunków umów wobec alternatywy braku dostępu do kanalizacji teletechnicznej niezbędnej do prowadzenia działalności, godzi także w prawa konsumentów, którzy mogą zostać pozbawieni usług świadczonych przez dzierżawców kanalizacji teletechnicznej na skutek wzrostu ceny abonamentu i możliwości dalszych podwyżek lub też rezygnacji operatora z dalszego prowadzenia działalności wymagającej korzystania z infrastruktury TP S.A., związanej z

wprowadzeniem nowych warunków lub dokonywanymi przez TP S.A. dowolnie w toku obowiązywania umowy podwyżkami czynszu dzierżawy kanalizacji,

Wskazana przez TP S.A. okoliczność prowadzenia negocjacji z OIGKK i z ZTK (w charakterze obserwatora) również nie uzasadnia twierdzenia, że w sprawie nie doszło do naruszenia interesu publicznego. Negocjacje te zostały wszczęte dopiero w sierpniu 2003 r., a więc niemal po roku od daty wprowadzenia nowych zasad ustalania cen dzierżawy przez TP S.A. i po wszczęciu przez Prezesa Urzędu postępowania w niniejszej sprawie. Ponadto zaznaczyć należy, że OIGKK nie zrzesza wszystkich działających na krajowym rynku operatorów tvk; nie zrzesza również wszystkich podmiotów korzystających z kanalizacji teletechnicznej TP S.A., w tym wnioskodawcy. Stwierdzić również należy, że negocjacje nie zakończyły się, a podczas ich prowadzenia – w październiku 2003 r. - TP S.A. wprowadziła kolejne, nowe warunki dzierżawy, które jednak – zgodnie z zestawieniem przedstawionym przez TP S.A. jako załącznik do pisma z 19 kwietnia 2004 r. - nie zostały zaproponowane wnioskodawcy oraz wielu innym dotychczasowym dzierżawcom.

Zarzut TP S.A. w zakresie braku interesu publicznego w niniejszej sprawie należy zatem uznać za nieuzasadniony.

B. WŁAŚCIWOŚĆ PREZESA URZĘDU

W ocenie Urzędu w niniejszej sprawie nie zachodzi zarzucany przez TP S.A. brak właściwości Prezesa Urzędu lub też konieczność rozstrzygnięcia zagadnienia wstępnego przez inny organ, tj. Prezesa URTiP.

W doktrynie i orzecznictwie porusza się problem podziału kompetencji między organem antymonopolowym a regulatorami sektorowymi: Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki i Prezesem Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty, których przedmiot działania w pewnych sferach jest zbliżony do zakresu kompetencji Prezesa Urzędu. Zgodnie orzecznictwem Sądu Antymonopolowego (por. m. in. wyrok z dnia 20 grudnia 2000 r. w sprawie XVII Ame 19/00) *zasadniczo charakter kompetencji URE i Prezesa UOKiK powoduje, że ten sam stan faktyczny sprawy może w określonych sytuacjach podlegać niezależnej od siebie ocenie obu tych organów. Pierwszy z nich jest bowiem organem regulacyjnym, zaś podstawą działania drugiego jest sankcja antymonopolowa, jaką jest nakaz zaniechania praktyk monopolistycznych. Nakaz ten nie kształtuje treści umowy, tylko obliguje adresata do zaniechania określonych zachowań* (E. Modzelewska – Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 187). Uwagi te mają analogiczne zastosowanie na gruncie relacji pomiędzy Prezesem Urzędu a Prezesem URTiP.

Analiza *Prawa telekomunikacyjnego* prowadzi do wniosku, że zakresy kompetencji Prezesa Urzędu i Prezesa URTiP, ani nie odnoszą się do tego samego przedmiotu w niniejszej sprawie, ani też nie pokrywają się.

Nadmienić przy tym należy, że zgodnie z art. 96 *Prawa telekomunikacyjnego* Prezes URTiP ingeruje w sytuacji, gdy operator publiczny zobowiązany jest do umożliwienia współkorzystania operatorom eksploatującym sieci publiczne z np. kanalizacji, a strony nie zawarły umowy w terminie 30 dni od daty wystąpienia z wnioskiem o jej zawarcie. Wówczas Prezes URTiP korzystając z przyznanых mu kompetencji może kształtować stosunki konkretnych stron, będąc upoważnionym do

ustalenia ich w drodze decyzji administracyjnej, o ile negocjacje prowadzone w określonym przez niego terminie nie doprowadzą do zawarcia umowy. Oznacza to, że przedmiotem kompetencji Prezesa URTiP jest doprowadzenie do zawarcia konkretnej umowy, na konkretnych warunkach, w drodze negocjacji stron, a w ostateczności – w drodze decyzji administracyjnej.

Stanowisko to potwierdza wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 3 grudnia 2003 r. w sprawie XVII 134/02, zgodnie z którym: „(...) Sąd nie neguje co do zasady stronie zainteresowanej możliwości dochodzenia swoich praw, domagania się ochrony konkurencji w dwóch równoległych trybach, tj. przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i przed Prezesem Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty. Sąd stoi na stanowisku, iż wejście w życie ustawy Prawo telekomunikacyjne nie ograniczyło kompetencji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów do orzekania, czy działania podmiotów operujących na rynku usług telekomunikacyjnych stanowią praktyki ograniczające konkurencję. (...) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów miał możliwość wszczęcia postępowania antymonopolowego dopiero w sytuacji, gdyby strony miały już na podstawie art. 96 Prawa telekomunikacyjnego uregulowany stosunek dzierżawy kanalizacji teletechnicznej a TP S.A. nie wywiązywała się z przedmiotowej umowy lub umowy ukształtowanej w tym przedmiocie przez regulatora, tj. Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty.”

Pamiętać należy, że Prezes UOKiK występuje w obronie interesu publicznego i w tym aspekcie dokonuje wyłącznie oceny, czy podmiot wobec którego toczy się postępowanie (tut. TP S.A.) narusza zakazy przewidziane w Ustawie. Interes prywatny wnioskodawcy podlegałby realizacji w przypadku gdyby przedmiotem postępowania było kształtowanie treści umowy wnioskodawcy z TP S.A., a w takim przypadku kompetentnym do rozpoznania sprawy jest określony regulator sektorowy, np. w niniejszej sprawie – Prezes URTiP.

W przedmiotowej sprawie umowa dzierżawy była już zawarta (na czas nieokreślony), obowiązywała od dnia 7 maja 2001 r. i nie została wypowiedziana przez żadną ze stron. TP S.A. na mocy wewnętrznej decyzji zaoferowała wnioskodawcy nową wersję umowy o zupełnie odmiennej treści niż dotychczasowa. W związku z tym wnioskodawca zwrócił się do Urzędu z wnioskiem o uznanie zachowania TP S.A. za praktykę monopolistyczną, a nie o określenie stawki czynszu.

Reasumując, kompetencją Prezesa Urzędu w przedmiotowej sprawie nie jest kształtowanie treści umowy dzierżawy kanalizacji teletechnicznej pomiędzy TP S.A. a przedsiębiorcami korzystającymi z tej kanalizacji, ale ocena działania TP S.A. pod względem przestrzegania zakazów określonych w Ustawie. Prezes Urzędu wyłącznie przez pryzmat przepisów Ustawy – w interesie publicznym - weryfikuje warunki umowy przedstawionej przez TP S.A.

C. TOŻSAMOŚĆ SPRAW

Analiza przedmiotowa i podmiotowa zakresu niniejszego postępowania w stosunku do zakresu postępowania prowadzonego z urzędu w sprawie RPZ-535/6/03 pozwala stwierdzić, iż zakresy obu tych spraw w całości nie pokrywają się, a jedynym elementem wspólnym jest kwestia nowoustalanej stawki czynszu.

Zainteresowaniem Urzędu w niniejszej sprawie objęte były zachowania TP S.A. polegające na narzucaniu uciążliwych warunków nowej umowy dzierżawy zaproponowanej wnioskodawcy, w tym na narzucaniu nadmiernie wygórowanej ceny dzierżawy - ponad ośmiokrotnie wyższej w stosunku do dotychczas obowiązującej.

Jednakże w związku ze słusznym zarzutem TP S.A., według którego, prowadzone przez Urząd postępowanie z urzędu w sprawie narzucania przez Spółkę nieuczciwych cen dzierżawy kanalizacji teletechnicznej na bliżej nieokreślonej liczbie rynków lokalnych, poprzez ujednoczenie ich z pominięciem stopnia zajętości kanalizacji przez samą Spółkę i przez innych dzierżawców oraz z pominięciem warunków budowy i eksploatacji poszczególnych odcinków kanalizacji teletechnicznej, jest w tym względzie tożsame z zarzutem postawionym Spółce w niniejszej sprawie na podstawie art. 8 ust. 2 pkt 1 Ustawy, zasadne było umorzenie postępowania w tym zakresie.

Obie sprawy w tej części mają wspólny przedmiot, a mianowicie w zakresie wysokości zastosowanej przez TP S.A. stawki czynszu dzierżawy kanalizacji teletechnicznej, obliczonej na podstawie nowego rachunku kosztów, obejmującego także koszt kapitału „zamrożonego”, obejmującej cały koszt utrzymania pełnego przekroju poszczególnych odcinków.

Zakresem postępowania prowadzonego z urzędu nie zostało jednak objęte badanie narzucenia wnioskodawcy przez TP S.A. - w ramach tych nowych warunków dzierżawienia kanalizacji z 2002 r. - innych uciążliwych zapisów umowy niż wysokość czynszu, co z kolei Urząd zbadał w niniejszej sprawie.

Z powyższych względów, Urząd przyjął, iż niniejsze postępowanie stało się bezprzedmiotowe w zakresie zbieżnego zarzutu narzucenia przez TP S.A. nadmiernie wygórowanej wysokości czynszu.

Stąd też Urząd orzekł jak w pkt III sentencji.

Prezes Urzędu nie znalazł jednak podstaw do umorzenia postępowania w odniesieniu do pozostałych zarzutów stawianych Spółce w niniejszym postępowaniu.

D. PRAKTYKA TP S.A. OGRANICZAJĄCA KONKURENCJĘ

Istotą praktyk ograniczających konkurencję określonych w art. 8 Ustawy jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Ogólny zakaz wyrażony w art. 8 ust. 1 Ustawy precyzuje jego ust. 2 pkt 6, wskazując jeden z przykładów nadużywania tej pozycji, polegający na narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści.

Naruszenie zatem przepisu art. 8 ust. 2 pkt 6 Ustawy stanowi praktykę ograniczającą konkurencję.

Dla oceny uznania praktyk określonych w art. 8 ust. 2 pkt 6 za ograniczającą konkurencję, zachowanie przedsiębiorcy musi spełniać łącznie następujące przesłanki:

- a) posiadanie pozycji dominującej na rynku właściwym

- b) nadużywanie tej pozycji, poprzez narzucanie nadmiernie wygórowanych cen oraz uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści.

Ad a) Pozycja TP S.A. na rynku właściwym

Zgodnie z art. 4 pkt 9 Ustawy – przez *pozycję dominującą* rozumie się pozycję przedsiębiorcy, 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%

Z kolei, wg pkt 8 tego artykułu – pod pojęciem *rynku właściwego* 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.

Zachowania przedsiębiorców mają miejsce w strukturze rynkowej. Istotne znaczenie ma zatem określenie rynku właściwego w tej sprawie, tj. rynku produktowego i geograficznego.

- **Rynek właściwy**

Rynkiem produktowym jest usługa udostępniania kanalizacji teletechnicznej przeznaczonej do prowadzenia w niej kabli transmisyjnych, służących do przesyłu sygnałów telefonicznych, telewizyjnych, radiowych, internetu itp. Na podstawie informacji uzyskanych od wnioskodawcy (pismo z dnia 29.04.2003 r., k. 26 – 27; pismo z dnia 27 września 2003 r., k. 12 - 125) oraz pism OIGKK z dnia 30 listopada 2003 r. (k. 267 - 277) oraz pism Automatik – Serwis sp. z o.o. w Brodnicy z dnia 1 lipca 2003 r. i 29 października 2003 r., włączonych do niniejszego postępowania (k. 262 - 266) stwierdzono m. in., iż wykorzystanie kanalizacji teletechnicznej do prowadzenia kabli transmisyjnych jest najbardziej optymalnym sposobem przekazywania ww. sygnałów do lokali mieszkalnych, użytkowych itp. Inne sposoby prowadzenia kabli, np. w kanalizacji ściekowej, ciepłowniczej i za pomocą linii napowietrznych jest ze względów technicznych i ekonomicznych, utrudnione oraz nieopłacalne. Stwierdzono m. in., iż:

- wykorzystanie sieci ciepłowniczej jest niemożliwe z uwagi na utrudniony dostęp – studnie i komory połączone są kanałami ciepłowniczymi przykrywającymi rury izolowane o odcinkach po kilkaset metrów o licznych załamaniach pod kątem prostym
- wykorzystanie kanalizacji ściekowej jest niemożliwe, ponieważ:
 - o ze względu na jej podstawowe przeznaczenie prowadzenie kabli wymaga wyspecjalizowanego wyposażenia i urządzeń do instalacji. Istnieją kable odporne na warunki panujące w tej kanalizacji, jednak prowadzi się je tylko na długich odcinkach, przy czym nie wykorzystuje się ich do budowy sieci dostępowej, czyli pomiędzy węzłem optycznym a abonentem - na tym etapie stosuje się kable współosiowe metalowe, które nie są odporne na specyficzne warunki w tej kanalizacji, a dodatkowo narażone są na uszkodzenia przez gryzonie

- kanalizacja ta jest w złym stanie technicznym, przebijają się do niej korzenie, zarasta innymi zanieczyszczeniami; stosowane powszechnie technologie oczyszczania w ogóle eliminują możliwość położenia sieci telekomunikacyjnej, gdyż okresowe usuwanie zatorów dokonywane jest za pomocą mechanicznych wycinarek, które niszczą wewnątrz kanalizacji wszystkie przeszkody, a zatem także sieci telekomunikacyjne wraz z urządzeniami wspomagającymi
 - przedsiębiorstwa wodociągowe niechętnie wydierżawiają kanalizację, albowiem każda ingerencja w tej kanalizacji i umieszczenie urządzeń zmniejsza jej przepustowość
- na budowę linii napowietrznych tylko w wyjątkowych przypadkach wydaje się zezwolenie (k. 29 – 30)

Budowa własnej kanalizacji jest inwestycją, której przeprowadzenie wymaga uzyskania szeregu zezwoleń i zgód właścicieli nieruchomości, przez które by przebiegała, zabiera to dużo czasu oraz wiąże się z koniecznością znacznych nakładów finansowych, zamknięcia dróg itp. Nakłady te wynosiłyby ok. 40.000,00 - 60.000,00 zł na budowę 1 kilometra kanalizacji (pisma wnioskodawcy z dnia 29 kwietnia 2003 r., k. 26 – 30, z dnia 27 września 2003 r., k. 113 – 114, pismo Automatic-Serwis z 1 lipca 2003 r. 263).

Z uwagi na to alternatywne metody prowadzenia kabla transmisyjnego w stosunku do kanalizacji teletechnicznej nie są powszechnie stosowane. Także Sąd Antymonopolowy w wyroku z dnia 27 listopada 1996 r. w sprawie XVII Ama 45/96 stwierdził, że usługi w zakresie wydierżawiania kanalizacji teletechnicznej na potrzeby telewizji kablowej, jako mające istotne znaczenie gospodarcze, uzasadniają ich traktowanie jako odrębnego rynku.

Okoliczności te uzasadniają uznanie tej infrastruktury za „essential facility”, czyli taką, która jest kluczowa dla możliwości rozwoju konkurencji na funkcjonującym za jej pomocą rynku usług telekomunikacyjnych. Infrastruktura ta nie ma zamiennika i nie można jej odpowiednio tanio duplikować. Niemożność duplikacji dotyczy niemożności fizycznej, prawnej i ekonomicznej. W odniesieniu do kanalizacji teletechnicznej fizyczna niemożność związana jest z koniecznością prowadzenia prac pod ziemią na terenach zurbanizowanych; niemożność prawna wynika z obowiązku uzyskania szeregu decyzji administracyjnych oraz zgód właścicieli nieruchomości, przez które miałyby ta kanalizacja być prowadzona, z kolei niemożność ekonomiczna dotyczy dużych nakładów finansowych na budowę nowej kanalizacji, których ciężar przytłoczyłby szczególnie małych operatorów działających na obszarach o niższym poziomie życia ich mieszkańców.

Kanalizacja teletechniczna jest budowana przede wszystkim w obszarach intensywnej zabudowy miejskiej. Konieczność budowy kanalizacji teletechnicznej, a więc prowadzenia kabli telekomunikacyjnych w podziemnej sieci kanalizacji wynika z jednej strony z gęstości i różnorodności miejskiej infrastruktury sieciowej (sieci elektroenergetycznych, ciepłowniczych, gazowych., wodnych, ściekowych, burzowych, sygnalizacji ruchu, itd.) oraz, z drugiej strony, ograniczoności przestrzeni śródmiejskiej. Już poza obszarami miast kable telekomunikacyjne (kable magistralne - łączące sieci telekomunikacyjne między aglomeracjami oraz między państwami), generalnie, nie są prowadzone w kanalizacji. Zakres terytorialny każdej z sieci kanalizacji teletechnicznej jest ograniczony do obszaru konkretnego miasta lub jego części. Zakres terytorialny rynków udostępniania kanalizacji teletechnicznej ma więc charakter lokalny.

Ze względu na to, że rynki, na których działają operatorzy tvk mają charakter lokalny, właściwy w ujęciu geograficznym w niniejszej sprawie jest lokalny rynek wydzierżawiania operatorom tvk kanalizacji teletechnicznej, ograniczony do obszaru miasta Słubice.

Odnosząc się w tym miejscu do zarzutu TP S.A. sformułowanego w piśmie z dnia 19 kwietnia 2004 r. (k. 290 – 305) odnośnie braku mocy dowodowej dokumentów zebranych przez Urząd, tj. pisma OIGKK z dnia 30 listopada 2003 r. wraz z załącznikami (m.in. opinia nt. „Substytuty dla kanalizacji teletechnicznej TP S.A. w szczególności na obszarach o gęstej zabudowie”, k. 275 – 277), włączonego do materiału dowodowego niniejszej sprawy, stwierdzić należy, że Urząd nie dopuścił tego dowodu jako dowodu z opinii biegłego, ale jako dowód z dokumentu. Z uwagi na to także zarzut braku bezstronności osoby podpisanej pod tym dokumentem należy uznać za bezprzedmiotowy.

- **Pozycja dominująca TP S.A.**

Urząd ustalił, iż na lokalnym rynku dzierżawy kanalizacji teletechnicznej w Słubicach, TP S.A. jest jedynym podmiotem posiadającym i udostępniającym kanalizację teletechniczną (pisma Telekomunikacji Kolejowej sp. z o.o., TEL-ENERGO S.A., NETIA S.A., Telefonía Cyfrowa DIALOG S.A. – k. 160 – 166, oświadczenie Urzędu Miasta w Słubicach oraz Państwowej Dyrekcji Dróg Publicznych – Rejon w Słubicach – k. 106, 109). Potwierdza to też wnioskodawca w piśmie z dnia 29 kwietnia 2003 r. (k.26 – 27).

W toku postępowania nie pozyskano danych dotyczących kanalizacji teletechnicznych wojska i policji. Wielkości te jednak nie miałyby znaczenia wobec faktu nieudostępniania tych kanalizacji innym użytkownikom.

Nadmienić należy, że dodatkowo decyzja Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji z dnia 3 września 2001 r. nr DRT-WK- 1/2001 (k. 278 – 288) ustalająca, iż Spółka zajmuje na krajowym rynku świadczenia powszechnych usług telekomunikacyjnych pozycję dominującą, potwierdza przewagę TP S.A. na lokalnych rynkach dzierżawy kanalizacji teletechnicznej w Polsce. Ustalenia dokonane przez Prezesa Regulacji Telekomunikacji w związku z podjęciem tej decyzji wskazują, iż chociażby ze względu na okres istnienia na rynku oraz doświadczenie w zakresie funkcjonowania na nim, TP S.A. posiada w porównaniu z innymi operatorami dużo większe zaplecze finansowe, techniczne i marketingowe, znacznie większą sieć, a także nowoczesną pod względem technologicznym infrastrukturę telekomunikacyjną. Z tego względu posiada przewagę nad swoimi konkurentami wynikającą zarówno z doświadczenia jak i skali prowadzonej działalności. Infrastruktury posiadane przez operatorów lokalnych są stosunkowo niewielkie w porównaniu z infrastrukturą TP S.A. Z reguły nie dysponują oni własną infrastrukturą na tyle rozbudowaną, aby by funkcjonować zupełnie niezależnie od TP S.A., zazwyczaj dołączają się do jej sieci. Operatorzy lokalni działają w znacznym rozproszeniu, przez co nie stanowią oni przeciwwagi dla siły ekonomicznej TP S.A. Ponadto operatorzy ci działają na ograniczonym obszarze, wyznaczonym w zezwoleniu TP S.A., TP S.A. jest zaś operatorem, którego działalność nie podlega żadnym ograniczeniom terytorialnym – jako jedyny operator działa na obszarze całej Polski. Potencjał ekonomiczny jakim dysponuje TP S.A. jest znaczący w tej branży w skali całego kraju. Zwiększenie udziału w rynku ze strony już działających przedsiębiorców – operatorów niezależnych – stawia ich przed

koniecznością podjęcia realizacji kapitałochłonnych inwestycji o stosunkowo długich cyklach wykonawstwa. Z uwagi na ograniczone środki na finansowanie przedsięwzięć inwestycyjnych w porównaniu ze środkami TP S.A. niewiele wskazuje na to, aby przynajmniej w najbliższych latach wspomniani wyżej przedsiębiorcy drogą inwestycyjną mogli rozszerzyć swoją obecność na rynku na tyle, by w istotnym stopniu konkurować z TP S.A.

W świetle tych okoliczności Urząd uznał, iż na lokalnym rynku dzierżawy kanalizacji teletechnicznej w Słubicach TP S.A. zajmuje pozycję dominującą, w rozumieniu art. 4 pkt 9 Ustawy. Ustalenie to uzasadnia rozpatrywanie jej działań w aspekcie praktyk zakazanych Ustawą.

TP S.A. kwestionuje stanowisko, iż posiada pozycję dominującą, argumentując to faktem, iż celem transmisji sygnałów zastosować można alternatywne sposoby prowadzenia kabli, w stosunku do kanalizacji teletechnicznej, np. miejskie sieci ciepłownicze lub sieci kanalizacji ściekowej, do której wprowadzić można zaproponowane przez TP S.A. kable, będące w ofercie TELE-FONIKA Zakład Integracji Sieci sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Argumentację tę należy uznać za nietrafną w niniejszej sprawie, albowiem omówione wcześniej inne metody prowadzenia kabli transmisyjnych nie znajdują zastosowania z uwagi na utrudnienia natury technicznej i ekonomicznej. Z tych przyczyn umieszczenie kabli w kanalizacji teletechnicznej jest optymalnym sposobem przesyłania sygnałów. Z uwagi na to zakresem niniejszego postępowania objęty jest wyłącznie rynek kanalizacji teletechnicznej, obejmujący kanalizację przeznaczoną do prowadzenia kabli transmisyjnych, za pomocą których przesyłane są sygnały telefoniczne, telewizyjne, radiowe, internet itp. Stanowisko to potwierdza wymieniony już wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 27 listopada 1996 r. w sprawie XVII Ama 45/96.

Z uwagi na ustalenia dokonane już przez Urząd w przedmiocie podmiotów dysponujących kanalizacją teletechniczną alternatywną w stosunku do zasobów TP S.A. na terenie Słubic oraz pozycji dominującej zajmowanej przez TP S.A. na tym rynku, za bezprzedmiotowy uznać należy wniosek Spółki o włączenie do materiału dowodowego niniejszej sprawy akt sprawy prowadzonej przez Delegaturę Urzędu we Wrocławiu na okoliczność podmiotów dysponujących kanalizacją teletechniczną na terenie Poznania. Przedmiotem zainteresowania Urzędu w niniejszej sprawie jest lokalny rynek dzierżawy kanalizacji teletechnicznej w Słubicach i co do tego rynku Urząd przeprowadził postępowanie dowodowe.

Ad b) Nadużywanie pozycji dominującej przez TP S.A.

TP S.A. postawiono zarzut z art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 Ustawy, polegający na nadużywaniu pozycji dominującej poprzez narzucanie wnioskodawcy nieuczciwych oraz uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umowy o dzierżawę kanalizacji teletechnicznej nr 27/242/BFX/P/DS03/2002/PKB, w postaci:

- 1) narzucenia nadmiernie wygórowanej wysokości czynszu dzierżawnego, co spowodowało ponad ośmiokrotny wzrost stawki czynszu w stosunku do stawki dotychczasowej,
- 2) zastrzeżenia na rzecz wydzierżawiającego prawa do jednostronnej zmiany ceny przy nieokreśleniu czynników, które mają wpływ na tę zmianę
- 3) zobowiązania wnioskodawcy do takiego wykorzystania przedmiotu umowy, które nie będzie prowadziło do utraty przychodów tej spółki na rzecz osób trzecich.

Ad 1)

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 postępowanie zostało umorzone, jako bezprzedmiotowe, z uwagi na tożsamość tego zarzutu z zarzutem objętym postępowaniem toczącym się z urzędu.

Ad 2)

Kolejnym zarzutem postawionym TP S.A. w ramach niniejszego postępowania, jest naruszenie przez TP S.A. art. 8 ust. 2 pkt 6 Ustawy, przewidującego zakaz narzucania uciążliwych warunków umów, przynoszących przedsiębiorcy narzucającemu takie warunki, nieuzasadnione korzyści.

Zaznaczyć należy, iż jeden z zarzutów sformułowanych przez wnioskodawcę i objętych początkowo niniejszym postępowaniem, dotyczył też praktyki narzucania przez TP S.A. nadmiernie wygórowanych cen dzierżawy kanalizacji zastosowanych wobec wnioskodawcy, zakazanej w art. 8 ust. 2 pkt 1 Ustawy. Jednakże w związku z tym, iż zarzut ten stał się przedmiotem postępowania prowadzonego z urzędu, rozpatrywanie go w niniejszej sprawie byłoby bezprzedmiotowe. Z tego powodu Urząd umorzył postępowanie w tym zakresie, zgodnie z pkt III sentencji niniejszej decyzji.

Do naruszenia zakazu wskazanego w art. 8 ust. 2 pkt 6 Ustawy dochodzi zatem, gdy:

- zakwestionowane warunki umów są uciążliwe
- zostają narzucone
- przynoszą nieuzasadnione korzyści

Tego rodzaju praktyka jest praktyką o charakterze eksploatacyjnym, polegającą na wyzyskiwaniu przez dominanta przewagi kontraktowej nad kontrahentami. Kontrahenci dominanta, który ze względu na posiadaną siłę rynkową ma możliwość nieliczenia się z konkurentami, znajdują się w sytuacji przymusowej i zmuszeni są zaakceptować proponowane przez niego warunki umów nawet wówczas, gdy obiektywnie są one na tyle nierównoprawne, że w przypadku gdyby umowy te negocjowane były na rynku konkurencyjnym, nigdy nie doszłoby do ich zawarcia (E. Modzelewska – Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 117).

Uciążliwym warunkiem umowy jest warunek, którego dominanta w hipotetycznej sytuacji istnienia konkurencji na danym rynku właściwym, tj. realizacji swobody zawierania umów i kształtowania ich treści, nie byłby w stanie wynegocjować dla danej umowy (por. wyroki w spr. XVII Amr 68/93 z dnia 29 grudnia 1993 r., XVII Ama 28/99 z dnia 23 czerwca 1999 r.).

Narzucenie warunków umowy ma miejsce wówczas gdy dominant nie podejmuje negocjacji i w ogóle nie zmienia swojego stanowiska w celu zmiany propozycji warunków umowy na takie które respektują interesy obu stron.

Z kolei nieuzasadnione korzyści uzyskiwane przez dominanta na skutek narzucania kontrahentowi uciążliwych warunków umowy stanowią stworzenie dominantowi sytuacji korzystniejszej, aniżeli taka, która odzwierciedla ekwiwalentność w danym i w podobnych stosunkach umownych (por. E. Modzelewska – Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 119).

Podkreślić należy, że dla zaistnienia zarzucanej TP S.A. praktyki nie jest konieczne zawarcie umowy przewidującej uciążliwe warunki dla kontrahenta przysparzające dominantowi nieuzasadnione korzyści, a wystarczy, że dominant próbuje lub próbował narzucić te warunki. Z tego względu wystarczy samo istnienie zagrożenia wystąpienia skutku w postaci dowolnej formy eksploatacji pozycji rynkowej (por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 26 czerwca 1999 r. w sprawie XVII Ama 26/99).

Wszystkie te okoliczności zachodzą w niniejszym przypadku.

Z tych względów zarzut narzucania przez TP S.A. uciążliwych warunków umów obejmuje:

- o zastrzeżenie na rzecz wydzierżawiającego prawa do jednostronnej zmiany ceny przy nieokreśleniu czynników, które mają wpływ na tę zmianę
- o zobowiązanie wnioskodawcy do takiego wykorzystania przedmiotu umowy, które nie będzie prowadziło do utraty przychodów tej spółki na rzecz osób trzecich

TP S.A. w § 2 ust. 3 – 6 zaproponowanej wnioskodawcy umowy ustaliła, iż przysługuje jej prawo zmiany czynszu, o czym wnioskodawca powiadomiony zostanie pisemnie. Zmiana ceny nie wymaga nawet podpisania aneksu (wówczas konieczna byłaby zgoda dzierżawcy na nową cenę). Z kolei nie uiszczenie przez dzierżawcę kwoty nowej ceny stanowi podstawę do rozwiązania umowy, zgodnie z § 5 pkt 3 zaproponowanej umowy dzierżawy.

Należy stwierdzić, że zapis ten narusza nie tylko zakazy ustanowione w Ustawie, ale sprzeczny jest też z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa dotyczącymi trwałości umów najmu i dzierżawy zawartych na czas określony, co odnosi się przede wszystkim do wysokości ustalonego raz czynszu najmu, którego zmiana nastąpić może tylko w sytuacji, która wyraźnie została wskazana w umowie (art. 673 § 3 k.c. w zw. z art. 694 k.c.). Stanowisko to potwierdza judykatura, zgodnie z którą postanowienie, które daje stronie prawo wiążącego zmieniania istotnych warunków umowy tylko wtedy może być skuteczne, jeżeli wskazane są sytuacje faktyczne, w których modyfikacja może nastąpić oraz kryteria i zakres możliwych zmian (por. wyrok SN z dnia 19 maja 1992 r. OSNCP 1993 poz. 119, wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 14 lutego 2001 r. w sprawie XVII Ama 86/00). Narzucenie w umowie zapisu gwarantującego TP S.A. dowolną, jednostronną możliwość zmiany wysokości czynszu, w sytuacji gdy zapis ten jest bezskuteczny w świetle przepisów prawa, świadczy o determinacji Spółki w zakresie narzucania tak uciążliwych, a jednocześnie przynoszących jej korzyści warunków umów. TP S.A. dzięki posiadanej sile rynkowej byłaby w stanie skorzystać z tego zapisu i wyegzekwować od dzierżawcy wynikające z niego dla niej uprawnienia do podwyższenia kwoty czynszu, ponieważ w razie oporu TP S.A. ma prawo rozwiązać umowę, a tym samym wnioskodawca do momentu uzyskania ochrony swoich praw np. przed sądem, nie

miałby możliwości świadczenia usług wykonywanych za pomocą kanalizacji teletechnicznej TP S.A.

Zakwestionowany zapis przyniosłby Spółce nieuzasadnione korzyści, ponieważ umożliwi dokonywanie zmiany czynszu w dowolnym czasie, w dowolnym zakresie oraz dowolnie często, bez konieczności konsultacji i uzyskania zgody dzierżawcy. Zależnie zatem od potrzeb TP S.A. dzierżawca mógłby być obarczany coraz większym świadczeniem na jej rzecz. Korzyść ta jest nieekwiwalentna względem świadczonej usługi, ponieważ kształtowałaby się niezależnie od jakichkolwiek czynników wpływających na jakość lub koszt tej usługi.

Podobnie uciążliwym warunkiem umowy jest zapis § 4 ust. 8 umowy, zgodnie z którym na dzierżawcę został nałożony obowiązek takiego wykorzystywania przedmiotu umowy, które nie będzie prowadziło do utraty przychodów TP S.A. na rzecz osób trzecich. Ustosunkowując się do tego zarzutu TP S.A. powołała się na to, iż musi mieć możliwość kontroli celu korzystania z kanalizacji zgodnie z wymogami *Prawa telekomunikacyjnego*, której nie byłaby w stanie wykonywać nie wiedząc o poddzierżawie kanalizacji przez dzierżawcę. W tym wyjaśnieniu TP S.A. – reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika - nie odniosła się do stawianego jej zarzutu dotyczącego zapisu § 4 ust. 8 umowy, a do zapisu § 4 ust. 7 umowy, który nie był kwestionowany w sprawie i który stanowi realizację art. 698 k.c.

Zapis § 4 ust. 8 zaproponowanej umowy jest o tyle uciążliwy, że obejmuje swoim zakresem szereg hipotetycznie możliwych sytuacji, w których bez udziału dzierżawcy dojść może do utraty przychodów przez TP S.A. i można by powiązać ten fakt ze zwiększeniem tych przychodów u osób trzecich. Sankcją za naruszenie tego warunku umowy jest zgodnie z § 5 możliwość jej natychmiastowego rozwiązania przez TP S.A. Ten zbyt mało precyzyjnie określony warunek obowiązywania umowy, daje Spółce możliwość rozwiązania umowy w szeregu sytuacji, co stanowi zbyt duży ciężar dla wnioskodawcy, a Spółce przysparza nieuzasadnione korzyści, wynikające z możliwości niemal każdorazowego rozwiązania umowy oraz uniknięcia wykonania zobowiązania ciążącego na niej względem wnioskodawcy w myśl art. 96 *Prawa telekomunikacyjnego*.

Zauważyć należy, że wyżej wskazane uciążliwe warunki umowy zostały narzucone wnioskodawcy w przedstawionej przez TP S.A. ofercie zawarcia nowej umowy dzierżawy kanalizacji teletechnicznej. Strony wiązała umowa z dnia 7 maja 2001 r. zawarta na czas nieokreślony. Żadna ze stron nie złożyła oświadczenia o rozwiązaniu tej umowy z zachowaniem wymaganego okresu wypowiedzenia. Tymczasem TP S.A. nie zważając na fakt obowiązywania umowy z 2001 r. z dniem 20 września 2002 r. narzuciła wnioskodawcy nową umowę o zupełnie nowej treści, nie przewidując możliwości jej negocjacji. Znamienne jest, że dopiero w związku z postępowaniami wszczętymi przez Urząd wobec TP S.A. w związku z kwestionowanymi zasadami dzierżawy kanalizacji, w sierpniu 2003 r. TP S.A. rozpoczęła negocjacje w tej kwestii z OIGKK. Negocjacje te – zgodnie z pismem TP S.A. z dnia 6 lutego 2004 r. - nie zakończyły się, a 24 października 2003 r. TP S.A. wprowadziła nowe zasady dzierżawy kanalizacji uwzględniające niektóre z wniosków operatorów tvk.

TP S.A. w piśmie z dnia 19 kwietnia 2004 r. wskazuje wprawdzie, że w nowym brzmieniu umowy dzierżawy nie ma już zapisu dotyczącego możliwości każdorazowej jednostronnej zmiany stawki czynszu przez TP S.A., jednak podkreślenia wymaga fakt, iż ani nowe zasady dzierżawy ani nowa treść umowy nie została zaproponowana wnioskodawcy, a jedynie ograniczonej liczbie podmiotów, w dużej mierze instytucjonalnych, wskazanych w zestawieniu załączonym do ww. pisma Spółki.

W ocenie Urzędu powyższe okoliczności pozwalają stwierdzić, że w przedmiotowej sprawie TP S.A. dopuściła się naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 6 Ustawy.

Z uwagi na to stwierdzono, jak w punkcie I sentencji decyzji.

Przepis art. 101 ust. 1 pkt 1 Ustawy stanowi, że Prezes Urzędu może nałożyć, w drodze decyzji, na przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 5, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 6 i 7, lub naruszenia zakazu określonego w art. 8. Zgodnie z przepisem art. 104 Ustawy, przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych Prezes Urzędu powinien uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy.

Zgodnie ze sprawozdaniem finansowym Spółki z dnia 14 lutego 2004 r. za rok 2003¹, przychód TP S.A. w poprzednim roku wyniósł ... zł. Dopuszczalna maksymalna wysokość kary, którą Prezes Urzędu może nałożyć na TP S.A. wynosi 10 % tego przychodu, tj. ... zł.

Prezes Urzędu postanowił nałożyć na TP S.A. karę pieniężną w wysokości 9.434.000,00 zł (równowartość 2.000.000,00 euro), tj... % przychodu Spółki.

Prezes Urzędu wymierzając karę miał na względzie fakt, iż w przeciągu ostatniego roku w kilku decyzjach wydanych przez Urząd (m. in. decyzje z dnia: 24.11.2003 r. Nr DPI – 74/2003, 05.01.2004 r. Nr DPI -1/2004, 11.02.2004 r. Nr DPI – 14/2004), stwierdzono stosowanie przez TP S.A. praktyk zakazanych w Ustawie i nałożono na Spółkę kary pieniężne, w łącznej wysokości w powyższych sprawach – 27.000.000,00 zł. Wielość decyzji stwierdzających naruszenie przez Spółkę przepisów Ustawy obrazuje notoryczność bezprawnych zachowań TP S.A. Potwierdza to także okoliczność, iż mimo trwającego cały rok postępowania w niniejszej sprawie Spółka nie zaproponowała wnioskodawcy nowej treści umowy, a nawet nie przewidziała możliwości zawarcia z nim umowy na nowych zasadach, co obrazuje zestawienie podmiotów, z którymi nowe umowy są lub mają być zawarte, załączone do pisma Spółki z dnia 19 kwietnia 2004 r.

Prezes Urzędu miał też na uwadze następujące okoliczności:

- praktyka stosowana przez T.P. S.A. skierowana jest wobec słabszych ekonomicznie uczestników rynku, uzależnionych od korzystania z infrastruktury TP S.A., i ma na celu całkowite uzależnienie losów umowy dzierżawy od jednostronnej decyzji Spółki
- TP S.A. już długo funkcjonuje na rynku, korzysta z profesjonalnej pomocy prawnej, stąd też wprowadzenie kwestionowanych zapisów umowy dzierżawy stanowi zamierzone działanie.

Z uwagi na to, zarówno dla realizacji celu represyjnego jak i celu prewencyjnego tej kary – zmobilizowanie Spółki do zaprzestania dalszych naruszeń Ustawy - wymierzenie kary jest całkowicie uzasadnione.

¹ www.tp-ir.pl

Dla skutecznej realizacji powyższych celów kara powinna stanowić odczuwalną dolegliwość dla TP S.A. Uwzględniając przychód osiągany przez Spółkę tylko kara w wysokości orzeczonej w niniejszej decyzji może spełniać tę rolę.

Od niniejszej decyzji przysługuje stronie odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu, w terminie dwóch tygodni od dnia doręczenia decyzji.

Karę pieniężną należy wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie, NBO O/O Warszawa nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000 w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się decyzji.

Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury w Poznaniu
Edward Stawicki

Otrzymuje:

- 1) adw. Robert Rykowski
pełnomocnik TP S.A.
Kancelaria Wierzbowski i Wspólnicy
spółka komandytowa
Al. Armii Ludowej 14
00-638 Warszawa