



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
w Warszawie**

RWA-53/9/2003/JS

Warszawa, dn. 21 listopada 2005 r.

DECYZJA nr RWA-31/2005

Na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 z późn. zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 ust. 1 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 z urzędu

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

nie stwierdza się stosowania przez spółkę Aster City Cable Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie **praktyki ograniczającej konkurencję**, o której mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku dostarczania programów telewizyjnych w Warszawie i okolicach, na skutek narzucenia abonantom pakietu Antena opłaty abonamentowej mającej charakter ceny nieuczciwej – nadmiernie wygórowanej.

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Warszawie we wrześniu 2002 r. otrzymał skargi konsumenckie dotyczące zapowiedzi podwyższenia z dniem 1 października 2002 r. przez spółkę Aster City Cable Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej zwanej również ASTER lub Spółką) opłat abonamentowych pobieranych za usługi telewizji kablowej. W ocenie skarżących, zapowiadany wzrost opłaty – z 44,99 zł do 47,99 zł za pakiet Basic – miał być niewspółmierny do wskaźników inflacji oraz niezajdujący uzasadnienia we wzroście kosztów utrzymywania sieci czy też w zwiększeniu ilości nadawanych programów telewizyjnych. W ocenie skarżących, wzrost ten wynikał wyłącznie z faktu posiadania przez Spółkę pozycji dominującej na rynku usług telewizji kablowej w Warszawie. Konsumentom utrzymywali, iż stosowane przez ASTER ceny usług telewizji kablowej od dłuższego czasu kształtowały się na zbyt wysokim, w ich ocenie, poziomie.

W związku z ww. skargami konsumenckimi Prezes UOKiK postanowieniem z dnia 29 października 2002 r. wszczął, na podstawie art. 43 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie

konkurencji i konsumentów, postępowanie wyjaśniające, mające na celu wstępne ustalenie, czy miało miejsce naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, wobec polityki cenowej prowadzonej przez Aster City Cable Sp. z o.o. w zakresie stawek opłat abonamentowych za usługi dostarczania programów telewizyjnych (sygn. RWA-53/16/2002/JS).

W toku postępowania wyjaśniającego Prezes UOKiK uzyskał od ASTER informacje dotyczące ilości jej abonentów, kosztów związanych z prowadzoną działalnością telekomunikacyjną oraz cen oferowanych przez Spółkę usług.

Jak ustalił Prezes UOKiK, w okresie od dnia 1 października 2000 r. do 30 czerwca 2003 r. wysokość opłat abonamentowych pobieranych za oferowane przez ASTER pakiety telewizyjne kształtowała się w sposób, który obrazuje poniższa tabela:

	ANTENA (opłata kwartalna)	BASIC (opłata miesięczna)
od 1 października do 31 marca 2000 r.	34,50 zł	34,00 zł
od 1 kwietnia do 30 czerwca 2000 r.	34,50 zł	36,00 zł
od 1 lipca 2000 r. do 30 września 2000 r.	36,00 zł	36,00 zł
od 1 października 2000 r. do 28 lutego 2001 r.	36,00 zł	38,00 zł
od 1 marca 2001 r. do 30 września 2001 r.	36,00 zł	41,00 zł
od 1 października 2001 r. do 30 września 2002 r.	39,00 zł	43,99 zł
od 1 października 2002 r. do 31 grudnia 2002 r.	39,00 zł	47,99 zł
od 1 stycznia 2003 r.	44,99 zł	47,99 zł

Tabela 1: Zmiany wysokości cen za pakiety Antena i Basic w okresie od 1 października 2000 r. do 30 czerwca 2003 r. (źródło: cenniki przekazane przez ASTER w toku postępowania wyjaśniającego o sygn. RWA-53/16/2002/JS; informacje zawarte w piśmie ASTER z dnia 25 listopada 2002 r., złożonym w toku postępowania wyjaśniającego)

W czasie trwania postępowania wyjaśniającego poprzedzającego niniejsze postępowanie antymonopolowe, z dniem 1 lipca 2003 r. ASTER podwyższyła opłatę abonamentową za pakiet Antena do 74,99 zł – a zatem o 66,7 % w stosunku do wysokości opłaty wprowadzonej w styczniu 2003 r. oraz o 92,3 % w stosunku do opłaty obowiązującej w okresie do końca grudnia 2002 r.

W oparciu o zgromadzone w toku postępowania wyjaśniającego informacje Prezes UOKiK uznał, że tak znacząca podwyżka ceny pakietu Antena wskazywała na to, że mogło dojść do naruszenia przez ASTER zakazu nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym.

W związku z powyższym, uwzględniając zebrany w sprawie materiał dowodowy, na podstawie art. 44 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, postanowieniem z dnia 7 lipca 2003 r. zostało wszczęte z urzędu – w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem

nadużywania przez Aster City Cable Sp. z o.o. pozycji dominującej na lokalnym rynku dostarczania programów telewizyjnych w Warszawie i okolicach, polegającego na narzuceniu abonentom pakietu Antena opłaty abonamentowej mającej charakter ceny nieuczciwej - nadmiernie wygórowanej, co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Postanowieniem z dnia 7 lipca 2003 r. Prezes UOKiK zaliczył w poczet dowodów w niniejszym postępowaniu antymonopolowym informacje i dokumenty zebrane w ramach postępowania wyjaśniającego o sygn. RWA-53/16/2002/JS.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego ASTER zaprzeczyła, jakoby podejmowane przez nią działania miały charakter zarzucanych jej praktyk ograniczających konkurencję (pismo ASTER z dnia 21 lipca 2004 r.). Jednocześnie Spółka zakwestionowała ustalenia Prezesa UOKiK odnośnie zajmowania przez nią pozycji dominującej na rynku, który w postanowieniu o wszczęciu postępowania został wskazany jako właściwy w niniejszej sprawie.

W toku postępowania ASTER przekazywała Prezesowi UOKiK dodatkowe wyjaśnienia i dokumenty (pisma: z dnia 7 kwietnia 2004 r. i z dnia 14 czerwca 2004 r.).

W celu zebrania materiału porównawczego prowadząca niniejsze postępowanie Delegatura UOKiK w Warszawie zebrała informacje dotyczące działalności prowadzonej w zakresie świadczenia usług dostarczania programów telewizyjnych od dostawców usług telewizji kablowej – tj. od spółek: Toya Sp. z o.o. w Łodzi, Multimedia Polska Sp. z o.o. w Gdyni, UPC Telewizja Kablowa Sp. z o.o. w Warszawie (dalej również: UPC TK), Telewizja Kablowa Vectra S.A. w Elblągu, Autocom Sp. z o.o. w Krakowie, Regionalna Telewizja Kablowa Autocom Sp. z o.o. w Krakowie i Zielonogórska Telewizja Przewodowa S.A. w Zielonej Górze – jak również od operatorów cyfrowych platform cyfrowych, tj. spółek: Canal + Cyfrowy Sp. z o.o. w Warszawie oraz Cyfrowy Polsat S.A. w Emowie k. Warszawy. Ponadto, Delegatura UOKiK w Warszawie wystąpiła do Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty o przekazanie informacji dotyczących liczby abonentów sieci telewizji kablowej na terenie Warszawy, Kobyłki, Marek, Piaseczna, Wołomina i Ząbek.

W trakcie postępowania antymonopolowego Prezes UOKiK, działając z urzędu, uwzględniając stanowiska przedsiębiorców, do których zwracano się o przekazanie informacji, ograniczył ASTER prawo wglądu do części zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego:

A. postanowieniem z dnia 8 marca 2004 r.:

- w zakresie informacji przekazanych przez spółkę Toya Sp. z o.o. pismem z dnia 11 września 2003 r., dotyczących wartości przychodów tej spółki za 2002 r. w podziale na przychody z tytułu świadczenia usług na terenie całego kraju oraz na terenie Łodzi, a także wysokości nakładów inwestycyjnych poniesionych przez spółkę na budowę sieci telewizji kablowej w 2002 r.;
- w zakresie informacji przekazanych przez spółkę Multimedia Polska Sp. z o.o. pismem z dnia 16 września 2003 r., dotyczących liczby abonentów oraz tzw. HP („home pass”), a także wyników finansowych spółki – ogółem oraz na terenie Gdyni i Łodzi;
- w zakresie informacji przekazanych przez spółkę Telewizja Kablowa Vectra S.A. pismem z dnia 24 września 2003 r., dotyczących wyników finansowych spółki w 2002 r. – ogółem oraz na terenie Wrocławia
- w zakresie informacji przekazanych przez spółkę UPC Telewizja Kablowa Sp. z o.o. pismami z dnia 18 września 2003 r. oraz z dnia 27 października 2003 r., dotyczących: ogólnych zasad kształtowania polityki cenowej spółki, szczegółowych zasad kształtowania polityki cenowej, wyników finansowych tej

spółki w 2002 r. – ogółem i w podziale na regiony operacyjne, liczby abonentów poszczególnych pakietów programowych w Warszawie, Łodzi, Wrocławiu i Gdyni, wykazu bloków w Warszawie, w których spółka oferuje wyłącznie pełny pakiet programowy, informacji na temat powszechności oraz zasad świadczenia usług telewizji kablowej w ramach ograniczonych pakietów programowych, procentu abonentów spółki w Warszawie mających do dyspozycji jedynie pakiet pełny, pozostałych wyjaśnień odnośnie świadczenia usług telewizji kablowej w ramach ograniczonych pakietów programowych;

B. postanowieniem z dnia 17 września 2004 r.:

- w zakresie informacji przekazanych przez spółkę Canal + Cyfrowy Sp. z o.o. pismem z dnia 2 września 2004 r., dotyczących liczby aktywnych abonentów platformy cyfrowej tej spółki na terenie Warszawy, Kobyłki, Marek, Piaseczna, Wołomina, Zielonki i Ząbek;

C. postanowieniem z dnia 18 października 2004 r.:

- w zakresie informacji przekazanych przez spółkę Cyfrowy Polsat S.A. pismem z dnia 6 września 2004 r., dotyczących liczby aktywnych abonentów platformy cyfrowej tej spółki na terenie Warszawy, Kobyłki, Marek, Piaseczna, Wołomina, Zielonki i Ząbek;

D. postanowieniem z dnia 1 grudnia 2004 r.:

- w zakresie informacji uzyskanych od Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty, zawartych w piśmie z dnia 17 marca 2004 r., dotyczących liczby gniazd abonenckich dostawców usług telewizji kablowej.

Prezes UOKiK uznając, iż wszystkie niezbędne dla rozstrzygnięcia aspekty sprawy zostały wyjaśnione, pismem z dnia 1 grudnia 2004 r. poinformował ASTER o zakończeniu postępowania dowodowego i możliwości zapoznania się przez stronę z aktami postępowania. W dniu 22 grudnia 2004 r. w siedzibie Delegatury UOKiK w Warszawie stawił się upoważniony pracownik ASTER, który zapoznał się z zebrany w sprawie materiałem dowodowym.

W tym miejscu należy zauważyć, iż – co było podnoszone powyżej – w toku niniejszego postępowania antymonopolowego kilkakrotnie wydawane były postanowienia o ograniczeniu ASTER prawa wglądu do materiału dowodowego w części obejmującej niektóre z informacji i dokumentów przekazanych przez przedsiębiorców, do których Prezes UOKiK zwracał się w toku postępowania, a także w części obejmującej dane co do ilości gniazd abonenckich przekazane przez Prezesa URTiP. Ponadto, niektóre z informacji i dokumentów przekazanych w toku postępowania przez ASTER zostały przez nią wskazane jako stanowiące tajemnicę jej przedsiębiorstwa. Odnośnie do tych materiałów nie zostało wydane postanowienie o ograniczeniu prawa wglądu, bowiem przekazujący je przedsiębiorca jest w niniejszym postępowaniu jedyną stroną, a co za tym idzie – jedynym podmiotem mającym prawo wglądu do akt sprawy. Niemniej, mając na względzie, iż zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 4 lit. a ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.), udostępnianiu na zasadach przewidzianych dla informacji publicznej podlega m.in. treść aktów administracyjnych i innych rozstrzygnięć organów administracji publicznej – a zatem również decyzji administracyjnych, będących najbardziej rozpowszechnioną kategorią aktów administracyjnych – za niezbędne uznać należy zapewnienie poufności również tych informacji, które zostały przekazane przez ASTER i stanowią tajemnicę jej przedsiębiorstwa.

Powyższe okoliczności wyznaczają kształt niniejszej decyzji, która składa się z następujących części:

- 1/ właściwej decyzji – jawnej dla strony postępowania oraz ewentualnie podlegającej udostępnianiu na zasadach przewidzianych w ustawie o dostępie do informacji publicznej;
- 2/ załącznika nr 1 – jawnego wyłącznie dla strony postępowania, tj. dla spółki ASTER, zatem niepodlegającego udostępnianiu na zasadach przewidzianych w ustawie o dostępie do informacji publicznej;
- 3/ załącznika nr 2 – niejawnego dla ASTER oraz niepodlegającego udostępnianiu na zasadach przewidzianych w ustawie o dostępie do informacji publicznej.

Informacje zawarte we wskazanych wyżej załącznikach stanowią integralną część niniejszej decyzji.

**Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
ustalił, co następuje:**

Spółka Aster City Cable Sp. z o.o. w Warszawie jest spółką prawa handlowego, wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000142885. ASTER należy do grupy kapitałowej kontrolowanej przez spółkę Aster City Cable Holding (Luxembourg) S.à.r.l. w Luksemburgu. W skład grupy wchodzi ponadto trzech innych przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie usług telewizji kablowej oraz zapewniania szerokopasmowego dostępu do Internetu, tj. spółki: Autocom Sp. z o.o. w Krakowie oraz Regionalna Telewizja Kablowa Autocom Sp. z o.o. w Krakowie – obecne na rynku krakowskim – a także Zielonogórska Telewizja Przewodowa S.A. w Zielonej Górze – prowadząca działalność na terenie Zielonej Góry oraz okolicznych miejscowości: Nowej Soli i Czerwieńska.

Według informacji zamieszczonej na stronie internetowej Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej, grupa ASTER zajmuje czwarte miejsce w rankingu największych operatorów sieci telewizji kablowych w Polsce, według liczby abonentów – zamieszczonym w poniższej tabeli.

Miejsce	Operator	Siedziba	Liczba abonentów
1.	UPC Telewizja Kablowa Sp. z o.o.	Warszawa	1.000.000
2.	Telewizja Kablowa Vectra S.A.	Gdynia	620.000
3.	Multimedia Polska Sp. z o.o.	Gdynia	500.000
4.	Grupa ASTER	Warszawa	365.000
5.	Telewizja Kablowa Poznań	Poznań	150.000
6.	TOYA	Łódź	150.000

Tabela 2: Ranking największych operatorów sieci telewizji kablowych w Polsce, według liczby operatorów (źródło: strona internetowa PIKE <http://www.pike.org.pl/index.php?p=czlon&sec=ranking>)

ASTER jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym – dostawcą usług¹ w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.); na podstawie zezwolenia Prezesa URTiP prowadzi działalność polegającą na świadczeniu publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych². Przedmiotem faktycznej działalności Spółki jest świadczenie usług telekomunikacyjnych, polegających na dostarczaniu programów telewizyjnych za pośrednictwem sieci kablowej, świadczeniu usług telewizji cyfrowej, zapewnianiu szerokopasmowego dostępu do Internetu oraz świadczeniu cyfrowych usług telefonicznych. Zasięg terytorialny prowadzonej działalności obejmuje Warszawę oraz okoliczne miejscowości: Kobyłkę, Marki, Piaseczno, Wołomin i Ząbki. Na swojej stronie internetowej ASTER deklaruje, że świadczy usługi na rzecz *prawie 280.000 abonentów telewizji kablowej, 33.000 telewizji cyfrowej, 65.000 użytkowników Internetu oraz blisko 10.000 klientów usługi telefonii cyfrowej*³.

W 2004 r. ASTER odnotowała 64 mln zł zysku operacyjnego przy przychodach wynoszących 200 mln zł⁴.

Zasięg geograficzny i liczba abonentów ASTER:

W świetle informacji zamieszczonych w witrynie internetowej www.aster.pl, liczba gospodarstw domowych okablowanych przez ASTER wynosi w chwili obecnej ponad 550.000, zaś liczba aktywnych gniazd abonenckich – około 280.000. Jak wynika z dostępnych w witrynie www.archive.org archiwalnych wersji stron internetowych ASTER, podawane przez Spółkę publicznie wielkości dotyczące liczby abonentów nie uległy zmianie w toku niniejszego postępowania antymonopolowego.

W oparciu o informacje dostępne na stronach internetowych Głównego Urzędu Statystycznego⁵ Prezes UOKiK ustalił liczbę mieszkańców miejscowości znajdujących się w zasięgu sieci kablowej ASTER oraz liczbę gospodarstw domowych w tych miejscowościach⁶. Dane te obrazuje tabela 3.

MIEJSCOWOŚĆ	LICZBA MIESZKAŃCÓW	LICZBA GOSPODARSTW DOMOWYCH ≈ LICZBA POTENCJALNYCH GNIAZD ABONENCKICH
WARSZAWA	1.690.000	650.000
KOBYŁKA	17.000	6.500

¹ Zgodnie z art. 2 pkt 27 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, użyte w ustawie określenie *przedsiębiorca telekomunikacyjny* oznacza przedsiębiorcę lub inny podmiot uprawniony do wykonywania działalności gospodarczej na podstawie odrębnych przepisów, który wykonuje działalność gospodarczą polegającą na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub świadczeniu usług telekomunikacyjnych, przy czym przedsiębiorca telekomunikacyjny, uprawniony do: a/ świadczenia usług telekomunikacyjnych, zwany jest *dostawcą usług*, b/ dostarczania publicznych sieci telekomunikacyjnych lub udogodnień towarzyszących, zwany jest *operatorem telekomunikacyjnym*.

² Zgodnie z art. 2 pkt 48 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, określenie *usługa telekomunikacyjna* oznacza usługę polegającą głównie na przekazywaniu sygnałów w sieci telekomunikacyjnej, przy czym nie stanowi tej usługi usługa poczty elektronicznej; zgodnie z art. 2 pkt 31 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, *publicznie dostępna usługa telekomunikacyjna* oznacza usługę telekomunikacyjną dostępną dla ogółu użytkowników.

³ Źródło: <http://www.aster.pl/newsite/104.html>

⁴ Źródło: <http://www.wirtualnemedi.pl/document.php?id=213098>

⁵ Źródło: http://www.stat.gov.pl/dane_spol-gosp/ludnosc/lud_wedlug_plci/30_VI_04/t7.xls

⁶ Przyjmując założenie, że na statystyczne gospodarstwo domowe w województwie mazowieckim przypadają 2,6 osoby – źródło: http://www.stat.gov.pl/dane_spol-gosp/ludnosc/prognoza_gosp/tabele/mazowieckie.xls

MARKI	22.000	8.500
PIASECZNO	35.000	13.500
WOŁOMIN	37.000	14.200
ZĄBKI	23.000	8.800
OGÓLEM	1.824.000	701.500

Tabela 3: Liczba mieszkańców oraz gospodarstw domowych w miejscowościach objętych zasięgiem sieci kablowej ASTER (źródło: opracowanie własne w oparciu o informacje dostępne na stronach internetowych GUS: www.stat.gov.pl)

Mając na względzie dane zawarte w tabeli 2, dotyczące liczby gospodarstw domowych na terenie miejscowości znajdujących się w zasięgu sieci kablowej ASTER – będącej w przybliżeniu równej ilości potencjalnych gniazd abonenckich – a także deklarowaną przez ASTER liczbę aktywnych gniazd abonenckich, można oszacować, że udział ASTER wynosi 39,92 %. Wyliczenie to dotyczy jednakże rynku, którego wielkość została zawyżona, co w konsekwencji wpłynęło na zaniżenie w nim udziału badanego przedsiębiorcy. W rzeczywistości udział ASTER w rynku dostarczania programów telewizyjnych na terenie Warszawy oraz okolicznych miejscowości, tj.: Kobyłki, Marek, Piaseczna, Wołomina i Ząbek, jest znacznie wyższy. Z uwagi bowiem na okoliczność, iż rynek ten jest rynkiem w pełni ukształtowanym i ma charakter nasycony – o czym świadczy m.in. stała liczba abonentów największego z obecnych na nich dostawców usług, którym jest właśnie ASTER, w ciągu kilku ostatnich lat, a także znaczne natężenie kampanii reklamowych oraz oferowanych klientom ofert promocyjnych – rzeczywistą pojemność rynku należy wyznaczać nie w oparciu o liczbę wszystkich gospodarstw domowych, lecz na podstawie liczby tych gospodarstw domowych (równej w przybliżeniu liczbie aktywnych gniazd abonenckich), które korzystają już z usług dostawców usług telewizji kablowej bądź z usług świadczonych przez operatorów satelitarnych platform cyfrowych.

Jak w istocie kształtują się udziały rynkowe poszczególnych dostawców usług dostarczania programów telewizyjnych w rynku właściwym, obejmującym Warszawę, Kobyłkę, Marki, Piaseczno, Wołomin i Ząbki – przy założeniu, że faktyczna pojemność rynku winna zostać wyliczona na podstawie liczby faktycznych, nie zaś potencjalnych, odbiorców tychże usług – Prezes UOKiK ustalił w oparciu o informacje przekazane przez Prezesa URTiP (dotyczące liczby aktywnych gniazd abonenckich dostawców usług telewizji kablowej na terenie miejscowości znajdujących się w zasięgu sieci kablowej ASTER) oraz uzyskane od operatorów satelitarnych platform cyfrowych. Ustalone udziały rynkowe obrazuje tabela 4.

[Tabela 4 - punkt 1 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]

Tabela 4: Liczba abonentów oraz udziały rynkowe dostawców usług dostarczania programów telewizyjnych na rynku właściwym – stan na dzień 31 grudnia 2003 r. (źródło: opracowanie własne na podstawie informacji przekazanych przez Prezesa URTiP pismem z dnia 17 marca 2004 r., przez Cyfrowy Polsat S.A. pismem z dnia 6 września 2004 r. oraz przez Canal + Cyfrowy Sp. z o.o. z dnia 2 września 2004 r.)

Jak wynika z danych zamieszczonych w powyższej tabeli, obliczony w powyższy sposób udział ASTER w rynku dostarczania programów telewizyjnych na terenie Warszawy

i okolic kształtuje się na poziomie **[punkt 2 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**, a zatem przekracza 40 %.

Już na etapie postępowania wyjaśniającego ASTER stanęła na stanowisku, że nie można jej przypisać posiadania pozycji dominującej na rynku właściwym (por.: pismo ASTER z dnia 25 listopada 2002 r., złożone w toku postępowania wyjaśniającego).

ASTER przedstawiła wówczas pogląd, iż fakt braku posiadania przez nią pozycji dominującej na rynku ostatecznie stwierdzony został orzeczeniem Sądu Antymonopolowego⁷ z dnia 8 października 1997 r. (sygn. akt: XVII Ama 33/97), dotyczącym nabycia przez Bresnan International Partners (Poland) L.P. zorganizowanej części mienia w postaci całości sieci telewizji kablowej ASTER. Spółka powołała się na zawarte w orzeczeniu stwierdzenie, iż pomimo wysokiego udziału w rynku, obie strony łączenia nie osiągały pozycji dominującej na rynku. Zdaniem Spółki, bez znaczenia dla oceny pozycji ASTER na rynku telewizji kablowej – w świetle wyroku Sądu – pozostaje fakt, czy Spółka występuje na rynku po stronie popytu czy też podaży; w wyroku tym nie oceniono bowiem pozycji ASTER jako odbiorcy usług świadczonych przez Bresnan International Partners (Poland) L.P., polegających na oddawaniu do użytkowania sieci kablowych, lecz jako operatora sieci kablowych, oferującego usługi telewizji kablowej – a zatem faktycznie oceniono pozycję ASTER jako podmiotu funkcjonującego po stronie podaży. Rynek właściwy w obu sprawach jest zatem, w opinii ASTER, jednakowy i obejmuje usługi telewizji kablowej na terenie Warszawy i okolic. Jedyną różnicą w obu sprawach jest cel postępowania antymonopolowego – w pierwszej sprawie celem działań UOKiK była ochrona konkurentów Bresnan International Partners (Poland) L.P. i ASTER, w niniejszej sprawie natomiast celem jest ochrona klientów ASTER. Jak podniosła Spółka, fakt ten nie może jednak w żadnym wypadku wpływać na określenie rynku właściwego.

Spółka zwróciła ponadto uwagę na zmiany, które dokonały się na rynku usług audiowizualnych w 1998 r. – tj. z momentem ekspansji satelitarnej telewizji cyfrowych: Cyfry + (obecnie: Canal + Cyfrowy Sp. z o.o.) oraz Polsatu Cyfrowego (obecnie: Cyfrowy Polsat S.A.), oferujących po porównywalnych cenach ofertę programową taką samą lub szerszą niż oferty operatorów telewizji kablowych. Z tego względu, zdaniem ASTER, definicję rynku telewizji kablowej sformułowaną w orzeczeniu SOKiK z dnia 8 października 1997 r. obecnie należy poszerzyć o substytuty tej telewizji, w szczególności zaś o satelitarną telewizję cyfrową, przyjmując, iż właściwym rynkiem produktowym w niniejszej sprawie jest rynek telewizji kablowej i satelitarnej telewizji cyfrowej. Dla poparcia poglądu o konieczności zdefiniowania rynku właściwego w sprawie przy uwzględnieniu substytutów telewizji kablowej, w tym zwłaszcza satelitarnej telewizji cyfrowej, Spółka powołała się na orzeczenie SOKiK z dnia 17 marca 1999 r. (sygn. akt: XVII Ama 77.98), zgodnie z którym *operatorzy tradycyjnej satelitarnej telewizji kablowej oraz operatorzy satelitarnej telewizji cyfrowej są konkurentami w rozumieniu art. 2 pkt 8 ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów*⁸.

W toku postępowania antymonopolowego ASTER podtrzymywała pogląd o niemożności przypisania jej pozycji dominującej na rynku właściwym, określonym przez Prezesa UOKiK w postanowieniu o wszczęciu postępowania jako lokalny rynek dostarczania programów telewizyjnych w Warszawie i okolicach (por.: pisma ASTER z dnia 24 lipca 2003 r. i z dnia 14 czerwca 2004 r.).

⁷ Obecnie: Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów; dalej: SOKiK.

⁸ Odpowiednikiem powołanego przepisu nieobowiązującej ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 1999 r. Nr 52, poz. 547 z późn. zm. – ustawa uchylona z dniem 1 kwietnia 2001 r.) jest przepis art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W piśmie z dnia 24 lipca 2003 r., stanowiącym odpowiedź Spółki na zawiadomienie o wszczęciu przez Prezesa UOKiK postępowania antymonopolowego w niniejszej sprawie, ASTER zakwestionowała stanowisko Prezesa UOKiK w przedmiocie właściwego rynku produktowego. W opinii ASTER, poza satelitarną telewizją cyfrową oraz telewizją kablową (wskazywanymi przez Spółkę w postępowaniu wyjaśniającym), rynek produktowy powinien objąć również satelitarną telewizję analogową. Jak podkreśliła ASTER, substytutem przekazu kablowego jako technicznego środka odbioru umożliwiającą zapoznanie się z programem telewizyjnym jest przekaz satelitarny jako taki, bez względu na to, czy jest to przekaz cyfrowy czy analogowy.

Jednocześnie Spółka stanęła na stanowisku, że na lokalnym rynku telewizji kablowej oraz satelitarnej telewizji cyfrowej i analogowej ASTER nie posiada pozycji dominującej, bowiem nie posiada pozycji przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Na rynku właściwym ASTER spotyka się bowiem z istotną i skuteczną konkurencją ze strony innych operatorów telewizji kablowej i satelitarnej telewizji cyfrowej, a także operatorów satelitarnej telewizji analogowej – zarówno w ujęciu faktycznym, jak i potencjalnym.

Jak podniosła ASTER, na rynku właściwym działa m.in. UPC Telewizja Kablowa Sp. z o.o., która na terenie Warszawy i okolic ma ok. 164 tys. abonentów (dane te według ASTER miały zostać podane przez UPC TK w raporcie dla giełdy w Nowym Jorku z dnia 28 marca 2003 r., według stanu na dzień 31 grudnia 2002 r.), a także liczni konkurenci ASTER o zasięgu lokalnym.

Dla potwierdzenia tezy o braku możliwości działania przez ASTER niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów – a co za tym idzie, o nieposiadaniu pozycji dominującej na rynku właściwym – ASTER przytoczyła dane dotyczące liczby abonentów, którzy przestali korzystać z usług telewizji kablowej świadczonych przez Spółkę w okresie od stycznia do końca czerwca 2003 r. W świetle informacji przekazanych przez ASTER, we wskazanym okresie z jej usług przestało korzystać 23.425 osób, przy czym łączna wielkość trwałej zmiany liczby abonentów Spółki (tj. po uwzględnieniu liczby przyłączeń do sieci nowych abonentów) wyniosła –4.869 osób. Zdaniem ASTER, dane te jednoznacznie wskazują, że zachodzi znaczna migracja pomiędzy dostawcami usług telewizji płatnej, co ma potwierdzać, że nie zachodzi zjawisko dominacji ASTER na właściwym rynku produktowym.

Stanowisko powyższe ASTER podtrzymała w piśmie z dnia 14 czerwca 2004 r. Jednocześnie, Spółka po raz kolejny podniosła, że oprócz istotnej konkurencji na rynku warszawskim ze strony innych (w tym lokalnych) operatorów telewizji kablowej, ASTER spotyka się z silną konkurencją ze strony operatorów platform cyfrowych. Jak podkreśliła ASTER, telewizja satelitarna stała się obecnie substytutem telewizji kablowej i przez abonentów są one postrzegane jako usługi zamiennie.

Spółka przywołała orzecznictwo SOKiK (orzeczenie z dnia 17 marca 1999 r., sygn. akt XVII Ama 77/98) oraz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (decyzja z dnia 10 listopada 1999 r. w sprawie zgody na połączenie Wizji TV i Cyfry +), dotyczące substytucyjności usług telewizji kablowej oraz satelitarnej telewizji cyfrowej. ASTER podniosła nadto, że również w świetle postanowień dyrektywy Rady Nr 89/552/EEC z dnia 3 października 1989 r., zmienionej dyrektywą Rady i Parlamentu Europejskiego Nr 97/36/EC z dnia 30 czerwca 1997 r. w sprawie koordynacji określonych przepisów prawa, ustawodawstwa lub działań administracyjnych w państwach członkowskich w zakresie emisji programów (tzw. dyrektywa o telewizji bez granic), trzy technologicznie różne sposoby przekazywania programów telewizyjnych – telewizja naziemna, satelitarna i kablowa – stanowią produkty konkurencyjne. ASTER zwróciła uwagę, że Komisja Europejska podkreśla istnienie zasady technologicznej neutralności dyrektywy, tj. braku różnicowania ze względu

na sposób rozpowszechniania (drogą naziemną, satelitarną, kablową, etc.), niezależnie od tego, czy jest to rozpowszechnianie w sposób analogowy czy też cyfrowy.

Pakiet ANTENA:

Oferta ASTER w zakresie usług telewizji kablowej obejmuje dwa pakiety: Antena (13 kanałów telewizyjnych i 28 programów radiowych; opłata kwartalna) oraz Basic (około 60 kanałów telewizyjnych i 28 programów radiowych, dostęp do usług dodatkowo płatnych w postaci kanałów cyfrowych oraz programów kodowanych; opłata miesięczna).

W okresie poprzedzającym wszczęcie niniejszego postępowania antymonopolowego (od dnia 1 stycznia 2003 r.) cena pakietu Antena wynosiła 44,99 zł (kwartalnie), zaś cena pakietu Basic – 47,99 (miesięcznie). Z dniem 1 lipca 2003 r. z dotychczasowych opłat abonamentowych zostały wydzielone dwa składniki: 1/ tzw. *opłata za utrzymanie sieci* w wysokości: 51,02 zł kwartalnie za pakiet Antena i 17,01 zł miesięcznie za pakiet Basic (a zatem, w przeliczeniu na miesiąc, jednakowa w przypadku obu pakietów), 2/ tzw. *opłata abonamentowa* w wysokości: 23,97 zł kwartalnie za pakiet Antena i 30,98 zł miesięcznie za pakiet Basic. Zatem łączna kwartalna opłata za pakiet Antena z momentem wprowadzenia przedmiotowej podwyżki wyniosła 74,99 zł, zaś łączna miesięczna opłata za pakiet Basic – 44,97 zł.

W czasie trwania postępowania antymonopolowego cena pakietu Antena uległa zmianie tylko raz: z dniem 1 maja 2004 r. *opłata za utrzymanie sieci* została obniżona do 44,88 zł, zaś *opłata abonamentowa* – podwyższona do 24,11 zł; łączna cena pakietu Antena została obniżona do 68,99 zł.

Jeszcze w toku postępowania wyjaśniającego poprzedzającego niniejsze postępowanie antymonopolowe ASTER złożyła wyjaśnienia co do przyczyn zmian wprowadzonych w polityce cenowej z dniem 1 lipca 2003 r., polegających na wyodrębnieniu z dotychczasowej opłaty abonamentowej *opłaty za utrzymanie sieci* (jednakowej dla wszystkich abonentów, bez względu na pakiet programowy) i *opłaty abonamentowej* (zróżnicowanej w zależności od pakietu), a także podwyższeniu łącznej ceny pakietu Antena z 44,99 zł do 74,99 zł.

ASTER podała, iż przedmiotowa podwyżka opłaty za pakiet Antena była związana z wdrożeniem procesu zaimplementowania uszczegółowionej metody kosztowej kalkulacji cen za świadczone usługi, w toku którego dokonano szczegółowych wyliczeń dotyczących realnych kosztów świadczenia usług telewizji kablowej w ramach poszczególnych pakietów programowych; podwyżka ta miała na celu dostosowanie wysokości opłat do poziomu kosztów związanych ze świadczeniem danej usługi. W świetle wyjaśnień przedstawionych przez Spółkę, w wyniku dokonania ww. wyliczeń okazało się, że koszty zużycia sieci, jej konserwacji, dzierżawy kanalizacji od innych operatorów, utrzymania zespołów technicznych i serwisowych oraz inne koszty związane z utrzymaniem sieci wynoszą około 17,00 zł (w tym 22 % VAT) na jednego klienta telewizji kablowej miesięcznie. Z uwagi na to, że koszty utrzymania sieci nie mają związku z ofertą programową dostarczaną abonentom w ramach danego pakietu, podjęta została decyzja o ich wyodrębnieniu – wzorem innych podmiotów, których działalność opiera się na świadczeniu usług za pośrednictwem rozbudowanej sieci przesyłowej – poprzez wydzielenie odrębnej opłaty za utrzymanie sieci jako fizycznego nośnika świadczonych przez Spółkę usług, pobieranej w jednakowej wysokości od wszystkich abonentów, bez względu na dostarczany im pakiet programowy. Celem tej operacji miało być, według deklaracji ASTER, wprowadzenie przejrzystych dla abonentów kryteriów kalkulacji opłat uiszczanych na rzecz Spółki, tworzących uprzednio jedną opłatę abonamentową.

Jednocześnie ASTER wyjaśniła, że nawet uszczegółowiona metoda kosztowa kalkulacji cen świadczonych usług nie oddaje w pełni wszystkich uwarunkowań gospodarczych kształtujących cenę, bowiem wpływ na nią mają również takie czynniki jak zachowania konkurentów czy długoterminowe zobowiązania umowne (por.: pismo ASTER z dnia 29 kwietnia 2003 r.).

Wraz z powyższymi wyjaśnieniami ASTER przekazała wynikowe kalkulacje wysokości opłat za pakiety Antena i Basic w 2002 r., w których dokonano podziału kosztów na koszty zapewnienia dostępu do sieci, koszty operacyjne (w postaci kosztów: a/ bezpośrednich, b/ ogólnego zarządu i administracji, c/ marketingu, d/ sprzedaży, e/ obsługi abonenta) oraz pozostałe. Ponadto, Spółka przedstawiła ogólną kalkulację dotyczącą planowanych miesięcznych przychodów i kosztów usług świadczonych w ramach pakietu Antena w lipcu 2003 r., tj. po wprowadzeniu przedmiotowej podwyżki ceny tego pakietu.

Przekazaną przez ASTER kalkulację wysokości ceny pakietu Antena obrazuje tabela 5.

[Punkt 1 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]

Tabela 5: zestawienie przychodów i kosztów z tytułu świadczenia usług telewizji kablowej w ramach pakietu Antena w 2002 r. (źródło: zestawienie przekazane przez ASTER pismem z dnia 29 kwietnia 2003 r.)

Kalkulację dla pakietu Basic obrazuje tabela 6.

[Punkt 2 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]

Tabela 6: zestawienie przychodów i kosztów z tytułu świadczenia usług telewizji kablowej w ramach pakietu Basic w 2002 r. (źródło: zestawienie przekazane przez ASTER pismem z dnia 29 kwietnia 2003 r.)

Kalkulacja planowanych przychodów i kosztów po podwyżce z dnia 1 lipca 2003 r. została przedstawiona w tabeli 7.

[Punkt 3 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]

Tabela 7: Planowane miesięczne przychody i koszty świadczonych usług w lipcu 2003 r., tj. po podwyżce ceny pakietu Antena (źródło: zestawienie przekazane przez ASTER w piśmie z dnia 29 kwietnia 2003 r.)

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego ASTER szczegółowo ustosunkowała się do postawionego jej zarzutu narzucania ceny nadmiernie wygórowanej. Spółka wyraziła pogląd, że wprowadzona z dniem 1 lipca 2003 r. wyższa cena za pakiet Antena nie spełnia warunków pozwalających ją uznać za nadmiernie wygórowaną, została bowiem skalkulowana w oparciu o obiektywne i przejrzyste kryteria, na podstawie rzeczywistych kosztów ponoszonych przez ASTER przy świadczeniu tej usługi (por.: pismo ASTER z dnia 24 lipca 2003 r.). Powyższą argumentację ASTER podtrzymała w trakcie postępowania, podnosząc dodatkowo, iż żądanie od niej świadczenia usługi telewizji kablowej po niższej cenie prowadziłoby do żądania wyłączenia z kalkulacji ceny niektórych elementów kosztów świadczenia usługi (a zatem świadczenia usługi poniżej jej kosztów) lub wykluczenia słusznego zysku, zakładającego również niezbędny rozwój przedsiębiorstwa (por.: pismo ASTER z dnia 14 czerwca 2004 r.).

Pismem z dnia 24 lipca 2003 r. ASTER przedstawiła uszczegółowioną wersję kalkulacji wynikowej ceny pakietu Antena w 2002 r., przekazanej uprzednio pismem z dnia 29 kwietnia 2003 r. – przedstawioną w tabelach 8 i 9.

[Punkt 4 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]

Tabela 8: Szczegółowe koszty usług świadczonych przez ASTER na podstawie danych za 2002 r. (źródło: zestawienie przekazane pismem ASTER z dnia 24 lipca 2004 r.)

[Punkt 5 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]

Tabela 9: Koszty świadczonych usług na podstawie danych za 2002 r. – ogółem (źródło: zestawienie przekazane przez ASTER pismem z dnia 24 lipca 2003 r.)

Wraz z powyższą kalkulacją ASTER przekazała wyjaśnienia dotyczące sposobu alokacji danej kategorii kosztów do poszczególnych pakietów programowych. Spółka podała, że kalkulacja została sporządzona w oparciu o średnią liczbę abonentów pakietu Antena w 2002 r. Wyjaśniła ponadto, że – w miarę możliwości – starano się przypisywać koszty metodą bezpośrednią, bez alokacji pomiędzy usługi i pakiety (np. koszty prowizji sprzedawców w zakresie sprzedaży pakietu Antena). W pozostałych przypadkach, kluczem alokacji był udział liczby abonentów ww. pakietu w strukturze procentowej ogólnej liczby abonentów lub udział przychodów z ww. pakietu w przychodach abonamentowych uzyskiwanych z tytułu świadczonych przez ASTER usług. Poszczególne koszty zostały alokowane do pakietów programowych w następujący sposób:

- a/ koszty zapewnienia technicznego dostępu do sieci (utrzymania linii abonenckiej w celu świadczenia usług telewizji kablowej) – przypisane zostały według struktury procentowej abonentów danego pakietu; w ten sposób otrzymano jednostkowy techniczny koszt dotarcia do każdego aktywnego abonenta, taki sam dla każdego abonenta, niezależnie od wybranego przez niego pakietu;
- b/ koszty obsługi abonenta – alokowane według struktury procentowej abonentów, z uwagi na to, że czynnikiem kosztotwórczym była w tym przypadku liczba klientów korzystających z danego pakietu;
- c/ koszty sprzedaży – alokowane według liczby abonentów (poza prowizjami, które przypisane zostały do usług i poszczególnych pakietów bezpośrednio), co miało pokazywać, jaka część ponoszonych przez Spółkę kosztów sprzedaży przypada na aktywnego abonenta danego pakietu;
- d/ koszty marketingu – alokowane zwyczajowo według struktury przychodów z tytułu świadczenia usług w ramach danego pakietu;
- e/ koszty ogólnego zarządu i administracji – niezwiązane bezpośrednio z liczbą obsługiwanych abonentów, toteż alokowane według struktury przychodów (por.: pismo ASTER z dnia 24 lipca 2003 r.).

Na wezwanie Prezesa UOKiK ASTER przedstawiła dodatkowe informacje na temat kosztów jednostkowych oraz wysokości marży, stanowiących elementy *opłaty za utrzymanie sieci* (por.: pismo ASTER z dnia 7 kwietnia 2004 r.). Dane te obrazuje tabela 10.

[Punkt 6 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]

Tabela 10: Koszty utrzymania sieci w przeliczeniu na jednego abonenta – wraz z marżą (źródło: pismo Aster z dnia 7 kwietnia 2004 r.).

ASTER przekazała również wynikową kalkulację wysokości opłaty za pakiet Antena, w oparciu o przychody oraz koszty świadczenia tej usługi w okresie od lipca do grudnia 2003 r. Kalkulacja ta została przedstawiona w tabeli 11 (por.: pismo ASTER z dnia 7 kwietnia 2004 r.).

[Punkt 7 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]

Tabela 11: Kalkulacja wynikowa ceny za pakiet ANTENA dla opłaty obowiązującej w okresie od lipca do grudnia 2003 r. (źródło: zestawienie przekazane przez ASTER pismem z dnia 7 kwietnia 2004 r.)

Ponadto, Spółka przedstawiła dane dotyczące wysokości marży zakładanej oraz faktycznie osiąganey przy świadczeniu usług telewizji kablowej w ramach pakietu Antena – przy cenie obowiązującej w okresie od 1 lipca 2003 r. do 30 kwietnia 2004 r. oraz w okresie po dniu 1 lipca 2004 r. Dane te obrazuje tabela 12.

[Punkt 8 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]

Tabela 12: Wysokość marży w cenie za pakiet Antena (źródło: zestawienie przekazane przez ASTER pismem z dnia 14 lipca 2004 r.)

W toku postępowania ASTER zakwestionowała możliwość przypisania jej stosowania praktyki polegającej na narzucaniu cen nadmiernie wygórowanych w oparciu o metodę porównawczą, polegającą na porównaniu wysokości opłaty pobieranej przez Spółkę za pakiet Antena z cenami stosowanymi przez innych przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie usług telewizji kablowej. W szczególności ASTER odniosła się do cen stosowanych przez spółkę UPC Telewizja Kablowa Sp. z o.o. za pakiety minimalny i pośredni. W ocenie Spółki, brak jest możliwości obiektywnego porównania cen tych pakietów z opłatą pobieraną przez ASTER za pakiet Antena, z uwagi na następujące okoliczności:

- publiczna (tj. dostępna dla każdej osoby zainteresowaniem korzystaniem z usług telewizji kablowej) oferta UPC TK nie prezentuje cen ograniczonych pakietów programowych; również na stronach internetowych tej spółki znaleźć można wyłącznie cenę pakietu pełnego;
- pakiety: minimalny oraz pośredni, częściowo stanowiące odpowiednik dostarczanego przez ASTER pakietu Antena, nie są dostępne dla ogółu abonentów UPC TK, lecz oferowane są na zasadach ograniczonych, tj. wyłącznie na terenie wybranych osiedli bądź w ramach promocji;
- pakiet minimalny UPC TK zawiera jedynie pięć programów telewizyjnych, a zatem znacznie mniej niż pakiet Antena.

W ocenie ASTER, powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, że ograniczone pakiety programowe UPC TK nie są powszechnie dostępne dla klientów – w odróżnieniu od oferowanego przez Spółkę pakietu Antena.

Ustosunkowując się co do dopuszczalności porównywania cen ograniczonych pakietów programowych oferowanych przez ASTER oraz UPC TK Spółka zwróciła ponadto uwagę, że odróżnieniu od ASTER, obecnej wyłącznie na rynku lokalnym, UPC TK świadczy usługi na terenie całego kraju, na rzecz znacznie większej niż ASTER liczby abonentów; spółka ta stosuje przy tym takie same cenniki w różnych miejscowościach, choć zapewne koszty świadczenia usług są odmienne. Z tego względu, zdaniem ASTER, prawidłowe porównanie cen stosowanych przez UPC TK z cenami Spółki jest niemożliwe bez zbadania rebalansowania przez UPC TK cen usług z uwzględnieniem kosztów związanych z ich świadczeniem na różnych obszarach (por.: pismo ASTER z dnia 24 lipca 2003 r.)

W toku postępowania antymonopolowego, w celu zebrania materiału do ewentualnej analizy porównawczej, Prezes UOKiK zwrócił się o przekazanie informacji dotyczących oferowanych pakietów oraz zasad kształtowania polityki cenowej do dostawców usług

telewizji kablowej o podobnym do ASTER potencjale gospodarczym, tj. do spółek: UPC Telewizja Kablowa Sp. z o.o. (pierwsze miejsce w rankingu operatorów PIKE), Telewizja Kablowa Vectra S.A. (drugie miejsce), Multimedia Polska Sp. z o.o. (trzecie miejsce) oraz Toya Sp. z o.o. (szóste miejsce).

UPC Telewizja Kablowa Sp. z o.o. prowadzi działalność w zakresie świadczeniu usług telewizji kablowej na terenie całej Polski, w tym m.in. w Warszawie, Trójmieście, aglomeracji katowickiej, Łodzi, Bydgoszczy, Poznaniu, Wrocławiu, Szczecinie. Wyjątkiem jest obszar województw: warmińsko-mazurskiego, podlaskiego, wielkopolskiego i lubuskiego, gdzie działalność ta jest ograniczona do kilku miast (m.in. Gniezno, Leszno, Gostyń, Rawicz). W ofercie programowej spółki w poszczególnych miastach są, co do zasady, dwa lub trzy pakiety programowe: pełny (około 60 programów), pośredni (około 12 programów) i minimalny (około 6 programów), przy czym – jak wynika z przekazanych przez spółkę materiałów – w cennikach zamieszczana jest informacja wyłącznie o cenie pakietu pełnego.

UPC Telewizja Kablowa Sp. z o.o. złożyła szczegółowe wyjaśnienia odnośnie zasad prowadzonej przez siebie polityki cenowej, kalkulacji kosztów oraz zasad oferowania ograniczonych pakietów programowych (tj. innych niż pakiet pełny).

[Punkt 3 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]

(źródło: pismo spółki UPC Telewizja Kablowa Sp. z o.o. z dnia 18 września 2003 r.)

Telewizja Kablowa Vectra S.A. prowadzi działalność w kilkudziesięciu miejscowościach zlokalizowanych na terenie całej Polski (m.in. Szczecina, Słupska, Gdyni, Elbląga, Olsztyna, Suwałk, Białegostoku, Radomia, Wrocławia, Rzeszowa i Bielsko-Białej). Oferuje abonentom trzy pakiety programowe: pakiet stalowy od 3 do 9 programów, ceny w zależności od miejscowości - według stanu z daty pisma - od 1,00 zł do 9,90 zł), pakiet srebrny (do około 30 programów, ceny od 13,00 zł do 30,90 zł) oraz pakiet złoty (od 30 do 50 programów, ceny od 11,00 do 42,90 zł).

Jak podała Telewizja Kablowa Vectra S.A., jej polityka cenowa kształtowana jest na szczeblu centralnym przez zarząd spółki, w oparciu o propozycje przedstawione przez dyrektora pionu operatorskiego, konsultowane z kierownikami zakładów terenowych. Spółka wskazała następujące kryteria, na podstawie których ustalana jest wysokość opłat abonamentowych w poszczególnych miastach:

- historia zawartości programowej poszczególnych pakietów i ich stawek abonamentowych;
- zawartość programowa;
- standard techniczny sieci telewizji kablowej, wyznaczający jej możliwości w zakresie oferty programowej, jej pakietyzacji i usług towarzyszących;
- wielkość kosztów operacyjnych i nakładów inwestycyjnych na modernizację sieci;
- dostępność programów telewizyjnych drogą naziemną;
- sytuacja rynkowa na terenie danej miejscowości (preferencje konsumentów, ich siła nabywcza, itp.).

W odpowiedzi na pytanie o kalkulację wysokości stosowanych cen Telewizja Kablowa Vectra S.A. wyjaśniła, że wprowadzie wysokość opłat abonamentowych jest ustalana m.in. w oparciu o wysokość kosztów działania spółki na terenie, na którym zlokalizowana jest sieć telewizji kablowej, lecz odrębne kalkulacje kosztów obciążających poszczególne pakiety programowe na danym terenie nie są przez spółkę prowadzone.

(źródło: witryna internetowa www.vectra.pl, pismo Telewizji Kablowej Vectra S.A. z dnia 30 września 2003 r.)

Spółka **Multimedia Polska Sp. z o.o.** prowadzi działalność w kilkudziesięciu miejscowości, zlokalizowanych w zasadzie na terenie całej Polski (w tym m.in. w Gdyni, Gorzowie Wielkopolskim, Szczecinie, Olsztynie, Łodzi, Kaliszu, Wrocławiu, Lublinie i Płocku), za wyjątkiem województw: małopolskiego, świętokrzyskiego, śląskiego i opolskiego. Jak wyjaśniła spółka, jej oferta programowa kształtowana jest zgodnie z generalną zasadą podziału na trzy pakiety: podstawowy (zawierający programy publicznego radia i telewizji, cena około 5,00 zł), rozszerzony (dodatkowo programy komercyjne nadawców polskich i zagranicznych, za nadawanie których nadawcy nie pobierają opłat, cena około 30,00 zł) oraz pełny (dodatkowo programy licencyjne, cena około 40,00 zł). Od zasady tej niekiedy występują odstępstwa w postaci oferowania mniejszej lub większej ilości pakietów, powodowane takimi czynnikami, jak: zapisy umów z administratorami zasobów mieszkaniowych, lokalne uwarunkowania rynkowe bądź ograniczenia techniczne; ponadto, na kształt oferty programowej spółki wpływ ma wielkość i potencjał lokalnego rynku telewizji kablowej.

Multimedia Polska Sp. z o.o. wyjaśniła, że jej polityka cenowa kształtowana jest na szczeblu centralnym, na podstawie analizy informacji operacyjnych, marketingowych i finansowych dotyczących poszczególnych lokalizacji. Podstawowym kryterium, na podstawie którego ustalana jest wysokość opłat abonamentowych za usługi telewizji kablowej w poszczególnych miastach, jest kryterium podaży i popytu. Jak podniosła spółka, cena musi być ustalona na poziomie, który gwarantuje opłacalność prowadzonej działalności, a jednocześnie jest do zaakceptowania przez klientów. Innymi czynnikami branżowymi pod uwagę przy ustalaniu cen są popytowe uwarunkowania rynku lokalnego oraz poziom cen oferowanych przez innych operatorów za porównywalną usługę na porównywalnych rynkach. Koszty prowadzenia działalności na danym rynku lokalnym są brane pod uwagę przez spółkę w procesie ustalania ceny, nie stanowią jednak podstawowego kryterium decydującego o jej wysokości. Wysokość opłat za poszczególne pakiety programowe nie jest ustalana bezpośrednio w oparciu o ponoszone koszty związane z ich oferowaniem, lecz na wskazanych powyżej zasadach.

(źródło: witryna internetowa www.multimedia.pl, pismo Multimedia Polska Sp. z o.o. z dnia 23 września 2003 r.)

Toya Sp. z o.o. działa na terenie Łodzi, Kutna, Mysłowic i Przemyśla. W jej ofercie dostępne są, w zależności od miasta, dwa lub trzy pakiety: socjalny (od 5 do 6 programów, ceny około 5 zł), pośredni - mini (wyłącznie w Łodzi: 28 programów, cena 18,90 zł) oraz podstawowy (50-60 programów, ceny od 29,9 zł do 38,90 zł).

Toya Sp. z o.o. wyjaśniła, że wysokość opłat abonamentowych w poszczególnych miastach ustalana jest na szczeblu centralnym, przez zarząd spółki. Spółka wskazała następujące czynniki różnicujące ceny pakietów w poszczególnych miastach:

- rozległość sieci i jej nasycenie;
- zastosowanie techniki światłowodowej;
- różne koszty utrzymania sieci, wynikające z różnego stanu technicznego,
- pokrycie kosztów wprowadzania nowych programów do oferty;
- przygotowanie do wdrożenia nowych programów i usług.

Toya Sp. z o.o. podała ponadto, że nie prowadzi kalkulacji poszczególnych kosztów, jakimi obciążone są opłaty abonamentowe; wysokość opłat za poszczególne produkty jest ustalana w oparciu o ich wartość rynkową.

(źródło: pismo Toya Sp. z o.o. z dnia 17 września 2003 r.)

**Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
zważył, co następuje:**

I. Strony postępowania:

Postępowanie antymonopolowe, podobnie jak każde inne postępowanie administracyjne, toczy się z udziałem osób mających przymiot strony. Zgodnie z art. 86 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stroną postępowania antymonopolowego jest każdy, kto wnosi o wydanie decyzji w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, lub wobec kogo zostało wszczęte postępowanie o stosowanie praktyk ograniczających konkurencję lub naruszenie innych przepisów ustawy.

W przedmiotowej sprawie stroną postępowania, wobec której zostało wszczęte z urzędu postępowanie antymonopolowe w związku ze stosowaniem praktyki ograniczającej konkurencję, jest przedsiębiorca podejrzany o nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym.

Przy pomocy norm prawa antymonopolowego realizowana jest ochrona uczestników rynku przed antykonkurencyjnymi praktykami ze strony innych przedsiębiorców. Przepisy określające zakaz stosowania praktyk ograniczających konkurencję, zawarte w art. 5 i 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stosuje się zatem jedynie do przedsiębiorców i ich związków. Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 86 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. - Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1808), pod pojęciem *przedsiębiorcy* należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.) oraz: a/ osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o działalności gospodarczej, b/ osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu⁹.

Natomiast zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, pod pojęciem *przedsiębiorcy* należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą. Stosownie do art. 2 ww. ustawy, właściwa dla przedsiębiorcy działalność gospodarcza to zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopaliny ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły.

ASTER jest spółką prawa handlowego wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego, prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług telekomunikacyjnych. Nie ulega zatem wątpliwości, iż posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu powoływanego powyżej art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tym samym Spółka przy wykonywaniu działalności telekomunikacyjnej podlega rygorom prawa antymonopolowego i jej działania mogą podlegać ocenie w aspekcie naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

⁹ Czwarty człon definicji *przedsiębiorcy* zawartej w art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma zastosowanie wyłącznie w postępowaniach w sprawach koncentracji.

II. Rynek właściwy:

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców.

Nadużywanie pozycji dominującej, którego dotyczy powołany wyżej przepis, ujawnia się na rynku właściwym. Dominacja rynkowa nie występuje przy tym na rynku pojmowanym ogólnie (w znaczeniu ekonomicznym), rozumianym jako ogół stosunków zachodzących między podmiotami uczestniczącymi w procesach wymiany towarowej. Zatem stwierdzenie, czy przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, będzie w ostatecznym rachunku determinowane przez ustalenie rynku, na jakim określona praktyka ma miejsce (por.: wyroki SOKiK z dnia 26 października 1994 r., sygn. akt XVII Amr 24/94, oraz z dnia 21 stycznia 1998 r., sygn. akt XVII Ama 55/97).

Przez *rynek właściwy* rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości uznawane są przez ich nabywców za substytuty oraz oferowane są na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Pojęcie *towarów* obejmuje rzeczy, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 6 ww. ustawy).

Przy wyznaczaniu rynku właściwego niezbędne jest zatem 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).

Wyodrębnienie rynku produktowego wiąże się z uwzględnieniem szczególnych cech danego produktu (usługi). W świetle powołanej wyżej definicji ustawowej rynku właściwego, jego aspekt produktowy odnosi się do *rynku towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty*.

ASTER prowadzi działalność polegającą na świadczeniu usług telewizji kablowej i cyfrowej, telefonii cyfrowej oraz zapewniania szerokopasmowego dostępu do Internetu. W przedmiotowej sprawie, z uwagi na charakter stawianych zarzutów, związanych z działalnością Spółki w zakresie dostarczania programów telewizyjnych, ocenie podlegają wyłącznie zachowania podejmowane na obszarze świadczenia usług telewizji kablowej.

Mając powyższe na względzie Prezes UOKiK uznał, iż w niniejszej sprawie rynkiem właściwym produktowo jest rynek dostarczania programów telewizyjnych, obejmujący zarówno usługi świadczone przez dostawców usług telewizji kablowej, jak i operatorów satelitarnych platform cyfrowych. Stanowisko to znajduje uzasadnienie w orzecznictwie SOKiK – przywołać należy chociażby wyrok z dnia 6 grudnia 2000 r. (sygn. akt XVII Ama 101/99), w którym Sąd stwierdził, iż rynkiem relewantnym (właściwym w sprawie) jest rynek dostarczania (przesyłania) programów telewizyjnych na terenie Warszawy, podkreślając, iż *przedmiotem popytu jest możliwość ich odbioru i wyboru. Rynek produktowy na terenie Warszawy tworzą zatem operatorzy telewizji kablowej jak i telewizja satelitarna, a w szczególności platformy cyfrowe. Ich oferta jest z punktu widzenia konsumenta w pełni substytutowana (możliwość odbioru programów telewizyjnych)*. Analogiczne stanowisko odnośnie zakreślania właściwego rynku produktowego w sprawach z zakresu dostarczania programów telewizyjnych Sąd zajął m.in. w orzeczeniach z dnia 18 listopada 1998 r. (sygn. akt XVII Ama 52/98) oraz z dnia 17 marca 1999 r. (sygn. akt XVII Ama 77/98).

W ocenie Prezesa UOKiK, w sprzeczności z przyjętym w niniejszej sprawie szerokim zakreśleniem granic rynku produktowego w niniejszej sprawie nie stoi, wbrew pozorom,

pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 24 czerwca 2003 r. (sygn. akt I CKN 408/01). Sąd Najwyższy przyjął bowiem, 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 właściwego rynku produktowego w rozpatrywanej sprawie. Jednocześnie jednak 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”. Z powołanego orzeczenia można zatem wywieść zalecenie, aby właściwy rynek produktowy w sprawach praktyk ograniczających konkurencję stosowanych przez operatorów telewizji kablowej wyznaczać przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Błędem zatem byłoby zarówno uznanie przez organ antymonopolowy *a priori*, iż w danej sprawie rynek w ujęciu produktowym ogranicza się do usług telewizji kablowej, jak również bezkrytyczne przyjęcie założenia, że substytutem telewizji kablowej jest satelitarna telewizja cyfrowa.

W ocenie Prezesa UOKiK, specyfika rynku warszawskiego przesądza o zasadności przyjęcia definicji rynku właściwego w zakresie usług dostarczania programów telewizyjnych, obejmującej zarówno telewizję kablową, jak i cyfrowy przekaz satelitarny. Za powyższym stanowiskiem przemawiają w szczególności takie okoliczności, jak szeroka oferta ze strony zarówno dostawców usług telewizji kablowych, jak operatorów platform cyfrowych, oraz stosunkowo wysoki stopień zamożności mieszkańców aglomeracji warszawskiej, a co za tym idzie – duża rola jakościowych, nie tylko cenowych, czynników po stronie popytowej.

Należy podkreślić, że konieczność uwzględnienia przy wyznaczaniu właściwego rynku produktowego obok dostawców usług telewizji kablowej również operatorów satelitarnych platform cyfrowych nie była w toku postępowania kwestionowana przez ASTER.

Ponadto, w toku postępowania ASTER zasygnalizowała celowość uwzględnienia przy zakreślaniu granic przedmiotowych rynku także analogowej telewizji satelitarnej. Spółka nie przekazała jednak żadnych danych wskazujących, że odbiór programów telewizyjnych tą metodą stanowi realny substytut usług telewizji kablowej oraz platform cyfrowych. W ocenie Prezesa UOKiK, przeciwko takiemu stanowisku przemawia to, iż przy korzystaniu z analogowych anten satelitarnych brak jest możliwości odbioru najpopularniejszych programów telewizyjnych w postaci TVP1 i TVP2. Tak daleko idące ograniczenie oferty programowej sprawia, że odbiór programów telewizyjnych za pośrednictwem analogowych anten satelitarnych oraz usługi satelitarne nie są względem siebie substytutowe.

Uwzględniając powyższe, należy stwierdzić, iż w niniejszej sprawie **rynkiem produktowym** jest rynek dostarczania programów telewizyjnych.

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 jednakowe dla wszystkich konkurentów.

Definicja ustawowa każe odnosić rynek geograficzny do obszaru, *na którym, ze względu na ich [towarów, usług] rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.*

Określając wymiar geograficzny rynku właściwego w niniejszej sprawie należy mieć na uwadze charakter działalności prowadzonej przez ASTER, polegającej na świadczeniu usług za pośrednictwem sieci kablowej. Okoliczność ta przesądza o konieczności wyznaczenia granic rynku geograficznego w oparciu o zasięg terytorialny sieci ASTER. Warto nadmienić, że prawidłowość takiego zdefiniowania rynku nie została przez ASTER

zakwestionowana w trakcie postępowania, znajduje również oparcie w orzecznictwie SOKIK¹⁰.

Należy zatem uznać, iż w **aspekcie geograficznym**, w niniejszej sprawie mamy do czynienia z rynkiem lokalnym, obejmującym obszar Warszawy oraz okolicznych miejscowości: Kobyłki, Marek, Piaseczna, Wołomina i Ząbek.

Reasumując, za **rynek właściwy** w przedmiotowej sprawie należy uznać lokalny rynek dostarczania programów telewizyjnych w Warszawie i okolic.

III. Pozycja ASTER na rynku właściwym:

Możliwość stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, polegających na nadużywaniu pozycji dominującej, uzależniona jest od uprzedniego stwierdzenia, iż przedsiębiorca posiada na zidentyfikowanym w sprawie rynku właściwym pozycję dominującą.

Ustalając, czy na lokalnym rynku dostarczania programów telewizyjnych ASTER posiada pozycję dominującą, należy mieć na uwadze definicję zawartą w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z powołanym przepisem, przez *pozycję dominującą* rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się przy tym, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%. Określając pozycję rynkową ASTER niezbędne jest zatem ustalenie, czy siła ekonomiczna tej spółki umożliwia prowadzenie działalności w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów i kontrahentów.

Jak wynika z danych zamieszczonych w tabeli 3, udział ASTER w rynku dostarczania programów telewizyjnych na terenie Warszawy i okolic, wyliczony w oparciu o liczbę gospodarstw domowych faktycznie korzystających z usług dostarczania programów telewizyjnych, kształtuje się na poziomie **[punkt 2 załącznika nr 2 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**, a zatem przekracza próg 40 %, z którym ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wiąże domniemanie posiadania przez przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynku.

Nawet jeśli przyjąć najbardziej korzystne dla ASTER stanowisko i uznać, że pojemność rynku właściwego należy wyznaczyć w oparciu o liczbę gospodarstw domowych, które znajdują się w zasięgu sieci ASTER i potencjalnie mogłyby, po ich okablowaniu, skorzystać z oferowanych przez Spółkę usług – a zatem o liczbę wszystkich gospodarstw domowych na terenie Warszawy, Kobyłki, Marek, Piaseczna, Wołomina i Ząbek (por.: tabela 2) – i tak udział rynkowy ASTER wynosi około 40 %. Niemniej, jak było wskazywane w części ustalającej niniejszej decyzji, tak wyliczony udział rynkowy odnosi się do rynku, którego wielkość została zawyżona, zaś w rzeczywistości udział ASTER w rynku dostarczania programów telewizyjnych na terenie Warszawy oraz okolicznych miejscowości, tj.: Kobyłki, Marek, Piaseczna, Wołomina i Ząbek, jest znacznie wyższy niż wskazany powyżej. Przedmiotowy rynek jest bowiem rynkiem w pełni ukształtowanym i ma charakter nasycony. Z tego względu jego rzeczywistą pojemność wyznacza nie liczba wszystkich gospodarstw domowych znajdujących się w zasięgu sieci Spółki, lecz liczba tych gospodarstw domowych, które korzystają już z usług dostawców usług telewizji kablowej bądź z usług świadczonych przez operatorów satelitarnych platform cyfrowych.

¹⁰ Por. m.in.: wyrok SOKiK z dnia 6 grudnia 2000 r. (sygn. akt Ama 101/99).

Odnosząc się do argumentów podnoszonych w toku postępowania przez ASTER, mających na celu uzasadnienie poglądu o niemożności przypisania jej posiadania pozycji dominującej na rynku właściwym należy stwierdzić, że – w ocenie Prezesa UOKiK – nie zasługują one na uwzględnienie. Podstawowym argumentem podnoszonym przez ASTER jest fakt spotykania się z konkurencją ze strony innych operatorów (zarówno telewizji kablowych jak i platform cyfrowych), w tym w szczególności spółki UPC Telewizja Kablowa Sp. z o.o. Okoliczność ta – zdaniem ASTER – uniemożliwia jej działanie w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów.

W tym miejscu należy podkreślić, że ciężar przedstawienia dowodów pozwalających obalić zawarte w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji konsumentów domniemanie posiadania pozycji dominującej, jakie przepis ten wiąże z przekroczeniem 40 %-owego udziału rynkowego, spoczywa na kwestionującym je przedsiębiorcy. ASTER jednak nie przekazała żadnych konkretnych informacji, które potwierdzałyby, że pomimo osiągnięcia blisko 60 %-owego udziału w rynku Spółka nie ma na nim pozycji dominującej. Należy zauważyć, że sam fakt spotykania się domniemanego dominanta z konkurencją ze strony innych przedsiębiorców nie obala automatycznie domniemania posiadania przez nich pozycji dominującej. Konkurencja ta powinna być bowiem na tyle silna i skuteczna, aby niweczyła możliwość działania przedsiębiorcy w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów. Spółka nie dowiodła, że taka sytuacja ma miejsce w niniejszym przypadku. Z pewnością nie świadczy o tym fakt odpływu pewnej liczby klientów, co uznać należy za zjawisko zupełnie naturalne. Należy podkreślić, że – jak wynika z informacji zebranych przez Prezesa UOKiK w toku postępowania (por. tabela 4) – konkurentami ASTER na rynku dostarczania programów telewizyjnych w Warszawie i okolicach są na ogół przedsiębiorcy niewielcy, z zasady o osiedlowym charakterze, zaś najsilniejszy konkurent świadczy usługi na rzecz o połowę mniejszej niż ASTER liczby klientów.

Oczywiście bezzasadnym jest także powoływanie się na stwierdzenie braku pozycji dominującej ASTER w wyroku SOKiK z dnia 8 października 1997 roku (sygn. akt: Ama 33/97). Tezy zawarte w uzasadnieniu powoływanego wyroku, a także dane, na których oparł się Sąd, mają już bowiem znaczenie wyłącznie historyczne – i taki charakter miały również w momencie powołania się na nie przez ASTER.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Prezes UOKiK stwierdził, iż **ASTER ma pozycję dominującą** na lokalnym rynku usług dostarczania programów telewizyjnych w Warszawie i okolicach.

IV. Nadużywanie przez ASTER pozycji dominującej:

Sam fakt posiadania pozycji dominującej nie stanowi jeszcze naruszenia prawa, podobnie jak jej wzmocnienie wskutek wzrostu potencjału ekonomicznego. Bezprawne jest dopiero nadużywanie przez przedsiębiorcę takiej pozycji. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zakazuje nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców (art. 8 ust. 1 ww. ustawy), uznając takie działanie za praktykę ograniczającą konkurencję. Jednym z zakazanych przejawów nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym jest, stosownie do art. 8 ust. 2 pkt 1 niniejszej ustawy, bezpośrednie lub pośrednie narzucanie nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów.

Praktyka ograniczająca konkurencję, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ma, co do zasady, charakter eksploatacyjny i polega na wyzyskiwaniu przez dominanta przewagi kontraktowej nad kontrahentem. Powołany

przepis nie wiąże wprost skutków omawianego zakazu praktyki z wywieraniem skutków antykonkurencyjnych, choć skutki te mogą wystąpić; mają one jednak charakter wtórny wobec zjawiska negatywnego oddziaływania na interesy kontrahentów.

W niniejszej sprawie zarzuca się ASTER bezpośrednie narzucanie ceny nieuczciwej – nadmiernie wygórowanej.

Z powyższą praktyką ograniczającą konkurencję mamy do czynienia w razie kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek:

- (1) narzucanie cen przez podmiot dominujący;
- (2) nadmiernego wygórowania narzucanych cen.

Ad (1)

Narzucenie warunku – w tym również warunku cenowego – ma miejsce wówczas, gdy dominant, wykorzystując sytuację przymusową kontrahenta, wynikającą z braku rzeczywistej alternatywy na rynku, wymusza na nim określone zachowania. W piśmiennictwie podnosi się, iż bez znaczenia w takim przypadku pozostaje okoliczność, że w sferze cywilnoprawnej dochodzi do złożenia zgodnych oświadczeń woli stron, co konstytuuje zawarcie umowy; istotne jest, że brak jest wewnętrznej zgodności (akceptacji) stron dla treści umowy, która obiektywnie jest umową nierównoprawną.

Do narzucenia warunków umowy dojść może w drodze działania (aktywnego narzucenia warunków w negocjacjach), jak również poprzez zaniechanie (w wyniku odmowy podejmowania jakichkolwiek negocjacji w przedmiocie spornych kwestii). Co do zasady przyjmuje się, że o narzuceniu warunków kontraktu przez dominanta można mówić wyłącznie wówczas, gdy kontrahent przynajmniej podjął próbę negocjacji zmierzających do zmiany zaproponowanych mu przez dominanta warunków. Wyjątek stanowi narzucanie warunków w tzw. umowach adhezyjnych, tj. zawieranych przez przystąpienie, w których nie przewiduje się indywidualnego negocjowania warunków – jak np. w odniesieniu do usług o charakterze powszechnym, świadczonych przez operatorów telekomunikacyjnych. W przypadku takich umów wystarczającą przesłanką uznania, że następuje narzucenie warunków, jest oferowanie ich przez dominanta w stosunkach danego rodzaju¹¹.

W niniejszej sprawie zarzuca się ASTER nadużywanie pozycji dominującej poprzez narzucanie abonentom pakietu Antena anteny abonamentowej mającej charakter ceny nieuczciwej – nadmiernie wygórowanej.

Nie ulega wątpliwości, iż opłaty abonamentowe za usługi telewizji kablowej są klientom przez ASTER narzucane. Umowy te mają bowiem charakter adhezyjny; klienci pragnący skorzystać z usług dostarczania programów telewizyjnych świadczonych przez ASTER mogą wyłącznie zaakceptować warunki zaproponowane im przez operatora, nie mają zaś możliwości ich negocjowania.

Mając powyższe na względzie Prezes UOKiK uznał, że w niniejszym przypadku spełniona została przesłanka **narzucania** cen przez podmiot dominujący na rynku właściwym, niezbędna dla stwierdzenia praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ad (2)

Przepis art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazuje przedsiębiorcom dominującym narzucania m.in. nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych lub rażąco niskich. Ustawa nie zawiera jednak legalnych definicji pojęć „ceny

¹¹ Por.: E. Modzelewska-Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002, s. 118.

nieuczciwej” czy też „ceny rażąco wygórowanej”, nie wprowadza również żadnych jednoznacznych kryteriów jakościowych, które pozwalałyby na dokonanie oceny warunków cenowych narzucanych przez dominanta w aspekcie ich „uczciwości” bądź „nadmiernego wygórowania”. W związku z powyższym wskazanie takich kryteriów należy do orzecznictwa. W praktyce, jak podnosi się w piśmiennictwie, ocena ta powinna być dokonywana na podstawie wyważenia interesów stron umowy z uwzględnieniem zasady ekwiwalentności świadczeń, na tle celów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wyrażonych w jej art. 1, który stanowi m.in., iż ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów¹².

Przyjmuje się, że przez cenę nadmiernie wygórowaną w rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów rozumieć należy cenę narzuconą nabywcy przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą na rynku, z racji posiadanej siły rynkowej rażąco zawyżoną w stosunku do wartości świadczenia¹³. W orzecznictwie antymonopolowym podkreśla się, że cena nadmiernie wygórowana, a więc nieuczciwa, to cena sprzeczna z dobrymi obyczajami kupieckimi rozumianymi jako normy postępowania polecające nienadużywanie w stosunku do słabszego uczestnika obrotu posiadanej przewagi kontraktowej. Dobry obyczaj nakazuje oparcie ceny o przejrzyste kryteria jej kalkulacji. Podniesienie stawek opłat o kilkadziesiąt procent w stosunku do poprzednio obowiązujących jawi się jako arbitralne i nieuzasadnione narzucenie kontrahentom nieuczciwych, rażąco wygórowanych i nieekwiwalentnych cen za oferowane świadczenie, tym bardziej, gdy ceny te są znacząco wyższe niż na innych porównywalnych rynkach¹⁴. Często stosowanym kryterium jest analiza porównawcza – uznaje się bowiem, iż cena nadmiernie wygórowana występuje wówczas, gdy różni się nadmiernie od opłat pobieranych przez konkurentów działających w podobnych warunkach na innych rynkach¹⁵. Na „nadmierność” różnicy wskazuje się, gdy kwestionowana cena jest znacznie wyższa w porównaniu z cenami stosowanymi przez konkurentów na rynkach podobnych. Pomocne może być również ustalenie wysokości marży zysku. W przypadku, gdy marża ta znacznie przekracza wysokość marż w kalkulowanych w ceny usług przez konkurentów dominanta, a jednocześnie analizowana cena rażąco przewyższałaby ceny tych konkurentów, wówczas stosowanie cen nadmiernie wygórowanych uznać można za niewątpliwe.

Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że dla oceny, czy stosowana przez dominanta cena ma charakter ceny nadmiernie wygórowanej, stosuje się zasadniczo trzy wskaźniki:

- a) powiązanie ceny z uzasadnionymi kosztami własnymi (uzasadnione koszty jednostkowe),
- b) wskaźniki rentowności działalności gospodarczej, a wśród nich marża zysku brutto (określona jako stosunek przychodów ze sprzedaży do kosztów własnych),
- c) stosunkowe porównywanie cen tych samych produktów na rynkach równoległych.

Szczególną wagę w orzecznictwie antymonopolowym przywiązuje się do metody porównawczej¹⁶. Podnosi się bowiem niekiedy, że firmy potrafią dowolnie swoje koszty modyfikować tak, aby ograniczać wskaźniki rentowności przy ustalaniu wysokiego poziomu cen, wobec czego jedynym obiektywnym miernikiem pozostaje analiza porównawcza cen takich samych towarów na rynkach równoległych i porównywalnych. Metoda porównawcza

¹² *Ibidem*, s. 100-101.

¹³ Por.: S. Gronowski, *Ustawa Antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1996, s. 159.

¹⁴ Por.: wyrok SOKiK z dnia 22 stycznia 2003 r. (sygn. akt XVII Ama 12/02).

¹⁵ Por. m.in.: wyroki SOKiK: z dnia 26 października 1993 r. (sygn. akt XVII Amr 35/92) oraz z dnia 7 października 1998 r. (sygn. akt XVII Ama 45/98).

¹⁶ Por. m.in.: wyrok SOKiK z dnia 10 marca 1999 r. (sygn. akt XVII Ama 86/98).

jest jednak możliwa wyłącznie wobec konkurentów działających w podobnych relacjach ekonomicznych, gospodarczych, handlowych¹⁷ i tylko wówczas, gdy spełnione zostaną następujące przesłanki: a/ warunki działania tych podmiotów są porównywalne, b/ opłaty porównywanych podmiotów pokrywają uzasadnione koszty¹⁸.

Rozważając okoliczności niniejszej sprawy Prezes UOKiK uznał, że nie jest możliwe dokonanie analizy porównawczej ceny pakietu Antena oferowanego przez ASTER z opłatami pobieranymi za ograniczone pakiety programowe przez innych przedsiębiorców świadczących usługi telewizji kablowej – z uwagi na brak takich przedsiębiorców, którzy spełnialiby przesłanki porównywalności cen sformułowane przez SOKiK.

Dokonując powyższego ustalenia Prezes UOKiK miał na uwadze specyfikę działalności prowadzonej przez ASTER, która znacząco odróżnia tę Spółkę od innych przedsiębiorców świadczących usługi telewizji kablowej na rzecz podobnej co ASTER liczby abonentów. Podstawowym, w ocenie Prezesa UOKiK, czynnikiem odróżniającym ASTER od pozostałych dostawców usług telewizji kablowej, jest niewielki – w stosunku do liczby abonentów – obszar prowadzonej działalności, obejmujący teren zaledwie jednej aglomeracji miejskiej, lecz obejmującej bardzo dużą ilość mieszkańców, o znacznie wyższym niż w pozostałych częściach kraju stopniu zamożności. Niewątpliwie okoliczność ta ułatwiła Spółce skalkulowanie wysokości cen poszczególnych produktów w oparciu o rzeczywiste koszty ich świadczenia – czego, jak wynika ze złożonych przez nich wyjaśnień, nie dokonał żaden z badanych konkurentów ASTER na rynku ogólnopolskim, a co uniemożliwia rozstrzygnięcie, czy stosowane przez nich ceny pokrywają ponoszone przez nich koszty, zaś w konsekwencji wyklucza zastosowanie metody porównawczej. Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, że spośród wszystkich badanych dostawców usług telewizji kablowej jedynie ASTER zdaje się traktować oferowanie pakietu programowego o charakterze ograniczonym jako produktu równorzędnego pakietowi pełnemu, a przynajmniej o równym z nim stopniu dostępności.

Rozważając, czy stosowaną przez ASTER opłatę za pakiet Antena uznać można za nadmiernie wygórowaną – wobec niemożności dokonania analizy porównawczej z uwagi na przedstawione powyżej okoliczności – Prezes UOKiK oparł się w głównej mierze na przedstawionych przez ASTER szczegółowych kalkulacjach kosztowych (planowanych i wynikowych) wysokości opłaty za świadczenie usług telewizji kablowej w ramach pakietu programowego Antena – nie znaleziono bowiem podstaw, aby kalkulacje te zakwestionować.

Z wyliczeń przedstawionych przez ASTER w toku niniejszego postępowania wynika, że przy aktualnie obowiązującej cenie za pakiet Antena zakładana przez Spółkę marża wynosi zaledwie **[Punkt 9 załącznika nr 1 do decyzji, zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa]**. W praktyce, uwzględnivszy stosowane przez ASTER rabaty i upusty, rzeczywiste przychody z tytułu świadczenia przedmiotowej usługi nie pokrywają kosztów ponoszonych w związku z jej świadczeniem. Analiza danych przekazanych przez ASTER w tym zakresie wskazuje zatem, że podwyższenie wysokości ceny pakietu programowego Antena nie miało na celu maksymalizacji korzyści wynikających z eksploatacji dominującej pozycji rynkowej – korzyści takie nie są bowiem realnie osiągalne – lecz dostosowanie jej do realnych kosztów prowadzonej działalności.

W tym miejscu należy zauważyć, że przepisy ustawy - Prawo telekomunikacyjne nie nakładają na przedsiębiorcę świadczącego usługi telekomunikacyjne obowiązku dotyczącego sporządzania kalkulacji kosztów świadczonych usług o stopniu szczegółowości tak wysokim, jak kalkulacja przedstawiona przez ASTER. Jedynym wymogiem, obowiązującym

¹⁷ Por.: wyrok SOKiK z dnia 21 maja 2003 r. (sygn. akt Ama 58/02).

¹⁸ Por.: wyrok SOKiK z dnia 4 sierpnia 2003 r. (sygn. akt Ama 106/02).

wszystkich dostawców usług telekomunikacyjnych, jest obowiązek ustalania cen takich usług na podstawie przejrzystych, obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów (art. 61 ust. 2 ww. ustawy).

Warto zwrócić uwagę, że Prezes URTiP może nałożyć na przedsiębiorców telekomunikacyjnych, w drodze decyzji, dalej idące obowiązki z zakresu kalkulowania wysokości stosowanych przez nich cen, w postaci: a/ obowiązku prowadzenia rachunkowości regulacyjnej zgodnie z zatwierdzoną przez Prezesa URTiP instrukcją (art. 38 ust. 1 i 2, art. 46 ust. 3 pkt 3 lit. a oraz art. 47 ust. 2 pkt 1 ww. ustawy), b/ prowadzenia kalkulacji kosztów usług zgodnie z zatwierdzonym opisem kalkulacji kosztów (art. 39 ust. 1 pkt 1, 46 ust. 3 pkt 3 lit. b oraz art. 47 ust. 2 pkt 2 ww. ustawy), c/ ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty (art. 39 ust. 1 pkt 2, art. 40 ust. 1 oraz art. 46 ust. 3 pkt 3 lit. c ww. ustawy). Niemniej, taka możliwość istnieje jedynie wobec tych przedsiębiorców, których uznano uprzednio, w drodze decyzji wydanej przez Prezesa URTiP, za przedsiębiorców o znaczącej pozycji rynkowej na danym rynku usług detalicznych; obowiązki te nie dotyczą zatem ASTER – przynajmniej w chwili obecnej.

Mając powyższe na względzie Prezes UOKiK stwierdził, że nie można na niekorzyść ASTER poczytywać tego, że pomimo braku istnienia takiego prawnego obowiązku Spółka dokonała szczegółowej kalkulacji kosztów ponoszonych w związku ze świadczeniem poszczególnych rodzajów usług, a następnie dostosowała poziom cen poszczególnych usług do wysokości powiązanych z nimi kosztów. Takie zachowanie przedsiębiorcy należy uznać za pożądane w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Gdyby w wyniku przeprowadzenia analizy ponoszonych kosztów Spółka nie dokonała stosownych zmian polityki cenowej, mogłaby narazić się na zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na „skrośnym subsydiowaniu” niektórych spośród oferowanych przez nią produktów.

Zastrzeżeń Prezesa UOKiK nie budzi również samo wyodrębnienie przez ASTER z opłaty za pakiet Antena *opłaty za utrzymanie sieci* – w tej samej wysokości, jaka pobierana jest za pełny pakiet Basic – oraz *opłaty abonamentowej* – związanej z określonym pakietem programowym – jak również przypisanie przez Spółkę poszczególnych kosztów w skład ogólnej kategorii kosztów związanych z utrzymaniem sieci telewizji kablowej. W tym miejscu należy zauważyć, że analogiczny sposób konstruowania opłat okresowych jest powszechnie stosowany przez przedsiębiorców świadczących usługi za pośrednictwem sieci przesyłowej – czego przykładem są przedsiębiorstwa energetyczne, pobierające odrębnie opłatę przesyłową oraz opłatę za pobraną energię. Również niektórzy inni operatorzy, do których Prezes UOKiK zwracał się o informacje w toku postępowania, wyrażali pogląd, że określone koszty związane ze świadczeniem usług telewizji kablowej na rzecz indywidualnych klientów mają charakter ogólny i pozostają stałe bez względu na dostarczane klientom pakiety programów.

Mając na względzie przedstawione powyżej okoliczności Prezes UOKiK nie znalazł podstaw, aby stwierdzić, że stosowana przez ASTER opłata za świadczenie usługi telewizji kablowej w ramach pakietu Antena ma charakter ceny nadmiernie wygórowanej.

Zatem, wobec faktu, iż nie zachodzi jedna z przesłanek niezbędnych dla stwierdzenia praktyki ograniczającej konkurencję z art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes UOKiK uznał, iż zarzut postawiony ASTER nie znajduje potwierdzenia w zebranych materiałach dowodowych.

Mając powyższe na względzie, orzeka się jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c., od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury w Warszawie.

Otrzymuje:

Aster City Cable Sp. z o.o.

ul. Domaniewska 41

02-672 Warszawa