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

RWA-53/S/1/98/99/MK

Warszawa, dn. 6 czerwca 2002r.

Decyzja Nr RWA –10/2002

I. Na podstawie art. 10 ust. 2 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 122, poz. 1319 z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję nadużywanie przez spółkę Aster City Cable Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pozycji dominującej na lokalnym rynku dostarczania (przesyłania) programów telewizyjnych w Warszawie poprzez narzucanie uciążliwych i przynoszących ww. spółce nieuzasadnione korzyści warunków umów na skutek:

- braku zawarcia w umowach abonenckich stosowanych w okresie: październik 1997r. – październik 1999r. zapisu określającego zasady przyznawania rekompensat w przypadku braku dostarczania sygnału przez czas krótszy niż trzy dni,
- braku zawarcia w umowach abonenckich stosowanych w okresie: październik 1997r. – październik 1999r. zapisu określającego zasady przyznawania rekompensat w przypadku dostarczania sygnału złej jakości, uniemożliwiającego prawidłowy odbiór programów

i stwierdza się zaniechanie jej stosowania.

II. Na podstawie art. 10 ust. 2 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 122, poz. 1319 z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję nadużywanie przez spółkę Aster City Cable Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pozycji dominującej na lokalnym rynku dostarczania (przesyłania) programów telewizyjnych w Warszawie poprzez stwarzanie konsumentom uciążliwych warunków dochodzenia ich praw na skutek:

- braku zawarcia w umowach abonenckich stosowanych w okresie: październik 1997r. – październik 1999r. zapisu określającego zasady przyznawania rekompensat w przypadku braku dostarczania sygnału przez czas krótszy niż trzy dni,
- braku zawarcia w umowach abonenckich stosowanych w okresie: październik 1997r. – październik 1999r. zapisu określającego zasady przyznawania rekompensat w przypadku dostarczania sygnału złej jakości, uniemożliwiającego prawidłowy odbiór programów

i stwierdza się zaniechanie jej stosowania.

III. Na podstawie art. 11 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 122, poz. 1319 z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu 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 polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku dostarczania (przesyłania) programów telewizyjnych w Warszawie poprzez stwarzanie konsumentom uciążliwych warunków dochodzenia ich praw na skutek:
   - nie określenia w umowach abonenckich warunków na jakich mogą wystąpić zmiany w częstotliwości nadawanych programów lub zaprzestanie nadawania któregokolwiek z programów,
   - ograniczenia w umowach abonenckich prawa abonenta do zastrzeżenia, iż nie wyraża zgody na przesyłanie pod jego adres materiałów promocyjnych.

IV. Na podstawie art. 11 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 122, poz. 1319 z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu 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 polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku dostarczania (przesyłania) programów telewizyjnych w Warszawie poprzez uzależnianie zawarcia umowy abonenckiej od wyrażenia przez abonenta zgody na przesyłanie pod jego adresem materiałów promocyjnych.

Uzasadnienie

W dniu 12 lutego 1999 roku Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatura w m.st. Warszawie po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu w dniu 5 czerwca 1998r. postępowania antymonopolowego, decyzją Nr RWA-3/99 nakazał spółce Aster City Cable Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej również Spółką lub ACC) zaniechanie praktyk monopolistycznych, określonych w art. 5 ust. 1 pkt 6 i art. 5 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 24 lutego 1990 roku o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (tj.: Dz. U. z 1999 roku Nr 52, poz. 547 z późn. zm.), polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku usług telewizji kablowej poprzez:

- narzucanie uciążliwych warunków umów przynoszących Spółce nieuzasadnione korzyści na skutek braku zawarcia w umowie abonenckiej zapisu określającego zasady udzielania bonifikat w przypadku dostarczania sygnału złej jakości, uniemożliwiającego prawidłowy odbiór programów (pkt 1 ww. decyzji);
- stwarzanie konsumentom uciążliwych warunków dochodzenia swoich praw na skutek:

a. nie określenia w umowie abonenckiej warunków, na jakich mogą wystąpić zmiany w częstotliwości nadawanych programów lub zaprzestanie nadawania któregokolwiek z programów,
b. ograniczenia w umowie abonenckiej prawa abonenta do zastrzeżenia, iż nie wyraża zgody na przesyłanie pod jego adres materiałów promocyjnych (pkt 2 ww. decyzji).

Jednocześnie ww. decyzją Prezes Urzędu umorzył postępowanie antymonopolowe w zakresie nakazania powodowi praktyki monopolistycznej, określonej w art. 5 ust. 1 pkt 8 ww. ustawy, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku usług telewizji kablowej poprzez stwarzanie konsumentom uciążliwych warunków dochodzenia swoich praw na skutek nie zawarcia ze wszystkimi abonentami na piśmie umów na świadczenie usług telewizji kablowej określających prawa i obowiązki abonentów i operatora (pkt 3 ww. decyzji).

W dniu 4 marca 1999 roku spółka Aster City Cable Sp. z o.o. złożyła odwołanie od ww. decyzji w części nakazującej jej zaniechanie praktyk monopolistycznych polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku usług telewizji kablowej (pkt 1 i 2 decyzji).

Sąd Antymonopolowy wyrokiem z dnia 6 grudnia 2000r. (sygn. akt XVII Ama 101/99) uchylił decyzję Prezesa Urzędu Nr RWA-3/99 z dnia 12 lutego 1999r.

Ww. orzeczenie, wydane zostało przez Sąd Antymonopolowy na podstawie obowiązującego w dacie wydania wyroku art. 479^{34} § 2 k.p.c.[1], zgodnie z którym „w razie uwzględnienia odwołania, sąd zaskarżoną decyzję albo uchyla, albo zmienia w całości lub w części i orzeka co do istoty sprawy".

Uzasadniając rozstrzygnięcie, Sąd Antymonopolowy uznał, iż ww. decyzja przede wszystkim nie zawiera wszystkich elementów decyzji administracyjnej określonych w art. 107 § 1 k.p.a.

Jednocześnie Sąd Antymonopolowy podzielił zawarte w ww. decyzji stanowisko Prezesa Urzędu, stwierdzając, iż „*abonenci mają istotne trudności w dochodzeniu swoich roszczeń w przypadku dostarczania sygnału złej jakości. Możliwość odstąpienia od umowy oraz system bonifikat w przypadku braku dostarczania sygnału przez czas dłuższy niż trzy dni w miesiącu, polegający na stosunkowym obniżeniu opłaty abonamentowej trudno uznać za zadowalające. System ten nie przewiduje rekompensaty w przypadku braku sygnału przez czas krótszy niż trzy dni, a ponadto zwrot części opłaty nie rekompensuje uciążliwości związanych z świadczeniem usługi nieodpowiedniej jakości. Bonifikata stanowiąca dobrowolny upust cenowy nie może*

[1] Przepis ten przestał obowiązywać z dniem 1 kwietnia 2001r., w związku z wejściem w życie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

być traktowana jako forma odszkodowania, bowiem jej udzielenie wiąże się z dobrą wolą, a nie odpowiedzialnością za jakość usługi, jak w przypadku np. kary umownej".

Ponadto, Sąd Antymonopolowy stwierdził, iż *„należy podzielić stanowisko pozwanego, że oferta programowa powinna stanowić element istotny umowy abonenckiej. Oferowany zestaw programów stanowi jedno z podstawowych dla konsumenta kryteriów wyboru kontrahenta. Dokonywane w tym zakresie zmiany należy traktować jako istotną zmianę zakresu świadczenia i w związku z tym musi być ona zaakceptowana przez drugą stronę umowy. Operator powinien zatem na piśmie zawiadomić każdorazowo abonenta o zmianie oferty programowej z wyprzedzeniem umożliwiającym odstąpienie od umowy i znalezienie innego operatora".*

Zgodnie z orzecznictwem antymonopolowym *„po uchyleniu przez Sąd Antymonopolowy decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, stosownie do art. 479^{34} § 2 k.p.c., organ antymonopolowy ma pełną swobodę co do dalszego prowadzenia sprawy. Może postępowanie umorzyć. Może też dalej prowadzić postępowanie administracyjne i po stwierdzeniu naruszenia prawa, zakończyć je wydaniem decyzji"* (wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 18 października 2000r., sygn. akt. XVII Ama 6/00).

W związku z powyższym, Prezes Urzędu, mając na uwadze stanowisko Sądu Antymonopolowego zawarte w wyroku z dnia z dnia 6 grudnia 2000r., uznał za zasadne dalsze prowadzenie postępowania antymonopolowego w sprawie.

Pismem z dnia 25 maja 2001r. Prezes Urzędu poinformował Spółkę, iż z dniem 1 kwietnia 2001r. weszła w życie ustawa z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2000r. Nr 122, poz. 1319), zaś w świetle art. 113 ww. ustawy „postępowania wszczęte na podstawie przepisów ustawy z dnia 24 lutego 1990r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów prowadzi się na podstawie przepisów niniejszej ustawy".

Jednocześnie, Prezes Urzędu zawiadomił stronę, iż ww. postępowanie antymonopolowe toczy się w sprawie stosowania przez spółkę Aster City Cable Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie praktyk ograniczających konkurencję polegających na:

I. nadużywaniu pozycji dominującej na rynku dostarczania (przesyłania) programów telewizyjnych na terenie Warszawy poprzez:

- brak zawarcia w umowie abonenckiej zapisu określającego zasady przyznawania rekompensat w przypadku braku dostarczania sygnału przez czas krótszy niż trzy dni,
- brak zawarcia w umowie abonenckiej zapisu określającego zasady przyznawania rekompensat w przypadku dostarczania sygnału złej jakości, uniemożliwiającego prawidłowy odbiór programów,

co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 6 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów;

II. nadużywaniu pozycji dominującej na rynku dostarczania (przesyłania) programów telewizyjnych na terenie Warszawy poprzez stwarzanie konsumentom uciążliwych warunków dochodzenia swoich praw na skutek:

- nie określenia w umowie abonenckiej warunków na jakich mogą wystąpić zmiany w częstotliwości nadawanych programów lub zaprzestanie nadawania któregokolwiek z programów,
- ograniczenia w umowie abonenckiej prawa abonenta do zastrzeżenia, iż nie wyraża zgody na przesyłanie pod jego adres materiałów promocyjnych,

co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 7 ww. ustawy;

III. nadużywaniu pozycji dominującej na rynku dostarczania (przesyłania) programów telewizyjnych na terenie Warszawy poprzez uzależnianie zawarcia umowy abonenckiej od wyrażenia przez abonenta zgody na przesyłanie pod jego adresem materiałów promocyjnych, co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 4 ww. ustawy.

W toku przeprowadzonego postępowania dowodowego Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił, co następuje.

Aster City Cable Sp. z o.o. jest spółką wpisaną do rejestru handlowego w dniu 11 października 1994r. w Sądzie Rejonowym dla m.st. Warszawy Sądzie Gospodarczym, pod numerem 41770.

Spółka od 1994 roku prowadzi działalność polegającą na świadczeniu usługi dostarczania sygnału telewizji kablowej na terenie Warszawy i okolicznych miast.

Do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury w Warszawie napływało bardzo dużo skarg abonentów ACC dotyczących nieprawidłowości w działalności ww. operatora np. częstej zmiany częstotliwości retransmitowanych pozycji programowych oraz zaprzestania nadawania niektórych z nich, czy złej jakości dostarczanego sygnału, uniemożliwiającego prawidłowy odbiór programów.

W okresie, w którym napływały ww. skargi ACC stosowała wzorzec umowy abonenckiej obowiązujący od dnia 23 października 1997r.

Zgodnie z ww. wzorcem, umowa, zawierana z abonentami, którzy przystępowali do sieci operatora określała jako jej przedmiot - „dostarczanie sygnału pakietu nr ..... (minimum ..... programów) telewizji kablowej do końcówki (końcówek) sieci zainstalowanej/ych w lokalu Abonenta” (pkt 1 umowy).

Przy zawieraniu umowy abonent otrzymywał, jako odrębny dokument zestawienie programów telewizyjnych i radiowych dostępnych w sieci - ofertę aktualną w dniu zawarcia umowy.

Umowa nie precyzowała warunków na jakich mogą wystąpić zmiany w częstotliwości nadawanych programów lub zaprzestanie nadawania któregokolwiek z programów w stosunku do oferty aktualnej w dniu zawarcia umowy oraz zasad

określających obowiązek operatora o informowaniu abonentów na piśmie oraz z wyprzedzeniem o ww. zmianach.

W toku postępowania ACC podnosiła, iż zmiany powodowane są np.: wymogami technicznymi, modernizacją i dostosowywaniem sieci PORION (przejętej przez ACC) do współdziałania z urządzeniami ACC.

Ponadto ACC podkreślała, iż jest uprawniona do zmian programów, bowiem umowa nie zawiera wykazu programów. Wykaz nie jest częścią umowy z abonentem, ale informacją pozwalającą odbiorcy na zapoznanie się z zakresem usług ACC. Dlatego w umowie nie ma przepisu przewidującego możliwość zmiany oferty programowej.

Spółka argumentowała, iż w przypadku zastrzeżeń każdy abonent ma możliwość odpowiedniego egzekwowania swoich uprawnień, zarówno w drodze negocjacji, postępowania administracyjnego, jak i w drodze sądowej. Brak powiadomienia o wystąpieniu zmian programowych i technicznych możliwości tych nie ogranicza, a co więcej ich nie dotyczy. Nieobecność odpowiednich uregulowań umownych nie może ograniczać uprawnień i czynić ich dochodzenie uciążliwymi. W przypadku braku uregulowań umownych zastosowanie znajdują bowiem odpowiednie przepisy prawa, które gwarantują interesy każdej ze stron, a nawet tworzą wyższy standard ochrony konsumenta. Poleganie na przepisach prawa nie może być uznane za ograniczanie czyichkolwiek uprawnień. Ich brak również nie jest narzucaniem uciążliwych warunków umów. Ciężar nakładany na abonenta nie jest także w powyższych przypadkach większy niż w stosunkach danego rodzaju. Jest to typowa praktyka innych operatorów i nadawców telewizyjnych. Zmiany zawsze są dokonywane w interesie klientów.

ACC uważa, iż usługobiorca podpisując umowę ma świadomość, że jej oferta nie jest stała, a warunki mogą ulec zmianie.

Według Spółki zmiany nie są żadnymi utrudnieniami, a wiec operator nie czuje się zobligowany do wcześniejszego informowania o nich abonentów. ACC stosowała tą praktykę z uwagi na dobre obyczaje.

Analogiczne postanowienia zawierały wzory umów obowiązujące od grudnia 1998r. do maja 1999r. oraz od czerwca 1999r. do października 1999r.

W okresie od listopada 1999r. do września 2000r. Spółka stosowała inny wzorzec umowy abonenckiej.

Zgodnie z § 1 pkt 1 „Operator zobowiązuje się do świadczenia na rzecz Abonenta usługi, polegającej na udostępnianiu Abonentowi sygnału, umożliwiającego odbiór programów telewizyjnych w sieci kablowej: *(nazwa pakietu, minimalna liczba kanałów telewizyjnych i radiowych)*.” „Usługa, o której mowa w § 1, świadczona będzie na warunkach określonych w „Regulaminie świadczenia przez Aster City Cable Sp. z o.o. usług dostarczania płatnych programów telewizyjnych w sieci kablowej” (§ 2 ust. 1).

W świetle pkt 3.3 Regulaminu „Operator uprawniony jest do zmiany oferty programowej i (lub) częstotliwości nadawanych programów. Zmiana, o której mowa w pkt 33 nie wymaga zgody Abonenta (pkt 3.4). O zmianie oferty programowej i (lub) częstotliwości nadawanych programów Operator zobowiązany jest powiadomić Abonenta z co najmniej 7-dniowym wyprzedzeniem w formie ulotki lub informacji

„na ekranie” podanej w emitowanym programie lub na kanałach Operatora. W sytuacjach nagłych i niezależnych od Operatora, Operator może poinformować Abonenta o zmianie oferty programowej i (lub) częstotliwości nadawanych programów w terminie krótszym niż 7 dni” (pkt 3.5).

ACC podkreśla, iż zmiany częstotliwości nadawanych programów powodowane są koniecznością dostosowania procesu dostarczania programów do współczesnej techniki. Ww. zmiany, jak podnosi Spółka, dokonywane są w interesie usługobiorców i nie wymagają z ich strony spełnienia jakichkolwiek dodatkowych warunków.

ACC argumentuje, iż nie dokonuje zmian programów popularnych, cieszących się dużą widownią, ale programów o niskiej oglądalności.

Spółka podnosi, iż wykaz nadawanych programów jest jedynie informacją pozwalającą odbiorcy zapoznać się z zakresem usług powoda w momencie zawierania umowy. Dlatego w umowie nie ma przepisu mówiącego o możliwości zmiany oferty programowej.

W ocenie Spółki niemożliwe jest aby umowa z abonentami określała nie tylko procedurę zmian, ale także warunki na jakich mogą wystąpić zmiany. Jej zdaniem nie jest bowiem możliwe wskazanie zamkniętego katalogu przyczyn usprawiedliwiających zmianę programu, ani też wskazanie jasnych i nie budzących wątpliwości kryteriów zastępowania programów. Przyczyny zmian programów są rozmaite i nieprzewidywalne, a kryteria dokonania zmian nie mogą być jednoznaczne i obiektywne, ale muszą zależeć od możliwości i sytuacji operatora, a także aktualnych preferencji odbiorców.

W opinii Spółki skargi pochodzą jedynie od minimalnej liczby abonentów w stosunku do wszystkich abonentów sieci, a ponadto są to prawdopodobnie skargi przesłane przez osoby nagminnie składające skargi lub przez osoby niezaradne życiowo, które nie potrafią poradzić sobie we własnym zakresie z wymogami współczesnej techniki (np. co do standardowej obsługi odbiornika telewizyjnego).

ACC zwraca również uwagę, że wzorzec umowy obowiązujący od dnia 23 października 1997r. nie nakładał na nią obowiązku informowania abonentów na piśmie, to Spółka czyniła tak, bowiem należy to do dobrych obyczajów handlowych. Mimo tego oświadczenia twierdzi, iż nie jest w stanie udowodnić, że pisma zawierające powyższe informacje faktycznie docierały do wszystkich abonentów. Natomiast w żadnym wypadku nie może zobowiązać się do przesyłania takich pism listami poleconymi lub za zwrotnym potwierdzeniem odbioru, gdyż skutkowałoby to ogromnymi kosztami, które przynajmniej w części musieliby ponosić abonenci.

ACC wyraża również stanowisko, iż nie określenie w umowie abonenckiej warunków na jakich mogą wystąpić zmiany w częstotliwości nadawanych programów lub zaprzestanie nadawania któregokolwiek z nich w stosunku do oferty aktualnej w dniu zawarcia umowy oraz zasad określających obowiązek operatora o informowaniu abonentów na piśmie oraz z wyprzedzeniem o ww. zmianach nie stwarza konsumentom uciążliwych warunków dochodzenia swoich praw. Zdaniem Spółki nie może być mowy o ograniczaniu konsumentom w jakikolwiek sposób ich uprawnień. Twierdzi, opierając się na publikacji S. Gronowskiego „Polskie prawo antymonopolowe. Zarys wykładu”, że praktyka z art. 5 ust. 1 pkt 8 ustawy o ppm i ok może mieć miejsce np. poprzez zamieszczenie w umowie klauzuli zezwalających

sprzedawcy na przekazanie jego obowiązków osobie trzeciej, a także klauzul wyłączających drogę sądowego rozpoznania sporów konsumentów. Natomiast brak określonej regulacji w umowie nie może zostać uznany za stwarzający uciążliwe warunki dochodzenia praw konsumentów.

W dniu 24 września 2000r. Spółka wprowadziła nowy wzór umowy i stanowiący integralną część ww. umowy „Regulamin świadczenia przez Aster City Cable Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie usług dostarczania Programów Telewizyjnych i programu Premium".

Liczbę programów telewizyjnych gwarantowanych ww. umową, wchodzących w skład danego pakietu obrazują następujące dane:

Pakiet	Ilość programów w ofercie	Ilość gwarantowana
Antena	13*	8
Basic 450	43**	32
Basic 750	63**	32

* w tym kodowany kanał osobno płatny Canal+
** w tym kodowane kanały osobno płatne Canal+ i HBO

W ocenie Spółki zarzut nieokreślenia w umowie abonenckiej warunków na jakich mogą wystąpić zmiany częstotliwości nadawanych programów lub zaprzestania nadawania któregokolwiek z programów nie ma racji bytu z uwagi na regulacje znajdujące się w ust. 3.11 – 3.14 ww. Regulaminu (pismo z dnia 12 czerwca 2001r.).

Zgodnie z ust. 3.11 „Operator uprawniony jest do zmiany oferty programowej i/lub częstotliwości nadawanych Programów Telewizyjnych oraz zastrzega sobie prawo do zmiany systemu kodowania Programu Premium". Zmiana, o której mowa w ust. 3.11, nie wymaga zgody Abonenta, o ile nie została naruszona gwarantowana Umową ilość Programów Telewizyjnych (ust. 3.12).

W świetle ust. 3.13 „O zmianie, o której mowa w ust. 3.11 Operator zobowiązany jest powiadamiać Abonenta z co najmniej 7-dniowym wyprzedzeniem w formie ulotki lub informacji „na ekranie" podanej w emitowanym programie lub na kanałach operatora. W sytuacjach nagłych i niezależnych od Operatora, Operator może poinformować Abonenta o zmianie oferty programowej i/lub częstotliwości nadawanych programów w terminie krótszym niż 7 dni naprzód".

„Naruszenie gwarantowanej Umową ilości Programów Telewizyjnych stanowi zmianę postanowień umowy i wymaga zachowania formy pisemnej (aneksu) pod rygorem nieważności, chyba, że Abonent wypowie Umowę ze skutkiem natychmiastowym poprzez doręczenie Operatorowi pisemnego oświadczenia w terminie 14 dni od wprowadzenia innej niż gwarantowana ilość Programów Telewizyjnych" (ust. 3.14).

W myśl § ust. 3 umowy „W zakresie nie uregulowanym Umową oraz Regulaminem (o którym mowa w § 4) stanowiącym załącznik do Umowy, mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego oraz przepisy regulujące działalność w dziedzinie telekomunikacji".

Spółka ponadto podkreśla, iż w swojej sieci kablowej rozprowadza programy zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, w szczególności przepisami art. 43 ustawy z dnia 29 grudnia 1992r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 1993r. Nr 7, poz. 34 z późn. zm.). Argumentuje, iż na podstawie ww. przepisu operator telewizji kablowej zobowiązany jest do wprowadzania programów do swojej sieci w odpowiedniej kolejności, a więc przykładowo chcąc rozprowadzać programy należące do grupy drugiej (art. 43 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy) zobowiązany jest wprowadzić wszystkie programy dostępne na danym obszarze z grupy pierwszej (tj. określone w art. 43 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy). W związku z tym, że ACC rozprowadza w swojej sieci programy telewizyjne należące do grupy czwartej (przy czym zastrzega, że wybór programów z grupy czwartej i ich zestawienie według ustawy o radiofonii i telewizji należy do operatora telewizji kablowej – w przeciwnym razie każdy z nadawców tych programów mógłby żądać wprowadzenia swojego programu do sieci danego operatora, co byłoby - w ocenie Spółki - absurdem), zgodnie z obowiązującym prawem ACC rozprowadza również w swojej sieci wszystkie dostępne na obszarze działania ACC programy należące do grupy pierwszej, drugiej i trzeciej, spełniając tym samym ustawowy obowiązek. Jednocześnie Spółka zwraca uwagę, iż nie istnieje prawny obowiązek rozpowszechniania przez operatora telewizji kablowej programów tzw. nieobowiązkowych, z tym jednak zastrzeżeniem, że tak naprawdę głos decydujący mają tutaj właśnie abonenci. Spółka argumentuje, iż zestaw programów rozprowadzanych przez nią w sieci, jako produkt jest poddawany comiesięcznym badaniom z punktu widzenia właśnie oceny odbiorców usług – decyzje o usunięciu lub wprowadzeniu danego programu są przede wszystkim podejmowane w oparciu o wyniki oglądalności i ich popularność wśród abonentów, a dopiero potem bierze się pod uwagę np. warunki techniczne i ekonomiczne niezbędne do spełnienia w zakresie wprowadzenia programu do sieci telewizji kablowej. Z powyższego Spółka wyciąga wniosek, iż zestaw oferowanych przez nią programów - oprócz gwarantowanej w umowie ilości oraz zgodności z obowiązującym prawem – jest i tak faktycznie kształtowany przez abonentów ACC (pismo z dnia 12 czerwca 2001r.).

Niezależnie od powyższego, Spółka podnosi, iż wykaz programów nie stanowi części umowy abonenckiej, nie należy zatem do tzw. *essentialia negotii*. Zgodnie z art. 77 k.c. jeżeli umowa została zawarta na piśmie, jej uzupełnienie, zmiana albo rozwiązanie za zgodą obu stron, jak również odstąpienie od niej powinno być stwierdzone pismem. Oznacza to, że zmiana tych elementów, które nie stanowią umowy, nie wymagają formy pisemnej a zapisy pkt 3.11 – 3.12 są zgodne z zasadami prawa cywilnego. Zgodnie z art. 353^1 k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W ocenie Spółki, wprowadzenie terminu 7-dniowego celem powiadomienia abonenta jest zgodne z właściwością stosunku prawnego, ustawą i zasadami współżycia społecznego. Jest to termin wystarczający do zapoznania się i zrozumienia oświadczenia Operatora. Zarówno ulotki jak i informacje „na ekranie” w sposób szczegółowy określają program, jakiego zmiana dotyczy, jej charakter i ewentualne przyczyny, informują o aktualnej i nowej częstotliwości nadawania programu oraz datę od kiedy nastąpi zmiana (pismo z dnia 18 września 2001r.).

Spółka przekazała zestawienie programów transmitowanych przez nią od momentu rozpoczęcia działalności do chwili obecnej ze wskazaniem programów, które zostały wycofane z oferty - ACC podała terminy oraz przyczyny wycofania danego programu oraz zmian częstotliwości, na której nadawano dany program - ACC podała również terminy i przyczyny zmiany częstotliwości („Historia Programmingu w Aster City Cable 1995-2001", stanowiąca załącznik do pisma z dnia 12 czerwca 2001r.).

W „Historii Programmingu w Aster City Cable 1995-2001" Spółka wskazała jako przyczyny usunięcia lub zmian częstotliwości programów „wygaśnięcie umowy" (NBC, TMT, BBC Prime), „niska jakość programu" (Polonia 1), „względy techniczne" (TMT, TV4, Nasza TV, Euronews, RTL, France 2, TV 5, Travel) oraz „rozszerzenie zasięgu" Canal+, Porion 2.

Spółka przekazała informacje obrazujące przyczynę braku zawarcia nowych umów umożliwiających korzystanie z programów NBC, TMT, BBC Prime oraz wpływ, jaki na wysokość opłat abonamentowych miałoby zawarcie nowych umów z dostawcami ww. programów (pismo z dnia 18 września 2001r.).

Głównymi argumentami za podjęciem decyzji o nieprzedłużaniu umowy z nadawcą są wyniki badań oglądalności przygotowywane przez AGB Polska, własne badania marketingowe dotyczące preferencji abonentów realizowane przez Instytut badawczy SMG/KRC na zlecenie ACC oraz ocena rozwoju sytuacji na rynku TV.

ACC argumentuje, iż w przypadku programów BBC Prime jak i TMT relacja pomiędzy kosztem pozyskania programu (cena) a poziomem zainteresowania widzów (oglądalność) była niezadowalająca: wysoka cena, niska oglądalność.

Kontynuowanie nadawania tych programów wiązałoby się z rosnącymi kosztami programowymi, które nie miałyby odzwierciedlenia w podniesieniu atrakcyjności oferty programowej. W przypadku TMT chodzi o koszty programowe na poziomie ok. 1.500.000 zł rocznie, a w przypadku BBC Prime ok. 750.000 zł rocznie (faktyczny koszt zależny od kursu PLN/USD i PLN/GBP ze względu na rozliczenia w walutach obcych). Dodatkowo w przypadku TMT w trakcie obowiązywania umowy zmieniła się zasadniczo formuła i charakter programu (w początkowych założeniach, na podstawie których podpisywano oryginalną umowę, program miał być adresowany przede wszystkim do dzieci, w czasie obowiązywania umowy nastąpiła zmiana formuły na program adresowany do młodzieży i dorosłych). Również opinie rynku branżowego o kanale TMT oraz jego perspektywach rozwoju nie były pozytywne.

W przypadku NBC nieprzedłużenie umowy wynikało ze zmiany struktury własnościowej nadawcy jak również i zmiany formuły z programu informacyjnego na program o charakterze rozrywkowo-informacyjnym. W momencie podpisywania oryginalnej umowy jedynym udziałowcem kanału była firma CNBC (nadawca kanałów NBC i CNBC), natomiast później udziały większościowe w kanale NBC zostały sprzedane firmie Giga TV, która dążyła do zmiany formuły programowej kanału.

„Niska jakość programu" w przypadku programu Polonia 1 oznacza wynik następujących czynników: stale malejące zainteresowanie programem (wyniki badań oglądalności i preferencji widzów), obiektywnie pogarszająca się oferta programowa oraz niska jakość techniczna nadawanego sygnału, liczne skargi abonentów, brak perspektywy poprawy jakości programu.

Jako przyczyny przeniesienia programów, Spółka wskazała następujące okoliczności:

- umieszczanie najlepszych programów w zakresie częstotliwości 223,25 – 455,25 MHz ze względu na lepszą jakość retransmisji sygnału w tym zakresie w sieci kablowej oraz możliwość dotarcia do jak największej liczby odbiorców (starsze fragmenty sieci Spółki przenoszą tylko częstotliwości do 450 MHz),
- w przypadku wprowadzenia atrakcyjnych programów lokowanie ich na częstotliwościach, które nie niosą ryzyka zakłóceń,
- w przypadku programów o niższej atrakcyjności Spółka stosuje praktykę przesuwania ich na częstotliwości o większym ryzyku powstania zakłóceń,
- zmiany w wyposażeniu stacji czołowej lub sieci, które mają na celu utrzymanie wysokiej jakości sygnału.

„Rozszerzenie zasięgu" oznacza z kolei przeniesienie programu na częstotliwość, która gwarantuje dotarcie do większej ilości potencjalnych odbiorców. Ze względów technicznych częstotliwości można podzielić na trzy zakresy:

a) 111,25 – 207,25 MHz – programy docierają do wszystkich abonentów sieci Spółki niezależnie od pakietu (Antena i Basic),
b) 223,25 – 455,25 MHz – programy, które docierają do abonentów pakietu Basic 450,
c) 455,25 – 743,25 MHz – programy, które docierają do abonentów pakietu Basic 750.

Spółka wskazuje, iż zakres a) dociera do najszerszej grupy odbiorców, zakres c) do najwęższej, co powoduje, iż przeniesienie programu z zakresu c) do a) lub b) oraz z b) do a) oznacza rozszerzenie grona odbiorców dla danego programu.

ACC podkreśla, iż oferta programowa pakietu Basic oceniana jest według wypadkowej dwóch podstawowych kryteriów: ilości oferowanych programów oraz zawartości oferty programowej. Trudne lub wręcz niemożliwe wydaje się rozłączne traktowanie tych kryteriów. Dla abonentów istotną kwestią jest aby w ofercie programowej operatora znajdowała się największa ilość programów, które oglądają, lubią i doceniają. Polityka programowa spółki opiera się na podstawowej przesłance: by w ofercie znajdowała się jak największa ilość programów, które według badań marketingowych cieszą się jak najwyższym poziomem zainteresowania widzów.

Jeśli chodzi o kwestię zasad udzielania bonifikat w przypadku dostarczenia programu złej jakości, należy zwrócić uwagę, iż wzorzec obowiązujący od dnia 23 października 1997r. do grudnia 1998r. zawierał zapis, iż „w przypadku nie dostarczenia sygnału przez czas dłuższy niż trzy dni w miesiącu, operator zobowiązuje się obniżyć opłatę abonamentową za jeden z następnych miesięcy o jej x/30 część, gdzie x jest liczbą dni w miesiącu, w czasie których sygnał nie był dostarczany" (pkt 6.4).

„W przypadku nie dostarczania sygnału przez czas dłuższy niż 30 dni bez przerwy, Abonentowi służy prawo do odstąpienia od umowy z winy Operatora bez dodatkowego wezwania do dostarczenia sygnału i przysługuje mu zwrot abonamentu za miesiąc lub miesiące, w których sygnał nie był dostarczony" (pkt 6.5).

W ww. umowie nie zawarto natomiast żadnych zasad na jakich ACC odpowiada z tytułu dostarczania sygnału złej jakości, który uniemożliwia prawidłowy odbiór programów.

Zawarto jedynie zapis, iż „Operator gwarantuje prawidłową, zgodną z Polską Normą i zaleceniami Państwowej Agencji Radiokomunikacyjnej jakość sygnału dostarczanego do końcówki (końcówek) sieci w lokalu Abonenta" (pkt 6).

Analogiczne postanowienia zawierały wzory umów obowiązujące od grudnia 1998r. do maja 1999r. oraz od czerwca 1999r. do października 1999r.

W toku postępowania Spółka - ustosunkowując się do zarzutów Prezesa Urzędu dotyczących braku zawarcia w umowie zapisu określającego zasady udzielania bonifikat w przypadku dostarczenia programu złej jakości - podkreślała, iż brak dostarczania sygnału, o którym mowa w pkt 6.2. i 6.4. umowy abonenckiej oznacza nie tylko całkowity brak sygnału, ale również brak dostarczania sygnału o jakości zgodnej z zobowiązaniem powoda ustanowionym w pkt 6 ww. umowy tj. zobowiązaniem do dostarczania programów o jakości sygnału zgodnej z Polską Normą i zaleceniami Państwowej Agencji Radiokomunikacji.

Zdaniem Spółki, abonent mógł zatem, jeżeli sygnał dostarczany przez ACC był niezgodny z ww. zobowiązaniem, domagać się bonifikaty lub odstąpić od umowy i otrzymać zwrot opłaty abonamentowej.

Uprawnienie to abonent mógł wykorzystać w przypadku nie przesyłania przez ACC sygnału odpowiedniej jakości, a nie w sytuacji gdy abonent odbiera program złej jakości. Sytuacje te wynikają z niesprawności odbiorników, braku właściwego ich ustawienia. ACC odpowiada za jakość sygnału wychodzącego z gniazdka lub końcówki, ale nie może odpowiadać za obraz na odbiorniku, gdyż dobór sprzętu jest indywidualną sprawą każdego klienta.

Według ACC nie jest dopuszczalne czynienie przez Prezesa Urzędu zarzutu z faktu nieumieszczenia pewnych postanowień w umowie wzajemnej.

W opinii Spółki, wobec braku odpowiednich postanowień w umowie zastosowanie znajdują przepisy prawa, a w tym przypadku kodeksu cywilnego. W przypadku zatem niewywiązania się operatora z zobowiązania dostarczania sygnału określonej jakości, abonent mógł zastosować przepis art. 471 k.c. zobowiązujący dłużnika do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania lub skorzystać z przepisów regulujących umowę zlecenia (na podstawie art. 750 k.c. odpowiednio stosowanych do świadczenia usług).

W związku z powyższym, Spółka stoi na stanowisku, że umowy z abonentami zawierały przepisy odnoszące się do braku sygnału odpowiedniej jakości przewidujące możliwość uzyskania bonifikaty.

W toku postępowania Delegatura UOKiK w Warszawie uzyskała z Zarządu Krajowego Państwowej Agencji Radiokomunikacji informację, iż kontrola przeprowadzona w zakresie sieci ACC objętej zezwoleniem 73/95 wykazała szereg odstępstw wartości parametrów sygnału telewizji kablowej (tvk) z Wymaganiami Technicznymi na Elementy Telewizji Kablowej - WT (pismo PAR z dnia 11 grudnia 1998 roku).

W opinii PAR odbiór programu o zadawalającej jakości jest niemożliwy wówczas, gdy odchylenie wartości parametrów od WT jest znaczne. Trudno jest podać tu wartości liczbowe, ponieważ ocena ta zależy od jakości odbiornika i od subiektywnej wrażliwości obserwatora. Można natomiast - zdaniem PAR - stwierdzić, że jeżeli wszystkie parametry sygnału tvk są zgodne z WT jakość odbieranego programu jest taka jaką gwarantuje nadawca i posiadany odbiornik telewizyjny.

Ustosunkowując się do powyższego, Spółka podnosi, iż w jej opinii znikoma ilość stwierdzonych przez Państwową Agencję Radiokomunikacji nieprawidłowości w sieci kablowej świadczy o dobrej jakości dostarczanego programu, a przynajmniej nie może stanowić zarzutu Prezesa Urzędu, że jakość programu dostarczanego abonentom odbiega od gwarantowanego w umowie.

W toku postępowania Spółka złożyła deklarację, że jest gotowa dobrowolnie podporządkować się zaleceniom Prezesa Urzędu w zakresie respektowania przepisu umowy mówiącego o możliwości udzielania bonifikat również w odniesieniu do sytuacji braku dostarczania przez operatora sygnału o nieprawidłowej jakości i wyraźnego powiadomienia o tej możliwości abonentów (pismo z dnia 11 sierpnia 1998r. oraz pismo z dnia 4 marca 1999r.).

Zalecenia powyższe znalazły odzwierciedlenie już we wzorcu stosowanym przez Spółkę w okresie od listopada 1999r. do września 2000r.

Oprócz zapisu, iż „Operator gwarantuje prawidłową, zgodną z Polską Normą i zaleceniami Państwowej Agencji Radiokomunikacyjnej jakość sygnału dostarczanego do końcówki sieci w lokalu Abonenta" (§ 3 ust. 1 Regulaminu) wprowadzono postanowienie, zgodnie z którym „Operator ma prawo do przerw w dostawie sygnału lub pogorszenia jakości sygnału spowodowanych konserwacją lub modernizacją sieci, jednak nie dłuższych jednorazowo niż 12 godzin i nie częściej, niż 3 dni kwartalnie. Przekroczenie określonego terminu spowoduje obniżenie przez Operatora opłaty abonamentowej o 1/30 (lub 1/90 w przypadku abonamentu uiszczanego kwartalnie za każdy kolejny dzień: obniżka abonamentu zostanie uwzględniona przez Operatora w jednym z przekazów na abonament wysłanych na następne okresy płatności (§ 4 ust. 4)".

Ponadto, w myśl § 4 ust. 5 Regulaminu „Jeżeli przerwy w dostawie sygnału lub pogorszenie jakości sygnału, udokumentowane przez uprawnione służby są spowodowane awarią w sieci operatora i trwają dłużej niż 3 dni od daty zgłoszenia, wówczas opłata abonamentowa zostanie obniżona o 1/30 (lub 1/90 w przypadku abonamentu uiszczanego kwartalnie) za każdy kolejny dzień".

Z kolei, zgodnie z § 6 ust. 3 Regulaminu „Jeżeli Operator nie będzie dostarczać sygnału lub będzie dostarczać sygnał o jakości niezgodnej z Regulaminem przez okres dłuższy, niż 7 dni od daty poinformowania go o tym fakcie, wówczas Abonentowi, z zastrzeżeniem pkt 3.2, służy prawo do rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym i (lub) żądania zwrotu abonamentu za okres, w którym sygnał nie był dostarczany lub był dostarczany o jakości niezgodnej z Regulaminem".

Z informacji przekazanych przez Spółkę wynika, iż w latach 1997-2001 nie prowadzono przeciwko niej postępowań sądowych, wszczętych na wniosek abonentów na podstawie art. 471 oraz art. 750 kodeksu cywilnego z powodu braku dostarczania sygnału o jakości zgodnej z zobowiązaniem powoda ustanowionym w § 6

umowy abonenckiej (zgodnej z Polską Norma i zaleceniami Państwowej Agencji Radiokomunikacji).

Spółka nie posiada danych obrazujących liczbę umów rozwiązanych w latach 1997-2001 na skutek odstąpienia przez abonenta od umowy spowodowanego brakiem dostarczania sygnału o jakości zgodnej z zobowiązaniem powoda ustanowionym w § 6 umowy abonenckiej. Spółce nie są bowiem znane powody kierujące abonentem przy składaniu oświadczenia woli o rozwiązaniu umowy (pismo z dnia 12 czerwca 2001r.).

Spółka udostępniła natomiast dane obrazujące liczbę podłączeń i odłączeń abonentów w Warszawie w latach 1997-2001 (Załącznik Nr 1 do pisma z dnia 12 czerwca 2001r.).

W dniu 24 września 2000r. Spółka wprowadziła nowy wzór umowy (obowiązujący do dnia dzisiejszego).

Zgodnie z zapisem pkt 4.3 stanowiącego integralną część ww. umowy „Regulaminu świadczenia przez Aster City Cable Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie usług dostarczania Programów Telewizyjnych i programu Premium" „Operator ma prawo i obowiązek konserwacji i modernizacji sieci, co może spowodować przerwy w dostawie sygnału lub pogorszenie się jego jakości, jednak nie dłuższych jednorazowo niż 12 godzin. Przekroczenie określonego terminu spowoduje – w przypadku doręczenia Operatorowi uzasadnionej pisemnej reklamacji Abonenta w terminie 12 miesięcy od zakończenia okresu rozliczeniowego, w którym ustała przerwa lub ustało pogorszenie jakości sygnału – obniżenie przez Operatora opłaty za korzystanie z Abonamentu o 1/30 w przypadku płatności miesięcznej (lub 1/90 w przypadku opłaty za korzystanie z Abonamentu uiszczanej kwartalnie) za każdy dzień przerwy lub pogorszenia jakości sygnału z powodu konserwacji lub modernizacji sieci. Obniżka opłaty za korzystanie z Abonamentu zostanie uwzględniona przez Operatora w jednym z Rachunków, wysłanym za następne Okresy rozliczeniowe z uwzględnieniem pkt 7".

Jeżeli przerwy w dostawie sygnału lub pogorszenie jakości sygnału, udokumentowane przez uprawnione służby, są spowodowane Awarią w sieci Operatora i trwają dłużej niż trzy następujące po sobie dni od daty zgłoszenia przez Abonenta, wówczas opłata za korzystanie z Abonamentu zostanie obniżona – w przypadku doręczenia Operatorowi uzasadnionej pisemnej reklamacji Abonenta w terminie 12 miesięcy od zakończenia Okresu rozliczeniowego, w którym ustała Awaria – o 1/30 opłaty za korzystanie z Abonamentu w przypadku płatności miesięcznej (lub 1/90 w przypadku opłaty za korzystanie z Abonamentu uiszczanego kwartalnie) za każdy kolejny dzień Awarii, licząc od daty zgłoszenia Awarii. Obniżka opłaty za korzystanie z Abonamentu zostanie uwzględniona przez Operatora w jednym z Rachunków wysłanym za następne Okresy rozliczeniowe po rozpatrzeniu reklamacji z uwzględnieniem pkt 7. Opisana sytuacja nie dotyczy przypadku, w którym termin wizyty technika, który ma usunąć Awarię, został ustalony przez Abonenta na termin dłuższy niż trzy dni od zgłoszenia awarii (pkt 4.4).

Powołując się na ww. postanowienia, Spółka stoi na stanowisku, iż zarzut stosowania praktyk ograniczających konkurencję na skutek braku zawarcia w umowie abonenckiej zapisu określającego zasady przyznawania rekompensat w przypadku braku dostarczania sygnału przez czas krótszy niż trzy dni, jest bezzasadny (pismo z dnia 12 czerwca 2001r.).

ACC podkreśla przy tym, iż ww. przepisy określają rekompensaty przyznawane na mocy postanowień Regulaminu, niejako „automatycznie" – po spełnieniu się warunków w Regulaminie określonych, nie utrudniając przecież dochodzenia przez abonenta innych roszczeń odszkodowawczych, chociażby w drodze określonego w postanowieniach pkt 7 postępowania reklamacyjnego.

Zgodnie z pkt 7.1.1 i 7.1.2 Reklamacje mogą dotyczyć niewykonania lub nienależytego wykonania usługi, wadliwego rozliczenia usługi.

Ponadto, Spółka argumentuje, iż w zakresie nie uregulowanym Umową oraz Regulaminem (o którym mowa w § 4) stanowiącym załącznik do Umowy, mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego oraz przepisy regulujące działalność w dziedzinie telekomunikacji (§ ust. 3).

W ocenie Spółki, wobec istnienia ww. uregulowań oraz postanowień pkt 3.9 i 3.10 Regulaminu, bezzasadny jest również zarzut braku zawarcia w umowie abonenckiej zapisu określającego zasady przyznawania rekompensat w przypadku dostarczania sygnału złej jakości, uniemożliwiającego prawidłowy odbiór programów.

Zgodnie z pkt. 3.9 Regulaminu „Operator gwarantuje prawidłową, zgodną z Polską Normą i zaleceniami Państwowej Agencji Radiokomunikacyjnej, jakość sygnału dostarczanego do Końcówki Sieci w Lokalu Abonenta, pod warunkiem zastosowania przez Abonenta do odbioru sygnału właściwie zestrojonych odbiorników TV, odbierających odpowiednie pasma częstotliwości.

Natomiast, w myśl pkt 3.10 Regulaminu „Operator nie ponosi odpowiedzialności za jakiekolwiek zakłócenia w dostarczanym sygnale, wynikające z przyczyn leżących poza jego kontrolą. Operator nie odpowiada za pogorszoną jakość lub brak odbioru spowodowane złym stanem urządzeń odbiorczych Abonenta".

Ustosunkowując się do kwestii uregulowań w sytuacji, gdy przerwa nie jest spowodowana konserwacją lub modernizacją sieci, lecz trwającą poniżej 3 dni awarią, Spółka podnosi, iż zarówno przerwa w nadawaniu sygnału jak i nadawanie sygnału złej jakości jest formą nienależytego wykonania zobowiązania. Argumentuje, iż w obowiązującym Regulaminie wprost są uregulowane przypadki określone w pkt. 4.3 i 4.4, zaś Regulamin ze swej istoty nie może normować w sposób szczegółowy wszystkich zdarzeń związanych ze świadczeniem usług, jest to bowiem akt normatywny o charakterze generalnym i abstrakcyjnym. Zgodnie z art. 72 prawa telekomunikacyjnego „Do odpowiedzialności operatorów za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi telekomunikacyjnej stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, z zastrzeżeniem ust. 2 oraz przepisu art. 75 ust. 1" (pismo z dnia 18 września 2001r.).

Z kolei, zgodnie z art. 384 § 1 k.c. ustalony przez jedną ze stron wzorzec umowy, w szczególności ogólne warunki umów, wzory umów, regulaminy wiążą drugą stronę, jeżeli zostały jej doręczone przy zawarciu umowy.

W związku z powyższym – zdaniem Spółki – odpowiedzialność operatora za nienależyte wykonanie zobowiązania uregulowana jest przepisami kodeksu cywilnego i przepisami regulaminu świadczenia usług, przy czym pierwszeństwo mają dyspozycje zawarte w regulaminie świadczenia usług. W wypadkach nieuregulowanych normami regulaminu zastosowanie mają na mocy art. 72 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego przepisy kodeksu cywilnego.

Niezależnie od powyższego Spółka podnosi, iż nie świadczenie usług lub świadczenie polegające na dostarczaniu sygnału pogorszonej jakości spowodowane awarią trwającą krócej niż 3 dni, nie jest uregulowane wprost w regulaminie świadczenia usług - do tych przypadków należałoby w jej ocenie stosować przepisy ogólne zawarte w kodeksie cywilnym. Argumentuje, iż każda reklamacja składana przez abonenta ma charakter indywidualny i w tzw. „przypadkach granicznych" nie można z góry sprecyzować, która norma będzie miała zastosowanie. Ponadto, w niektórych przypadkach, przy ustalaniu wysokości ewentualnej rekompensaty z tytułu nienależnego wykonania świadczenia mogą mieć zastosowanie, w drodze analogii legis, normy z pkt 4.3 i 4.4 Regulaminu.

Spółka zwraca uwagę, iż w odniesieniu do rekompensaty w przypadku braku dostarczania sygnału przez czas krótszy niż trzy dni, przed dniem wejścia w życie obowiązującego Regulaminu (25 września 2000r.), obowiązywały zasady analogiczne - w umowie wprost określono warunki obniżania abonamentu, zaś w przypadkach nieuregulowanych stosowało się zapisy kodeksu cywilnego.

Ponadto, Spółka przekazała informacje obrazujące liczbę wystąpień abonentów w latach 1997-2001 o udzielenie bonifikaty, o której mowa w § 6.2 umowy abonenckiej w odniesieniu do łącznej liczby zarejestrowanej korespondencji, a także określiła procent reklamacji rozpatrzonych pozytywnie, tzn. przypadków, w których przyznano klientom upusty, stosownie do okresu, w którym jakość sygnału budziła zastrzeżenia (pismo z dnia 18 września 2001r.).

Odnośnie kwestii braku w umowie zastrzeżenia możliwości odmowy przyjmowania przez abonenta materiałów promocyjnych rozpowszechnianych przez operatora należy zauważyć, iż pkt 9 umowy stosowanej przez Spółkę od dnia 23 października 1997r. zawierał obligatoryjny nakaz, iż „abonent zgadza się na przesyłanie pod jego adresem, w ramach innych przesyłek kierowanych doń przez operatora, materiałów promocyjnych rozpowszechnianych przez operatora".

Treść ww. umowy nie zawiera zapisów określających zasady, na jakich abonent może wyrazić sprzeciw wobec przesyłania pod jego adresem niepożądanej korespondencji stanowiącej materiały promocyjne. Zgodnie z pkt 13 umowy „Wszelkie zmiany do oryginalnego tekstu umowy, poza wpisaniem daty jej zawarcia, uzupełnieniem lub korektą danych personalnych Abonenta powodują, iż umowa niniejsza nie zostaje zawarta".

Spółka, ustosunkowując się do zarzutów Prezesa Urzędu w ww. zakresie, powoływała brak zapisów chroniących dane osobowe przed wejściem w życie ustawy o ochronie danych osobowych. W ocenie Spółki stan braku prawa nie może powodować jego ograniczenia lub czynić go uciążliwym. Ponadto Spółka podkreśla, iż nigdy nie egzekwowała zapisu wynikającego z pkt 9 umowy gdy otrzymywała zastrzeżenie, że abonent sobie tego nie życzy.

W toku postępowania Delegatura UOKiK w Warszawie uzyskała opinię Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych (pismo z dnia 27 sierpnia 1998 roku) na temat zgodności zapisów ww. umowy z ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 roku o ochronie danych osobowych (Dz. U. Nr 133, poz. 883 z późn. zm.).

Zgodnie z legalną definicją zawartą w art. 7 ust. 5 ww. ustawy - przez zgodę osoby, której dane dotyczą rozumie się oświadczenie woli, którego treścią jest zgoda

na przetwarzanie danych osobowych tego, kto składa oświadczenie, a zgoda taka nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczeniem woli innej treści.

Zdaniem Generalnego Inspektora - w ww. kontekście - zasadnicze wątpliwości budzi oświadczenie o treści: „Abonent zgadza się na przesyłanie pod jego adresem, w ramach innych przesyłek, kierowanych doń przez operatora, materiałów promocyjnych rozpowszechnianych przez operatora" (pkt 9 umowy abonenckiej). Przez słowo przesyłanie rozumie się bowiem „posłanie, dostarczenie, przekazanie" (Słownik Języka Polskiego PWN, str. 959), a pojęcie przetwarzania danych obejmuje znacznie szerszy zakres tj. jakiekolwiek operacje wykonywane na danych osobowych, takie jak zbieranie, utrwalanie, przechowywanie, opracowywanie, zmienianie, udostępnienie (art. 7 pkt 2 ustawy o ochronie danych osobowych).

Analogiczne postanowienia zawierał wzory umów obowiązujące od grudnia 1998r. do maja 1999r. oraz od czerwca 1999r. do października 1999r.

W okresie od listopada 1999r. do września 2000r. Spółka stosowała inny wzorzec umowy.

Zgodnie z § 4 ww. umowy „Abonent wyraża zgodę na włączenie swoich danych osobowych do zbioru danych, obejmującego wszystkich abonentów Operatora oraz na gromadzenie, przechowywanie i przetwarzanie tych danych, w tym danych przyszłych, przez Operatora lub osoby trzecie, działające z jego upoważnienia i na jego rzecz, w zakresie niezbędnym do realizacji warunków niniejszej umowy. Przez zakres niezbędny rozumie się między innymi: działania księgowe, billingowe, serwisowe, marketingowe, reklamowe, informacyjne oraz przyszłe wynikające z działalności Operatora (ust. 1). Równocześnie Abonent wyraża zgodę na przesyłanie materiałów promocyjnych i reklamowych innych podmiotów, rozpowszechnianych przez Operatora (ust. 2). Abonent wyraża zgodę na udostępnianie swoich danych osobowych zawartych w zbiorze danych Operatora osobom trzecim, innym, niż wymienione w ust. 1 (ust. 3). Abonent oświadcza, że został poinformowany o dobrowolności podania swoich danych oraz o prawie wglądu do tych danych i ich poprawiania.

Spółka podnosiła, iż ograniczenie w umowie abonenckiej prawa abonenta do zastrzeżenia, iż nie wyraża zgody na przesyłanie pod jego adres materiałów promocyjnych rozpowszechnianych przez operatora nie stanowi praktyki ograniczającej konkurencję.

Na poparcie swojego stanowiska przedstawiała zwłaszcza argument, iż do czasu wejścia w życie ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 1997 roku Nr 133, poz. 883), sytuacja prawna osób fizycznych otrzymujących różnego rodzaju materiały promocyjne i reklamowe nie była w prawie polskim uregulowana. Spółka stoi na stanowisku, iż jako, że nie było po stronie konsumenta podlegającego ochronie prawnej uprawnienia do odmowy przyjmowania materiałów reklamowych, nie można było ograniczyć, uniemożliwić, czy uczynić uciążliwym dochodzenie takiego prawa.

Zdaniem Spółki Prezes Urzędu nie posiada kompetencji do badania zgodności działań przedsiębiorców z wymogami ustawy o ochronie danych osobowych, a zatem nie może dokonywać ocen naruszenia tej ustawy.

Ponadto Spółka podnosi, iż abonent podpisując umowę, zgodnie z § 9, godził się na przesyłanie pod jego adresem materiałów reklamowych. Twierdzi jednak, że w żadnym wypadku nie egzekwowała powyższego przepisu, jeżeli otrzymała zawiadomienie od abonenta, który nie życzy sobie otrzymywania materiałów promocyjnych.

W ocenie Spółki postanowienia umowy abonenckiej obowiązującej w dniu wejścia w życie ustawy o ochronie danych osobowych tj. 30 kwietnia 1998 roku, spełniały zasadniczy wymóg ustawy, tzn. obowiązek uzyskania zgody osoby zainteresowanej na gromadzenie i przetwarzanie jej danych.

Niezależnie od powyższego Spółka w toku postępowania zadeklarowała intencję przesłania dotychczasowym abonentom pism, w których zamieszczona byłaby informacja o fakcie prowadzenia bazy danych osobowych, prawie wglądu i poprawiania tych danych, prawie odmowy przetwarzania danych i odmowie zgody na otrzymywanie ulotek reklamowych.

Zobowiązanie powyższe znalazło odzwierciedlenie w obowiązującym od dnia 25 września 2000r. „Regulaminie świadczenia przez Aster City Cable Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie usług dostarczania Programów Telewizyjnych i programu Premium", stanowiącym część nowego wzoru umowy.

W ww. umowie abonenckiej zawarta jest odrębna, poza treścią umowy i całkowicie od niej niezależna klauzula regulująca udostępnianie danych osobowych i przesyłanie materiałów promocyjnych.

Zgodnie z § 6 ust. 1 umowy „ACC oświadcza, że w związku z świadczeniem usług określonych w § 2 lub w § 3, przetwarza dane osobowe Abonenta udostępnione w niniejszej Umowie i jest administratorem danych w rozumieniu ustawy z 29 sierpnia 1997r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. nr 133, poz. 883 z późn. zm.). Dane osobowe Abonenta są przetwarzane na podstawie przepisów art. 23 ust. 1 pkt 3 i pkt 5 w związku z przepisami art. 3 ust. 2 powołanej ustawy o ochronie danych osobowych w sposób nie naruszający praw i wolności Abonenta oraz w celu wykonywania postanowień niniejszej Umowy na podstawie obowiązujących przepisów regulujących działalność w dziedzinie telekomunikacji. Abonent oświadcza, że został również poinformowany o prawie wglądu w swoje dane osobowe, prawie ich poprawiania oraz wyrażania sprzeciwu co do ich przetwarzania przez ACC w sposób niezgodny z prawem lub powołanymi w § 6 ust. 1: podstawą prawną i celem przetwarzania danych. Jednocześnie Abonent przyjmuje do wiadomości, że odbiorcą jego danych osobowych zawartych w Umowie jest ACC – według oznaczeń tego podmiotu określonego na początku umowy".

Do tekstu Umowy załączono Oświadczenie o treści:

„Na podstawie przepisów art. 23 ust. 1 ustawy z 29 sierpnia 1997r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. nr 133, poz. 883 z późn. zm.) niniejszym wyrażam zgodę na przetwarzanie przez Administratora danych, przez co rozumie się: Aster City Cable Spółkę z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Domaniewskiej 41 (02-672 Warszawa), udostępnionych przeze mnie w Umowie swoich danych osobowych do celów:

1. marketingowych – określanie zapotrzebowania na usługi telekomunikacyjne, TAK/NIE,
2. informacyjnych – o produktach i usługach świadczonych przez Administratora danych, w tym o usługach, które nie są związane z Umową, TAK/NIE,

3. reklamowych – o świadczonych przez inne podmioty usługach i produktach powiązanych z usługami świadczonymi przez Administratora danych, TAK/NIE,
4. przesyłanie innych materiałów reklamowych i promocyjnych, TAK/NIE.

Jednocześnie oświadczam, że swoje dane osobowe podaję dobrowolnie i że zostałem/am zapoznany/a przez Administratora danych z przysługującym mi prawem wglądu w moje dane, prawem ich poprawiania oraz wyrażania sprzeciwu co do ich przetwarzania. Ponadto oświadczam, iż wiadomo mi, że odbiorcą moich danych osobowych zawartych w Umowie jest Administrator danych – według oznaczeń tego podmiotu określonych na początku oświadczenia."

Z informacji przekazanych w piśmie z dnia 18 września 2001r. wynika, iż żaden z abonentów nie wyraził zgody na przetwarzanie jego danych osobowych. Zgodę na przesyłanie materiałów promocyjnych wyraziło 3.690 abonentów, w tym na podstawie nowego wzoru umowy - 57 abonentów.

Niezależnie od powyższego Spółka podkreśla, iż stosowane przez nią umowy nie zawierały „obligatoryjnego nakazu, iż abonent zgadza się na przesyłanie pod jego adresem materiałów rozpowszechnianych przez operatora" o czym dobitnie świadczą przytoczone w poniższych wyjaśnieniach fakty oraz możliwość negocjowania treści umowy w tym usunięcia kwestionowanych przez Urząd postanowień.

Spółka argumentuje, iż 3960 abonentów ACC wyraziło zgodę na przesyłanie materiałów promocyjnych innych podmiotów niż Spółka na piśmie, w formie odrębnego oświadczenia woli zawierającego, w myśl przepisów art. 23 ust. 1 pkt 1 ustawy z 29 sierpnia 1997r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. Nr 133, poz. 883 z późn. zm.) zgodę na przetwarzanie swoich danych osobowych w wymieniony sposób nie objęty ustawowym zezwoleniem na przetwarzanie danych osobowych dla usprawiedliwionych celów administratora danych. W szczególności żaden z abonentów Spółki nie wyraził zgody na przetwarzanie swoich danych osobowych poprzez udostępnianie swoich danych osobom trzecim.

Spółka, za zgodę na przetwarzanie danych osobowych poprzez przesyłanie materiałów promocyjnych innych podmiotów traktuje oświadczenie woli abonenta, którego treścią jest zgoda na przetwarzanie danych osobowych tego, kto składa oświadczenie; zgoda nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści. Dlatego też tylko oświadczenia woli, w których w sposób wyraźny została wyrażona zgoda na przesyłanie materiałów promocyjnych innych podmiotów, przesłane przez abonentów do Spółki zostały potraktowane jako zgoda, o której mowa w przepisach art. 7 ust. 5 i art. 23 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie danych osobowych.

Pozostali abonenci ACC, tzn. abonenci, którzy nie dostarczyli oświadczeń o wyrażeniu zgody na inne niż objęte ustawowym zezwoleniem przetwarzanie danych osobowych, nie są traktowani jako podmioty, które wyraziły zgodę na przetwarzanie swoich danych osobowych poprzez przesyłanie materiałów promocyjnych innych podmiotów.

Spółka podkreśla, iż przesyłanie własnych materiałów promocyjnych (dotyczących usług świadczonych przez ACC – tj. produktu ACC jako operatora) nie wymaga zgody abonenta. Zgodnie z przepisami art. 23 ustawy o ochronie danych osobowych przetwarzanie danych osobowych jest dopuszczalne, gdy jest niezbędne do wypełniania prawnie usprawiedliwionych celów administratorów danych,

a przetwarzanie danych nie narusza praw i wolności osoby, której dane dotyczą. Nowelizacja ustawy o ochronie danych osobowych potwierdziła i dookreśliła, iż usprawiedliwionym celem administratora danych jest między innymi marketing bezpośredni własnych produktów lub usług administratora danych (pismo z dnia 20 listopada 2001r.).

W toku całego postępowania Spółka kwestionowała fakt posiadania pozycji dominującej na rynku właściwym w sprawie. Zdaniem ACC powyższe zostało stwierdzone w orzeczeniu Sądu Antymonopolowego z dnia 8 października 1997 roku (XVII Ama 33/97) dotyczącym nabycia przez Bresnan International Partners zorganizowanej części mienia w postaci całości sieci telewizji kablowej ACC. Spółka argumentowała, iż w orzeczeniu tym stwierdzono, iż pomimo wysokiego udziału w rynku, nie osiągają pozycji dominującej na rynku.

Ponadto, Spółka podkreślała, iż substytutami usług telewizji kablowej są zestawy do odbioru telewizji satelitarnej, usługi operatorów sieci telewizji w systemach bezprzewodowego przesyłania programów telewizyjnych, a także wypożyczalnie kaset video. ACC sygnalizowała także o znacznym rozwoju telewizji cyfrowych (Wizja TV i Cyfra+). Twierdziła, iż z uwagi na fakt, że obecnie operatorzy i nadawcy telewizji cyfrowych oferują zbliżoną pod względem ilości programowej ofertę, można ją uznać za substytut.

Zdaniem ACC, nawet w przypadku przyjęcia, iż relewantnym rynkiem produktu jest wyłącznie rynek telewizji kablowej, ACC nie posiada pozycji dominującej z uwagi na szacowany przez spółkę udział na poziomie 28,5%. Swoje obliczenia opierała na szacunku procentowego ówczesnego udziału abonentów sieci ACC (240 tys.) w liczbie dostępnych i możliwych do objęcia siecią kablową gospodarstw domowych z terenu Warszawy i województwa (840 tys.). ACC akcentowała ponadto w swoich wyjaśnieniach dalszy rozwój rynku telewizji kablowej, charakteryzującego się dużym popytem i ekspansywnością.

Według ACC ogólna pojemność sieci kablowej na rynku geograficznym Warszawy i b. województwa warszawskiego powinna być wyznacznikiem udziału w rynku poszczególnych operatorów.

W decyzji Nr RWA-3/99 z dnia 12 lutego 1999r. Prezes Urzędu stwierdził, iż w przytaczanym przez Spółkę wyroku z dnia 8 października 1997 roku (XVII Ama 33/97) Sąd Antymonopolowy zmienił decyzję Urzędu z dnia 17 lutego 1997 roku i ustalił, iż zamierzone łączenie dotyczące nabycia przez Bresnan International Partners (Poland) L.P. z siedzibą w Nowym Jorku (BIP) zorganizowanej części mienia w postaci całości sieci telewizji kablowej ACC nie prowadzi do uzyskania pozycji dominującej na rynku przez łączące się przedsiębiorstwa lub jedno z nich. BIP funkcjonuje tutaj po stronie podaży, oddając sieć do odpłatnego użytkowania innym podmiotom, w tym także spółkom z jego kapitałem, na zasadach zbliżonych do umowy dzierżawy. Natomiast na wspomnianym wyżej rynku ACC funkcjonuje po stronie popytowej, przy czym przedmiotem jej działalności (rynku) jest świadczenie usług operatorskich w zakresie telewizji kablowej. Nie można zatem bezpośrednio stosować ustaleń ww. orzeczenia do obecnie prowadzonej sprawy.

Dla niniejszej sprawy rynkiem właściwym produktowo jest natomiast rynek usług telewizji kablowej, gdzie ACC (operator) funkcjonuje po stronie podażowej świadcząc abonentom ww. usługi.

Zdaniem Prezesa Urzędu nie ma również podstaw do uwzględnienia stanowiska Spółki, iż udział operatora w rynku należy liczyć jako procentowy udział abonentów sieci ACC w liczbie dostępnych i możliwych do objęcia siecią kablową gospodarstw domowych. Operator w trakcie postępowania nie wykazał w jakikolwiek sposób, że rynek ww. usług jest nienasycony i charakteryzuje się dużym stopniem popytu potencjalnego. Natomiast obserwacja zachowań operatora polegających na prowadzeniu intensywnych kampanii reklamowych i stosowanych przy tym promocjach dla pozyskania nowych abonentów, również tych, którzy korzystają z usług innego operatora świadczy o istnieniu rynku nasyconego.

Dla oceny pozycji rynkowej ACC istotny jest zatem faktyczny udział w rynku przedmiotowych usług, jaki kształtowany jest poprzez rzeczywisty procentowy udział abonentów operatora w stosunku do liczby wszystkich gniazd abonenckich telewizji kablowej w dacie obowiązywania kwestionowanej umowy.

Na zarzucie błędnie określonej w ww. decyzji pozycji rynkowej Spółki zostało również oparte odwołanie od ww. decyzji, w którym ACC zarzuciło, iż wadliwa jest przyjęta przez Prezesa Urzędu metoda wyznaczania rynku relewantnego w ujęciu produktowym i geograficznym, prowadząca do ustalenia, iż rynkiem właściwym w sprawie jest lokalny rynek usług telewizji kablowej obejmujący Warszawę i okolice.

Podkreślenia wymaga fakt, iż nawet pomimo zawartego w wyroku z dnia 6 grudnia 2000r. stwierdzenia Sądu Antymonopolowego, iż „w toku postępowania sądowego pozwany [Prezes Urzędu] wykazał, że [...] powódka [ACC] posiada pozycję dominującą", Spółka – w toku postępowania prowadzonego po uchyleniu ww. decyzji – nadal podnosiła, iż nie posiada pozycji dominującej na rynku właściwym w sprawie, przytaczając wcześniejszą argumentację, która nie została uwzględniona przez Sąd Antymonopolowy.

I tak, w piśmie z dnia 12 czerwca 2001r. Spółka podnosi, iż „fakt braku posiadania przez nią pozycji dominującej na rynku właściwym w sprawie został stwierdzony w wyroku Sądu Antymonopolowego z dnia 8 października 1997 roku (sygn. akt. Ama 33/97) dotyczącym nabycia przez Warszawskie Sieci Kablowe zorganizowanej części mienia spółki Aster City Cable Sp. z o.o." ACC argumentuje, iż w orzeczeniu tym stwierdzono bowiem, iż pomimo wysokiego udziału w rynku, obie strony łączenia nie osiągają pozycji dominującej na rynku. Zdaniem Spółki dla oceny pozycji ACC na rynku telewizji kablowej Warszawy i okolic, w świetle ww. orzeczenia nie ma znaczenia fakt, że Spółka występuje na tym rynku po stronie popytu czy podaży. W wyroku tym nie oceniono bowiem pozycji ACC jako odbiorcy usług Bresnan International Partners (Poland) L.P. polegających na oddawaniu do użytkowania sieci kablowych, ale jako operatora sieci kablowych oferującego usługi telewizji kablowej, a zatem faktycznie oceniono pozycję ACC jako podmiotu funkcjonującego po stronie podaży. Rynek właściwy w obu sprawach jest zatem jednakowy – obejmuje usługi telewizji kablowej na terenie Warszawy i okolic. Jedyna różnicą w obu sprawach jest cel postępowania antymonopolowego – w pierwszej sprawie celem działań UOKiK była ochrona konkurentów BIP i ACC, w niniejszej

sprawie natomiast celem jest ochrona klientów ACC. Fakt ten nie może jednak w żadnym wypadku wpływać na określenie rynku właściwego.

Spółka podkreśla, iż rynkiem produktowym w niniejszej sprawie jest rynek telewizji kablowej i satelitarnej telewizji cyfrowej. Nie można obecnie przyjmować, iż rynek telewizji kablowej stanowi odrębny rynek. Analiza zmian, jakie dokonały się w 1998r. na rynku usług audiowizualnych, prowadzi do wniosku, że definicję rynku telewizji kablowej sformułowaną w ww. orzeczeniu Sądu Antymonopolowego należy poszerzyć o substytuty tej telewizji, czyli przede wszystkim satelitarną telewizję cyfrową. Wobec ekspansji ww. telewizji tzn. WIZJI TV, Cyfry+ i POLSATU, oferujących taką samą lub większą ofertę programową wobec operatorów telewizji kablowych po porównywalnych cenach, nie można mówić obecnie o odrębnych rynkach telewizji kablowej i cyfrowej.

Telewizja cyfrowa stała się bez wątpienia substytutem telewizji kablowej i w opinii abonentów telewizje te postrzegane są jako usługi zamienne.

O substytutywności telewizji kablowej i cyfrowej świadczy orzeczenie Sadu Antymonopolowego z dnia 17 marca 1999r. (sygn. akt XVII Ama 77/98).

Spółka przytoczyła *in extenso* zawarte w ww. orzeczeniu rozważania Sądu na temat określenia rynku relewantnego. *„W szczególności należałoby tutaj większe znaczenie przypisać funkcjom usług telekomunikacyjnych świadczonych przy okazji rozprowadzania programów telewizyjnych. Jest to bowiem potencjalny, o ile wręcz istniejący już obecnie wyznacznik poziomu konkurencyjności operatorów. Te względy uzasadniają, aby za rynek produktowy w niniejszej sprawie przyjąć rynek operatorskich usług telewizyjno-telekomunikacyjnych świadczonych za pośrednictwem urządzeń satelitarnych. Przechodząc natomiast do kwestii terytorialnego aspektu rynku relewantnego, wejście na rynek dwóch operatorów satelitarnej telewizji cyfrowej, działających na terenie całego kraju i na terenie całego kraju prowadzących jednakową politykę marketingową, czyni już nieprzydatnym dalsze analizowanie relacji konkurencyjnych w zakresie wspomnianej działalności w odniesieniu do poszczególnych rynków lokalnych. Obecnie każdy bowiem operator tradycyjnej satelitarnej telewizji kablowej, ustalając abonentom warunki świadczenia swych usług, a w szczególności w zakresie innowacyjności oraz cen, nie może tutaj działać jednostronnie, bez liczenia się z potrzebami abonentów. Ale nie tylko. Musi także brać pod uwagę ekspansję konkurentów - operatorów satelitarnej telewizji cyfrowej, pociągającą za sobą przemieszczanie się na ich rzecz dotychczasowego i rodzącego się popytu. Z drugiej strony, również i operatorzy satelitarnej telewizji cyfrowej w swej polityce rynkowej nie mogą nie uwzględniać istniejących operatorów tradycyjnej telewizji satelitarnej, emitujących alternatywne programy telewizyjne. Ponadto za traktowaniem usług telewizyjno-telekomunikacyjnych świadczonych za pośrednictwem urządzeń satelitarnych w aspekcie rynku krajowego, nie zaś lokalnego, przemawia jeszcze i ten wzgląd, że najwięksi operatorzy tradycyjnej telewizji satelitarnej działają na znacznym obszarze kraju, a tym samym są obecni na wielu dotychczasowych rynkach lokalnych, a ponadto, co wymaga podkreślenia, są także udziałowcami konkurencyjnych platform cyfrowych”.*

Spółka zwraca uwagę, iż liczba abonentów satelitarnej telewizji cyfrowej zwiększa się w ogromnym tempie. W krótkim czasie od rozpoczęcia działalności WIZJA TV uzyskała ok. 150.000 abonentów, natomiast Cyfra+ ok. 100.000

abonentów. Zwiększenie liczby abonentów telewizji cyfrowej dokonało się kosztem odpowiedniego spadku wzrostu liczby abonentów sieci kablowych, co w sposób dobitny świadczy o substytucyjności tych usług.

ACC argumentuje, iż przy tak określonym rynku właściwym Spółka nie ma pozycji dominującej, gdyż spotyka się z istotną konkurencją, która powoduje brak możliwości działania niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów.

Stanowisko odnośnie braku posiadania pozycji dominującej na rynku właściwym w sprawie Spółka podtrzymała również w piśmie z dnia 18 września 2001r., w którym podkreśliła, iż spotyka się z istotną i skuteczną konkurencją innych operatorów telewizji kablowej i operatorów satelitarnej telewizji cyfrowej. Spółka zwraca uwagę, iż w doktrynie i orzecznictwie wielu państw przekaz kablowy traktowany jest jako inny techniczny środek odbioru umożliwiający zapoznanie się z programem przez praktycznie ten sam krąg odbiorców. W taki sam sposób należy traktować przekaz satelitarny, zarówno telewizji cyfrowej, jak i analogowej. Są to – w ocenie Spółki – produkty homogeniczne i powinny być traktowane jako substytuty.

Mając na uwadze powyższe argumenty co do pozycji Spółki zajmowanej na rynku właściwym w sprawie, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Warszawie przeprowadził badania stanu koncentracji na rynku dostarczania (przesyłania) programów telewizyjnych na terenie Warszawy (znak.: RWA-53/17/2001/MK) mające na celu określenie wielkości udziałów Spółki w ww. rynku. Wyniki ww. badań obrazuje Załącznik Nr 1 „Tabela: Udziały poszczególnych operatorów w lokalnym rynku dostarczania (przesyłania) programów telewizyjnych w Warszawie w latach 1998-2001" do niniejszej decyzji.

Informacje uzyskane w trakcie ww. badań, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatura w Warszawie zaliczył w poczet dowodów, o czym Spółka stosownie do art. 65 ust. 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów, została poinformowana pismem z dnia 2 stycznia 2002r.

Z uwagi na fakt, iż niektóre z informacji zgromadzonych w toku ww. badań ze względu na swój charakter wchodzą w zakres tajemnicy przedsiębiorstwa, w dniu 2 stycznia 2002r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Warszawie, działając na podstawie art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów, ograniczył z urzędu spółce Aster City Cable Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prawo wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt prowadzonego z urzędu postępowania antymonopolowego.

Ograniczenie powyższe dotyczy: (1) informacji zawartych w piśmie spółki Telewizja Polsat S.A. z dnia 13 grudnia 2001r. obrazujących liczbę abonentów Platformy Cyfrowej Polsatu w Warszawie (stan na dzień 31 grudnia 2000r. oraz dzień 30 czerwca 2001r.); (2) informacji zawartych w pismach spółki UPC Telewizja Kablowa Sp. z o.o. z dnia 13 czerwca 2001r. oraz z dnia 22 listopada 2001r. obrazujących liczbę abonentów ww. spółki w Warszawie (stan na dzień 31 grudnia 1997r., dzień 31 grudnia 1998r., dzień 31 grudnia 1999r., dzień 31 grudnia 2000r., dzień 30 czerwca 2001r. oraz dzień 30 września 2001r.).

Uznając wszystkie okoliczności sprawy za wyjaśnione Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Warszawie zawiadomił Spółkę o zakończeniu postępowania dowodowego.

W dniu 18 stycznia 2002r. Pełnomocnik Spółki – mec. Bartosz Kępiński (działając na mocy pełnomocnictwa z dnia 11 stycznia 2002r.) zapoznał się z całością zgromadzonego materiału dowodowego.

Pismem z dnia z dnia 14 stycznia 2002r. Spółka wniosła „o ograniczenie na podstawie art. 62 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów prawa wglądu do materiału dowodowego w zakresie wszystkich przedstawionych przez Aster City Cable Sp. z o.o. informacji na żądanie UOKiK, jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa".

Na postanowienie z dnia 2 stycznia 2002r., Spółka w dniu 15 stycznia 2002r. złożyła zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Antymonopolowego.

Pismem z dnia 21 stycznia 2002r. spółka Aster City Cable Sp. z o.o. cofnęła ww. zażalenie.

Sąd Antymonopolowy postanowieniem z dnia 21 lutego 2002r. umorzył postępowanie zażaleniowe.

Pismem z dni 8 marca 2002r. Delegatura UOKiK w Warszawie wyjaśniła Spółce, iż z brzmienia art. 62 ust. 1 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika, iż ograniczenie prawa wglądu może dotyczyć stron postępowania, innych niż strona przedkładająca informacje zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Tymczasem niniejsze postępowanie antymonopolowe, w toku którego ACC przekazała informacje, których dotyczy wniosek o ograniczenie prawa wglądu, jest prowadzone z urzędu. W związku z czym, złożenie przez Spółkę wniosku o ograniczenie prawa wglądu pozostałym stronom postępowania jest oczywiście bezzasadne.

Ustosunkowując się do powyższego, Spółka podtrzymała wniosek „o ograniczenie na podstawie art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 122, poz. 1319, z późn. zm.) prawa wglądu do materiału dowodowego w zakresie wszystkich przedstawionych przez Aster City Cable Sp. z o.o. informacji na żądanie UOKiK, jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa" (pismo z dnia 19 marca 2002r.).

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatura w Warszawie, postanowieniem z dnia 15 maja 2002r. odmówił ograniczenia prawa wglądu do materiału dowodowego w niniejszym postępowaniu. W uzasadnieniu ww. postanowienia podkreślono, iż złożenie przez Spółkę wniosku o ograniczenie pozostałym stronom prawa wglądu do materiału dowodowego jest oczywiście bezpodstawne, z uwagi na fakt, iż postępowanie jest prowadzone z urzędu, nie został natomiast złożony przez jakikolwiek uprawniony podmiot wniosek, o którym mowa w art. 87 ust 2 ww. ustawy.

W dniu 28 maja 2002r. wpłynęło pismo Pełnomocnika Spółki, w którym przekazana została informacja, iż Spółka nie złoży środka odwoławczego od ww. postanowienia z dnia 15 maja 2002r. Jednocześnie Pełnomocnik Spółki wskazał informacje przekazane w toku niniejszego postępowania, które w ocenie ACC stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 27 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów „Decyzje i postanowienia Prezesa Urzędu, a także orzeczenia Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu antymonopolowego, zwanego dalej „sądem antymonopolowym", oraz Sądu Najwyższego w sprawach dotyczących kasacji od wyroków sądu antymonopolowego lub ich sentencje, z pominięciem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również inne tajemnice podlegające ochronie na podstawie odrębnych przepisów, mogą być w całości lub w części publikowane w Dzienniku Urzędowym Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów".

W związku z powyższym, niniejsza decyzja składa się z dwóch komplementarnych części:

A. Część właściwa decyzji – jawna (nie zawierająca informacji o charakterze poufnym), której redakcyjnie podporządkowany jest Załącznik Nr 1;
B. Załącznik Nr 1 - „Tabela: Udziały poszczególnych operatorów w lokalnym rynku dostarczania (przesyłania) programów telewizyjnych w Warszawie w latach 1998-2001" - zawierający informacje objęte postanowieniem Prezesa Urzędu z dnia 2 stycznia 2002r. o ograniczeniu spółce Aster City Cable Sp. z o.o. prawa wglądu do materiału dowodowego.

Załącznik Nr 1, zawierający syntetyczne opracowanie zebranych w toku postępowania danych obrazujących strukturę rynku właściwego w sprawie (m.in. informacji zawartych w ww. piśmie spółki Telewizja Polsat S.A. z dnia 13 grudnia 2001r. oraz w ww. pismach spółki UPC Telewizja Kablowa Sp. z o.o. z dnia 13 czerwca 2001r. i z dnia 22 listopada 2001r. - objętych postanowieniem Prezesa Urzędu z dnia 2 stycznia 2002r.) stanowi odrębną część decyzji nie udostępnioną Spółce, albowiem całkowicie nielogiczne byłoby, gdyby Prezes Urzędu ograniczywszy ACC prawo wglądu do określonych informacji, przekazał jej następnie w decyzji administracyjnej opracowanie zawierające utajnione wcześniej dane.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje.

Na wstępie, wymaga rozważenia podnoszony przez Spółkę zarzut, iż niniejsze postępowanie zostało zakończone z uwagi na fakt, iż Sąd Antymonopolowy wyrokiem z dnia 6 grudnia 2000r. (sygn. akt XVII Ama 101/99) uchylił decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Nr RWA-3/99 z dnia 12 lutego 1999r.

Odnosząc się do powyższego zarzutu należy wyraźnie wskazać, iż ww. orzeczenie wydane przez Sąd Antymonopolowy na podstawie art. 479^{34} § 2 k.p.c. obowiązującego w dacie wydania wyroku[2], zgodnie z którym „w razie uwzględnienia odwołania, sąd zaskarżoną decyzję albo uchyla, albo zmienia w całości lub w części i orzeka co do istoty sprawy", powoduje jedynie uchylenie decyzji wydanej przez Prezesa Urzędu, natomiast nie pociąga za sobą zakończenia przedmiotowego postępowania. Brak rozstrzygnięcia przez Sąd Antymonopolowy sprawy co do istoty

[2] Przepis ten przestał obowiązywać z dniem 1 kwietnia 2001r., w związku z wejściem w życie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

oznacza *de facto* przekazanie tej sprawy do ponownego rozpoznania organowi antymonopolowemu.

W związku z wejściem w życie ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz zawartymi w ww. orzeczeniu wskazaniami Sądu Antymonopolowego odnośnie kwestii merytorycznych, przedmiotowe postępowanie antymonopolowe toczyło się w zakresie wskazanym w piśmie z dnia 25 maja 2001r.

Spółka argumentuje, iż ww. postępowanie zostało zakończone z uwagi na fakt, iż Sąd Antymonopolowy wyrokiem z dnia 6 grudnia 2000r. (sygn. akt XVII Ama 101/99) uchylił decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Nr RWA-3/99 z dnia 12 lutego 1999r. nie przekazując sprawy do ponownego rozpoznania.

W piśmie z dnia 20 listopada 2001r. Spółka przytoczyła fragment uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 1999r. (I CKN 351/99, OSNC 2000/3/47) w którym Sąd Najwyższy stwierdził, iż *„skoro uchylenie decyzji jest możliwe tylko wtedy, gdy sąd dostrzegł brak podstaw do jej wydania, np. na skutek stwierdzenia niewystępowania praktyk monopolistycznych, to wyrok "uchylający" jest w rzeczywistości wyrokiem co do istoty sprawy, kończącym postępowanie”*.

Należy zwrócić uwagę, iż ww. postanowienie było jednym z wielu orzeczeń dotyczących zagadnienia charakteru postępowania przed Sądem Antymonopolowym. Sam Sąd Najwyższy w ww. postanowieniu stwierdził, iż *„Charakter postępowania przed sądem antymonopolowym jest przedmiotem rozbieżnych wypowiedzi zarówno w piśmiennictwie, jak i w judykaturze Sądu Najwyższego”*.

Ponadto, należy podkreślić, iż w przytaczanym przez Spółkę orzeczeniu Sąd Najwyższy stwierdził jednocześnie, iż *„uchylenie zaskarżonej decyzji może nastąpić jedynie w wypadku, gdy sąd antymonopolowy konstatuje brak podstaw do jej wydania, np. na skutek niewystępowania praktyk monopolistycznych, błędnie stwierdzonych przez Urząd (Prezesa) w zaskarżonej decyzji”*.

Tymczasem Sąd Antymonopolowy w wyroku z dnia 6 grudnia 2000r., w którym uchylił decyzję Prezesa Urzędu Nr RWA-3/99, uzasadniając swoje stanowisko uznał, iż ww. decyzja przede wszystkim nie zawiera wszystkich elementów decyzji administracyjnej określonych w art. 107 § 1 k.p.a.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 7 października 1998r. (I CKN 265/98, OSP 2000/5/68) ustosunkowując się do kwestii, czy wyrok sądu antymonopolowego, uchylający decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, kończy postępowanie w sprawie, stwierdził, iż *„aczkolwiek w przepisie art. 479^{34} k.p.c. brak jest zapisu, że sąd antymonopolowy, uchylając decyzję, przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania na zasadach określonych w art. 386 § 4 k.p.c., nie oznacza to jednak, by zasada ta w postępowaniu przed sądem antymonopolowym nie obowiązywała [...] Wprawdzie wyrok sądu antymonopolowego - bez względu na jego treść - kończy postępowanie sądowe, jednakże w razie uchylenia decyzji nie kończy postępowania w sprawie”*.

Z kolei Sąd Antymonopolowy w wyroku z dnia 18 października 2000r. (sygn. akt. XVII Ama 6/00, Wokanda 2001/12/51) stwierdził, iż *„po uchyleniu przez Sąd Antymonopolowy decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, stosownie do art. 479^{34} § 2 k.p.c., organ antymonopolowy ma pełną swobodę co do dalszego prowadzenia sprawy. Może postępowanie umorzyć. Może też dalej prowadzić*

postępowanie administracyjne i po stwierdzeniu naruszenia prawa, zakończyć je wydaniem decyzji”.

Ponadto, należy zauważyć, iż możliwość dalszego prowadzenia sprawy po uchyleniu przez sąd decyzji Prezesa Urzędu w żadnym wypadku nie jest kwestionowana w najnowszym orzecznictwie Sądu Antymonopolowego (np. wyrok z dnia 5 grudnia 2001r., sygn. akt XVII Ama 8/01, zawierał rozstrzygnięcie w sprawie, w której wyrokiem z dnia 7 października 1998r., sygn. akt XVII Ama 45/98, Sąd uchylił decyzję Prezesa Urzędu).

Zgodnie z art. 8 ust 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 122, poz. 1319 z późn. zm.) zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców.

Nadużywanie pozycji dominującej, której dotyczy powołany wyżej przepis, w każdym przypadku 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 dla stwierdzenia, czy przedsiębiorca posiada pozycję dominującą należy w pierwszej kolejności określić rynek właściwy.

Zgodnie z art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Sąd Antymonopolowy w wyroku z dnia 6 grudnia 2000r. (sygn. akt XVII Ama 101/99), stwierdził, iż rynkiem relewantnym (właściwym w sprawie) jest rynek dostarczania (przesyłania) programów telewizyjnych na terenie Warszawy. „*Przedmiotem popytu jest bowiem możliwość ich odbioru i wyboru. Rynek produktowy na terenie Warszawy tworzą zatem zarówno operatorzy telewizji kablowej jak i telewizja satelitarna a w szczególności platformy cyfrowe. Ich oferta jest z punktu widzenia konsumenta w pełni substytutywna (możliwość odbioru kilkudziesięciu programów telewizyjnych)”.*

Analogiczne stanowisko odnośnie określania zakresu produktowego i geograficznego przy ustalaniu rynku właściwego w sprawach dotyczących operatorów telewizji kablowej Sąd Antymonopolowy zajął w innych orzeczeniach – m. in. w wyroku z dnia 2 kwietnia 2001r. (sygn. akt Ama 12/01), w wyroku z dnia 9 maja 2001r. (sygn. akt XVII Ama 91/00).

Za niezrozumiałe należy uznać zajmowane w toku postępowania stanowisko Spółki odnośnie braku posiadania przez nią pozycji dominującej na rynku właściwym w sprawie. Bezpodstawność powoływania się w niniejszej sprawie na wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 8 października 1997 roku (sygn. akt. Ama 33/97) została wykazana w decyzji z dnia 12 lutego 1999 roku oraz odpowiedzi na odwołanie od ww. decyzji (str. 10).

Ponadto, Sąd Antymonopolowy w wyroku z dnia 6 grudnia 2000r. stwierdził, „*należy jednak podkreślić, w toku postępowania sądowego pozwany* (Prezes Urzędu)

wykazał, że nawet uwzględniając przekaz satelitarny, nie wpływa na pozycję rynkową powódki (ACC)*, która ma udział w rynku powyżej 40%. Takie ustalenie daje podstawę do domniemania (art. 2 pkt 7 ustawy antymonopolowej), że powódka posiada pozycję dominującą".*

Spółka, jako konkurentów wskazała następujących przedsiębiorców – spółkę UPC Telewizja Kablowa Sp. z o.o. w Warszawie, Telewizję Kablową „Chomiczówka", Telewizję Kablową „Górczewska", Telewizję Kablową „Stawki", UPC Polska (operatora WIZJI TV), Canal+ Cyfrowy Sp. z o.o. (operatora Cyfry+).

Spółka przekazała również dane obrazujące liczbę odłączeń i przyłączeń do sieci w Warszawie w latach 1997-2001 (ww. informacje, przekazane w piśmie z dnia 12 czerwca 2001r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki).

Z informacji przekazanych przez Spółkę oraz zawartych na stronach internetowych ACC wynika, iż w zasięgu jej sieci jest ponad 500.000 gospodarstw domowych, co oznacza, że do 500.000 gospodarstw domowych dociera sieć (instalacja) ACC i Spółka w każdej chwili może udostępnić ww. gospodarstwom domowym sygnał telewizyjny. Natomiast Spółka dostarcza sygnał telewizji kablowej ok. 270.000 abonentów, z którymi ma podpisane umowy.

Mając na uwadze podnoszone przez Spółkę argumenty odnośnie pozycji zajmowanej na rynku właściwym w sprawie, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Warszawie przeprowadził badania stanu koncentracji na rynku dostarczania (przesyłania) programów telewizyjnych na terenie Warszawy mające na celu określenie wielkości udziałów Spółki w ww. rynku.

Zakres podmiotowy ww. badań, oprócz konkurentów wskazanych przez Spółkę obejmował operatora platformy cyfrowej Polsat Cyfrowy, a ponadto operatorów świadczących usługi na rynku właściwym w sprawie (syntetyczne opracowanie zebranych w toku postępowania danych zawiera Załącznik Nr 1 do niniejszej decyzji, który nie jest udostępniony ACC z uwagi na fakt, iż prawo wglądu do części z nich zostało Spółce ograniczone na mocy postanowienia Prezesa Urzędu z dnia 2 stycznia 2002r.).

Analiza uzyskanych w toku ww. badań informacji pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, iż Spółka na rynku właściwym w sprawie, nieprzerwanie od kilku lat (od 1998r.) posiada udział znacznie przekraczający 50%.

Zatem ACC posiada pozycję dominującą na lokalnym rynku dostarczania (przesyłania) programów telewizyjnych w Warszawie.

Zgodnie z art. 8 ust 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów za praktyki ograniczające konkurencję uznaje się nadużywanie pozycji dominującej na rynku poprzez narzucanie przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści.

Zgodnie z art. 8 ust 2 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów za praktyki ograniczające konkurencję uznaje się nadużywanie pozycji dominującej na rynku poprzez stwarzanie konsumentom uciążliwych warunków dochodzenia swoich praw.

Dla stwierdzenia praktyki ograniczającej konkurencję z art. 8 ust. 2 pkt 6 ww. ustawy należy ustalić, że przedsiębiorca:

- ma pozycję dominującą na właściwym w sprawie rynku,
- nadużył tej pozycji poprzez narzucenie warunków umowy kontrahentowi,
- warunki te okazały się obiektywnie uciążliwe,
- przyniosły przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści (por.: wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 24 października 2001r., sygn. akt XVII Ama 107/00).

Jak już wykazano Spółka posiada pozycję dominującą na rynku właściwym w przedmiotowej sprawie. Należy zatem uznać, iż została spełniona jedna z przesłanek wskazanych w art. 8 ust. 2 pkt 6 ww. ustawy.

Dokonując analizy działań Spółki, należy przede wszystkim zwrócić uwagę, iż sam fakt posiadania pozycji dominującej nie narusza jeszcze prawa. Jak stwierdził Europejski Trybunał Sprawiedliwości *„posiadanie przez przedsiębiorcę siły rynkowej nie jest zakazane prawem konkurencji, dominacja nie wyklucza bowiem konkurencji. Stwierdzenie, że dany przedsiębiorca posiada pozycję dominującą samo w sobie nie stanowi zarzutu, oznacza jedynie, że niezależnie od przyczyn, które sprawiają, że zajmuje on taką pozycję, ponosi on szczególną odpowiedzialność za to, żeby nie dopuścić, aby podejmowane przez niego działania utrudniało skuteczną i zniekształconą konkurencję”* (por. wyrok ETS z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie 322/81 N.V. Nederlansche Banden – Industrie Michelin przeciwko Komisji).

Nie można zatem uznać, iż siła i pozycja rynkowa wystarcza do założenia, że dany warunek umowny został kontrahentowi narzucony. Narzucanie uciążliwych warunków umowy musi mieć charakter przymusowy, wymuszony przez podmiot dominujący posiadaną siłą rynkową. W praktyce rodzą się wątpliwości, czy dany uciążliwy warunek umowy jest narzucony kontrahentowi, czy też został dobrowolnie wynegocjowany w ramach swobody umów, w granicach określonych w art. 353^1 k.c. Orzecznictwo kieruje się zasadą racjonalnego postępowania kontrahenta podmiotu dominującego – o tym czy treść umowy została kontrahentowi narzucona, czy też umowa była rezultatem negocjacji w ramach przysługującej obu stronom swobody kontraktowania, decyduje w ostatecznym rachunku treść umowy i okoliczności jej zawarcia. Dla stwierdzenia, czy przedsiębiorca zajmujący pozycję dominującą narzucał kontrahentom uciążliwe warunki i uzyskiwał nieuzasadnione korzyści koniecznym jest dokonanie oceny umowy w aspekcie jej ekwiwalentności – art. 487 § 2 k.c. (por.: wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 12 listopada 2001r., sygn. akt XVII Ama 105/00).

W niniejszej sprawie uciążliwość charakteru warunków umów przejawia się w (1) braku zawarcia w umowach abonenckich stosowanych w okresie od dnia 23 października 1997r. do października 1999r. zapisu określającego zasady przyznawania rekompensat w przypadku braku dostarczania sygnału przez czas krótszy niż trzy dni, (2) braku zawarcia w umowach abonenckich stosowanych w okresie od dnia 23 października 1997r. do października 1999r. zapisu określającego zasady przyznawania rekompensat w przypadku dostarczania sygnału złej jakości, uniemożliwiającego prawidłowy odbiór programów.

Wzorzec obowiązujący od dnia 23 października 1997r. do grudnia 1998r. zawierał zapis, iż „w przypadku nie dostarczenia sygnału przez czas dłuższy niż trzy

dni w miesiącu, operator zobowiązuje się obniżyć opłatę abonamentową za jeden z następnych miesięcy o jej x/30 część, gdzie x jest liczbą dni w miesiącu, w czasie których sygnał nie był dostarczany" (pkt 6.4).

„W przypadku nie dostarczania sygnału przez czas dłuższy niż 30 dni bez przerwy, Abonentowi służy prawo do odstąpienia od umowy z winy Operatora bez dodatkowego wezwania do dostarczenia sygnału i przysługuje mu zwrot abonamentu za miesiąc lub miesiące, w których sygnał nie był dostarczony" (pkt 6.5).

W ww. umowie nie zawarto natomiast żadnych zasad na jakich ACC odpowiada w przypadku braku dostarczania sygnału przez czas krótszy niż trzy dni oraz dostarczania sygnału złej jakości, który uniemożliwia prawidłowy odbiór programów. Zawarto jedynie zapis, iż „Operator gwarantuje prawidłową, zgodną z Polską Normą i zaleceniami Państwowej Agencji Radiokomunikacyjnej jakość sygnału dostarczanego do końcówki (końcówek) sieci w lokalu Abonenta" (pkt 6).

Analogiczne postanowienia zawierały wzory umów obowiązujące od grudnia 1998r. do maja 1999r. oraz od czerwca 1999r. do października 1999r.

W toku postępowania Spółka podnosiła, iż nie jest dopuszczalne czynienie zarzutu z faktu nieumieszczenia pewnych postanowień w umowie wzajemnej, w tym dotyczących powyższego zakresu.

W opinii Prezesa Urzędu nie można przyznać racji Spółce. Z punktu widzenia wartości chronionych zarówno ustawą o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów, jak i obecnie obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - ww. stanowisko ACC nie jest godne uwzględnienia. Jego przyjęcie oznaczałoby, iż Prezes Urzędu nie ma prawa do kwestionowania kształtowania przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą na rynku warunków umów niesymetrycznie określających prawa i obowiązki stron z pozycji siły rynkowej ze szkodą dla konsumentów i kontrahentów.

Stanowisko Prezesa Urzędu znajduje natomiast odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie antymonopolowym, gdzie uznawano już za praktykę monopolistyczną pominięcie uregulowania kwestii odpowiedzialności z tytułu dostarczania towaru złej jakości (por. np. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 25 stycznia 1995r.; sygn. akt XVII Amr 28/94).

Uciążliwym warunkiem umowy abonenckiej jest wbrew zasadzie ekwiwalentności świadczeń (art. 487 § 2 k.c.) nieokreślenie w umowie abonenckiej zasad odpowiedzialności ACC w przypadku braku dostarczania sygnału przez okres krótszy niż trzy dni, jak również świadczenie usług telewizji kablowej o pogorszonej jakości.

Zdaniem Prezesa Urzędu, nie sposób uznać, że postanowienia umowne zostały zamieszczone w umowie w ramach swobody kontraktowania, przyznanej w art. 353^1 k.c. Gdyby nie czynnik dominacji rynkowej ACC, nie doszłoby do zawarcia umów o takiej treści.

Dochodzenie przez abonentów ewentualnych roszczeń z tytułu nienależytego wykonania zobowiązań przez ACC mimo, że możliwe na drodze postępowania sądowego, faktycznie jest nierealizowalne, z uwagi na przewlekłość postępowań przed sądem powszechnym i niską wartość sporu (co potwierdzają przekazane przez Spółkę w piśmie z dnia 18 września 2001r. informacje odnośnie liczby prowadzonych przeciwko niej postępowań sądowych).

W ocenie Prezesa Urzędu ustalenie w umowie kwestii odpowiedzialności operatora za brak dostarczania towaru w ogóle z pewnością nie jest równoznaczne z dostarczaniem towaru o pogorszonej (złej) jakości.

Narzucenie uciążliwych warunków umów ma charakter przymusowy, wymuszony przez podmiot dominujący posiadaną siłą rynkową. Dysponując przewagą kontraktową ACC narzucała abonentom umowę o kwestionowanej treści, której ci nie mogli negocjować. Zgodnie z § 13 umowy standardowej wszelkie zmiany do oryginalnego tekstu umowy, poza wpisaniem daty jej zawarcia, uzupełnieniem lub korektą danych personalnych abonenta powodują, iż umowa nie zostaje zawarta.

Kolejną przesłanką niezbędną dla stwierdzenia stosowania praktyki, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest osiąganie przez przedsiębiorcę nieuzasadnionych korzyści, które są odpowiednikiem uciążliwych warunków umów narzuconych kontrahentowi. Nieuzasadnione korzyści powinny być osiągane kosztem kontrahenta i pozostawać w normalnym związku przyczynowym z narzuconymi kontrahentowi uciążliwymi warunkami umowy (wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 24 stycznia 1991r., sygn. akt. Amr 2/90; Wok. 1992, Nr 2).

Źródło nieuzasadnionych korzyści ACC tkwi w różnicy, jaka powinna być odzwierciedlona w cenie towaru rzeczywiście dostarczonego abonentowi oraz niepełnowartościowego w stosunku do pełnowartościowego.

Prezes Urzędu nie zgadza się z argumentacją Spółki, że jakość sygnału w sieci operatora spełniała wymagania, o których mowa w § 6 umowy abonenckiej.

Z przedstawionego w toku postępowania stanowiska PAR (pismo z dnia 11 grudnia 1998 roku) wynika, iż kontrola przeprowadzona w zakresie sieci ACC wykazała szereg odstępstw wartości parametru sygnału telewizji kablowej z Wymaganiami Technicznymi na Elementy Telewizji Kablowej (WT).

W ww. ekspertyzie PAR stwierdza, iż jeżeli wszystkie parametry sygnału telewizji kablowej są zgodne z WT jakość odbieranego programu jest taka jaką gwarantuje nadawca i posiadany odbiornik telewizyjny. W przypadku dostarczania sygnału o pogorszonej jakości, co - jak twierdzi PAR - miało miejsce w sieci ACC w okresie, w którym dokonano ww. kontroli - pobieranie opłaty w pełnej wysokości, jak za towar pełnowartościowy, narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron i jest źródłem nieuzasadnionych korzyści operatora.

Brak zawarcia w umowach abonenckich stosowanych w okresie od dnia 23 października 1997r. do października 1999r. zapisu określającego zasady przyznawania rekompensat w przypadku braku dostarczania sygnału przez czas krótszy niż trzy dni, jak również zapisu określającego zasady przyznawania rekompensat w przypadku dostarczania sygnału złej jakości, uniemożliwiającego prawidłowy odbiór programów stanowi również przejaw praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na stwarzaniu konsumentom uciążliwych warunków dochodzenia ich praw.

Umowa jako podstawa prawna nawiązanego stosunku zobowiązaniowego pomiędzy jej stronami powinna jasno wskazywać podmiot, przedmiot oraz jasno określać prawa i obowiązki stron.

Konsument jest nieprofesjonalnym uczestnikiem rynku, a zatem należy przyjąć, iż m.in. jego świadomość prawna, ekonomiczna i techniczna jest zdecydowanie niższa niż przedsiębiorcy, jako profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Informacje zawarte w umowie konsumenckiej powinny być sformułowane w taki sposób, aby konsument nie miał wątpliwości, co jest przedmiotem umowy, jakie mu przysługują prawa i jakie ciążą na nim obowiązki - informacje kształtujące stosunek prawny między operatorem a abonentem.

Zgodnie z poglądem doktryny „to, czy w danym przypadku nastąpiło wprowadzenie klienta w błąd [...] jest oceniane w procesie stosowania prawa z punktu widzenia przeciętnego konsumenta (R. Stefaniecki *Prawna kwalifikacja reklamy* Pr.Spółek 2001/5/55 - t. 2).

Zdaniem Prezesa Urzędu nie ma podstaw twierdzenie, iż konsument mógł dochodzić swoich roszczeń na podstawie ogólnie obowiązujących przepisów prawa, a zatem umowa nie musi określać zasad odpowiedzialności w przedmiotowym zakresie.

Z informacji przekazanych przez Spółkę wynika, iż w latach 1997-2001 nie prowadzono przeciwko niej postępowań sądowych, wszczętych na wniosek abonentów na podstawie art. 471 oraz art. 750 kodeksu cywilnego z powodu braku dostarczania sygnału o jakości zgodnej z zobowiązaniem Spółki ustanowionym w § 6 przedmiotowej umowy abonenckiej (zgodnej z Polską Norma i zaleceniami Państwowej Agencji Radiokomunikacji).

Ponadto, w ocenie Prezesa Urzędu, ilość reklamacji dotyczących nieprawidłowego odbioru sygnału rozpatrzonych pozytywnie (ww. informacje, przekazane w piśmie z dnia 18 września 2001r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki) nie świadczy o niestosowaniu przez Spółkę ww. praktyk ograniczających konkurencję. Nie wszyscy abonenci reklamujący jakość świadczonych przez ACC usług otrzymali bowiem rekompensatę, a korespondencja dotycząca nieprawidłowego odbioru sygnału stanowiła niewielką część ogółu zarejestrowanej korespondencji.

Przede wszystkim można sformułować tezę, iż skargi te pochodzą od osób najbardziej aktywnych w domaganiu się przysługujących im uprawnień, które - pomimo braku stosownych postanowień w umowach abonenckich - podjęły działania mające na celu egzekwowanie wynikających z zasady ekwiwalentności świadczeń roszczeń.

Niezależnie od powyższego, należy podkreślić, iż w niniejszym postępowaniu zakwestionowano sam fakt braku w umowach abonenckich zapisu określającego zasady przyznawania rekompensat w przypadku braku dostarczania sygnału przez czas krótszy niż trzy dni oraz zapisu określającego zasady przyznawania rekompensat w przypadku dostarczania sygnału złej jakości, uniemożliwiającego prawidłowy odbiór programów.

Natomiast fakt, iż pomimo niezawarcia ww. zapisów w umowach abonenckich, Spółka respektowała w pewnym zakresie żądania abonentów dotyczące udzielania rekompensaty w sytuacjach nieokreślonych w umowie, zmniejszając negatywne skutki braku ww. zapisów, miało wpływ na brak nałożenia na Spółkę kary w związku ze stosowaniem wskazanych w sentencji praktyk ograniczających konkurencję.

Jednocześnie, należy zwrócić uwagę, iż Sąd Antymonopolowy w wyroku z dnia 6 grudnia 2000r. (sygn. akt XVII Ama 101/99) podzielił prezentowane stanowisko Prezesa Urzędu, stwierdzając, iż *abonenci mają istotne trudności w dochodzeniu swoich roszczeń w przypadku dostarczania sygnału złej jakości. Możliwość odstąpienia od umowy oraz system bonifikat w przypadku braku dostarczania sygnału przez czas dłuższy niż trzy dni w miesiącu, polegający na stosunkowym obniżeniu opłaty abonamentowej trudno uznać za zadowalające. System ten nie przewiduje rekompensaty w przypadku braku sygnału przez czas krótszy niż trzy dni, a ponadto zwrot części opłaty nie rekompensuje uciążliwości związanych z świadczeniem usługi nieodpowiedniej jakości.*

Nawiązując do zarzutu Spółki, iż Prezes Urzędu nie ma prawa kwestionować zapisów umowy abonenckiej (stosowanej w okresie od dnia 23 października 1997r. do października 1999r.), która była opiniowana przez UOKiK (wówczas Departament Polityki Konsumenckiej) w 1997 roku, należy zwrócić uwagę, iż zarówno ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów, jak i obecnie obowiązująca ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie nakładają na przedsiębiorców zajmujących na rynku pozycję dominującą obowiązku notyfikacji umów zawieranych z konsumentami. Przesądzić o zgodności bądź braku takiej zgodności z powołaną wyżej ustawą można jedynie w decyzji administracyjnej wydanej na gruncie powyższych przepisów. Wszelkie wcześniejsze ustalenia zapadłe w toku dyskusji nad projektami umów mają jedynie charakter wskazujący podmiotowi ogólny kierunek dla zapewniania podstawowych praw konsumentów.

Do zadań Prezesa Urzędu nie należy bowiem akceptowanie wzorów umów, a umowa zakwestionowana w toku niniejszego postępowania była w Urzędzie przedmiotem rozważań i opinii, nie zaś akceptacji. Prezes Urzędu nie jest uprawniony do nakazywania stronie spełnienia działań pozytywnych. Zasadniczo może tylko określić, czego stosującemu praktykę ograniczającą konkurencję czynić nie wolno. Przekroczeniem kompetencji Prezesa Urzędu byłoby nakazanie przedsiębiorcy, co ma konkretnie zrobić, aby w przyszłości nie naruszał ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów. Zamieszczenie w decyzji takiego nakazu nie tylko wykracza poza zakres kompetencji Prezesa Urzędu, ale narusza także zasadę samodzielności podmiotu gospodarczego, będącą jedną z podstawowych zasad organizujących działalność gospodarczą w warunkach gospodarki rynkowej (por.: S. Gronowski „Ustawa antymonopolowa. Komentarz." C.H. BECK Warszawa1996, s. 168).

Biorąc powyższe pod uwagę, jak wykazano w decyzji Nr RWA-3/99 nietrafne jest powoływanie się przez Spółkę na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 maja 1997 roku (SA/Lu 2249/95).

Odnosząc się do podnoszonego przez ACC argumentu (pismo z dnia 12 czerwca 2001r.), iż nie stosuje praktyk ograniczających konkurencję, z uwagi na fakt, iż aktualnie obowiązujący (od dnia 25 września 2000r.) wzór umowy i Regulamin zawiera zapisy dotyczące stanowiących przedmiot niniejszego postępowania zagadnień należy stwierdzić, iż zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie wydaje się decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania, jeżeli zachowanie rynkowe

przedsiębiorcy przestało naruszać zakazy określone w art. 8 ustawy, w szczególności z powodu trwałego zmniejszenia jego udziału w rynku. W takim wypadku stosownie do art. 10 ust. 2 ww. ustawy Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania. Ciężar udowodnienia okoliczności, o których mowa w art. 10 ust. 2 spoczywa na przedsiębiorcy.

W toku postępowania Spółka, stosownie do składanych deklaracji (pismo z dnia 11 sierpnia 1998r. oraz pismo z dnia 4 marca 1999r.), iż jest gotowa dobrowolnie podporządkować się zaleceniom Prezesa Urzędu w zakresie respektowania przepisu umowy mówiącego o możliwości udzielania bonifikat również w odniesieniu do sytuacji braku dostarczania przez operatora sygnału o nieprawidłowej jakości i wyraźnego powiadomienia o tej możliwości abonentów - przygotowała i wprowadziła nowy wzór umowy uwzględniający zastrzeżenia Prezesa Urzędu.

Początkowo był to wzorzec stosowany w okresie od listopada 1999r. do września 2000r., który oprócz zapisu, iż „Operator gwarantuje prawidłową, zgodną z Polską Normą i zaleceniami Państwowej Agencji Radiokomunikacyjnej jakość sygnału dostarczanego do końcówki sieci w lokalu Abonenta" (§ 3 ust. 1 Regulaminu) wprowadzał postanowienie, zgodnie z którym „Operator ma prawo do przerw w dostawie sygnału lub pogorszenia jakości sygnału spowodowanych konserwacją lub modernizacją sieci, jednak nie dłuższych jednorazowo niż 12 godzin i nie częściej, niż 3 dni kwartalnie. Przekroczenie określonego terminu spowoduje obniżenie przez Operatora opłaty abonamentowej o 1/30 (lub 1/90 w przypadku abonamentu uiszczanego kwartalnie za każdy kolejny dzień: obniżka abonamentu zostanie uwzględniona przez Operatora w jednym z przekazów na abonament wysłanych na następne okresy płatności (§ 4 ust. 4)".

Ponadto, w myśl § 4 ust. 5 Regulaminu „Jeżeli przerwy w dostawie sygnału lub pogorszenie jakości sygnału, udokumentowane przez uprawnione służby są spowodowane awarią w sieci operatora i trwają dłużej niż 3 dni od daty zgłoszenia, wówczas opłata abonamentowa zostanie obniżona o 1/30 (lub 1/90 w przypadku abonamentu uiszczanego kwartalnie) za każdy kolejny dzień". Z kolei, zgodnie z § 6 ust. 3 Regulaminu „Jeżeli Operator nie będzie dostarczać sygnału lub będzie dostarczać sygnał o jakości niezgodnej z Regulaminem przez okres dłuższy, niż 7 dni od daty poinformowania go o tym fakcie, wówczas Abonentowi, z zastrzeżeniem pkt 3.2, służy prawo do rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym i (lub) żądania zwrotu abonamentu za okres, w którym sygnał nie był dostarczany lub był dostarczany o jakości niezgodnej z Regulaminem".

Zalecenia Prezesa Urzędu znalazły również odzwierciedlenie w obowiązującym od dnia 24 września 2000r. nowym wzorze umowy i „Regulaminie świadczenia przez Aster City Cable Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie usług dostarczania Programów Telewizyjnych i programu Premium".

Zgodnie z zapisem pkt 4.3 stanowiącego integralną część ww. umowy Regulaminu „Operator ma prawo i obowiązek konserwacji i modernizacji sieci, co może spowodować przerwy w dostawie sygnału lub pogorszenie się jego jakości, jednak nie dłuższych jednorazowo niż 12 godzin. Przekroczenie określonego terminu spowoduje – w przypadku doręczenia Operatorowi uzasadnionej pisemnej reklamacji Abonenta w terminie 12 miesięcy od zakończenia okresu rozliczeniowego, w którym

ustała przerwa lub ustało pogorszenie jakości sygnału – obniżenie przez Operatora opłaty za korzystanie z Abonamentu o 1/30 w przypadku płatności miesięcznej (lub 1/90 w przypadku opłaty za korzystanie z Abonamentu uiszczanej kwartalnie) za każdy dzień przerwy lub pogorszenia jakości sygnału z powodu konserwacji lub modernizacji sieci. Obniżka opłaty za korzystanie z Abonamentu zostanie uwzględniona przez Operatora w jednym z Rachunków, wysłanym za następne Okresy rozliczeniowe z uwzględnieniem pkt 7".

Jeżeli przerwy w dostawie sygnału lub pogorszenie jakości sygnału, udokumentowane przez uprawnione służby, są spowodowane Awarią w sieci Operatora i trwają dłużej niż trzy następujące po sobie dni od daty zgłoszenia przez Abonenta, wówczas opłata za korzystanie z Abonamentu zostanie obniżona – w przypadku doręczenia Operatorowi uzasadnionej pisemnej reklamacji Abonenta w terminie 12 miesięcy od zakończenia Okresu rozliczeniowego, w którym ustała Awaria – o 1/30 opłaty za korzystanie z Abonamentu w przypadku płatności miesięcznej (lub 1/90 w przypadku opłaty za korzystanie z Abonamentu uiszczanego kwartalnie) za każdy kolejny dzień Awarii, licząc od daty zgłoszenia Awarii. Obniżka opłaty za korzystanie z Abonamentu zostanie uwzględniona przez Operatora w jednym z Rachunków wysłanym za następne Okresy rozliczeniowe po rozpatrzeniu reklamacji z uwzględnieniem pkt 7. Opisana sytuacja nie dotyczy przypadku, w którym termin wizyty technika, który ma usunąć Awarię, został ustalony przez Abonenta na termin dłuższy niż trzy dni od zgłoszenia awarii (pkt 4.4).

Ww. przepisy określają rekompensaty przyznawane na mocy postanowień Regulaminu, niejako „automatycznie" – po spełnieniu się warunków w Regulaminie określonych, nie utrudniając dochodzenia przez abonenta innych roszczeń odszkodowawczych, chociażby w drodze określonego w postanowieniach pkt 7 postępowania reklamacyjnego.

Zgodnie z pkt 7.1.1 i 7.1.2 „Reklamacje mogą dotyczyć niewykonania lub nienależytego wykonania usługi, wadliwego rozliczenia usługi".

Ponadto, stosowane aktualnie przez ACC postanowienia są zbliżone od analogicznych zapisów stosowanych przez innych operatorów prowadzących działalność na rynku właściwym w sprawie.

Przykładowo Regulamin stosowany przez spółkę UPC Telewizja kablowa Sp. z o.o. zawiera w pkt 7.7 zapis, iż „Krótkotrwałe przerwy w możliwości korzystania z Programów, nie trwające zwykle dłużej niż 48 godzin, związane z prowadzonymi przez Operatora lub nadawcę Programu niezbędnymi konserwacjami urządzeń lub innymi uzasadnionymi przyczynami, nie stanowią naruszenia Umowy Abonenckiej. Jeżeli przerwy te w sumie przekroczą 48 godzin w miesiącu, Operator – na wniosek Klienta – proporcjonalnie zmniejszy Opłatę Abonamentową lub Opłatę za Program Premium.

Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, iż właściwym jest zastosowanie w przedmiotowej sprawie art. 10 ust. 2 w związku z art. 10 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jak stwierdzono wyżej Spółka – na skutek wprowadzenia nowego wzorca umowy abonenckiej – zaniechała stosowania praktyk ograniczających konkurencję, określonych w pkt I oraz pkt II sentencji niniejszej decyzji.

Zdaniem Prezesa Urzędu odmiennie kształtuje się sprawa stosowania przez ACC praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku dostarczania (przesyłania) programów telewizyjnych na terenie Warszawy poprzez stwarzanie konsumentom uciążliwych warunków dochodzenia ich praw na skutek:

- nie określenia w umowie abonenckiej warunków na jakich mogą wystąpić zmiany w częstotliwości nadawanych programów lub zaprzestanie nadawania któregokolwiek z programów,
- ograniczenia w umowie abonenckiej prawa abonenta do zastrzeżenia, iż nie wyraża zgody na przesyłanie pod jego adres materiałów promocyjnych.

W świetle orzecznictwa Sądu Antymonopolowego *„zakres programów dostarczanych abonentowi stanowi element istotny umowy o charakterze ciągłym zawieranej między abonentem i operatorem telewizji kablowej. Ich zakres może się zatem zmieniać w trakcie jej wykonywania, w szczególności w przypadkach, gdy następuje niemożność świadczenia np. z powodu zaprzestania nadawania programu przez określoną stację lub wprowadzenia przez nią opłat, które zmieniają warunki ekonomiczne umowy z abonentem. Dotyczy to również wysokości pobieranych opłat oraz poszerzania ofert. Powyższe zmiany przedsiębiorca może wprowadzać we wzorcu umownym stosownie do treści art. 384 i nast. bez potrzeby prowadzenia negocjacji z abonentami czy nawet zasięgania ich opinii. Powyższe prawa zawierają się w ogólnym prawie do swobodnego prowadzenia działalności gospodarczej. Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów chronią abonenta przed nadużyciem tego prawa w sytuacji, gdy posiada on pozycję dominująca na rynku. Nie można zatem za praktykę ograniczającą konkurencję uznać samego faktu skorzystania z przysługującego podmiotowi prawa lecz to w jaki sposób to prawo jest używane. Operator może zatem zmieniać wysokość opłaty abonamentowej dokąd opłata ta nie będzie nieuczciwa, nadmiernie wygórowana lub rażąco niska. Podobnie będzie w przypadku zmian repertuaru. Zmiany w tym zakresie będą dopuszczalne o ile nie będzie można konkretnej zmianie zarzucić, że jest praktyką monopolistyczną.*

[...] W ocenie Sądu Antymonopolowego zapisy umowy abonenckiej i regulaminu przewidujące możliwość jednostronnej zmiany warunków pisemnej umowy abonenckiej w zakresie ustalania [...] rodzaju oraz ilości repertuaru programowego [...] zastrzegające dla operatora prawo do zmiany układu oferty programowej, liczby i rodzaju programów oraz pasma nadawania bez zgody abonenta [...] korzyści takich bezpośrednio nie zapewniają." (wyrok z dnia 9 maja 2001r. sygn. akt XVII Ama 91/00).

Ponadto, w wyroku z dnia 2 kwietnia 2001r. (sygn. akt Ama 12/01), Sąd Antymonopolowy stwierdził, iż działania polegającego na wprowadzaniu dodatkowych grup programów lub programów z jednoczesnym podnoszeniem cen bez względu na stanowisko abonentów w tej sprawie nie można uznać za praktykę ograniczającą konkurencję.

Spółka przekazała zestawienie programów transmitowanych przez nią od momentu rozpoczęcia działalności do chwili obecnej ze wskazaniem programów, które zostały wycofane z oferty - ACC podała terminy oraz przyczyny wycofania danego programu oraz zmian częstotliwości, na której nadawano dany program - ACC

podała również terminy i przyczyny zmiany częstotliwości („Historia Programmingu w Aster City Cable 1995-2001", stanowiąca załącznik do pisma z dnia 12 czerwca 2001r.).

Z ww. materiałów wynika, iż przyczynami usunięcia lub zmian częstotliwości programów było „wygaśnięcie umowy" (NBC, TMT, BBC Prime), „niska jakość programu" (Polonia 1), „względy techniczne" (TMT, TV4, Nasza TV, Euronews, RTL, France 2, TV 5, Travel) oraz „rozszerzenie zasięgu" Canal+, Porion 2.

Spółka przekazała informacje obrazujące przyczyny braku zawarcia nowych umów umożliwiających korzystanie z programów NBC, TMT, BBC Prime oraz wpływ, jaki na wysokość opłat abonamentowych miałoby zawarcie nowych umów z dostawcami ww. programów (pismo z dnia 18 września 2001r.).

Głównymi argumentami za podjęciem decyzji o nieprzedłużaniu umowy z nadawcą są wyniki badań oglądalności przygotowywane przez AGB Polska, własne badania marketingowe dotyczące preferencji abonentów realizowane przez Instytut badawczy SMG/KRC na zlecenie ACC oraz ocena rozwoju sytuacji na rynku tv.

ACC argumentuje, iż w przypadku programów BBC Prime jak i TMT relacja pomiędzy kosztem pozyskania programu (cena) a poziomem zainteresowania widzów (oglądalność) była niezadowalająca: wysoka cena, niska oglądalność.

Kontynuowanie nadawania tych programów wiązałoby się z rosnącymi kosztami programowymi, które nie miałyby odzwierciedlenia w podniesieniu atrakcyjności oferty programowej, natomiast niewątpliwie wpływałyby na wysokość opłaty abonamentowej. W przypadku TMT chodzi o koszty programowe na poziomie ok. 1.500.000 zł rocznie, a w przypadku BBC Prime ok. 750.000 zł rocznie. Dodatkowo w przypadku TMT w trakcie obowiązywania umowy zmieniła się zasadniczo formuła i charakter programu (w początkowych założeniach na odstawie których podpisywano oryginalną umowę, program miał być adresowany przede wszystkim do dzieci, w czasie obowiązywania umowy nastąpiła zmiana formuły na program adresowany do młodzieży i dorosłych).

W przypadku NBC nieprzedłużenie umowy wynikało ze zmiany struktury własnościowej nadawcy jak również i zmiany formuły z programu informacyjnego na program o charakterze rozrywkowo-informacyjnym. W momencie podpisywania oryginalnej umowy jedynym udziałowcem kanału była firma CNBC (nadawca kanałów NBC i CNBC), natomiast później udziały większościowe w kanale NBC zostały sprzedane firmie Giga TV, która dążyła do zmiany formuły programowej kanału.

„Niska jakość programu" w przypadku programu Polonia 1 oznacza wynik następujących czynników: stale malejące zainteresowanie programem (wyniki badań oglądalności i preferencji widzów), obiektywnie pogarszająca się oferta programowa oraz niska jakość techniczna nadawanego sygnału, liczne skargi abonentów, brak perspektywy poprawy jakości programu.

Jako przyczyny przeniesienia programów, Spółka wskazała następujące okoliczności:

- umieszczanie najlepszych programów w zakresie częstotliwości 223,25 – 455,25 MHz ze względu na lepszą jakość retransmisji sygnału w tym zakresie w sieci kablowej oraz możliwość dotarcia do jak największej liczby odbiorców (starsze fragmenty sieci Spółki przenoszą tylko częstotliwości do 450 MHz),

- w przypadku wprowadzenia atrakcyjnych programów lokowanie ich na częstotliwościach, które nie niosą ryzyka zakłóceń,
- w przypadku programów o niższej atrakcyjności Spółka stosuje praktykę przesuwania ich na częstotliwości o większym ryzyku powstania zakłóceń,
- zmiany w wyposażeniu stacji czołowej lub sieci, które mają na celu utrzymanie wysokiej jakości sygnału.

„Rozszerzenie zasięgu" oznacza z kolei przeniesienie programu na częstotliwość, która gwarantuje dotarcie do większej ilości potencjalnych odbiorców. Ze względów technicznych częstotliwości można podzielić na trzy zakresy:

a) 111,25 – 207,25 MHz – programy docierają do wszystkich abonentów sieci Spółki niezależnie od pakietu (Antena i Basic),
b) 223,25 – 455,25 MHz – programy, które docierają do abonentów pakietu Basic 450,
c) 455,25 – 743,25 MHz – programy, które docierają do abonentów pakietu Basic 750.

Spółka wskazuje, iż zakres a) dociera do najszerszej grupy odbiorców, zakres c) do najwęższej, co powoduje, iż przeniesienie programu z zakresu c) do a) lub b) oraz z b) do a) oznacza rozszerzenie grona odbiorców dla danego programu.

Z informacji znajdujących się w posiadaniu Prezesa Urzędu wynika, iż z uwagi na istniejącą infrastrukturę teletechniczną ok. 10% sieci telewizji kablowej ACC w Warszawie posiada magistralę umożliwiającą przesyłanie sygnału jedynie na poziomie 450 MHz. Spółka prowadzi działania w celu zapewnienie dostępności pasma 750 MHz w ww. części sieci. Jednakże dla zapewnienia dostępności ww. pasma w całości sieci, należałoby przeprowadzić niezwykle kosztowną i czasochłonną modernizację urządzeń teletechnicznych znajdujących się w studzienkach telekomunikacyjnych, która pociągnęłaby za sobą wzrost cen świadczonych usług.

ACC toku postępowania podkreślała, iż oferta programowa pakietu Basic oceniana jest według wypadkowej dwóch podstawowych kryteriów: ilości oferowanych programów oraz zawartości oferty programowej. Trudne lub wręcz niemożliwe wydaje się rozłączne traktowanie tych kryteriów. Dla abonentów istotną kwestią jest aby w ofercie programowej operatora znajdowała się największa ilość programów, które oglądają, lubią i doceniają. Polityka programowa spółki opiera się na podstawowej przesłance: by w ofercie znajdowała się jak największa ilość programów, które według badań marketingowych cieszą się jak najwyższym poziomem zainteresowania widzów.

Mając na uwadze ww. stanowisko Spółki, Delegatura UOKiK w Warszawie podjęła działania mające na celu ustalenie czynników decydujących o podjęciu przez konsumenta decyzji o zainstalowaniu w domu gniazda telewizji kablowej jest oferta programowa.

Z uzyskanych informacji wynika, iż czynnikami tymi są zarówno oferta programowa (ilość programów, język), jak i wysokość opłaty za dany produkt, możliwość otrzymania dodatkowych usług (internet, usługi telefoniczne).

I tak, UPC Telewizja kablowa – główny konkurent ACC na rynku właściwym w sprawie podkreśla, iż większość abonentów wybiera telewizję kablową bądź

satelitarną głównie ze względu na dużą ilość kanałów oraz jakość obrazu i dźwięku (pismo z dnia 13 czerwca 2001r.).

CANAL+ Cyfrowy Sp. z o.o. zwraca z kolei uwagę, iż zgodnie z przeprowadzanymi przez operatora platformy CYFRA+ badaniami, czynnikami, którymi kieruje się konsument przy wyborze oferty danej platformy cyfrowej lub operatora telewizji kablowej są na równi liczba nadawanych programów oraz charakter (zakres tematyczny) programów znajdujących się w ofercie. Konsumenci jako główne przyczyny zawarcia umowy równie często wskazują ilość programów, jak też ich różnorodność (pismo z dnia 20 czerwca 2001r.).

Inny przedsiębiorca działający na rynku właściwym w sprawie - Spółdzielnia Mieszkaniowa „Górczewska" podnosi, iż z licznych rozmów telefonicznych oraz spotkań z mieszkańcami wynika, że pomimo dużego zainteresowania tematycznym zakresem programów (np. naukowo-przyrodnicze, muzyczne, sportowe, pojedyńcze programy w oryginalnej wersji językowej), duże znaczenie dla abonentów ma ilość możliwych do oglądania programów, bez konkretnych wskazań tematycznych (pismo z dnia 19 listopada 2001r.).

Jednocześnie przedsiębiorcy działający na rynku właściwym w sprawie podkreślają, iż istotną cechą produkcji programowych jest – obok kapitałochłonności – ich niezwykła dynamika. Programy powstają, funkcjonują na rynku i jeśli nie cieszą się popularnością – przestają być produkowane, a co za tym idzie, nadawane. Innymi przyczynami zmian programowych mogą być wygaśnięcie umów z nadawcami, wypowiedzenie przez nich umów (jak w przypadku tematycznych kanałów Polsatu), ograniczona pojemność sieci czy inne przyczyny techniczne np. problemy z transmisją satelitarną), konieczność umieszczania w ofercie programów „must carry".

To, czy dany program cieszy się zainteresowaniem widzów można stwierdzić dopiero po pewnym upływie czasu. Znakomita większość wprowadzanych programów najczęściej nie jest znana konsumentowi i dlatego wprowadzanie do oferty nowych programów rzadko kiedy odbywa się po uprzednim przeprowadzeniu badań rynkowych. Abonent często dowiaduje się o istnieniu danego kanału dopiero z chwilą pojawienia się nowej oferty. W tej sytuacji nie można oczekiwać od abonentów, aby wypowiadali się o programach, których nie znają lub nawet o nich nie słyszeli. Powszechnie stosowana w tego rodzaju działalności praktyka polega na bezpośredniej prezentacji programów poprzez jego emisję. Jest to przedstawienie nowej propozycji, która spotyka się (lub nie) z zainteresowaniem przeciętnego widza (pismo UPC z dnia 13 czerwca 2001r.).

Wprowadzanie programu do sieci często poprzedzane jest zaproponowaniem abonentom w formie ankiety kilku programów do wyboru. Te, które cieszą się największym zainteresowaniem zostają wprowadzone do oferty (pismo Krawarkon Sp. z o.o. z dnia 20 listopada 2001r.).

Powyższe informacje pozwalają na uwzględnienie zajmowanego w toku postępowania przez ACC stanowiska, iż nie jest możliwe wskazanie w umowie abonenckiej zamkniętego katalogu przyczyn usprawiedliwiających zmianę programu, ani też wskazanie jasnych i nie budzących wątpliwości kryteriów zastępowania programów. Przyczyny zmian programów są rozmaite i nieprzewidywalne, a kryteria dokonania zmian nie mogą być jednoznaczne i obiektywne, ale muszą zależeć od możliwości i sytuacji operatora, a także aktualnych preferencji odbiorców.

Operator nie kształtuje bowiem dowolnie „oferty programowej" podczas trwania umowy abonenckiej, zestaw programów rozprowadzanych przez nią w sieci, jako produkt jest poddawany comiesięcznym badaniom z punktu widzenia właśnie oceny odbiorców usług – decyzje o usunięciu lub wprowadzeniu danego programu są przede wszystkim podejmowane w oparciu o wyniki oglądalności i ich popularność wśród abonentów.

W świetle aktualnego orzecznictwa Sądu Antymonopolowego, analiza zebranych w toku postępowania materiałów pozwala na stwierdzenie, iż nie określenia przez ACC w umowie abonenckiej warunków, na jakich mogą wystąpić zmiany w częstotliwości nadawanych programów lub zaprzestanie nadawania któregokolwiek z programów nie można uznać za przejaw praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na stwarzaniu konsumentom uciążliwych warunków dochodzenia ich praw.

Podobnie kształtuje się sprawa stosowania przez ACC praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku dostarczania (przesyłania) programów telewizyjnych na terenie Warszawy poprzez (1) stwarzanie konsumentom uciążliwych warunków dochodzenia ich praw na skutek ograniczenia w umowie abonenckiej prawa abonenta do zastrzeżenia, iż nie wyraża zgody na przesyłanie pod jego adres materiałów promocyjnych oraz (2) uzależnianie zawarcia umowy abonenckiej od wyrażenia przez abonenta zgody na przesyłanie pod jego adresem materiałów promocyjnych.

Wzorzec umowy stosowanej przez Spółkę od dnia 23 października 1997r. do grudnia 1998r. zawierał zapis, iż „Abonent zgadza się na przesyłanie pod jego adresem, w ramach innych przesyłek, kierowanych doń przez operatora, materiałów promocyjnych rozpowszechnianych przez operatora" (pkt 9).

Delegatura UOKiK w Warszawie w dniu 27 sierpnia 1998 roku uzyskała opinię Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych na temat zgodności ww. zapisów z ustawą z o ochronie danych osobowych.

Zdaniem Generalnego Inspektora - w kontekście definicji zawartej w art. 7 ust. 5 ww. ustawy, w świetle której przez zgodę osoby, której dane dotyczą rozumie się oświadczenie woli, którego treścią jest zgoda na przetwarzanie danych osobowych tego, kto składa oświadczenie, a zgoda taka nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczeniem woli innej treści - zasadnicze wątpliwości budzi oświadczenie zawarte w pkt 9 ww. umowy abonenckiej.

Analogiczne postanowienia zawierały wzory umów obowiązujące od grudnia 1998r. do maja 1999r. oraz od czerwca 1999r. do października 1999r.

Z kolei, zgodnie z § 4 umowy stosowanej przez Spółkę w okresie od listopada 1999r. do września 2000r. „Abonent wyraża zgodę na włączenie swoich danych osobowych do zbioru danych, obejmującego wszystkich abonentów Operatora oraz na gromadzenie, przechowywanie i przetwarzanie tych danych, w tym danych przyszłych, przez Operatora lub osoby trzecie, działające z jego upoważnienia i na jego rzecz, w zakresie niezbędnym do realizacji warunków niniejszej umowy. Przez zakres niezbędny rozumie się między innymi: działania księgowe, billingowe, serwisowe, marketingowe, reklamowe, informacyjne oraz przyszłe wynikające z działalności Operatora (ust. 1). Równocześnie Abonent wyraża zgodę na przesyłanie

materiałów promocyjnych i reklamowych innych podmiotów, rozpowszechnianych przez Operatora (ust. 2). Abonent wyraża zgodę na udostępnianie swoich danych osobowych zawartych w zbiorze danych Operatora osobom trzecim, innym, niż wymienione w ust. 1 (ust. 3). Abonent oświadcza, że został poinformowany o dobrowolności podania swoich danych oraz o prawie wglądu do tych danych i ich poprawiania.

W świetle orzecznictwa Sądu Antymonopolowego *„przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku o ochronie danych osobowych (Dz. U. Nr 133, poz. 883 z późn. zm.), jako normy bezwzględnie obowiązujące w dostateczny sposób chronią prawa abonentów w zakresie wykorzystywania ich danych osobowych dla potrzeb reklamowych. Przepis art. 23 ust. 1 pkt 1 oraz art. 32 ust. 1 pkt 5 tej ustawy pozwala każdej osobie nie wyrazić zgody na przetwarzanie danych osobowych lub zażądać wstrzymania lub zaniechania takiego przetwarzania. Prawa te chronią sankcje karne oraz powołana w tym celu instytucja państwowa”* (wyrok z dnia 6 grudnia 2000r., sygn. akt XVII Ama 101/99).

Zgodnie z art. 23 ust. 1 pkt 1 o ochronie danych osobowych „Przetwarzanie danych jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy osoba, której dane dotyczą, wyrazi na to zgodę, chyba że chodzi o usunięcie dotyczących jej danych”.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy „Każdej osobie przysługuje prawo do kontroli przetwarzania danych, które jej dotyczą, zawartych w zbiorach danych, a zwłaszcza prawo do uzyskania informacji o sposobie udostępniania danych, a w szczególności informacji o odbiorcach lub kategoriach odbiorców, którym dane te są udostępniane”.

Zagadnienie zgodności zapisów umów stosowanych przez spółkę Aster City Cable Sp. z o.o. z obowiązującymi przepisami o ochronie danych osobowych było przedmiotem prowadzonego przez GIODO postępowania administracyjnego, zakończonego wydaniem decyzji nr GI-DP-DEC-44/00/680 z dnia 14 lipca 2000r., utrzymanej w mocy - po wniesieniu przez ACC wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy – decyzją GIODO z dnia 26 września 2000r.

Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych nakazał Spółce usunięcie uchybień w procesie przetwarzania danych osobowych m.in. poprzez usunięcie z formularzy umów abonenckich postanowień dotyczących wyrażenia przez abonenta zgody na: (a) przetwarzanie jego danych osobowych w celach działań marketingowych, reklamowych, informacyjnych oraz przyszłych wynikających z działalności operatora lub osoby trzeciej, działającej z jego upoważnienia i na jego rzecz, (b) udostępnianie swoich danych osobowych zawartych w zbiorze danych Operatora osobom trzecim, innym niż wymienione w pkt a), (c) przesyłanie materiałów promocyjnych i reklamowych innych podmiotów, rozpowszechnianych przez operatora, oraz dopełnienie obowiązku informacyjnego w zakresie celu zbierania danych i przewidywanych odbiorcach lub kategoriach odbiorców danych.

Ww. rozstrzygnięcie GIODO zostało zaskarżone przez Spółkę do Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Ustosunkowując się do przedmiotowego zagadnienia NSA - w wyroku z dnia 19 listopada 2001r. (sygn. akt IISA 2748/00), w którym oddalił skargę ACC - stwierdził, iż *„w postępowaniu administracyjnym skoncentrowano się nadmiernie na problemie: czy „zgoda” na przetwarzanie danych abonenckich zawartych w standardowej*

umowie odpowiada wymogom zawartym w art. 7 pkt 5 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku o ochronie danych osobowych (Dz. U. Nr 133, poz. 883 z późn. zm.). Tymczasem „zgodę", jako oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (art. 65 § 1 k.c.). W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu (art. 65 § 2 k.c.)".

Ponadto, w ww. orzeczeniu Naczelny Sąd Administracyjny zwrócił uwagę, iż *„bez wątpienia celem osoby podpisującej umowę z Aster City Cable była chęć skorzystania z programów telewizyjnych przesyłanych za pośrednictwem kabli wymienionej Spółki za ustaloną opłatą, a nie chęć pozbycia się na rzecz Spółki swego prawa do ochrony danych osobowych (art. 1 ust. 1 cyt. Ustawy o ochronie danych osobowych). Zgodnie bowiem z literalnym brzmieniem odpowiedniego fragmentu umowy abonenckiej Spółka mogłaby handlować posiadanymi danymi osobistymi abonentów, bez żadnych ograniczeń, kupujący od Spółki dane osobowe mogliby je wykorzystywać do celów sprzecznych z interesem abonentów, a nawet sprzecznych z prawem. Wykorzystywanie nieświadomości większości potencjalnych abonentów, co do konsekwencji podpisywanej części umowy zawierającej m.in. „zgodę" na przetwarzanie ich danych w sposób sprzeczny z ich interesem stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego"*.

Jednocześnie NSA stwierdził, iż *„stosownie do art. 23 ust. 1 pkt 5 ustawy o ochronie danych osobowych spółka Aster City Cable Sp. z o.o. przetwarzać może dane tylko w zakresie, który jest niezbędny do celu przesyłania programów telewizyjnych, łączności internetowej, itp."*.

Należy zatem podzielić zajmowane w toku postępowania przez Spółkę stanowisko, iż przesyłanie własnych materiałów promocyjnych (dotyczących usług świadczonych przez ACC – tj. produktu ACC jako operatora) nie wymaga zgody abonenta.

Na mocy art. 23 ust. 4 (który, został dodany przez artykuł 1 pkt 6 lit b ustawy z dnia 25 sierpnia 2001r. - Dz. U. Nr 100, poz. 1087 z późn. zm. – zmieniający ustawę o ochronie danych osobowych z dniem 3 października 2001r.) „Za prawnie usprawiedliwiony cel, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, uważa się w szczególności:

1) marketing bezpośredni własnych produktów lub usług administratora danych,
2) dochodzenie roszczeń z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej (ust. 4).

Niezależnie od powyższego, należy podkreślić, iż Spółka dokonała zmian w stosowanym wzorcu umownym w zakresie będącym przedmiotem niniejszych rozważań.

W obowiązującym od dnia 24 września 2000r. umowie abonenckiej zawarta jest odrębna, poza treścią umowy i całkowicie od niej niezależna klauzula regulująca udostępnianie danych osobowych i przesyłanie materiałów promocyjnych.

Zgodnie z § 6 ust. 1 umowy „ACC oświadcza, że w związku z świadczeniem usług określonych w § 2 lub w § 3, przetwarza dane osobowe Abonenta udostępnione w niniejszej Umowie i jest administratorem danych w rozumieniu ustawy z 29 sierpnia 1997r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. nr 133, poz. 883 z późn. zm.). Dane osobowe Abonenta są przetwarzane na podstawie przepisów art. 23 ust. 1 pkt 3 i pkt 5 w związku z przepisami art. 3 ust. 2 powołanej ustawy o ochronie danych osobowych

w sposób nie naruszający praw i wolności Abonenta oraz w celu wykonywania postanowień niniejszej Umowy na podstawie obowiązujących przepisów regulujących działalność w dziedzinie telekomunikacji. Abonent oświadcza, że został również poinformowany o prawie wglądu w swoje dane osobowe, prawie ich poprawiania oraz wyrażania sprzeciwu co do ich przetwarzania przez ACC w sposób niezgodny z prawem lub powołanymi w § 6 ust. 1: podstawą prawną i celem przetwarzania danych. Jednocześnie Abonent przyjmuje do wiadomości, że odbiorcą jego danych osobowych zawartych w Umowie jest ACC – według oznaczeń tego podmiotu określonego na początku umowy".

Do tekstu Umowy załączono Oświadczenie o treści:

„Na podstawie przepisów art. 23 ust. 1 ustawy z 29 sierpnia 1997r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. nr 133, poz. 883 z późn. zm.) niniejszym wyrażam zgodę na przetwarzanie przez Administratora danych, przez co rozumie się: Aster City Cable Spółkę z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Domaniewskiej 41 (02-672 Warszawa), udostępnionych przeze mnie w Umowie swoich danych osobowych do celów:

5. marketingowych – określanie zapotrzebowania na usługi telekomunikacyjne, TAK/NIE,
6. informacyjnych – o produktach i usługach świadczonych przez Administratora danych, w tym o usługach, które nie są związane z Umowa, TAK/NIE,
7. reklamowych – o świadczonych przez inne podmioty usługach i produktach powiązanych z usługami świadczonymi przez Administratora danych, TAK/NIE,
8. przesyłanie innych materiałów reklamowych i promocyjnych, TAK/NIE.

Jednocześnie oświadczam, że swoje dane osobowe podaję dobrowolnie i że zostałem/am zapoznany/a przez Administratora danych z przysługującym mi prawem wglądu w moje dane, prawem ich poprawiania oraz wyrażania sprzeciwu co do ich przetwarzania. Ponadto oświadczam, iż wiadomo mi, że odbiorcą moich danych osobowych zawartych w Umowie jest Administrator danych – według oznaczeń tego podmiotu określonych na początku oświadczenia."

Z informacji przekazanych przez ACC w piśmie z dnia 18 września 2001r. wynika, iż żaden z abonentów nie wyraził zgody na przetwarzanie jego danych osobowych. Zgodę na przesyłanie materiałów promocyjnych wyraziło 3.690 abonentów, w tym na podstawie nowego wzoru umowy - 57 abonentów.

Spółka przekazała ponadto informację, iż 3960 abonentów ACC wyraziło zgodę na przesyłanie materiałów promocyjnych innych podmiotów niż Spółka na piśmie, w formie odrębnego oświadczenia woli zawierającego, w myśl przepisów art. 23 ust. 1 pkt 1 ustawy z 29 sierpnia 1997r. o ochronie danych osobowych. W szczególności żaden z abonentów Spółki nie wyraził zgody na przetwarzanie swoich danych osobowych poprzez udostępnianie swoich danych osobom trzecim.

Pozostali abonenci ACC, tzn. abonenci, którzy nie dostarczyli oświadczeń o wyrażeniu zgody na inne niż objęte ustawowym zezwoleniem przetwarzanie danych osobowych, nie są traktowani jako podmioty, które wyraziły zgodę na przetwarzanie swoich danych osobowych poprzez przesyłanie materiałów promocyjnych innych podmiotów (pismo z dnia 20 listopada 2001r.).

Biorąc powyższe pod uwagę, przedmiotowych działań Spółki nie można uznać za przejaw praktyk ograniczających konkurencję, o których mowa w art. 8 ust. 2 pkt 4 oraz art. 8 ust. 2 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W związku z powyższym, orzeka się jak w sentencji.

Od decyzji niniejszej przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Antymonopolowego w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji, za pośrednictwem niniejszej Delegatury.

Z up. Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów

Otrzymują:

Pan Bartosz Kępiński
Pan Adam Jucewicz
Pełnomocnicy spółki Aster City Cable Sp. z o.o.
Aster City Cable Sp. z o.o.
ul. Domaniewska 41
02-672 WARSZAWA

(egzemplarz nie zawierający Załącznika Nr 1)