



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK2-411-07/04/KD

Warszawa, dn. 14 maja 2007 r.

DECYZJA NR DOK- 59/07

I. Na podstawie art. 10 ust. 2 w związku z art. 8 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jednolity: Dz. U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080 z późn. zm.) oraz w związku z brzmieniem art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu wszczętego na wniosek Związku Telewizji Kablowych w Polsce Izba Gospodarcza z siedzibą w Łodzi, postępowania antymonopolowego,

uznaje działanie Discovery Communications Europe z siedzibą w Londynie, Wielka Brytania na krajowym rynku hurtowego dostarczania płatnych kanałów telewizyjnych o tematyce popularno – naukowej i przyrodniczej w polskiej wersji językowej, polegające na stosowaniu w umowach dotyczących dostarczania telewizyjnego kanału tematycznego „Animal Planet”, zawieranych z operatorami płatnej telewizji kablowej, niejednorodnych warunków cenowych, stwarzających tym operatorom zróżnicowane warunki konkurencji poprzez zawieranie w tych umowach klauzuli uzależniającej udzielenie specjalnego upustu cenowego od członkostwa operatora w jednej z izb gospodarczych stowarzyszających operatorów telewizji kablowej, **za praktykę ograniczającą konkurencję** określoną w art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz **stwierdza zaniechanie jej stosowania z dniem 31 grudnia 2005 r.**

II. Na podstawie art. 75 w związku z art. 69 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na Discovery Communications Europe z siedzibą w Londynie, Wielka Brytania obowiązek zwrotu na rzecz Związku Telewizji Kablowych w Polsce Izba Gospodarcza z siedzibą w Łodzi kosztów niezbędnych do celowego dochodzenia praw i celowej obrony - w kwocie 1 955 zł (słownie: tysiąc dziewięćset pięćdziesiąt pięć złotych), które wnioskodawca poniósł w przedmiotowym postępowaniu.

UZASADNIENIE

W dniu 22 listopada 2002 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes Urzędu, Prezes UOKiK lub organ antymonopolowy) wpłynął wniosek Związku Telewizji Kablowych w Polsce Izba Gospodarcza z siedzibą w Łodzi (dalej także: ZTK lub Wnioskodawca) w sprawie wszczęcia postępowania antymonopolowego przeciwko Discovery Communications Europe z siedzibą w Wisconsin, Maryland, Stany Zjednoczone Ameryki Północnej (dalej: DCE - USA). We wniosku zarzucono DCE - USA stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję określonej w art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jednolity: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm., dalej: Ustawa), polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku hurtowego dostarczania telewizyjnego kanału tematycznego „Animal Planet” poprzez stosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji.

Wnioskodawca wskazał, że warunki określone w umowach o dostarczanie sygnału telewizyjnego kanału tematycznego „Animal Planet” nie są jednolite w stosunku do wszystkich operatorów telewizji kablowej. Uzależniają one udzielenie specjalnego upustu cenowego w związku z dostarczaniem kanału „Animal Planet” od członkostwa w Ogólnopolskiej Izbie Gospodarczej Komunikacji Kablowej (dalej: OIGKK).

W dniu 4 lutego 2003 r. Prezes Urzędu wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy nastąpiło naruszenie przepisów Ustawy przez DCE - USA lub przez jej oddział z siedzibą w Londynie, Wielka Brytania (dalej także: DCE), poprzez nadużywanie pozycji dominującej określonej w art. 8 ust. 2 pkt 3 Ustawy, polegające na stosowaniu w umowach z operatorami telewizji kablowej dotyczącymi dostarczania telewizyjnego kanału tematycznego „Animal Planet” niejednorodnych warunków umów, stwarzających im zróżnicowane warunki konkurencji (sygn. akt DDI2-55/10/2002/MK).

Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, postanowieniem z dnia 23 czerwca 2003 r. Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania pozycji dominującej przez DCE - USA na rynku hurtowego dostarczania telewizyjnego kanału tematycznego „Animal Planet”, polegającego na stosowaniu w umowach dotyczących dostarczania telewizyjnego kanału tematycznego „Animal Planet”, zawieranych z operatorami płatnej telewizji, niejednorodnych warunków cenowych, stwarzających tym operatorom zróżnicowane warunki konkurencji, co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

W toku powyższego postępowania, wobec braku odpowiedzi DCE – USA na dwukrotne zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu zwrócił się do Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (dalej: KRRiŹT) o wskazanie nazwy i adresu spółki wpisanej we właściwym rejestrze jako nadawca programu „Animal Planet”. W odpowiedzi KRRiŹT – pismem z dnia 12 lipca 2004 r. – wskazała, iż nadawcą przedmiotowego programu na terytorium PR jest Discovery Communications Europe z siedzibą w Londynie, Wielka Brytania (DCE).

Prezes Urzędu zwrócił się zatem do Wnioskodawcy o rozważenie zmiany wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego w zakresie podmiotu, któremu zarzuca się stosowanie praktyk ograniczających konkurencję w przedmiotowej sprawie.

Wnioskodawca pismem z dnia 24 lipca 2004 r., podtrzymując wcześniej prezentowane stanowisko, rozszerzył wniosek z dnia 18 listopada 2002 r. o wszczęcie postępowania antymonopolowego w taki sposób, że skierował swój zarzut również wobec DCE z siedzibą w Londynie.

Wobec ustaleń dokonanych w toku postępowania wyjaśniającego oraz ww. postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu, działając na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. w związku z art. 80 Ustawy, umorzył w dniu 4 listopada 2004 r. postępowanie antymonopolowe wszczęte na wniosek ZTK w sprawie nadużywania przez DCE – USA pozycji dominującej na rynku hurtowego dostarczania telewizyjnego kanału tematycznego „Animal Planet” (Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 4 listopada 2004 r., Nr DOK – 114/2004) jako bezprzedmiotowe z uwagi na brak legitymacji biernej po stronie DCE – USA.

ZTK nie wniosło odwołania od powyższej decyzji.

Postanowieniem z dnia 18 listopada 2004 r. w związku z rozszerzeniem zakresu wniosku, Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania pozycji dominującej przez Discovery Communications Europe z siedzibą w Londynie, Wielka Brytania, polegającego na stosowaniu w umowach dotyczących dostarczania telewizyjnego kanału tematycznego „Animal Planet”, zawieranych z operatorami płatnej telewizji kablowej, niejednorodnych warunków cenowych, stwarzających tym operatorom zróżnicowane warunki konkurencji, co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy (sygn. akt: DOK2 – 411-7/04/KD).

Jednocześnie, działając na podstawie art. 65 ust. 4 ww. ustawy, Prezes Urzędu zaliczył w poczet dowodów tegoż postępowania antymonopolowego, informacje uzyskane w trakcie:

- postępowania wyjaśniającego w sprawie wstępnego ustalenia, czy nastąpiło naruszenie przepisów ww. ustawy przez Discovery Communications Europe z siedzibą w Wisconsin,

Maryland, USA lub jej oddział z siedzibą w Londynie, Wielka Brytania (sygn. akt: DDI-2-55/10/2002/MK),

- postępowania antymonopolowego w związku z podejrzeniem nadużywania przez Discovery Communications Europe z siedzibą w Wisconsin, Maryland, Stany Zjednoczone Ameryki Północnej, pozycji dominującej, polegającego na stosowaniu w umowach z operatorami telewizji kablowej o dostarczanie kanału telewizyjnego „Animal Planet” niejednorodnych warunków cenowych, stwarzających tym operatorom zróżnicowane warunki konkurencji, co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy (sygn. akt: DDI-2-55/10/2002/MK), o czym poinformował strony przedmiotowego postępowania.

Postanowieniem z dnia 7 września 2006 Prezes Urzędu zmienił postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego w niniejszej sprawie poprzez wskazanie rynku właściwego, na którym dojsć mogło do nadużywania pozycji dominującej przez DCE.

W ramach postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu ustalił, co następuje.

Strony postępowania

Związek Telewizji Kablowych w Polsce Izba Gospodarcza z siedzibą w Łodzi jest dobrowolnym zrzeszeniem operatorów telewizji kablowej oraz podmiotów prowadzących działalność gospodarczą związaną z funkcjonowaniem telewizji kablowej. ZTK działa na podstawie ustawy z dnia 30 maja 1989 r. o *izbach gospodarczych* (Dz. U. Nr 35, poz. 195 z późn. zm.) oraz statutu związku z 10 stycznia 1998 r., jest wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego - Rejestru Stowarzyszeń, Innych Organizacji Społecznych i Zawodowych, Fundacji oraz Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej pod numerem KRS 0000128771.

Swoimi działaniami ZTK przyczynia się do tworzenia warunków rozwoju życia gospodarczego oraz wspiera inicjatywy gospodarcze swoich członków (art. 5 ust. 2 pkt 1 ustawy o *izbach gospodarczych*), działa na zewnątrz w ich imieniu oraz chroni ich interesy (§ 4 ust. 2 i ust. 5 statutu związku), zapewnia optymalne warunki rozwoju i korzystania z sieci telewizji kablowych, w tym rozwój technik przekazu kablowego.

Discovery Communications Europe z siedzibą w Londynie, Wielka Brytania jest jednym z większych przedsiębiorców w branży mediów i rozrywki o zasięgu globalnym. DCE

dostarcza oryginalne programy popularnonaukowe za pośrednictwem tematycznych kanałów telewizyjnych, w sieci obejmującej Europę, Bliski Wschód i Afrykę.¹ Na terytorium Polski DCE jest nadawcą w szczególności pięciu płatnych kanałów telewizji kablowej o tematyce popularnonaukowej, tj.: Discovery Channel, Animal Planet, Discovery Civilisation, Discovery Travel and Adventure, Discovery Science.

Formą prawną działania DCE jest amerykańska spółka partnerska, tzw. *Colorado General Partnership* pomiędzy Discovery Productions Inc. z siedzibą w Silver Spring w stanie Delaware, USA oraz Discovery Communications Limited, LLC z siedzibą w Silver Spring, Delaware, USA.²

Podmiotami uprawnionymi do działania w imieniu DCE na terytorium RP są:

- Discovery Polska Sp. z o.o. – w zakresie sprzedaży czasu antenowego w celach reklamowych oraz promocji programów Discovery oraz
- Zone Vision Cable & Satellite Limited, która na mocy umowy z DCE działa w charakterze jej agenta w zakresie dystrybucji w sieci kablowej kanałów oferowanych przez DCE na terenie Europy Centralnej i Wschodniej. Zakres usług tego agenta obejmuje również negocjowanie i administrowanie umowami dystrybucyjnymi oraz gromadzenie i przekazywanie DCE informacji na temat faktur, płatności i in., zgodnie z treścią tychże umów. Jak wynika z wyjaśnień DCE zawartych w piśmie z dnia 2 listopada 2006 r., Zone Vision w okresie obejmującym stosowanie przedmiotowych klauzul nie była upoważniona do zawierania jakichkolwiek umów w imieniu DCE.

DCE działa na rynku polskim na podstawie licencji wydanej dla tego podmiotu na nadawanie kanałów telewizyjnych na terytorium Wielkiej Brytanii. Pismem z dnia 9 stycznia 2007 r. DCE przekazało dokument potwierdzający udzielenie mu przez brytyjską Niezależną Komisję ds. Telewizji (obecnie: Urząd Komunikacji, Ofcom) w dniu 18 października 1996 r. licencji na rozpowszechnianie kanału telewizyjnego „Animal Planet” na okres 10 lat. Wobec postanowień ratyfikowanej przez RP Europejskiej konwencji o telewizji ponadgranicznej zawartej w Strasburgu dnia 5 maja 1989 r.³, a następnie zgodnie z regulacją dyrektywy Rady z dnia 3 października 1989 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej (Dz. U. UE L z dnia 17 października 1989 r., 89/552/EWG), licencja ta pozwalała DCE prowadzić działalność w zakresie nadawania kanału telewizyjnego „Animal Planet” na terenie RP w latach 1996 – 2006 a zatem również w okresie, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie antymonopolowe.

¹ Pismo DCE z dnia 20 grudnia 2004 r.

² Załącznik Nr 3 do pisma DCE z dnia 20 grudnia 2004 r.

³ Dz. U. z 1995 r., Nr 32, poz. 160.

Jak wynika z materiału dowodowego załączonego do wniosku ZTK z dnia 18 listopada 2002 r., DCE stosowało we wzorcach umów o dostarczanie operatorom telewizji kablowej (operatorzy TVK) kanału telewizyjnego „Animal Planet” zapisy gwarantujące korzystniejsze warunki cenowe operatorom należącym do jednej z izb gospodarczych telewizji kablowej.

Wzorzec umowy przewidziany do stosowania w okresie od 1 lipca 1997 r. do 30 czerwca 2001 r. zawierał (w paragrafie 5 załącznika) następującą taryfikację wysokości miesięcznej opłaty licencyjnej przypadającej na jednego abonenta:

<i>„Data rozpoczęcia transmisji:</i>	<i>Opłata licencyjna:</i>
<i>1.07.97 – 30.06.98</i>	<i>0,16 \$</i>
<i>1.07.98 – 30.06.99</i>	<i>0,18 \$</i>
<i>1.07.99 – 30.06.00</i>	<i>0,21 \$</i>
<i>1.07.00 – 30.06.01</i>	<i>0,25 \$</i>

Jeżeli w dowolnym czasie w okresie ważności licencji operator będzie lub zostanie członkiem Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Operatorów Telewizji Kablowych (Stowarzyszenia) (Obecnie PIKE⁴ – przyp. Prezesa Urzędu, dalej: OSOTK) i będąc jego członkiem prowadzić będzie (w ramach niniejszej umowy) działalność w zakresie dystrybucji programu ANIMAL PLANET i DISCOVERY nadawanego poprzez satelitę znanego pod nazwą THE DISCOVERY CHANNEL EUROPE to wówczas opłata licencyjna określona powyżej zostanie obniżona przez DISCOVERY o 25% (dwadzieścia pięć procent) w okresie, w którym programy te obejmie działalność operatora.

Wspomniana powyżej obniżka nie ma zastosowania w przypadku, gdy operator przestanie być członkiem Stowarzyszenia.”

Natomiast wzorzec przewidziany na okres od 1 lipca 2001 r. do 30 czerwca 2004 r. zawierał ustalenia w brzmieniu:

<i>„Data rozpoczęcia transmisji:</i>	<i>Opłata licencyjna:</i>
<i>1.07.01 – 30.06.04</i>	<i>0,25 \$</i>

Jeżeli w dowolnym czasie w okresie ważności licencji operator będzie lub zostanie członkiem Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Komunikacji Kablowej (Izba) (Obecnie PIKE – przyp. Prezesa Urzędu, dalej: OIGKK) i będąc jej członkiem prowadzić będzie (w ramach niniejszej umowy) działalność w zakresie dystrybucji programu ANIMAL PLANET i DISCOVERY nadawanego poprzez satelitę, znanego pod nazwą THE

⁴ Polska Izba Komunikacji Elektronicznej.

DISCOVERY CHANNEL EUROPE to wówczas opłata licencyjna określona powyżej zostanie obniżona przez DISCOVERY do 0,18 USD w okresie, w którym programy te obejmie działalność operatora.

Wspomniana powyżej obniżka nie ma zastosowania w przypadku, gdy operator przestanie być członkiem stowarzyszenia.”

Jak wynika z powyższego, DCE w swoich umowach uzależniało udzielenie operatorowi TVK specjalnego rabatu na zakup praw do transmisji kanału „Animal Planet” od dwóch czynników. Po pierwsze, operator ten musiał jednocześnie być stroną umowy z DCE dotyczącej nabywania praw do transmisji innego kanału telewizyjnego znajdującego się w ofercie DCE – „Discovery Channel”, po wtóre – musiał być członkiem jednej z izb gospodarczych zrzeszających operatorów telewizji kablowej - OIGKK (wcześniej OSOTK, obecnie PIKE).

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego oraz postawione we wniosku zarzuty, DCE pismem z dnia 20 grudnia 2004 r. oraz pismem z dnia 29 września 2005 r. przedstawiło swoje stanowisko odnośnie do rynku, na którym działa i który powinien być uznany za rynek właściwy w sprawie, zajmowanej przez siebie na tym rynku pozycji oraz stosowania w umowach z polskimi operatorami telewizji kablowej niejednorodnych warunków cenowych.

DCE, powołując się na orzecznictwo Komisji Europejskiej oraz raport z lipca 2005 r. odnośnie definicji rynku właściwego w sektorze mediów przygotowany na zlecenie Komisji przez Instytut Europejskiego Prawa Mediów⁵, wskazało na **rynek wszystkich podstawowych kanałów płatnej telewizji w Polsce** jako **właściwy w przedmiotowej sprawie**. Wyrażono tu pogląd, iż poszczególne kanały telewizyjne traktować należy jako wzajemne substytuty z uwagi na wysoki stopień zastępowalności po stronie popytu oraz podaży. DCE podniosło, iż głównym celem operatorów jest dostarczanie jak najszerszej oferty programowej poprzez dostępność różnych kanałów ogólnych oraz tematycznych. Zdaniem DCE kanały tematyczne bywają ponadto definiowane w sposób dowolny, a kanały o tematyce ogólnej, z samej swojej istoty, zawierają wiele programów (audycji) o charakterze tematycznym, np. dokumentalnym.

Zastępowalność z punktu widzenia podaży DCE tłumaczy faktem, iż operatorzy platform telewizji kablowej mają swobodę w wyborze kanałów, które będą przez nich oferowane w ramach pakietu, swobodę w zakresie określania zawartości pakietów oraz warunków, na jakich będą one oferowane klientom. DCE stanęło również na stanowisku, że nie ma podstaw do

⁵ Institute of European Media Law, „Media Market Definitions – Comparative Legal Analysis”.

segmentacji rynku telewizji płatnej na rynek telewizji kablowej oraz cyfrowej, gdyż ta ostatnia ma być tylko rozwinięciem płatnej telewizji analogowej.

Ponadto, DCE wskazało, iż zbyt wąskie określenie rynku właściwego w przedmiotowej sprawie (określone przy uwzględnieniu kryterium zawartości tematycznej kanału) może powodować znaczny wzrost niepewności prawnej po stronie podmiotów działających na tymże rynku. Może to również zniechęcać nowych, potencjalnych nadawców do inwestycji na takim rynku, w związku z niepewnością, co do oceny prawnej niektórych działań i decyzji o charakterze biznesowym. W opinii DCE, podejście oparte na szerszej definicji rynku właściwego, stanowi stosowniejsze wyważenie interesów pomiędzy potrzebą zapewnienia warunków swobodnej i nieskrępowanej konkurencji na rynku płatnej telewizji a wiążącym się z nadmierną ingerencją ze strony państwa, ryzykiem zmniejszenia innowacyjności i inwestycji na tym rynku.

Jednocześnie, DCE ustaliło **swój udział** w tak zdefiniowanym rynku właściwym w latach 1997 – 2002 na 1 – 2 %. Udział ten policzony został w oparciu o dostarczone DCE przez firmę AGB Polska Sp. z o.o. dane oparte na badaniu oglądalności telewizji kablowej i satelitarnej oraz jedynie w odniesieniu do kanału „Animal Planet”. Ustalono bowiem, iż był on jednym z 45 kanałów oferowanym odbiorcom telewizji kablowej i satelitarnej w Polsce w roku 1997 oraz jednym z 60 w 2002 r. Wskazano jednocześnie, iż nie występowały w powyższym okresie żadne bariery wejścia na rynek płatnej telewizji w Polsce, a możliwości techniczne gwarantowały istnienie na rynku nawet większej liczby kanałów.

W związku z rozbieżnością w zakresie definiowania rynku właściwego w sprawie występującą pomiędzy:

1. pierwotnym stanowiskiem Wnioskodawcy, według którego zarzucana praktyka ma miejsce na rynku transmisji kanału telewizyjnego „Animal Planet”, na którym DCE, jako jedyny podmiot uprawniony do dysponowania prawami do nadawania tego programu na terytorium RP, posiada pozycję dominującą, a
2. stanowiskiem DCE, zgodnie z którym rynkiem właściwym w przedmiotowej sprawie jest rynek wszystkich podstawowych kanałów płatnej telewizji w Polsce, w którym DCE posiada nieznaczný udział,

Prezes Urzędu zdecydował się na przeprowadzenie badania rynku płatnych programów telewizji kablowej w Polsce. Z listy operatorów TVK zamieszczonej na stronie internetowej URTiP (obecnie UKE) wybrano 17 największych pod względem liczby obsługiwanych abonentów oraz pismem z dnia 16 lutego 2005 r. zadano im pytania odnośnie do nabywanych przez nich praw do

emisji licencjonowanych kanałów telewizyjnych. Operatorzy przedstawili nazwy nabywanych w latach 2002 – 2004 kanałów, nazwy oraz siedziby ich nadawców, wersję językową i zawartość tematyczną kanałów oraz wysokość miesięcznej opłaty za 1 gniazdo abonenckie i liczbę tych gniazd.

Przeprowadzone przez Urząd badanie rynku oraz analiza właściwego orzecznictwa antymonopolowego doprowadziły do przekonania, iż zarzucana DCE praktyka ograniczająca konkurencję może mieć miejsce na krajowym rynku hurtowego dostarczania płatnych kanałów telewizyjnych o tematyce popularno-naukowej i przyrodniczej w polskiej wersji językowej. Oznaczało to, iż wypracowane stanowisko Prezesa Urzędu w kwestii wyznaczenia rynku właściwego nie jest zgodne, ani ze stanowiskiem DCE, ani też dotychczasowym wnioskiem ZTK.

W związku z tym, Prezes Urzędu pismem z dnia 16 sierpnia 2006 r. poinformował obydwie strony niniejszego postępowania o wynikach przeprowadzonego badania dotyczącego wyznaczenia rynku właściwego, na którym dojść miało do zarzucanych DCE praktyk.

Podzielając wspomniane ustalenia organu antymonopolowego Wnioskodawca pismem z dnia 26 sierpnia 2006 r. zmodyfikował swój wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego w niniejszej sprawie wskazując, iż zarzucana DCE praktyka znajduje miejsce na rynku hurtowego dostarczania płatnych kanałów telewizyjnych o tematyce popularno-naukowej i przyrodniczej w polskiej wersji językowej.

Wobec powyższego, postanowieniem z dnia 7 września 2006 r. Prezes Urzędu zmienił postanowienie z dnia 18 listopada 2004 r. wszczynające postępowanie antymonopolowe w niniejszej sprawie poprzez wskazanie w jego treści rynku właściwego, na którym dojść mogło do zarzucanych DCE praktyk, ustalonego jak wspomniano.

Odnosząc się natomiast do **zarzucanej praktyki**, DCE w pismach z 20 grudnia 2004 r., 29 września 2005 r. oraz 23 kwietnia 2007 r. podniosło, iż klauzula wprowadzająca niejednolite warunki cenowe dla operatorów telewizji kablowej wprowadzona do wzorców umów w 1997 r. miała swoje uzasadnienie ekonomiczne, usunięta została z tych wzorców w roku 2002 oraz nigdy nie była wykorzystywana w praktyce.

Klauzula zapewniająca udzielenie specjalnego upustu operatorom telewizji kablowej, dokonującym jednocześnie zakupu praw do transmisji kanału „Discovery Channel” oraz będących członkami OIGKK (wcześniej OSOTK) wprowadzona do umów o dystrybucję kanału „Animal Planet” sprzyjać miała utworzeniu scentralizowanego punktu, od którego DCE mogło rozpocząć szybką i efektywną współpracę z operatorami telewizji kablowej.

Przedmiotowa klauzula wprowadzona była do wzorców umów przewidzianych do stosowania w latach 1997 – 2004. Ostatni wzorzec ją zawierający sporządzony został w 2001 roku i przewidywał okres trwania umowy (ważności licencji) do końca czerwca 2004 r. Umowy zawarte przy pomocy powyższego wzorca miały być, zgodnie z jego zapisami, automatycznie przedłużane na warunkach uzgodnionych pierwotnie, z wyjątkiem warunków finansowych, które miały być renegocjowane po upływie ważności umowy, a od tego momentu corocznie.

Jak wynika z pisma DCE z dnia 29 września 2005 r., od roku 2002 zakwestionowana klauzula nie była wprowadzana do treści umów na dystrybucję kanałów Discovery. W przypadku renegocjacji warunków umów oraz za każdym razem, gdy podpisywano nowe umowy, kwestionowana klauzula usuwana była z ich treści. Jednakże, jak podkreśla DCE, w sytuacji gdy umowy ulegały automatycznemu przedłużeniu bez przeprowadzania negocjacji, nie dokonywano żadnych zmian w pierwotnym brzmieniu umów. Pismem z dnia 29 września 2005 r. DCE zadeklarowało podjęcie działań mających na celu zmianę wszystkich umów o nadawanie programu Animal Planet w Polsce w zakresie usunięcia przedmiotowej klauzuli. Jak wynika z późniejszej korespondencji DCE, w roku 2005 przedsiębiorca ten skierował pisma z odpowiednimi aneksami umów licencyjnych do wszystkich licencjobiorców, których umowy o dostarczanie kanału „Animal Planet” uległy automatycznemu przedłużeniu bez renegocjacji warunków finansowych. W związku z podjętymi działaniami DCE deklaruje, iż kwestionowana klauzula została ostatecznie usunięta ze wszystkich umów dotyczących dostarczania kanału „Animal Planet” z końcem 2005 r.

Na dowód odstąpienia od stosowania przedmiotowej klauzuli, DCE przekazało wzory nowych umów stowarzyszeniowych z polskimi operatorami TVK, które nie przewidują już upustu cenowego dla członków PIKE.

Jednocześnie, DCE zapewniło, iż nigdy w praktyce nie skorzystało z przedmiotowej klauzuli, a oferowane przez nią warunki finansowe w odniesieniu do licencjonowania kanału „Animal Planet” zawsze były równie korzystne dla wszystkich operatorów TVK w Polsce. Upust cenowy miał być stosowany zawsze wtedy, gdy operator nabywał jednocześnie prawa licencyjne do dwóch kanałów DCE: „Animal Planet” oraz „Discovery Channel”.

Na dowód powyższego, DCE przekazało w załączeniu do pisma z dnia 2 grudnia 2004 r., kopie przykładowych 24 faktur wystawionych w latach 2001 – 2004 operatorom zrzeszonym w Związku Telewizji Kablowych w Polsce z siedzibą w Łodzi, czyli wnioskodawcy przedmiotowego postępowania.

Faktury te potwierdzają udzielanie powyższym operatorom upustu w opłacie licencyjnej za nabywanie kanału „Animal Planet” w przypadku jednoczesnego nabywania praw do emisji kanału „Discovery Channel”.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zwrócił się do Wnioskodawcy pismem z dnia 21 listopada 2005 r. o przedstawienie wszelkich informacji i dokumentów, będących w jego posiadaniu, z których wynika, iż DCE faktycznie stosowało klauzulę różnicującą cenę za nabywanie kanału telewizyjnego „Animal Planet” w zależności od przynależności do jednej z branżowych izb gospodarczych.

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Prezesa UOKiK, ZTK wskazał na 27 przynależących doń operatorów TVK, którzy przy jednoczesnym zakupie kanału „Discovery Channel” mieliby płacić za nabywanie kanału „Animal Planet” stawkę podstawową, nie uwzględniającą rabatu przyznanego zgodnie z umową tylko operatorom zrzeszonym w OIGKK /OSOTK. Na dowód powyższego Wnioskodawca przekazał kopie odpowiednich umów licencyjnych zawartych przez DCE z tymi operatorami.

W związku z faktem, iż Wnioskodawca nie przesłał żadnego dokumentu mogącego świadczyć o rzeczywistych stawkach uiszczanych przez przynależących doń operatorów, Prezes Urzędu postanowił sprawdzić wysokość tych stawek w bezpośredniej korespondencji ze wskazanymi przez ZTK przedsiębiorcami. Pismem z dnia 27 stycznia 2006 r. zwrócił się zatem do przedmiotowych operatorów o wskazanie, jakie stawki płacili oni za nabywanie od DCE kanału telewizyjnego „Animal Planet” przy jednoczesnym zakupie kanału „Discovery Channel” w okresie ich członkostwa w ZTK oraz przekazanie wszelkich dokumentów, w tym przykładowych faktur wystawianych przez DCE, mogących potwierdzić wysokość płaconych stawek.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Prezesa Urzędu, jeden z przedsiębiorców – Spółdzielnia Mieszkaniowa „Tęcza” z siedzibą w Turku - przesłał wyjaśnienie, iż w żadnym czasie od chwili nabywania od DCE praw do transmisji kanału „Animal Planet” nie dokonywał równoległej transmisji kanału „Discovery Channel”, nie był zatem związany z DCE umową licencyjną na nabywanie tegoż kanału. Przedsiębiorca ten był jednocześnie jedynym spośród wymienionych przez Wnioskodawcę podmiotów, zobowiązanym do uiszczania podstawowej stawki za nabywanie kanału „Animal Planet” w wysokości 0,25 \$.

Zgodnie z przedmiotem niniejszego postępowania antymonopolowego, współpraca ww. spółdzielni z DCE nie podlegała dalszej analizie Prezesa Urzędu.

Pozostali przedsiębiorcy (w liczbie 26) wskazywali na stawki o rozpiętości od **[Tajemnica przedsiębiorstwa, punkt 1 załącznika nr 1 do decyzji]** \$ za gniazdo abonenckie uiszczane DCE za nabywanie kanału telewizyjnego „Animal Planet”. Różnica w powyższych stawkach wynikała przede wszystkim z różnic w stawkach podstawowych stosowanych przez DCE w latach 1997 – 2001, od których udzielano upustu procentowego za równoległe nabywanie kanału „Discovery Channel”. Najczęściej pojawiającą się była opłata w wysokości **[Tajemnica przedsiębiorstwa, punkt 2 załącznika nr 1 do decyzji]** \$. Zapytani przedsiębiorcy na dowód wysokości uiszczanych stawek przesyłali w załączeniu przykładowe faktury wystawiane im przez DCE za nadawanie kanału „Animal Planet”.

Oceniając zebrany w sprawie stan faktyczny, Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Podstawa prawna wydania decyzji

Zgodnie z brzmieniem art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331), która weszła w życie dnia 21 kwietnia 2007 r. oraz w związku z faktem, iż postępowanie antymonopolowe w niniejszej sprawie wszczęte zostało przed tą datą, do wydania przedmiotowej decyzji stosuje się przepisy dotychczasowe, a zatem regulację Ustawy.

Naruszenie interesu publicznoprawnego

W świetle art. 1 ust. 1 Ustawy, Prezes Urzędu działając w interesie publicznym, chroni interesy przedsiębiorców i konsumentów.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego⁶ publicznoprawny charakter Ustawy przesądza o tym, iż znajduje ona zastosowanie wówczas, gdy jest zagrożony lub naruszony interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki funkcjonować może prawidłowo, gdy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w tym rozumieniu należy uznać, zdaniem Sądu Najwyższego, jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuację pojedynczego przedsiębiorcy, lecz jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki.

⁶ Wyrok SN z dnia 29 maja 2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98.

Stwierdzić należy, iż stosowanie dyskryminujących warunków umownych naruszać może interesy nieograniczonej liczby uczestników rynku, na różnych szczeblach obrotu. Stwarzanie sytuacji, w której cena produktu na rynku hurtowym uzależniona jest od czynników pozaekonomicznych i nie mających bezpośredniego związku z przedmiotem wymiany zagraża wolnej i nieskrępowanej konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami nabywającymi dany produkt. Pogorszenie pozycji konkurencyjnej przedsiębiorcy przekłada się zaś na uszczuplenie możliwości wyboru dokonywanego przez konsumentów na rynku detalicznym. Ponadto, stosowanie niejednorodnych warunków cenowych wobec podobnych podmiotów prowadząc do zachwiania wolnej konkurencji pomiędzy nimi, w konsekwencji przyczynia się do gorszych efektów w ich rynkowych działaniach, np. poprzez oferowanie swoim odbiorcom produktów o relatywnie wyższej cenie lub niższej jakości.

W przedmiotowej sprawie do czynienia mamy z działaniem przedsiębiorcy polegającym na stosowaniu niejednorodnych warunków umów wobec tej samej kategorii kontrahentów – operatorów telewizji kablowej i innych podmiotów nabywających prawa do transmisji kanałów TVK na rynku hurtowym. Umowy te zawierane są dodatkowo przy użyciu wzorca umownego, co sprawia, że kontrahent DCE ma niewielkie możliwości faktycznego wpływu na kształt nawiązywanego stosunku prawnego-handlowego. Wzorzec ten przedstawiany jest nieograniczonej liczbie przyszłych kontrahentów DCE.

Uzależnianie natomiast przyznania upustu cenowego od przynależności danego przedsiębiorcy do wybranej izby gospodarczej stanowi potencjalne zagrożenie dla swobody konkurencji pomiędzy tymi przedsiębiorcami, co w konsekwencji prowadzić może do oferowania przez nich swoich usług po zawyżonych cenach. Widoczny jest tu zatem potencjalny negatywny skutek dla stosunków rynkowych na szczeblu detalicznym. Praktyka stosowana przez DCE dotykała nieograniczonego kręgu podmiotów, które nie należały, bądź przestały należeć do OIGKK /OSOTK.

Prezes Urzędu uznał zatem za bezsporną możliwość naruszenia interesu publicznoprawnego przedmiotowymi działaniami DCE na skutek potencjalnego zagrożenia dla właściwego funkcjonowania rynku.

Rynek właściwy

Działania przedsiębiorców, stanowiące praktykę ograniczającą konkurencję ujawniają się zawsze na **rynku właściwym**. Wyznaczenie rynku właściwego jest warunkiem wstępnym dla zastosowania przepisów ustawodawstwa antymonopolowego, a co za tym idzie - dla ustalenia siły

rynkowej przedsiębiorcy, jak również zastosowania sankcji wobec podmiotu stosującego praktyki ograniczające konkurencję.⁷

W celu prawidłowego zastosowania przepisów Ustawy o zakazie praktyk ograniczających konkurencję, należy tak określić rynek właściwy, aby jak najtrafniej wyodrębnić płaszczyznę współdziałania przedsiębiorców w ramach prowadzonej przez nich działalności gospodarczej.

Jak wynika z definicji ustawowej (art. 4 pkt 8 Ustawy), rynkiem właściwym jest rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, uznawane są 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.

Rynek właściwy dla praktyki należy wyznaczyć pod względem przedmiotowym (rynek produktowy) oraz terytorialnym (rynek geograficzny). Identyfikacja rynku właściwego jest zatem wynikiem połączenia między rynkami towarów wzajemnie wymiennych i geograficznym zasięgiem terytorium, na którym dochodzi do wymiany tych produktów.

W opinii Prezesa Urzędu rynkiem właściwym w przedmiotowej sprawie jest **krajowy rynek hurtowego dostarczania płatnych kanałów telewizyjnych o tematyce popularno-naukowej i przyrodniczej w polskiej wersji językowej.**

Wyznaczając rynek właściwy w niniejszym postępowaniu Prezes Urzędu oparł się na ustaleniach Komisji Europejskiej (dalej: Komisja) oraz wcześniejszych swoich orzeczeniach w podobnych sprawach, wziął tu również pod uwagę wyniki badania przeprowadzonego w marcu 2004 r. na zlecenie Prezesa Urzędu przez Instytut Badania Opinii i Rynku Pentor pt. „*Poziom substytucyjności wybranych kanałów*” (dalej: badanie Pentor) oraz wyniki badania rynku płatnych kanałów telewizji kablowej przeprowadzonego przez Prezesa Urzędu w ramach niniejszego postępowania antymonopolowego.

Definiując rynek właściwy w przedmiotowej sprawie przeanalizować należało wszystkie czynniki kształtujące takie aspekty rynku właściwego, jak poziom obrotu, produkt oraz zasięg geograficzny.

⁷ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 9 kwietnia 1997 roku, sygn. XVII Ama 4/97.

Poziom obrotu.

Biorąc pod uwagę kryterium poziomu obrotu, Komisja wyróżnia trzy podstawowe rodzaje rynków właściwych w sektorze telewizyjnym:

- rynek zawartości programowej obejmujący produkcję i dostarczanie programów dla nadawców telewizyjnych,
- rynek hurtowego dostarczania kanałów telewizyjnych do operatorów (platform cyfrowych, telewizji kablowej),
- rynek detalicznej sprzedaży kanałów telewizyjnych w postaci oferty programowej operatora odbiorcom końcowym (abonentom).

W związku z faktem, iż zarzucana DCE praktyka polega na stosowaniu niejednorodnych warunków umów odnośnie do udzielania licencji na dystrybucję kanału telewizyjnego operatorom telewizji kablowej, jako właściwy przyjąć należało drugi ze wskazanych - poziom hurtowego dostarczania kanałów telewizyjnych. DCE jako nadawca telewizyjny reprezentuje tu podażową stronę rynku, jego odbiorcami są zaś operatorzy telewizji kablowej i platform cyfrowych oraz inne podmioty nabywające prawa do transmisji kanału telewizyjnego, jak np. spółdzielnie mieszkaniowe (strona popytowa).

Aspekt produktowy rynku.

Pośród kryteriów, którymi należy się kierować w procesie wyznaczania rynku właściwego w jego aspekcie produktowym, wymienić należy:

1. Z perspektywy popytu:

- charakter produktu,
- przeznaczenie produktu
- cena produktu.

2. Z perspektywy podaży:

- koszt zmiany popytu rynkowego w stronę substytutów.

Produktem, którego dotyczy niniejsze postępowanie jest niewątpliwie prawo do dystrybucji kanału telewizyjnego. Kolejnym krokiem przy określaniu rynku właściwego w przedmiotowej sprawie powinno być rozważenie, dostarczanie jakiego rodzaju kanałów telewizyjnych tworzy rynek, na którym miejsce ma kwestionowane działanie DCE.

Jak uznała Komisja w kilku decyzjach w sprawie koncentracji⁸, rynek usług telewizji płatnej stanowi odrębny rynek produktowy, który należy odróżnić od rynku usług telewizyjnych o charakterze bezpłatnym. Warunki konkurencji dla tych dwu typów usług są zupełnie różne.

⁸ M.in. Decyzja w/s MSG Media Service (IV/M.469), Decyzja w/s B SkyB/Kirch (IV.37).

Praktyka stosowania niejednorodnych warunków cenowych w umowach licencyjnych dotyczących kanału „Animal Planet” odbywa się bezspornie na rynku telewizji płatnej.

Ponadto, jak wynika również z licznych orzeczeń Komisji⁹, z rynku płatnych kanałów telewizyjnych wyodrębnić należy jako oddzielny – rynek kanałów typu *premium* oraz kanałów podstawowych, typu *basic (non-premium)*.

Jako główne kryteria odróżnienia obydwu tych typów programów podaje się:

- Oglądalność. Większa atrakcyjność i unikalność oferowanej treści (najnowsze obrazy filmowe oraz transmisja najciekawszych wydarzeń sportowych) przesądza o wyższej oglądalności kanałów typu *premium*.
- Cenę na rynku detalicznym. Programy o tematyce podstawowej oferowane są abonentom, co do zasady, jako część pakietu i opłacane w ramach tego pakietu, natomiast kanały typu *premium* opłacane są poprzez dodatkowe opłaty (osobno za kanał, lub określony film, czy wydarzenie sportowe).
- Cenę na rynku hurtowym. Większa atrakcyjność oraz relatywnie wyższy koszt wytworzenia kanałów typu *premium* przesądza o wyższej opłacie za ich nabywanie na rynku hurtowym.

Program „Animal Planet”, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie, jest niewątpliwie kanałem tematycznym zaliczanym przez Komisję do rynku kanałów typu *basic*. Emitowane są tu filmy dokumentalne i fabularne oraz seriale o zwierzętach, obejmujące takie zagadnienia jak: opieka nad zwierzętami, historia naturalna, czy sylwetki właścicieli championów. Ramówka kanału nie zawiera natomiast programów charakterystycznych dla kanałów typu *premium*, jak np. filmy na żądanie (*video-on-demand*), czy produkcje pokazywane krótko po premierze kinowej, czy teatralnej (*first window, second window*), ani też relacji najbardziej atrakcyjnych wydarzeń sportowych. Ponadto, jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego – cena płacona przez operatorów TVK nadawcy „Animal Planet” jest kilkakrotnie niższa od tej płaconej przez nich za gniazdo abonenckie, do którego dostarczają kanały typu *premium* (kanały HBO i Canal+). „Animal Planet” jest też, co do zasady, oferowany abonentom w pakietach wraz z innymi kanałami.

Z uwagi na przyjęte przez Komisję kryteria analizy rynku, należało rozważyć dalszą segmentację rynku płatnych kanałów telewizyjnych typu podstawowego, uwzględniającą ich zawartość tematyczną.

Prezes Urzędu doszedł do przekonania, iż płaszczyzną działalności, na której dojść mogło do naruszenia konkurencji na skutek zarzucanej DCE praktyki, jest rynek kanałów o tematyce popularno-naukowej i przyrodniczej.

⁹ Mi.in. Decyzja w/s BT Holdings Ltd, BSkyB Ltd, Midland Bank plc (L 312/2).

Wyodrębnienie spośród rynku typu podstawowego (*basic*) węższej kategorii kanałów podyktowane jest założeniem, iż operatorzy telewizji kablowej nabywając prawa do dystrybucji poszczególnych kanałów muszą brać pod uwagę preferencje swoich abonentów i zapewniać ofertę możliwie jak najbardziej różnorodną pod względem zawartości tematycznej. Nie można zatem uznać, iż kanały o różnej tematyce stanowią względem siebie substytuty na rynku hurtowego nimi obrotu. Trudno jest bowiem wyobrazić sobie atrakcyjną ofertę operatora TVK niezawierającą kanałów o każdej dostępnej tematyce (informacyjne, popularno-naukowe, filmowe, rozrywkowe, muzyczne, czy kanały dla dzieci). Operatorzy nie mogą zatem w braku kanału o określonej treści uzupełniać swojej oferty kanałem o treści zupełnie odmiennej. Wpłynęłoby to bowiem negatywnie na ich konkurencyjność na rynku detalicznym, gdzie o pozycji operatora stanowi w głównej mierze atrakcyjność oferty.

Rozstrzygnięcie Prezesa Urzędu oparte na podobnej argumentacji zapadło w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez spółkę TVN-24, którą uznano za podmiot działający na krajowym rynku płatnych programów telewizyjnych o charakterze informacyjno-publicystycznym oraz na krajowym rynku płatnych programów telewizyjnych o charakterze pogodowym w języku polskim.¹⁰ W powyższej decyzji Prezes UOKiK oparł się ponadto na stosowanym przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji (przy udzielaniu koncesji nadawcom programów tzw. wyspecjalizowanych) podziale kanałów telewizyjnych pod względem ich treści.

Biorąc natomiast pod uwagę kryteria wyodrębniania rynku z perspektywy podaży, zauważyć należy, iż niemożliwym wydaje się szybka zmiana oferty DCE na rynku hurtowego dostarczania kanałów telewizyjnych na kanały o innej tematyce. Wiązać musiałoby się to m.in. ze zmianą dostawców treści telewizyjnej oraz ogromnymi kosztami wynikającymi z konieczności dostosowania do nowej oferty strategii marketingowej firmy.

Wspomnieć należy, iż Prezes Urzędu nie podzielił natomiast pierwotnego stanowiska ZTK, iż rynkiem właściwym w sprawie wyznaczyć należy rynek kanału tematycznego „Animal Planet”. Opisana powyżej perspektywa popytowa rynku właściwego zdaje się przeczyć zasadności tak wąskiej jego segmentacji. Jak wynika z badania Pentor, konsumenci jako podobne do „Animal Planet” pod względem zawartości programowej wymieniają też inne programy o tematyce przyrodniczej i popularno-naukowej. Zauważyć należy zatem, iż operator TVK przedstawiając swoją ofertę abonentom kierować musi się zawartością programową udostępnianych kanałów, rozumianą jako zbiór programów o określonej, zbliżonej do siebie treści, lecz już niekoniecznie posiadaniem określonego kanału telewizyjnego o ustalonej nazwie. Pewną szerszą grupę

¹⁰ Decyzja Prezesa Urzędu z dnia 15 kwietnia 2005 r., RBG 15/2005.

programów tematycznych konsumenci postrzegają bowiem jako treści zastępowalne, substytucyjne. Konsument o określonych potrzebach w zakresie odbioru kanałów tematycznych przy wyborze operatora TVK kierować się będzie więc ewentualnym istnieniem w jego ofercie kanałów o określonej treści, bez względu na to, który konkretnie kanał tę treść zapewni.

Jak wynika z badania rynku płatnych kanałów telewizji kablowych przeprowadzonego przez Prezesa Urzędu w ramach przedmiotowego postępowania antymonopolowego, kategoryzując kanały telewizyjne podług przyjętych wyżej kryteriów, wyodrębnić należy kanały: informacyjne jak TVN 24, rozrywkowe jak Avante, filmowe jak Ale Kino czy HBO, sportowe jak Eurosport, muzyczne jak MTV, dla dzieci jak Fox Kids, popularno-naukowe jak Animal Planet czy National Geographic oraz o charakterze ogólnym jak TMT. Prezes Urzędu uznał, iż kanał Animal Planet, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie antymonopolowe, zaliczyć należy do szeroko rozumianej kategorii kanałów popularno-naukowych. Wobec jednak faktu, iż niektórzy spośród ankietowanych operatorów TVK jako przynależną temu kanałowi wskazywali tematykę przyrodniczą, Prezes Urzędu uznał za stosowne wyraźne podkreślenie, iż kanały tego typu należą do jednego rynku właściwego, gdyż tematyka przyrodnicza ściśle wiąże się z tematyką popularno-naukową, co wcześniej znalazło odzwierciedlenie w powoływanym badaniu Pentor. Z tego właśnie powodu jako produktowo właściwy w sprawie wskazał rynek kanałów popularno-naukowych i przyrodniczych.

Powyższe ustalenia Prezesa Urzędu, jako zasadne podzielił również Wnioskodawca, który w toku postępowania antymonopolowego zmodyfikował swój zarzut wobec DCE poprzez wskazanie, iż domniemana praktyka musiała mieć miejsce na rynku hurtowego dostarczania płatnych kanałów telewizyjnych o tematyce popularno-naukowej i przyrodniczej w polskiej wersji językowej.

Aspekt geograficzny rynku.

Terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest rynkiem geograficznym dla wyżej wskazanego produktu. Przemawiają za tym zarówno względy podażowe tego rynku, jak i popytowe. I tak, regulacje prawne obowiązujące działających w Polsce nadawców telewizyjnych uznać należy za czynniki określające rynek od strony podaży. Bariera językowa – kanały telewizyjne w polskiej wersji językowej – nakazuje natomiast ograniczyć rynek właściwy w przedmiotowej sprawie do rynku krajowego z uwagi na preferencje popytowe.

Pozycja dominująca.

Dla zaistnienia praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej poprzez stosowanie w umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji, niezbędne jest posiadanie przez przedsiębiorcę stosującego takie warunki, pozycji dominującej na rynku właściwym.

W myśl przepisu art. 4 pkt 9 Ustawy przez pozycję dominującą rozumieć należy pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym poprzez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Ustawa przewiduje tu ponadto domniemanie, iż 40-procentowy udział w rynku zapewnia przedsiębiorcy pozycję dominującą.

Jak wynika z badania rynku płatnych kanałów telewizji kablowej przeprowadzonego przez Prezesa Urzędu (dalej: badanie kanałów TVK), na rynku określonym jak wyżej działało 6 nadawców, tj.:

1. DCE w zakresie nadawania kanałów: Animal Planet, Discovery Channel, Discovery Civilization, Discovery Science (Sci-Trek), Discovery Travel and Adventure;
2. NGC-UK, Middlesex, Wielka Brytania w zakresie nadawania kanału National Geographic;
3. MultiThematiques S.A., Boulogne - Billancourt Cedex, Francja w zakresie nadawania kanału Planete;
4. Zone Broadcasting (R&D TV) Limited, Londyn, Wielka Brytania w zakresie nadawania kanału Reality TV;
5. Landmark Travel Channel LTD, Londyn, Wielka Brytania w zakresie nadawania kanału Travel Channel;
6. Viasat Broadcast Centre, Middlesex, Wielka Brytania w zakresie nadawania kanałów Viasat Explorer i Viasat History.

Wobec powyższego, udział DCE na rynku właściwym mierzony liczbą gniazd abonenckich, należy oszacować na **[Tajemnica przedsiębiorstwa, załącznik nr 2 do decyzji]**, zgodnie z poniżej zamieszczonym wykresem.

[Tajemnica przedsiębiorstwa, punkt 1 załącznika nr 3 do decyzji]

Zgodnie z przytoczoną wyżej definicją, uznać należy posiadanie przez DCE pozycji dominującej na rynku właściwym w przedmiotowej sprawie.

Podkreślenia wymaga, iż pozycja ta odzwierciedlona jest także w stosunkach pomiędzy DCE, a operatorami TVK, spośród których tylko nieliczni posiadają pozycję negocjacyjną pozwalającą na obniżenie ceny za kanały oferowane przez DCE poniżej przeciętnego, stosowanego w standardowych umowach, poziomu. Dotyczy to np. spółki **[Tajemnica przedsiębiorstwa, punkt 2 załącznika nr 3 do decyzji]**.

Praktyka ograniczająca konkurencję.

Zgodnie z przepisem art. 84 ust. 1 pkt 1 Ustawy z wnioskiem o wszczęcie postępowania antymonopolowego w związku z podejrzeniem naruszenia jej przepisów, w tym zakazu nadużywania pozycji dominującej, wystąpić może przedsiębiorca lub związek przedsiębiorców, którzy wykażą swój interes prawny.

Wnioskującym w niniejszej sprawie jest Związek Telewizji Kablowych w Polsce Izba Gospodarcza z siedzibą w Łodzi. Izba ta stanowi dobrowolne zrzeszenie operatorów telewizji kablowej oraz podmiotów prowadzących działalność gospodarczą związaną z funkcjonowaniem telewizji kablowej.

ZTK posiada zatem przymiot związku przedsiębiorców, co stanowi pierwszy z warunków przyznania temu podmiotowi legitymacji czynnej w postępowaniu przed Prezesem Urzędu.

Ponadto, działając na podstawie ustawy z o *izbach gospodarczych* oraz statutu związku, ZTK reprezentuje interesy zrzeszonych w nim członków oraz działa na rzecz optymalizacji warunków rozwoju telewizji kablowej i korzystania z niej.

Wobec powyższego oraz faktu, iż antykonkurencyjne działania nadawcy telewizyjnego na rynku dostarczania płatnych kanałów telewizyjnych godzą w interesy operatorów telewizji kablowej, zgodzić należy się z argumentacją ZTK, co do posiadania przez ten związek interesu prawnego w złożeniu wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego w niniejszej sprawie.

Prezes Urzędu uznał zatem, iż legitymacja czynna po stronie Wnioskodawcy nie budzi w sprawie żadnych wątpliwości.

Podobne ustalenia poczyniono w odniesieniu do legitymacji biernej DCE. Jak wcześniej wskazano, podmiot ten wpisany jest we właściwym rejestrze prowadzonym przez KRRiTV jako nadawca programu „Animal Planet” oraz prowadzi zgodnie z tym wpisem działalność gospodarczą w zakresie nadawania programów telewizyjnych, przysługuje mu więc status przedsiębiorcy w myśl przepisów Ustawy.

Z mocy art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 3 Ustawy zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej polegające na stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji.

Dla stwierdzenia zaistnienia określonej powyżej praktyki niezbędne jest kumulatywne wystąpienie następujących przesłanek:

1. Umowy będące przedmiotem oceny muszą być podobne.
2. Uciążliwość lub niejednorodność warunków tych umów musi mieć charakter dyskryminujący.
3. Przedsiębiorcy muszą mieć utrudnione warunki konkurencji.

Ad 1. Zgodnie z poglądem doktryny prawa antymonopolowego umowy można uznać za podobne, jeżeli zawierane są z przedsiębiorcami działającymi na tym samym szczeblu obrotu oraz są tego samego rodzaju.¹¹

Przedmiotowe zachowanie przedsiębiorcy dotyczy klauzuli zawartych w stosowanych przez niego wzorcach umów licencyjnych na dostarczanie kanału telewizyjnego „Animal Planet”. Umowy, o których mowa dochodzą do skutku zawsze na rynku hurtowego obrotu prawami do transmisji kanałów telewizyjnych, są też aktami tego samego rodzaju – umowami licencyjnymi. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nakazuje przyjąć, iż umowy zawierane przez DCE z krajowymi operatorami TVK mają zawsze identyczny kształt, przedsiębiorcy nie zmieniają zapisów umów proponowanych w stosowanym wzorcu.

Spełnienie tej pierwszej przesłanki nie może zatem budzić wątpliwości w przedmiotowej sprawie. Stosowane przez DCE wzorce umów dotyczyły kontraktów handlowych z przedsiębiorcami na tym samym szczeblu obrotu oraz były umowami tego samego rodzaju, wszystkie dotyczyły udzielania licencji na dostarczanie kanału telewizyjnego „Animal Planet” oraz zawierały te same postanowienia.

Ad. 2. Zakaz dyskryminacji zawarty w powyższym przepisie odnosi się do wszelkich warunków umowy, w tym szczególnie warunków cenowych. I tak, do praktyk wyrażających dyskryminację odnośnie ceny określonej w umowie, zalicza się m.in. udzielanie rabatów, jeżeli nie są one poparte różnicami w kosztach ponoszonych przez przedsiębiorcę stosującego rabat w ramach umowy z kontrahentem, któremu rabatu udzielił, a zatem nie są uzasadnione względami ekonomicznymi.¹²

¹¹ E. Modzelewska – Wąchal, op. cit., str. 108.

¹² Ibidem, str. 109.

Z uwagi na wyraźne różnicowanie cen w zależności od przynależności kontrahenta do wybranej izby gospodarczej, klauzuli będącej przedmiotem niniejszego postępowania antymonopolowego nie można przypisać związku z kosztami prowadzenia działalności gospodarczej. Udzielane członkom OIGKK/OSOTK upusty nie posiadają uzasadnienia w ekonomicznym interesie DCE, a w szczególności nie znajdują odniesienia do wartości dokonywanych transakcji, co w przedmiotowym przypadku mogłoby oznaczać np. uzależnienie udzielenia rabatu od ilości gniazd abonenckich, do których dostarczany będzie program. Dominant nie udowodnił w postępowaniu przed Prezesem Urzędu istnienia żadnych obiektywnych przesłanek uzasadniających wprowadzenie przedmiotowych klauzul przez wzgląd na interes ekonomiczny przedsiębiorcy. Za przesłankę taką nie można uznać przyczyny wprowadzania przez DCE do umów licencyjnych przedmiotowych klauzul podanej w piśmie z dnia 29 września 2005 r. Przedsiębiorca powołuje się tam na chęć utworzenia mocą przedmiotowych zapisów zcentralizowanego punktu, w ramach którego można było rozpoczynać negocjacje z operatorami telewizji kablowej w Polsce. Prezes UOKiK nie doszukał się jednak w tak przedstawionej przesłance ochrony interesu ekonomicznego DCE, który uzasadniałby wprowadzenia klauzuli różnicującej cenę.

Prezes Urzędu uznał zatem, iż stosowane przez DCE we wzorcach umów o dostarczanie kanału telewizyjnego „Animal Planet” klauzule przyznające upusty cenowe dla członków jednej z izb gospodarczych TVK mają charakter zakazanych klauzul dyskryminujących.

Ad. 3. Utrudnione warunki konkurencji oznaczają różnicę w pozycji rynkowej przedsiębiorców wynikającą z przyczyn innych niż obiektywne, tj. bez związku z jakością świadczonych usług lub wielkością mocy produkcyjnych przedsiębiorcy. Utrudnione warunki konkurencji objawiają się mniejszą zdolnością przedsiębiorcy do prowadzenia swobodnej gry konkurencyjnej z pozostałymi uczestnikami rynku. Przedsiębiorca w takich warunkach musi bezwładnie poddać się decyzjom rynkowym konkurentów.

Różnicowanie cen na rynku hurtowym poprzez przyznawanie upustów operatorom zrzeszonym w jednej z branżowych izb gospodarczych stwarza pozostałym przedsiębiorcom utrudnienie warunków konkurowania z uwagi na podwyższony koszt prowadzonej przez nich działalności. Operatorzy zmuszeni do ponoszenia wyższych kosztów świadczenia usług nie są w stanie dostosować cen oferowanych przez nich usług na rynku detalicznym do rynkowych cen usług ich konkurentów. Jeżeli różnice w koszcie prowadzonej działalności pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na jednym rynku osiągną odpowiednio wysoki poziom, skutkować mogą nawet odsunięciem przedsiębiorcy z rynku. W każdym natomiast przypadku oznaczać będą

podniesienie cen świadczonych przez przedsiębiorcę usług lub też obniżenie osiąganego zysku, co w konsekwencji wpłynąć może negatywnie na jakość lub cenę świadczonych usług.

Wprowadzane przez DCE do umów licencyjnych klauzule rabatowe różnicują sytuację finansową przedsiębiorców w zależności od ich członkostwa w wybranej izbie gospodarczej. Stanowić to może o ich pozycji konkurencyjnej na rynku detalicznych usług telewizji kablowej.

Spełnienie zatem również i tej przesłanki w przypadku przedmiotowego zachowania DCE nie budzi wątpliwości Prezesa Urzędu.

Działanie DCE będące przedmiotem niniejszego postępowania antymonopolowego spełnia zatem wszystkie przesłanki zakazanej praktyki ograniczającej konkurencję określonej w art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

Zaniechanie stosowania praktyki

W związku z powyższymi ustaleniami stwierdzić należy, iż przedmiotowe działanie DCE stanowi przejaw nadużycia pozycji dominującej, o którym mowa w art. 8 ust. 2 pkt 3 Ustawy i Prezes Urzędu winien wydać na podstawie art. 9 Ustawy decyzję uznającą to zachowanie za praktykę ograniczającą konkurencję i nakazać jej zaniechanie.

Jednakże, zgodnie z przepisem art. 10 ust. 2 w przypadku, gdy zachowanie rynkowe przedsiębiorcy przestało naruszać zakaz, o którym mowa w art. 8 Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdza jej zaniechanie. Przy czym ciężar udowodnienia okoliczności zaniechania stosowania praktyki spoczywa na przedsiębiorcy.

Jak wynika z wyjaśnień oraz dokumentów przekazanych przez DCE Urzędowi pismem z dnia 20 grudnia 2004 r. przedsiębiorca ten zaprzestał wprowadzania przedmiotowych klauzul do stosowanych wzorców umów licencyjnych już w roku 2002. Jednakże, wzorce zawierające jeszcze dyskryminujące przepisy przewidywały koniec okresu transmisji na dzień 30 czerwca 2004 r., a niektóre umowy licencyjne, których okres obowiązywania przedłużył się automatycznie bez zmiany jakichkolwiek ich zapisów zawierały kwestionowaną taryfikację opłaty licencyjnej nawet po tym dniu. Prezes Urzędu uznał zatem, iż za faktyczną datę zaniechania praktyki ograniczającej konkurencję uznać należy dopiero dzień 31 grudnia 2005 r., który to, zgodnie z deklaracją DCE był ostatnim dniem obowiązywania zakwestionowanych klauzul. Biorąc pod uwagę fakt, iż do końca roku 2005 DCE skierowało pisma z właściwym aneksem umowy do wszystkich operatorów, których licencja uległa automatycznemu przedłużeniu, stwierdzić należy, iż od tego momentu przedsiębiorca ten nie mógł skutecznie skorzystać z antykonkurencyjnego charakteru przedmiotowych klauzul wobec żadnego ze swych kontrahentów. Oznacza to zatem ostateczne

zaniechanie stosowania przedmiotowego nadużycia pozycji dominującej z dniem 31 grudnia 2005 roku.

Odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej

Zgodnie z przepisem art. 101 ust. 1 pkt 1 Prezes Urzędu **może** nałożyć karę pieniężną w wysokości do 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten dopuścił się naruszenia zakazu określonego art. 8 Ustawy.

Przedstawione przez DCE przykładowe faktury wystawione przedsiębiorcom należącym do dwu izb gospodarczych branży TVK potwierdzają twierdzenia dominanta, iż nigdy nie skorzystał on z wynikającego z przedmiotowych klauzul prawa odmowy udzielenia rabatu na zakup praw licencyjnych do kanału „Animal Planet” operatorowi, który nabywając jednocześnie od DCE prawa licencyjne dotyczące kanału „Discovery Channel” nie był członkiem OIGKK/OSOTK.

Identyczny wniosek nasuwa się z analizy zgromadzonych w toku postępowania antymonopolowego oświadczeń oraz faktur operatorów zrzeszonych w ZTK. Prezes Urzędu, pomimo wezwania, nie otrzymał ani od Wnioskodawcy, ani od wskazanych przez niego przedsiębiorców, dokumentów potwierdzających odmowę udzielenia przedmiotowego rabatu operatorowi nabywającemu równoległe od DCE prawa do transmisji kanału „Discovery Channel” w razie braku jego przynależności do izby wskazanej w przedmiotowej klauzuli (OIGKK/OSOTK). Zgromadzony w sprawie materiał dowody wskazuje na fakt, iż zarówno operatorzy należący do izby gospodarczej wskazanej w powyższej klauzuli, jak i przedsiębiorcy do niej nienależący (w tym również członkowie ZTK) płacili te same stawki za gniazdo abonenckie, do którego doprowadzano sygnał kanału „Animal Planet” w przypadku jednoczesnego nabywania praw do transmisji kanału „Discovery Channel”. Podobnie, po zapoznaniu się z całością materiału dowodowego, Wnioskodawca przyznał, iż pomimo naruszenia przepisów Ustawy poprzez zawarcie w przedmiotowych umowach zakazanej klauzuli, niezastosowanie jej w praktyce gospodarczej DCE, ocenić należy pozytywnie (pismo z dnia 22 marca 2007 r.).

Przyjąć należy, iż zakazane klauzule zagrażały konkurencji na rynku w sposób jedynie potencjalny, stwarzały bowiem możliwość utrudnienia operatorom TVK warunków konkurencji w każdej chwili, w zależności od woli DCE. Jednakże rzeczywistych naruszeń w sferze konkurencji pomiędzy operatorami TVK na skutek stosowania w umowach licencyjnych zakazanych klauzul, w niniejszym postępowaniu antymonopolowym nie wykazano.

Zwrócić należy również uwagę na fakt, iż DCE nie odmawiało w żaden sposób współpracy w toku prowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania antymonopolowego. Podkreślenia wymaga, iż przedsiębiorca ten udzielał żądanych przez Prezesa Urzędu informacji w wyznaczonym terminie oraz w możliwie najpełniejszy sposób. Wystąpił ponadto z inicjatywą spotkania z pracownikami Urzędu w celu przedstawienia stanowiska DCE na okoliczność warunków prowadzenia działalności gospodarczej na rynku nadawania programów telewizyjnych, jakie zastało DCE wchodząc na rynek polski, a także przeprowadzenia dyskusji na temat wyznaczenia rynku właściwego w przedmiotowej sprawie. Podsumowaniem powyższego spotkania było powoływane wielokrotnie pismo DCE z dnia 29 września 2005 r.

Ponadto, w świetle innych dowodów przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu, uznać należy za prawdziwe wszelkie informacje przedstawiane przez DCE w zakresie zarzucanej temu przedsiębiorcy praktyki. DCE nie przedstawiło żadnych informacji niezgodnych z ustalonym stanem faktycznym, ani też wprowadzających w błąd Prezesa Urzędu. Prowadzenie niniejszego postępowania antymonopolowego nie było zatem, na żadnym jego etapie, utrudniane ani spowalniane przez podmiot, przeciwko któremu zostało wszczęte.

Wobec powyższego, Prezes Urzędu odstąpił od nałożenia na DCE kary pieniężnej w związku z przedmiotowym nadużywaniem pozycji dominującej.

Zwrot kosztów postępowania

Wobec z faktu, iż uznano za zasadny wniosek ZTK o stwierdzenie, iż działania DCE stanowią przejaw nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym, Prezes Urzędu, na żądanie ZTK, zobowiązał DCE do zwrotu ZTK kosztów niezbędnych do celowego dochodzenia praw w trakcie przedmiotowego postępowania antymonopolowego, w wysokości 1 955 zł. Na kwotę tę złożyły się takie koszty, jak:

- opłata od wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego - 500 zł,
- opłata skarbową od udzielonego pełnomocnictwa - 15 zł,
- koszty obsługi prawnej - 1 440 zł.

Koszty obsługi prawnej poniesione przez ZTK w przedmiotowym postępowaniu Prezes Urzędu przyznał w wysokości czterokrotności stawki minimalnej, zgodnie z § 14 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. *w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez*

radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 r., nr 163, poz. 1349 z późn. zm.), co było uzasadnione rodzajem sprawy oraz długotrwałością postępowania.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Stosowanie do przepisu art. 78 ust. 1 Ustawy w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331) oraz w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c., od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji.

Ponadto, na podstawie art. 78 ust. 1 i 6 Ustawy w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331) oraz w związku z art. 479²⁸ § 1 pkt 2 w zw. z art. 479³² k.p.c., na postanowienie zawarte w punkcie II niniejszej decyzji, przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie tygodnia od dnia doręczenia.

*Z upoważnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów*

Dyrektor Departamentu
Ochrony Konkurencji
Monika Bychowska

Otrzymują:

1. **Pani Monika Tomczak - Górlikowska**
pełnomocnik Discovery Communications Europe z siedzibą w Londynie, Wielka Brytania
Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych Miller, Canfield, W. Babicki i Wspólnicy Sp. K.
ul. Batorego 28-32, 81-366 Gdynia
2. **Pan Paweł Wołoch**
pełnomocnik Związku Telewizji Kablowych w Polsce Izba Gospodarcza z siedzibą w Łodzi
Kancelaria Radcy Prawnego
os. J. Strusia 18/289, 31-810 Kraków
3. **a/a.**