



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

RGD.536-19/00/01/HK

Gdańsk, dnia 27 lipca 2001r.

DECYZJA NR RGD.21/2001

Na podstawie art. 9, w związku z art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2000r., Nr 122, poz. 1319), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego, z urzędu, przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, nakazuje się Telewizji Kablowej SzelSat Sp. z o.o. w Gdyni i Miejskiemu Zakładowi Gospodarki Mieszkaniowej w Ełku zaniechanie stosowania praktyki polegającej na ograniczeniu dostępu do rynku przedsiębiorcom nie objętym porozumieniem zawartym przez skarżonych w dniu 18 września 1997r.

UZASADNIENIE

W trakcie badań rynku dostaw sygnału telewizji kablowej na terenie miasta E., przeprowadzonych przez organ antymonopolowy w 2000r., ustalono m.in., iż jedynym przedsiębiorcą świadczącym tego rodzaju usługi jest Telewizja Kablowa SzelSat Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni. Równocześnie, jak dowiodła analiza umów zawartych przez administratorów zasobów mieszkaniowych zlokalizowanych na tym obszarze i ww. operatora, do niektórych z nich, w tym do umowy z MZGM, strony włączyły postanowienia zapewniające dostawcy wyłączność prowadzenia działalności w długim okresie czasu.

W porozumieniu z dnia 18 września 1997r., kwestionowanym w niniejszym postępowaniu, na tę okoliczność wprowadzono następujące zapisy:

„§ 8

W związku z realizacją inwestycji ze środków własnych OPERATORA, któ-

80-824 GDAŃSK, UL. PODWALE PRZEDMIEJSKIE 30

TEL. (058) 346-29-32, TEL/FAX (058) 346-29-33, TEL. CENTRALA (058) 301-50-21

E-MAIL: GDANSK@UOKIK.GOV.PL

rych odzyskiwanie będzie możliwe w długim okresie czasu **ZAKŁAD** nie podejmie budowy sieci telewizji kablowej oraz modernizacji sieci AZART umożliwiających rozpraszanie programów satelitarnych, ani nie wyda zgody innym podmiotom na taką budowę lub modernizację, chyba, że nastąpi to w porozumieniu z dotychczasowym Operatorem.

§ 9

1. Umowa zostanie zawarta na czas określony do dnia 31.12.2011r.”

Mając na względzie ich treść, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w dniu 4 grudnia 2000r. wszczął, z urzędu, postępowanie administracyjne w sprawie nakazania zaniechania przez Telewizję Kablową SzelSat z siedzibą w Gdyni i MZGM z siedzibą w Ełku stosowania praktyki monopolistycznej polegającej na zawarciu porozumienia mającego na celu ograniczenie dostępu do rynku lub eliminowanie z rynku przedsiębiorców nim nie objętych, co w ówczesnym stanie prawnym mogło stanowić naruszenie art. 4 pkt 4 ustawy z dnia 24 lutego 1990r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (Dz.U. z 1999r., Nr 52, poz. 547 oraz z 2000r., Nr 31, poz. 381 i Nr 60, poz. 704), a w obecnym – art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2000r., Nr 122, poz. 1319).

Dyrektor MZGM, odpowiadając na „Zawiadomienie o wszczęciu [...]”, poinformował, iż:

- nie są mu znane zarówno okoliczności podpisania umowy z dnia 18 września 1997r. (a w szczególności – procedury wyboru operatora telewizji kablowej), jak i powody wprowadzenia do niej § 8 i 9, kwestionowanych przez organ antymonopolowy, a to dlatego, iż swoją funkcję pełni od dnia 24 kwietnia 1999r.,
- aktualne zasoby MZGM obejmują [...] budynków („okablowanych przez S”), w których znajduje się [...] mieszkań,
- nie dysponuje danymi dotyczącymi liczby gospodarstw domowych korzystających z oferty skarżonego operatora.

Z pisma Telewizji Kablowej „S” wynika z kolei, iż Spółka:

- wzięła udział w konkursie ofert mającym na celu wyłonienie przedsiębiorcy, któremu zostanie powierzona obsługa sieci kablowej należącej, w dacie jego ogłoszenia, do SM „Ś”, a zlokalizowanej „w zasobach mieszkaniowych większości administratorów e-ckich”, i przetarg wygrała;

- zobowiązała się w przedstawionej ofercie m.in. do:
 - ✓ odkupienia w całości istniejącej sieci telewizji kablowej i jej kompleksowej modernizacji,
 - ✓ podniesienia standardu obsługi odbiorców,
 - ✓ rozszerzenia atrakcyjności oferty programowej;
- zawarła z każdym z administratorów zasobów mieszkaniowych (w tym: z MZGM) odrębne umowy, na mocy których udostępniono jej – w celu prowadzenia obsługi operatorskiej – będące w ich gestii zasoby mieszkaniowe;
- dostarcza (w dacie przekazania informacji) sygnał telewizyjny (drogą kablową) do [...] mieszkań należących do MZGM.

Według Telewizji Kablowej Szelsat, mając na względzie powyższe okoliczności nie sposób uznać, by wybór dokonany przez SM „Ś” w Ełku, a w konsekwencji – przez MZGM, nosił, tak po stronie oferenta, jak i wygrywającego przetarg, znamiona zakazanej prawem praktyki monopolistycznej.

Takiego charakteru nie ma również, zdaniem operatora, włączenie do umowy zawartej z administratorem/zarządcą zasobów mieszkaniowych postanowienia zapewniającego mu wyłączność świadczenia (w ich granicach) usług, bowiem jako inwestor ponoszący znaczne nakłady środków (tu: związane z przejściem sieci od SM „Ś”, jak i koniecznością *„dostosowania zbiorczych instalacji radiowo-telewizyjnych (AZART) do odbioru programów radiofonii i telewizji publicznej bez jakichkolwiek możliwości subsydiowania tej części inwestycji ze strony właściciela zasobów mieszkaniowych”*) miał prawo oczekiwać przynajmniej ich zwrotu. *„Zapis – jak podniósł – wprawdzie bezpośrednio nie jest sam w sobie gwarantem zwrotu poniesionych nakładów, stanowi jednak pewien element zabezpieczający.”*

Prezes UOKiK, chcąc uwzględnić wszystkie okoliczności mogące wywierać wpływ na rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie (w tym: zakres potencjalnej i rzeczywistej konkurencji innych przedsiębiorców oferujących dostęp do programów telewizyjnych) zwrócił się do WIZJI TV Spółki z o.o. z siedzibą w Warszawie i CYFRY PLUS Spółki z o.o. z siedzibą w Warszawie, tj. operatorów telewizji satelitarnej, z prośbą o przekazanie informacji nt. ilości abonentów korzystających z ich usług na terenie E. Z

odpowiedzi uzyskanej od WIZJI TV wynika, iż jej odbiorcami na tym obszarze jest około [...] osób; drugi z operatorów nie odpowiedział na pismo organu antymonopolowego.

ORGAN ANTYMONOPOŁOWY ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE.

Z treści umowy z dnia 18 września 1997r. wynika, iż MZGM, jako zarządca/administrator budynków komunalnych, nie tylko „*wyraził zgodę i udostępnił*” operatorowi Telewizji Kablowej „S” „*zasoby mieszkaniowe oraz teren, na którym one się znajdują, w zakresie niezbędnym do obsługi operatorskiej sieci telewizji kablowej jako inwestycji własnej OPERATORA*” (§ 1), ale – równocześnie – przyjął na siebie zobowiązanie, iż w terminie do dnia 31 grudnia 2011r. „*nie podejmie budowy sieci kablowej oraz modernizacji sieci AZART umożliwiających rozprowadzanie programów satelitarnych, ani nie wyda zgody innym podmiotom na taką budowę lub modernizację, chyba, że nastąpi to w porozumieniu z dotychczasowym OPERATOREM*” (§ 8-9).

Przepisem stanowiącym w niniejszym postępowaniu podstawę do ewentualnego zakwestionowania przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazanych wyżej uzgodnień stron jest art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie [...], uznający za bezprawne, co do zasady, każde porozumienie, którego celem lub skutkiem jest ograniczanie dostępu do rynku lub eliminowanie z rynku przedsiębiorców nim nie objętych.

Aczkolwiek powołany zapis nie precyzuje bliżej kryteriów ich specyfikacji (szerzej w tej kwestii: Wiszniewska I., Reguły konkurencji a transakcje wyłączne, Warszawa 1995, s. 73-74), to nie budzi wątpliwości, że mogą go naruszać zarówno te, których założeniem lub rezultatem jest negatywne oddziaływanie na konkurencję, prowadzące do niepożądanego zmiany jej stanu (w tym: zmniejszenia intensywności), jak i te, wskutek których innym przedsiębiorcom (poza ich uczestnikami) skutecznie, i definitywnie, uniemożliwia się dostęp do rynku (Wiszniewska I., Reguły konkurencji ..., s. 11).

Ustawodawca, zakazując porozumień, o których mowa w art. 5, w szcze-

gólności dyskryminacyjnych, uznał jednak, iż niektóre z nich, noszące w literaturze przedmiotu – ze względu na ich znikome zagrożenie dla sprawności i efektywności mechanizmów konkurencji – miano bagatelnych (patrz: Gronowski S., Ustawa antymonopolowa. Komentarz. Warszawa 1996, s. 50-51), mogą znaleźć na gruncie ustawy o ochronie [...] usprawiedliwienie. Przesłanka ta stała się podstawą wyłączenia (art. 6):

- porozumień zawieranych pomiędzy konkurentami, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%, *oraz*
- porozumień, których uczestnikami są przedsiębiorcy działający na różnych szczeblach obrotu, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10%.

Zwolnione spod zakazu zawartego w art. 5 mogą zostać również te porozumienia, które przyczyniając się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub wzrostu postępu technicznego lub gospodarczego, zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających stąd korzyści, nie nakładając na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów, ani nie stwarzając tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów; w tym wypadku niezbędne będzie jednak stosowne rozporządzenie Rady Ministrów (art. 7).

Godzi się też zauważyć, iż ze względu na znaczną częstotliwość występowania w stosunkach gospodarczych transakcji zawierających klauzule wyłączności, ich stosowanie dopuszczono również w Kodeksie cywilnym – w zakresie umów sprzedaży, aczkolwiek, jak podnosi się w literaturze przedmiotu (patrz: Pietrzykowski K. [red.], Kodeks cywilny. Komentarz, tom II, wydanie 2 rozszerzone i zaktualizowane, Warszawa 2000, s. 50), ich „prawna doniosłość” powinna być w każdym wypadku weryfikowana w świetle ograniczeń stawianych przez inne ustawy (w tym ustawę o ochronie [...]).

Zdaniem organu antymonopolowego, żadna z przesłanek niezbędnych do usprawiedliwienia zapisów kwestionowanych w umowie z dnia 18 września 1997r. zawartej przez Telewizję Kablową „S” i MZGM nie została spełniona: nie jest to bowiem

ani porozumienie bagatelne (w rozumieniu art. 6 ustawy o ochronie [...]), ani nie wyłączono go spod działania powołanej ustawy na mocy rozporządzenia Rady Ministrów, nie posiada również znamion, o których mowa – w definiującym umowę sprzedaży – art. 535 K.c., tj. nie wiąże się z przeniesieniem na kupującego własności rzeczy, jej wydaniem ani z zapłatą za tę rzecz określonej ceny (patrz w podobnej sprawie: wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia z dnia 25 października 2000r., sygn. akt XVII Ama 13/00).

W tej sytuacji Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozważył, czy po uwzględnieniu podniesionych wyżej okoliczności, działania skarżonych przedsiębiorców wyczerpują – w świetle art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie [...] – znamiona praktyki ograniczającej konkurencję.

Fakt, iż zachowania tego rodzaju mogą być w każdym wypadku rozpatrywane wyłącznie w kontekście tzw. rynku relewantnego, tj. *„rynku towarów (usług), które ze względu na ich przeznaczenie 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”* (art. 4 ust. 8 ustawy o ochronie [...]), powoduje, iż jego delimitacja stanowi kluczowy punkt dalszych rozważań w niniejszej sprawie. Analizą objęto wymiary: przedmiotowy, terytorialny, czasowy oraz stronę podażową i popytową rynku.

Posiłkując się treścią definicji rynku relewantnego oraz orzecznictwem Sądu Antymonopolowego w innych, podobnych sprawach (patrz np.: wyroki z dnia 6 grudnia 2000r., sygn. akt XVII Ama 101/99, z dnia 2 kwietnia 2001r., sygn. akt Ama 12/01 i z dnia 9 maja 2001r., sygn. akt Ama 91/00), Prezes Urzędu stanął na stanowisku, iż wymiar produktowy konstytuują usługi polegające na umożliwieniu odbiorcy dostępu do programów telewizyjnych i radiowych, krajowych i zagranicznych, niezależnie od rodzaju transmitera (sieci kablowej, przekazu satelitarnego, w tym z platform cyfrowych, lub z nadajników naziemnych), za pomocą którego są dystrybuowane.

Organ antymonopolowy uznał też, iż pomimo określonych ograniczeń te-

chniczno-ekonomicznych związanych z każdym rodzajem przekazu (np. zbyt niski popyt na usługi telewizji kablowej w stosunku do koniecznych nakładów, brak możliwości umieszczenia anteny satelitarnej w dowolnym miejscu), mogą one stanowić dla abonentów – przy porównywalnych ofertach i warunkach cenowych – substytucyjne kanały pozyskiwania dostępu do interesujących ich pakietów programowych.

Drugim wymiarem rynku relewantnego jest – obok przedmiotowego – wymiar przestrzenny, zazwyczaj rozumiany jako obszar geograficzny, na którym warunki konkurencji dla wszystkich jego uczestników są – w odniesieniu do określonych towarów (usług) – jednakowe (bądź zbliżone). W niniejszym postępowaniu przyjęto, iż ma on charakter lokalny, wyznaczony przez zasięg sieci operatora telewizji kablowej, tworzącej trwałą infrastrukturę techniczną służącą przesyłowi programów telewizyjnych i radiowych, zlokalizowaną w granicach zasobów mieszkaniowych administrowanych przez MZGM. Zdaniem organu antymonopolowego, taka definicja wymiaru przestrzennego rynku znajduje swoje uzasadnienie w konieczności uzyskania przez każdego potencjalnego świadczeniodawcę przedmiotowych usług, zgody MZGM (jako administratora/zarządcy zasobów).

Aspekt czasowy rynku jest w niniejszym postępowaniu istotny o tyle, że ewentualne negatywne, z punktu widzenia stanu relacji konkurencyjnych, skutki zawarcia przez strony umowy z dnia 18 września 1997r. zapewniającej „S” – w obrębie zasobów mieszkaniowych MZGM – wyłączność świadczenia usług przekazu sygnału telewizyjnego drogą kablową trwałyby, zgodnie postanowieniem § 9 pkt 1, aż do dnia 31 grudnia 2011r.

Struktura podmiotowa tak zdefiniowanego rynku relewantnego jest szczególnie: tworzą ją „S”, dostawcy programów telewizyjnych przekazywanych drogą satelitarną (w tym platformy cyfrowe), MZGM w E. oraz indywidualni abonenci (mieszkańcy administrowanych/zarządzanych przez niego zasobów).

O ile nie budzi wątpliwości transparentny charakter strony podażowej, o tyle wyjaśnienia wymaga strona popytowa rynku relewantnego. W porozumieniu z dnia 18 września 1997r., zawartym przez „S” i MZGM, postanowiono, iż *„... podłączenie indywidualnych Abonentów nastąpi za ich zgodą i po podpisaniu umowy indywi-*

dualnej z Operatorem." Z przywołanego zapisu wynika jednoznacznie, iż świadczenie usług telewizji kablowej odbywa się na podstawie umów swobodnie zawieranych przez abonentów, a MZGM nie można przypisać statusu „konsumenta zbiorowego”, zaspokajającego „zbiorczo” potrzeby kulturalne mieszkańców administrowanych przez niego zasobów. Tę funkcję skarżony realizuje jedynie pośrednio, tj. poprzez umożliwienie dostępu do administrowanej przez niego infrastruktury tym przedsiębiorcom, którzy świadczą usługi przekazu sygnału telewizyjnego drogą kablową, i stworzenie odpowiednich warunków technicznych dla indywidualnego zaspokajania potrzeb przez osoby zamieszkujące w zasobach MZGM.

Jakkolwiek dla stwierdzenia praktyki monopolistycznej związanej z naruszeniem art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie [...] nie jest konieczne posiadanie na rynku relewantnym pozycji dominującej przez żadnego z uczestników porozumienia, tym niemniej poprawna metodologicznie ocena skutków jego zawarcia dla stanu konkurencji nie może nie uwzględniać zarówno siły (ekonomicznej) przedsiębiorców będących stronami porozumienia (estymowanej wielkością udziału w rynku), jak i barier dostępu do rynku, powstających w związku z tym dla innych przedsiębiorców.

Z materiałów znajdujących się w aktach postępowania wynika, iż zasoby mieszkaniowe MZGM obejmują [...] budynków, w których znajduje się [...] mieszkań; do [...] z nich „S” dostarcza sygnał telewizji kablowej. Mając na uwadze przyjęte w sprawie określenie przedmiotu rynku relewantnego Prezes UOKiK wystąpił również do dystrybutorów pakietów cyfrowych „Wizja TV” i „CYFRA+” z zapytaniem o ofertę programową oraz ilość abonentów oferowanych przez nich usług. Nie uzyskano odpowiedzi od „CYFRA+”, natomiast „WIZJA TV” określiła ich ilość na ok. [...] osób. W tej sytuacji, gdyby nawet przyjąć, iż wszyscy odbiorcy tej platformy mieszkają wyłącznie w zasobach administrowanych przez MZGM, a domniemany udział w rynku „CYFRA+” uznać za zbliżony do udziału „WIZJI TV” (podobnie, jak ma to miejsce na rynku krajowym), to skarżony operator i tak posiadałby pozycję dominującą na rynku.

Mając na względzie przeprowadzoną wyżej analizę Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stanął na stanowisku, iż istnieją wystarczające przesłan-

ki, by uznać treść porozumienia zawartego w dniu 18 września 1997r. przez Telewizję Kablową „S” i MZGM (zwłaszcza jego § 8 i 9) za naruszającą przepis art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o ochronie [...].

Decydujące dla przyjęcia takiego rozstrzygnięcia okazały się następujące okoliczności:

- nie budzi wątpliwości uprzywilejowana pozycja stron umowy na obszarze zasobów mieszkaniowych należących do MZGM,
- zawarte przez skarżonych przedsiębiorców porozumienie skutecznie ogranicza sprawność działania mechanizmów konkurencji, a w wypadku dostawców sygnału telewizyjnego drogą kablową – uniemożliwia ich funkcjonowanie całkowicie (poprzez wprowadzenie długotrwałej i trudnej do pokonania bariery dostępu w postaci klauzuli wyłączności świadczenia tych usług przyznanej na rzecz Telewizji Kablowej „S” oraz deklaracji powstrzymania się – przez administratora – od budowy własnej sieci i wydania zgody innym operatorom na prowadzenie przedmiotowej działalności),
- akceptacja MZGM dla postanowień umowy z dnia 18 września 1997r. powoduje, iż podjął się on – bez żadnego uzasadnienia prawnego i wbrew interesom rzeczywistych ich konsumentów (por. w tej sprawie wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 25 października 2000r., sygn. akt XVII Ama 13/00) – roli „zbiorowego konsumenta” usług telewizji kablowej na administrowanym przez siebie obszarze, pozbawiając w ten sposób abonentów chociażby możliwości dokonania wyboru odpowiadającego im kontrahenta (dostawcy programów telewizyjnych i radiowych drogą kablową).

W tym stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

POUCZENIE: Od decyzji niniejszej służy odwołanie do Sądu Okręgowego – Sądu Antymonopolowego za pośrednictwem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatury w Gdańsku w terminie 14 dni od daty jej doręczenia.