

Sygn. akt XVII AmA 80/08

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 grudnia 2008r.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w składzie:

Przewodniczący: SSO Kaja Angerman

Protokolant: referent Paweł Kępiński

po rozpoznaniu w dniu 30 grudnia 2008r. w Warszawie na rozprawie sprawy

z odwołania (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

przy uczestnictwie zainteresowanego (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W.

o ochronę konkurencji

na skutek odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 10 października 2005r. Nr (...)

I uchyla decyzję z dnia 10 października 2005r. Nr (...) w części

zobowiązującej (...) Spółkę Akcyjną z siedzibą

w W. do pobierania opłat za połączenia telefoniczne do numerów (...) w wysokości 0,35 zł brutto/l minutę połączenia, tj. wg cennika (...) S.A. obowiązującego na dzień 30 września 2005r.

II oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

III zasądza od powoda (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą

w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji

i Konsumentów kwotę 720 zł (siedemset dwadzieścia złotych) oraz na rzecz (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego

zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na

(...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. k zł (jeden tysiąc złotych) tytułem zwrotu opłaty sądowej od skargi kas oraz kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym.

SSO Kaja Angerman

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w toku postępowania antymonopolowego

wszczętego na wniosek (...) S.A z siedzibą w W., wydał na podstawie art. 88 ustawy o Ochronie konkurencji i konsumentów w dniu 10.10.2005r. decyzję tymczasową Nr (...), w której:

w pkt I zobowiązał (...) S.A do zaniechania wprowadzonej w dniu 1 października 2005r. podwyżki (...) połączeń do numerów z zakresu (...), wykorzystywanych do świadczenia usług połączeń telefonicznych (krajowych i międzynarodowych) do wysokości 0,71 zł brutto za 1 minutę | połączenia, a tym samym powrotu do świadczenia ww usług w cenie wskazanej w cenniku (...) obowiązującym do dnia 30 września 2005r., tj. 0,35 zł brutto za 1 minutę połączenia, w pkt II określił termin obowiązywania decyzji do dnia 10 marca 2006r., jednak nie dłużej niż do zakończenia postępowania antymonopolowego w sprawie.

Wydając przedmiotową decyzję Prezes UOKiK oparł się na następujących rozważaniach:

Prezes UOKiK uznał za uprawdopodobnione, że działania (...) S.A naruszają interes publiczny. Zdaniem pozwanego pomimo tego, że wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego złożył jeden przedsiębiorca udostępniający numery wykorzystywane do świadczenia usług tanich połączeń telefonicznych, to działania (...) S.A, związane z kształtowaniem cen na tego rodzaju połączenia, dotyczą wszystkich przedsiębiorców świadczących usługi na numerach z zakresu (...) w jednakowym stopniu. Co więcej, numeracją z zakresu (...), dysponuje jeszcze ośmiu przedsiębiorców, którzy dotychczas nie podjęli działalności. Należy zdaniem pozwanego przypuszczać, że wzrost cen połączeń do numerów (...) oraz specjalne oferty (...) S.A, spowodują, iż przedsiębiorcy ci w ogóle nie podejmą działalności polegającej na świadczeniu na tych numerach usług tanich połączeń telefonicznych. Skutkiem działań (...) S.A dotknięci są także jej abonenci, gdyż pozbawieni zostali możliwości korzystania z tanich połączeń telefonicznych. Skargi konsumentów docierające do pozwanego od chwili ogłoszenia przez (...) S.A faktu wprowadzenia podwyżek, świadczą zdaniem pozwanego, iż oferta (...) S.A w zakresie połączeń międzynarodowych nie stanowi dla nich prawdziwej alternatywy. Rynek połączeń telefonicznych ulegnie przeobrażeniu, powodując osłabienie konkurencyjnych w stosunku do (...) S.A operatorów, świadczących usługi połączeń telefonicznych za pośrednictwem (...). Towarem oferowanym w ramach działalności gospodarczej, której dotyczy postępowanie, jest dostęp do usług połączeń krajowych i międzynarodowych świadczonych na numerach (...). Odbiorcą końcowym usług, świadczonych w publicznych stacjonarnych sieciach »telefonicznych, są użytkownicy końcowi sieci, producentem zaś operatorzy telekomunikacyjni.

Walkę konkurencyjną na detalicznym rynku szeroko rozumianych usług telefonicznych I w publicznych stacjonarnych sieciach telefonicznych sprowadzić można w zasadzie do [powiększania liczby abonentów, jak też zwiększania przychodów z tytułu usług świadczonych ; abonentom innego operatora (w przypadku usług za pośrednictwem numerów z zakresu (...)). W sensie produktowym rynkiem właściwym jest zdaniem pozwanego rynek dostępu do usług krajowych i międzynarodowych połączeń telefonicznych na numerach (...).

Tworzą go abonenci, którzy mają możliwość wykonania za pośrednictwem wykorzystywanych przez siebie linii połączenia do numeru z zakresu (...) i w ten sposób skorzystania z dostępnych na tej numeracji usług krajowych i międzynarodowych połączeń telefonicznych.

Ze sposobu świadczenia usług za pośrednictwem numerów z zakresu (...) oraz zasad ustalania cen na tego rodzaju połączenia, wynika, iż decydując o wysokości cen na połączenia do numerów (...), operator dostępowy wpływa na poziom konkurencyjności, względem własnych połączeń, świadczonych przez pozostałych operatorów usług i w końcowym efekcie na kształt rynku połączeń telefonicznych.

W aspekcie geograficznym rynkiem właściwym w ocenie Prezesa UOKiK jest terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, gdyż podmioty uczestniczące w postępowaniu prowadzą swoją działalność na obszarze Polski, na podstawie uzyskanych zezwoleń.

Z technicznego punktu widzenia, na terytorium Polski wszyscy abonenci mają możliwość wykonywania połączeń do numerów z zakresu (...). Nie wyklucza tej potencjalnej możliwości dokonanie blokady na tego typu połączenia. Wyznaczając pozycję (...) S.A na rynku właściwym Prezes ustalił procentowy udział wszystkich abonentów (...) w ogólnej liczbie abonentów oraz liczbę linii dzwoniących (...) w ogólnej liczbie linii. Dla ustalenia udziałów (...)

S.A w ogólnych liczbach abonentów i linii Prezes posłużył się danymi zgromadzonymi za lata 2002-2003 w innym postępowaniu antymonopolowym. Rok 2003 przyniósł nieznaczny spadek udziałów (...) S.A

w tak określonym rynku do(...) w zakresie linii dzwoniących i do (...) w zakresie aktywnych numerów abonenckich. Tak stabilna pozycja rynkowa (...) S.A, o czym świadczy tylko nieznaczne jej osłabienie, czyni prawdopodobnym twierdzenie, iż powódka nadal posiada pozycję dominującą na rynku i ma możliwość działania niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów, nawet jeśli w 2004r. nastąpiło dalsze osłabienie pozycji. Posiadana przez Prezesa UOKiK wiedza rynkowa wskazuje, że pozycja spółki jest nadal na tyle silna by bez wątpliwości twierdzić, że zajmuje ona pozycję dominującą na rynku. Bardzo istotnym czynnikiem, dającym powódce znaczącą przewagę na rynku jest fakt, iż (...) S.A jest operatorem zasiedziałym na rynku.

Prezes UOKiK wskazał, że bezspornym jest, że od 1.10.2005r. nastąpił dla abonentów (...) S.A (...) wzrost cen na połączenia do numerów (...) oraz że przedmiotową podwyżkę I poprzedziła obniżka cen na niektóre połączenia międzynarodowe oraz wprowadzenie atrakcyjnych I pakietów minut międzynarodowych (...).

Zdaniem Prezesa UOKiK wprowadzona podwyżka powoduje, iż nieopłacalne dla abonenta (...) S.A i staje się korzystanie z numerów (...) dla wykonywania połączeń międzystrefowych. Po podwyżce stawka 0,71 zł brutto, jest wyższa nawet od ceny połączenia międzystrefowego wykonanego w ramach planu socjalnego (...), charakteryzującego się najwyższymi opłatami za połączenia. Nieatrakcyjne stawki połączeń wykonywanych za pośrednictwem numerów (...), mogą spowodować faktyczną likwidację świadczonych na nich połączeń międzystrefowych.

W odniesieniu zaś do połączeń międzynarodowych wykonywanych za pośrednictwem numerów (...) samo podniesienie ceny wpłynęłoby niewątpliwie na liczbę i czas wykonywanych połączeń, to jednak prawdopodobnie nie doprowadziłoby do znacznego osłabienia czy wyeliminowania konkurencji z rynku. Połączenia te pozostałyby nadal tańsze od cen proponowanych przez (...) S.A i mogłyby z nimi skutecznie konkurować. Jednak zdaniem pozwanego na poziom zainteresowania połączeniami międzynarodowymi świadczonymi za pośrednictwem numerów z zakresu (...) wpływ mają obok podniesienia ceny, także propozycje przygotowane przez (...) S.A dla swoich abonentów (pakiety minut (...) międzynarodowych oraz obniżenie cen w planach biznesowych). Klienci nie zainteresują się przecież usługami droższymi niż świadczone przez bezpośredniego operatora dostępowego. Końcowym efektem działań (...) S.A może być więc znaczne osłabienie operatorów alternatywnych, a nawet wyeliminowanie ich z rynku połączeń międzynarodowych świadczonych na numerach (...). Prezes podkreślił, że pomimo tego, że przychód operatora alternatywnego zależy od wysokości opłaty pobieranej za minutę połączenia przez operatora dostępowego ((...) przychodów uzyskanych przez operatora dostępowego), to nie należy spodziewać się że na skutek podwyżki przychody operatorów wzrosną. Tak poważne podniesienie przez (...) S.A cen połączeń do numerów z zakresu (...), prawdopodobnie doprowadzi do znaczącego spadku zainteresowania usługami świadczonymi za ich pośrednictwem.

W ocenie Prezesa UOKiK podjęte przez (...) S.A działania mają bezpośredni wpływ na warunki działania i atrakcyjność ofert operatorów świadczących usługi połączeń telefonicznych na numerach z zakresu (...) i prowadzą do osłabienia ich znaczenia. (...) S.A wykorzystała fakt, iż ma możliwość kształtowania warunków (cen) na jakich usługi te dostępne są dla ponad (...) abonentów. Kształtując swój cennik w zakresie połączeń do numerów z zakresu (...) może pośrednio przesądzać o tym, czy świadczone na nich usługi będą konkurencyjne względem tych, które świadczy sama. Dość dowolnie podnosząc cenę na połączenia do numerów (...), może swoją ofertę kształtować w sposób dostosowany do warunków rynkowych. Za przyjęciem za uprawdopodobnione, iż podwyżka miała przede wszystkim na celu osłabienie konkurencji świadczonej za pośrednictwem numerów (...), przemawiają ogólne tendencje na szeroko rozumianym rynku telekomunikacyjnym. Z przygotowanego przez Urząd Regulacji Telekomunikacji i Poczty „Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego w roku 2004” wynika, iż od 2001r. następuje systematyczny spadek cen za połączenia telefoniczne (połączeń lokalnych o (...), międzystrefowych o (...), międzynarodowych o (...)). Jednocześnie na przestrzeni lat 2003-2004 nastąpił gwałtowny spadek udziałów (...) S.A w rynku połączeń międzynarodowych (z ok. (...) w 2003r. do (...) w 2004r.), a wzrost zainteresowania usługami połączeń telefonicznych (przede wszystkim międzynarodowych) świadczonych za pośrednictwem numerów z zakresu (...). Zdaniem Prezesa UOKiK (...) S.A w celu odzyskania utraconych korzyści, nie ograniczyła się wyłącznie do uatrakcyjnienia własnej oferty, ale jednocześnie

podjęła próbę zdyskredytowania usług połączeń telefonicznych świadczonych za pośrednictwem numerów z zakresu (...), przez odpowiednie kształtowanie cen.

W ocenie Prezesa niezasadne jest twierdzenie, że wzrost zainteresowania połączeniami do numerów (...) wpływał na zwiększenie kosztów ich świadczenia przez (...) S.A. gdyż wysokość najistotniejszych kosztów - kosztów stałych (infrastruktura, koszty zarządu) nie zależy od ilości sprzedanych usług.

Dominant nie może poprawiać swoich notowań rynkowych kosztem operatorów alternatywnych, którzy mają możliwość świadczenia usług jego abonentom jedynie przy akceptacji ich warunków ze strony spółki.

W opinii Prezesa UOKiK okoliczności sprawy wskazują na uprawdopodobnienie, że utrzymywanie przez (...) S.A. zarzucanych jej działań może wywołać poważne i trudne do usunięcia zagrożenia dla konkurencji. Podniesienie cen na połączenia do numerów z zakresu (...) prawdopodobnie spowoduje wzrost cen świadczonych za ich pośrednictwem połączeń telefonicznych. Potencjalnym skutkiem będzie wyeliminowanie z rynku świadczonych w ten sposób połączeń międzystrefowych, których stawka przestanie być atrakcyjna w stosunku do cen z cennika (...) S.A. Należy spodziewać się spadku zainteresowania usługami połączeń międzynarodowych świadczonych za pośrednictwem numerów z zakresu (...), których popularność wynika z atrakcyjnej ceny za 1 minutę połączenia (0,35 zł). Podwyżka połączona z dodatkowymi działaniami ze strony spółki spowoduje, zdaniem Prezesa najpierw zahamowanie wzrostu zainteresowania usługami połączeń międzynarodowych świadczonych za pośrednictwem numerów z zakresu (...), a w końcowym efekcie może doprowadzić do całkowitej likwidacji wykonywanych w ten sposób połączeń. Prawdopodobnie więc konsumenci zostaną pozbawieni możliwości wykonywania zdecydowanie tańszych połączeń międzynarodowych. Oferty przygotowane przez (...) S.A.

W niewielkim stopniu zrekompensują wprowadzoną podwyżkę jedynie abonentom często korzystającym z usług połączeń międzynarodowych. Wyeliminowanie możliwości wykonywania połączeń międzynarodowych przez numery z zakresu (...) spowoduje, iż prawdopodobnie usługi te w obecnym kształcie nie wrócą na rynek, gdyż w chwili zakończenia postępowania w sprawie stwierdzenia stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, na rynku mogą istnieć już tańsze i doskonalsze sposoby wykonywania połączeń międzynarodowych.

Wzrost ceny, który spowoduje spadek zainteresowania tego typu połączeniami i spadek przychodów, uniemożliwi zapewne odzyskanie środków które zostały zainwestowane w upowszechnienie tego sposobu wykonywania połączeń międzynarodowych i wykreowanie usługi.

W świetle powyższego, zdaniem Prezesa UOKiK należało uznać, że dalsze stosowanie przez (...) S.A. zarzucanej praktyki, może spowodować poważne i trudne do usunięcia zagrożenia dla konkurencji.

Od powyższej decyzji odwołanie wniosła powódka (...) S.A. zarzucając decyzji:

1. naruszenie przepisów postępowania przez:

a) naruszenie art. 10kpa w zw. z art. 88 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez uniemożliwienie (...) jako stronie postępowania administracyjnego aktywnego wzięcia udziału w toczącym się postępowaniu antymonopolowym w każdym jego stadium tj. również w stadium poprzedzającym wydanie decyzji tymczasowej poprzez wydanie decyzji tymczasowej bez uwzględnienia wyjaśnień przedstawionych przez (...) w piśmie z dnia 7 października 2005r w odpowiedzi na doręczony jej w niepełnej treści wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego;

b) naruszenie art. 7 kpa w zw. z art. 77 kpa poprzez:

ustalenie, że w sprawie miała miejsce promocja cen połączeń międzynarodowych świadczonych przez (...) poprzedzająca podwyższenie ceny za połączenia do numerów usług o podwyższonej opłacie na pierwszej taryfie, gdzie obie decyzje biznesowe (...) miały ze sobą związek, co ma dowodzić antykonkurencyjnego celu działania (...),

- ograniczenie analizy wpływu podwyżki ceny za minutę połączenia do numerów o

podwyższonej opłacie na konkurencyjność połączeń krajowych i międzynarodowych wyłącznie do połączeń realizowanych poprzez numery z zakresu numeracji (...);

stwierdzenie, że na skutek wprowadzenia podwyżki ceny połączenia do pierwszej taryfy do

usług o podwyższonej opłacie nieopłacalne stało się korzystanie z połączeń międzystrefowych świadczonych za pośrednictwem numerów z zakresu numeracji (...);

stwierdzenie, że kosztowe uzasadnienie przedstawione przez (...) nie stanowi uzasadnienia faktycznego dla podwyższenia ceny za minutę połączenia do usług o podwyższonej opłacie na pierwszej taryfie.

2. naruszenie przepisów prawa materialnego przez:

a) obrazę art 88 ust.1 ustawy w zw. z art. 1 ust.2 ustawy poprzez przyjęcie, iż w przedmiotowej sprawie mieliśmy do czynienia z praktyką antykonkurencyjną;

b) obrazę art. 88 ust. 1 ustawy w zw. z art. 4 pkt 8 w zw. z art. 8 ust.1 ustawy poprzez przyjęcie, że rynkiem właściwym wykonywania rzekomej praktyki antykonkurencyjnej jest rynek dostępu do usług krajowych i międzynarodowych połączeń telefonicznych na numerach (...);

c) obrazę art. 88 ust. 1 ustawy w zw. z art. 8 ust.1 w zw. z art. 8 ust.2 pkt 5 ustawy poprzez błędne przyjęcie, iż podwyższenie przez (...) z dniem 1 października 2005r opłaty za świadczenie połączeń do numerów z zakresu numeracji (...) na pierwszej taryfie z kwoty 0,35 gr brutto do kwoty 0,71 gr brutto za minutę połączenia jest nadużyciem pozycji dominującej na rynku dostępu do usług krajowych i międzynarodowych połączeń telefonicznych na numerach (...) w rozumieniu art. 8 ust.1 w zw. z art. 8 ust.2 pkt 5 ustawy;

d) obrazę art. 88 ustawy poprzez błędne przyjęcie, że:

- zastosowane przez (...) rozwiązanie biznesowe jest praktyką antykonkurencyjną w rozumieniu ustawy, to jest podwyższenie przez (...) z dniem 1 października 2005r opłaty za świadczenie połączeń do numerów z zakresu numeracji (...) na pierwszej taryfie z kwoty 0,35 gr brutto do kwoty 0,71 gr brutto za minutę połączenia jest nadużyciem pozycji dominującej na rynku dostępu do usług krajowych i międzynarodowych połączeń telefonicznych na numerach (...) w rozumieniu art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust.2 pkt 5 ustawy oraz art. 82 TWE;
- zostało uprawdopodobnione, że dalsze obowiązywanie nowej podwyższonej ceny za minutę połączenia do numerów z zakresu numeracji (...) na pierwszej taryfie może spowodować powstanie stanu zagrożenia dla konkurencji.

Powódka wniosła o uchylenie decyzji w całości ewentualnie o stwierdzenie jej wydania z naruszeniem prawa oraz zasądzenie kosztów procesu. W uzasadnieniu odwołania powódka wskazała:

W stadium postępowania poprzedzającym wydanie decyzji tymczasowej z uprawnienia strony do czynnego udziału w postępowaniu skorzystała wyłącznie (...) S.A. Poprzez przedstawienie Prezesowi żądania wszczęcia postępowania antymonopolowego oraz wydania decyzji w trybie art. 88 ustawy. (...) S.A została pozbawiona uprawnienia do czynnego udziału w postępowaniu w całym zakresie tego uprawnienia wynikającego z art. 10 kpa. Prezes UOKiK wszczynając postępowanie t antymonopolowe miał już przygotowany projekt decyzji tymczasowej. Wszczynając postępowanie antymonopolowe (...) S.A nie doręczono odpisu wniosku (...) S.A. o wszczęcie postępowania antymonopolowego, który składa się z dwóch pism: datowanego na 18 sierpnia 2005r oraz jego uzupełnienie datowane na 5 września 2005r. Pomimo to (...) S.A w dniu 7.10.2005r skierowała do Prezesa UOKiK pismo (datowane na 5.10.2005r), w którym przedstawiła swoje twierdzenia w sprawie. Po dniu 4.10.2005r Prezes UOKiK kontynuował pracę nad przygotowaniem decyzji tymczasowej, którą ostatecznie wydał w dniu 10.10.2005r nie podejmując wysiłku

ustosunkowania i . się do treści doręzonego mu w tym dniu pisma (...) S.A z wstępnymi wyjaśnieniami oraz dowodami przygotowanymi w stosunku do twierdzeń zawartych w piśmie (...) S.A z dnia 5.09.2005r na żądanie Prezesa UOKiK z dnia 4.10.2005r. Decyzja o wydaniu decyzji tymczasowej musiała być podjęta przed wszczęciem postępowania antymonopolowego. Decyzja ta została podjęta na podstawie błędnie ustalonego stanu faktycznego w sprawie, ponieważ został on ustalony wyłącznie na podstawie twierdzeń przedstawionych przez (...) S.A., z pominięciem twierdzeń przedstawionych przez (...) S.A. Powódka została pozbawiona prawa do aktywnego udziału w postępowaniu poprzez naruszenie przez Prezesa obowiązku rozpoznania przed wydaniem decyzji administracyjnej całego zebranego materiału dowodowego.

Zarzucając błędne ustalenia dotyczące stanu faktycznego w sprawie powódka podniosła:

Oferty (...)S.A. będące elementem świadczenia usługi powszechnej są przedmiotem akceptacji przez Prezesa URTiP (obecnie UKE). Oferta pakietu minut międzynarodowych została przedstawiona Prezesowi URTiP już w dniu 30 marca 2005r, a pozytywna decyzja Prezesa została udzielona dopiero 25 maja 2005r. Wdrożenie pakietu minut planowane na 15 maja 2005r zostało wprowadzone dopiero 7 lipca 2005r. Z tego względu nieprawdziwe jest twierdzenie Prezesa UOKiK, że zaproponowanie tej oferty w lipcu 2005r miało wypromować ofertę (...) w stosunku do podwyższonych cen na połączenia z zakresu numeracji (...), (...) 1. Pakiet ten nie jest dostępny dla abonentów dwóch najpopularniejszych planów telefonicznych dla dostępu analogowego - planu (...)standardowy oraz planu socjalnego, co zawęża grupę docelową tej oferty. Zdaniem powódki nie jest prawdą, że obniżenie przez (...) od 1.09.2005r w planach sekundowych (...)biznes ceny połączeń międzynarodowych wywarło wpływ na zachęcenie lub zniechęcenie przedsiębiorców do korzystania z takich połączeń świadczonych przez (...) S.A. na numeracji (...). Podobnie skorzystanie z oferty „wybrane kraje (...) biznes”, które wymaga aktywowania przez abonenta usługi oraz poniesienia z góry opłaty miesięcznej w wysokości 10 zł (w okresowej promocji 1,22 zł) za możliwość realizowania połączeń o obniżonej cenie do danego kraju. Klienci biznesowi w znikomym stopniu korzystali i korzystają z połączeń międzynarodowych świadczonych na numerach z zakresu numeracji dla usług o podwyższonej opłacie. Jest to grupa, która masowo korzysta z bezpłatnej blokady połączeń do tych numerów, po to aby uchronić się przed wykonywaniem takich połączeń przez pracowników. (...) S.A kreuje swoją ofertę jako ofertę konkurencyjną w stosunku do oferty jaką klienci biznesowi mogą uzyskać za pośrednictwem preselekcji od innych operatorów jak Polkomtel. Przygotowana oferta dla klientów planu biznesowego miała na celu konkurowanie, a nie cel antykonkurencyjny. W ocenie powódki nierzetelne było porównywanie oferty wybranych krajów (...) biznes z jej ograniczeniami oraz usługi typu „otwartego” bez ograniczeń, jaką jest usługa połączeń międzynarodowych świadczonych na numeracji (...).

Porównywane przez Prezesa UOKiK dane nie służyły rzetelnej i obiektywnej analizie sytuacji rynkowej na rynku połączeń międzynarodowych. Aby tak było pozwany powinien porównać także ceny połączeń w planach standardowym i socjalnym (...), ponieważ korzysta z nich najliczniejsza grupa abonentów (...) S.A.

Analiza wpływu podwyżki powinna dotyczyć całego rynku świadczenia połączeń do usług

o podwyższonej opłacie, a nie tylko fragmentu tego rynku, gdyż podwyżka dotyczyła całego zakresu pierwszej taryfy usług o podwyższonej opłacie ((...), (...)), na innych niż pierwsza taryfa numeracji (...) też są oferowane usługi międzynarodowe, jednak ich cena nie została podwyższona, w planie socjalnym również nie nastąpiła podwyżka. W przypadku świadczenia połączeń do numerów z zakresu numeracji (...) (...) 1 na pierwszej taryfie przy cenie 0,29 gr netto za minutę połączenia realizowany przez (...) przychód po odliczeniu należności dla operatorów oraz usługodawców wynosi zaledwie 5,8 gr, co nie pokrywa kosztów świadczenia usług abonentom. Na rynku różną ceną za minutę połączenia realizowanego w różnych modelach konkurują różni operatorzy. Bezpodstawny jest pogląd jakoby (...) S.A konkurowała w świadczeniu usług połączeń międzynarodowych wyłącznie z (...) S.A i wyłącznie z modelem świadczenia połączeń za pośrednictwem numeracji (...).

Zdaniem powódki nie jest prawdą, że podwyższenie do poziomu opłacalności stawki za minutę połączenia do usług o podwyższonej opłacie w pierwszej taryfie pozbawiło abonentów możliwości korzystania z „tanich” połączeń

telefonicznych. Abonent (...)S.A ma dostęp do korzystania ze wszystkich modeli usług połączeń telefonicznych i od jego oceny zależy czy dany rodzaj połączeń telefonicznych świadczonych w danym modelu uzna za tanie lub nie.

Powódka wskazała, że po wprowadzonej podwyżce abonent najpopularniejszych planów standardowego i socjalnego powinien nadal być zainteresowany korzystaniem z usługi połączenia międzynarodowego za pośrednictwem numeru (...) jako istotnie tańszą.

Odnosząc się do twierdzenia pozwanego, iż wprowadzona podwyżka spowoduje nieopłacalność korzystania przez abonenta (...) S.A. z numerów (...) dla wykonywania połączeń międzystrefowych, powódka wskazała, że korzystanie z tych usług także przed podwyżką nie było opłacalne, bo zazwyczaj koszt połączenia międzystrefowego zestawianego za pośrednictwem numeru o podwyższonej opłacie jest równy kosztowi połączenia w konwencjonalnej ofercie operatora telekomunikacyjnego w godzinach szczytu. Abonentom zaś planu socjalnego nigdy nie opłacało się wykonywać połączeń międzystrefowych za pośrednictwem numerów o podwyższonej opłacie.

Powódka podniosła, iż przeprowadziła audyt kosztów świadczenia usług powszechnych. W oparciu o model kosztowy zbudowany na potrzeby wyceny kosztów świadczenia usług powszechnych dokonano też analizy kosztów usług świadczonych na taryfach o podwyższonej opłacie. Okazało się, że jednostkowe koszty świadczenia usług (...) na najniższej taryfie przy przyjętych w umowach zasadach rozliczeń z operatorami świadczącymi na jej rzecz usługi są znacznie poniżej kosztów, a strata wynosi 3,6 gr na minutę. Powódka oprócz kosztów stałych ponosi także koszty zmienne związane z ilością tego typu połączeń tj. koszty bilingów, fakturowania, windykacji, reklamacji.

Zarzucając naruszenie przepisów prawa materialnego powódka podniosła:

Kluczowymi przesłankami do zastosowania instrumentu w postaci decyzji tymczasowej przez Prezesa UOKiK jest stwierdzenie, iż zastosowane przez przedsiębiorcę rozwiązanie biznesowe jest „praktyką” w rozumieniu ustawy oraz „uprawdopodobnione” jest, że dalsze wykonywanie takiej praktyki przez przedsiębiorcę może spowodować powstanie stanu zagrożenia dla konkurencji. Powódka podniosła, że podwyższenie ceny połączeń do numerów z zakresu numeracji (...), (...) 1 na pierwszej taryfie było działaniem mającym na celu uniknięcie dalszego ponoszenia strat związanych ze świadczeniem usług poniżej kosztów, a tym samym zapobieżenie postawienia ewentualnego zarzutu nadużycia pozycji dominującej poprzez oferowanie cen połączeń po rażąco niskich cenach. Ze względu na brak bezprawności działania (...) S.A. W przedmiotowej sprawie nie można postawić jej zarzutu popełnienia praktyki antykonkurencyjnej co przesądza o braku podstawowej przesłanki do wydania decyzji tymczasowej.

Zdaniem powódki definicja rynku właściwego przyjęta przez Prezesa UOKiK jest błędna, bowiem nie znajduje żadnego uzasadnienia w funkcjonowaniu rynku i doprowadziłaby do nieuzasadnionej segmentacji (rozdrobnienia) tego rynku. Istniejące modele świadczenia usług połączeń międzystrefowych i międzynarodowych ((...), (...), na numerach lokalnych, na numerach teleinformatycznych, poprzez preselekcję, za pośrednictwem (...), inne) nie różnią się od siebie w jakikolwiek istotny sposób, ani technologicznie ani w zakresie substytucji po stronie popytu. Wszystkie zapewniają abonentowi dostęp do alternatywnych względem tradycyjnego sposobu łączenia rozmów, połączeń telefonicznych. Z tego względu powódka twierdzi, że pozwany winien badać substytucyjność usług dla wskazanych przez siebie uczestników rynku tj. abonentów.

Stanowisko powódki znajduje potwierdzenie w stanowisku Komisji Europejskiej z dnia 6.12.2006r. W powyższej decyzji (sygn.akt SG-Greffe(2006) D/207463) Komisja Europejska stanęła na stanowisku, iż „ W rozumieniu Komisji, z punktu widzenia popytu, połączenia przez numery (...) oraz poprzez karty przedpłacone mogą być substytutem połączeń świadczonych przez (...) lub przez operatorów alternatywnych świadczonych za pomocą selekcji i preselekcji...” (załącznik do protokołu rozprawy k 189-195).

W odniesieniu do zarzutu z pkt d odwołania powódka podniosła, że sam fakt napisania i wysłania do Prezesa UOKiK wniosku przez konkurenta (...) S.A. nie może być uznane za okoliczność, że (...) S.A. wykonuje zarzucaną jej praktykę antykonkurencyjną oraz że uprawdopodobnione jest że rzekoma praktyka zarzucana (...) S.A. może spowodować poważne i trudne do usunięcia zagrożenie dla konkurencji. Poza wcześniej przywoływanymi argumentami wskazała,

że oczywistym jest, że podniesienie ceny na połączenia spowoduje wzrost ceny świadczonych połączeń, jednak nie ma to nic wspólnego ze stworzeniem zagrożenia dla konkurencji w świadczeniu usług połączeń międzynarodowych lub krajowych. Operatorzy telekomunikacyjni mogą zestawiać połączenia międzynarodowe w różnych technologiach i różnych modelach. W większości tych modeli, poza modelem zestawiania połączeń za pośrednictwem usług o podwyższonej opłacie (w tym numeracji (...)) dostawcy mogą ustalić dowolną taryfikację i konkurować ceną za minutę połączenia z klientem. Inwestycje dokonane przez innych operatorów alternatywnych w promocję usług z punktu widzenia rachunku ekonomicznego zostały przynajmniej częściowo sfinansowane ze środków (...) S.A., która do czasu sporządzenia nowej szczegółowej analizy ponoszonych kosztów dofinansowywała każdą minutę połączenia wykonywanego przez jej abonenta do pierwszej taryfy usług o podwyższonej opłacie. W piśmie procesowym stanowiącym załącznik do protokołu rozprawy z dnia 18.01.2007r. (k 182- 188) powódka wniosła na zasadzie wniosku ewentualnego o stwierdzenie wydania kwestionowanej decyzji z naruszeniem prawa oraz do zarzutu naruszenia art. 88 ustawy dodała, że przepis ten nie daje podstaw do pozytywnego określania obowiązków przedsiębiorcy w decyzji tymczasowej.

(...) S.A wniosła o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów procesu, popierając stanowisko pozwanego.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Numery z zakresu (...) (w tym (...)) określone zostały w Tablicy Zagospodarowania Numeracji IN-T5, gdzie numeracja IN to numeracja dostępu do sieci inteligentnych, jako usługa połączenia z opłatą dodatkową (premium rate). Numeracja ta przydzielana jest poszczególnym przedsiębiorcom, na ich wniosek, przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Definicję usługi o podwyższonej opłacie (lub inaczej usługi połączenia z dodatkową opłatą), zawiera art. 64 ustawy z dnia 16 lipca 2004r., Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2004r., nr 171, poz. 1800, dalej jako Pt), który stanowi, że „Dostawca publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej obejmującej usługę telekomunikacyjną z dodatkowym świadczeniem, zwanej usługą o podwyższonej opłacie, jest obowiązany podawać wraz z numerem tej usługi podawanym do publicznej wiadomości cenę za jednostkę rozliczeniową połączenia ze wskazaniem ceny netto i brutto. Usługą telekomunikacyjną zaś zgodnie z art. 2 pkt 48 w/w ustawy jest usługa polegająca głównie na przekazywaniu sygnałów w sieci telekomunikacyjnej; nie stanowi tej usługi usługa poczty elektronicznej.

Tak więc premium rate to przekazywanie sygnałów w sieci telekomunikacyjnej (połączenie telefoniczne lub internetowe), mające na celu uzyskanie świadczenia dodatkowego oferowanego na określonym zakresie numeracji. Świadczenie dodatkowe może polegać na udostępnianiu w sieci telekomunikacyjnej różnego rodzaju informacji (np. prognoza pogody czy aktualne kursy walut) lub umożliwiać uczestnictwo w grach i „spotkaniach” on line (tzw. party line).

Brak jest bowiem w istniejących regulacjach kategorycznego wskazania usług, które mogą być świadczone w sieciach inteligentnych (lub których świadczenie jest wykluczone).

Numery o podwyższonej opłacie (premium rate) z zakresu (...), wykorzystywane są m.in. do świadczenia usług telefonicznych połączeń krajowych i międzynarodowych. Sposób realizacji takiego połączenia wygląda następująco. Abonent, korzystając z posiadanego telefonu stacjonarnego łączy się z dowolnym numerem z zakresu (...), a następnie po usłyszeniu właściwego sygnału wybiera numer docelowy. Połączenie taryfikowane jest przez operatora dostępowego (w którego sieci abonent ma podłączony aparat telefoniczny), zgodnie z ustalonym przez niego cennikiem, jako połączenie do numeru (...). Opłata za tak wykonane połączenie międzynarodowe uwidacznia się w rachunku telefonicznym wystawianym przez niego jako połączenia do numerów (...). Do 30 września 2005r., opłata ta, zgodnie z cennikiem (...), wynosiła dla ok. (...) abonentów, dla których Spółka jest operatorem dostępowym, 29 gr netto za minutę połączenia (35 gr brutto).

Z dniem 1 października 2005r. (...) podniosła ceny połączeń do numerów z zakresu (...) do 58 gr netto (71 gr brutto).

Przy stosowanym w dacie wydania decyzji sposobie rozliczeń przez operatorów udostępniających usługi połączeń telefonicznych na numeracji (...), każdy z operatorów dostępowych ustala własny cennik na połączenia do numerów z zakresu (...) dla abonentów podłączonych do jego sieci, tym samym każdy z nich kształtuje ceny połączeń wykonywanych przez własnych abonentów. W praktyce oznacza to, iż jeżeli abonent przyłączony do sieci (...) zadzwoni na numer (...) należący do (...) S.A. czy (...) S.A., to i tak jego połączenie będzie taryfikowane zgodnie z cennikiem (...).

Do sieci telekomunikacyjnej Spółki (...) podłączonych jest ponad (...) wszystkich abonentów. Spółka kształtując swój cennik w tym zakresie wpływa na warunki, na jakich z usług połączeń telefonicznych na numeracji (...) korzysta zdecydowana większość polskich abonentów telefonicznych.

Podstawą rozliczeń międzyoperatorskich jest albo zakup przez operatora dysponującego numeracją z zakresu (...) na rynku hurtowym usługi rozpoczęcia połączenia do numerów audiotekstowych od operatora dostępowego, albo proporcjonalny podział pomiędzy operatorów przychodów uzyskanych przez operatora dostępowego z tytułu świadczenia własnym abonentom usług połączeń do numerów z zakresu (...). Operatorzy udostępniający w dacie wydania przedmiotowej decyzji połączenia telefoniczne (krajowe i międzynarodowe) na numeracji z zakresu (...) rozliczają się z (...) metodą podziału przychodów co oznacza, że cenę za połączenia telefoniczne do numerów z zakresu (...), ustala dla swoich abonentów każdy z operatorów dostępowych. Środki uzyskane przez niego, za wykonane przez abonentów ww. połączenia, są następnie odpowiednio dzielone.

W sytuacji, gdy numer z zakresu (...), należy do operatora innego niż operator

dostępowy, to dysponujący numerem otrzymuje zwykle (...) wpływów (z tej kwoty wypłaca on

wynagrodzenie service providerowi). Cennik (...) usług połączeń do numerów z zakresu (...) wyróżniał 9 taryf (według stanu na 30 września 2005r.). Opłata za minutę połączenia telefonicznego kształtowała się od 0,29 zł netto w 1 taryfie do 6,25 zł netto w 8 taryfie. Wykorzystywana taryfa w żaden sposób nie wpływa na sposób realizacji połączenia. Istniejące różnice w cenach na połączenia do numerów (...) wynikają jedynie z usługi dodanej w ramach połączenia.

W okresie od października 2003r. do 1 października 2005r., cennik (...) połączeń z dodatkową opłatą nie był zmieniany, na żadnej z wyróżnionych przez Spółkę taryf.

Połączenie telefoniczne krajowe lub międzynarodowe, wykonane za pośrednictwem numeru

i z zakresu (...), z punktu widzenia konsumenta nie różni się od tradycyjnego połączenia telefonicznego. Dla jego wykonania wystarcza posiadanie dostępu telekomunikacyjnego (telefon z możliwością wykonywania połączeń). Skorzystanie z usługi nie wymaga konieczności posiadania łączności internetowej (VoIP), zakupu dodatkowego sprzętu, instalowania specjalnego oprogramowania, czy wreszcie konieczności dokonywania zakupu specjalnych kart-zdrapek. Spośród jedenastu podmiotów, które dysponują numeracją z zakresu (...), jedynie (...) S.A., (...) S.A. oraz (...) sp. z o.o. rozpoczęły świadczenie usług połączeń telefonicznych (krajowych i międzynarodowych) na numerach (...). Dzwoniąc na niektóre numery z zakresu (...), należące do ww. podmiotów, abonent (...) miał do 30 września 2005r., możliwość wykonania połączenia międzynarodowego / międzystrefowego w cenie 29 gr netto za 1 minutę połączenia. Oferowana do 30 września 2005r., za wykonywane w ten sposób połączenia międzynarodowe (czy nawet międzystrefowe), cena, stanowiła

oatrakcyjności produktu dla abonentów.

Od rozpoczęcia świadczenia tego rodzaju usług stale wzrasta liczba generowanych w ten sposób minut połączeń telefonicznych (krajowych i międzynarodowych) oraz osiągnęte z tego źródła przychody operatorów alternatywnych.

Podniesienie, dla abonentów (...), cen na połączenia do numerów z zakresu (...), w pierwszej taryfie, nastąpiło z dniem 1 października 2005r., na podstawie Decyzji nr (...) Wiceprezesa - Członka Zarządu (...) S.A. ds. Marketingu i Obsługi

Klienta P. H., z dnia 31 sierpnia 2005r. W ten sposób została wprowadzona (...) podwyżka. Cena wzrosła z 29 gr na 58 gr netto (odpowiednio 35 i 71 gr brutto).

Wprowadzenie przez (...) (...) (z 29 gr. na 58 gr. netto) podwyżki, poprzedzone było zaproponowaniem abonentom skorzystania z ofert prowadzących do obniżenia kosztów połączeń międzynarodowych wykonywanych w sieci Spółki. Zostały wprowadzone:

1. od 1 lipca 2005r. dla planów taryfowych (...): darmowe wieczory i weekendy, darmowe weekendy, 60 minut za darmo, (...) darmowe wieczory i weekendy, (...) premium, (...) podstawowy, pakiety minut międzynarodowych,
2. od 1 września 2005r. obniżono, w planach sekundowych (...) biznes, ceny połączeń międzynarodowych wykonywanych do krajów tzw. 1 strefy z 60 na 50 gr netto (61 gr brutto). (...) wskazała, iż oferta ta dotyczy krajów, z którymi polskie firmy kontaktują się najczęściej, przypada na nie około (...) wszystkich rozmów za granicę wykonywanych przez abonentów biznesowych (...),
3. od 1 września 2005r., (...) zwiększyła z (...) do (...) rabat na rozmowy międzynarodowe w usłudze „wybrane kraje (...)”. Za wybór jednego państwa przewidziano opłatę miesięczną w wysokości 1 zł netto (zamiast wcześniejszej opłaty w wysokości 10 zł netto). W ramach usługi przedsiębiorca może wybrać od 1 do 5 krajów.

Rynkiem właściwym w przedmiotowej sprawie jest rynek dostępu do usług krajowych

i międzynarodowych połączeń telefonicznych na numerach (...), a więc rynek prowadzonej działalności przez operatorów telekomunikacyjnych.

Sąd zważył, co następuje:

Odwołanie w przeważającym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących naruszenia przepisów postępowania administracyjnego należy wskazać, że ewentualne naruszenie przepisów postępowania administracyjnego nie jest przedmiotem postępowania sądowego i nie stanowi samoistnej podstawy uchylenia decyzji w tym postępowaniu. Wniesienie do Sądu odwołania od decyzji administracyjnej wszczyna dopiero cywilne, pierwszoinstancyjne postępowanie sądowe, w którym Sąd dokonuje własnych ustaleń, rozważając całokształt materiału dowodowego (takie stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29.05.1991 r., sygn.akt III CRN 120/91, postanowieniu z dnia 11.08.1999r. sygn.akt I CKN 351/99, wyroku z dnia 19.01.2001 r. sygn.akt I CKN 1036/98). Podobnie Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 20.12.2006r. stwierdził, iż podnoszenie zarzutów naruszenia postępowania administracyjnego nie może być podnoszone przed SOKiK, który jako sąd powszechny rozpatruje sprawę od nowa, co skutkuje brakiem możliwości uchylenia decyzji zaskarżonej do tego sądu z uwagi na naruszenie przepisów postępowania administracyjnego (sygn.akt VI Aca 620/06).

Zdaniem Sądu prawo powódki do czynnego udziału w postępowaniu nie zostało naruszone, a tym samym stawiany zarzut jest niezasadny.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem pozwanego, że treść art .88 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wskazuje, że potrzeba szybkiego działania w celu ochrony konkurencji wyłącza prawo strony do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Ograniczenie to nie pozbawiło jednak strony prawa do wzięcia aktywnego udziału w postępowaniu. Powódka została powiadomiona o wszczęciu przeciwko niej postępowania antymonopolowego, doręczono jej odpis wniosku złożonego przez (...) S.A. i zwrócono się o ustosunkowanie się do zgłoszonych zarzutów. Powódka została także powiadomiona o zaliczeniu do materiału dowodowego dokumentów zgromadzonych w innym postępowaniu antymonopolowym. Okoliczność, że twierdzenia (...) S.A zawarte w piśmie z dnia 5.10.2005r nie zmieniły stanowiska Prezesa UOKiK co do konieczności wydania decyzji tymczasowej, nie oznacza, że nie zostały przez Prezesa przeanalizowane przed jej wydaniem. Spółce doręczono pełną treść wniosku na

podstawie którego wszczęto postępowanie. Pismo (...) S.A z dnia 5.09.2005r stanowiło odrębny wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego.

Z pewnością nie można też czynić zarzutu pozwanemu z powodu szybkości działania, do której organ zobowiązany jest w przypadku dostrzeżenia zagrożenia dla konkurencji.

W ocenie Sądu zarzuty związane z błędnym ustaleniem stanu faktycznego w niniejszej sprawie w wyniku naruszenia art. 7 w zw. z art 77 kpa są niezasadne.

Słusznie wskazał pozwany, że podstawowe znaczenie dla zaistnienia przesłanek wydania decyzji tymczasowej ma zgodnie z nakazem art. 88 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uprawdopodobnienie, że określone zachowanie przedsiębiorcy stanowi zagrożenie dla konkurencji. Wydanie takiej decyzji nie oznacza uznania określonego zachowania za praktykę antykonkurencyjną, gdyż ustaleniu tej kwestii służy prowadzone w tym zakresie postępowanie antymonopolowe, a opiera się również na prawdopodobieństwie, że zachowanie, które może poważnie zagrażać konkurencji stanowić może, praktykę antykonkurencyjną. Celem przedmiotowej decyzji nie było więc wykazanie, że kolejne oferty (...) S.A i wprowadzenie podwyżki miały z góry zaplanowany cel w postaci wyeliminowania czy osłabienia konkurencji, a więc umyślnego naruszenia przepisów. Prezes UOKiK wskazał okoliczności faktyczne, które stanowiły prawdopodobieństwo dopuszczenia się praktyki ograniczającej konkurencję przez powódkę, a przede wszystkim uprawdopodobnił, że zachowanie to może spowodować poważne i trudne do usunięcia zagrożenie dla konkurencji. Poprzedzenie wprowadzenia 100% podwyżki na połączenia międzystrefowe i międzynarodowe realizowane na numerach (...) ofertami prowadzącymi do obniżenia kosztów połączeń międzynarodowych wykonywanych w sieci spółki, stanowi fakt, a wskazane przez pozwanego daty wprowadzania rozwiązań zostały ustalone na podstawie dostępnych powszechnie informacji i twierdzeń samej powódki.

Należy nadmienić, że konieczność zaakceptowania ofert powódki przez Prezesa URTiP (obecnie UKE) nie zmienia faktu, iż powódka planowała i podjęła decyzje o wprowadzeniu obniżek cenowych w zbliżonym do siebie czasie, wyprzedzającym nieco wprowadzenie podwyżki.

Sąd podzielił stanowisko pozwanego, że dla oceny zachowania (...) S.A nie ma znaczenia liczba abonentów, którzy mogą w danym momencie tj. wprowadzania ofert z nich korzystać, gdyż każdy abonent ma prawo do swobodnego wyboru korzystnego dla niego planu taryfowego, co oznacza iż z oferty potencjalnie może skorzystać każdy abonent. W istocie więc nie miało znaczenia dla oceny dostępności wprowadzanych ofert twierdzenie powódki, że klienci biznesowi stanowią niewielką grupę abonentów oraz że grupa ta masowo korzysta z blokady połączeń do numerów podwyższonej opłacie, skoro szereg planów biznesowych dostępnych jest także dla abonentów indywidualnych. Słusznie więc pozwany przy porównaniu wpływu podwyżki na konkurencyjność połączeń telefonicznych wykonywanych za pośrednictwem numerów (...) uwzględnił stawki za połączenia pobierane przez (...) S.A w przypadku skorzystania przez abonenta z przygotowanych ofert, a pominął te pobierane w planach taryfowych, w których oferty nie są dostępne. Słusznie też Prezes nie uwzględnił opłat za połączenia międzynarodowe w planie socjalnym, skoro sama powódka wskazuje, że jest to plan dla biernych abonentów'. Abonent tego planu nie jest więc osobą najbardziej zainteresowaną wykonywaniem połączeń międzynarodowych, bez względu na to w jaki sposób są zestawiane. Plan standardowy zaś został wycofany ze sprzedaży od 1 marca 2005r.

Sąd ocenia, iż właściwe było ograniczenie analizy do wpływu przedmiotowej podwyżki na konkurencyjność połączeń świadczonych za pośrednictwem numerów z zakresu (...), mimo, iż podwyżka dotyczyła całego zakresu pierwszej taryfy usług o podwyższonej opłacie ((...)), skoro faktycznie podwyżka wpłynąć mogła jedynie na ceny połączeń telefonicznych świadczonych wyłącznie na numerach (...). Jedynie pierwsza taryfa z zakresu (...) wykorzystywana jest do usług połączeń telefonicznych. Pozostałe numery wykorzystywane są do świadczenia usług, które nie stanowią usług substytucyjnych w stosunku do połączeń telefonicznych świadczonych przez (...) S.A. Podwyżka nie miała również żadnego wpływu na atrakcyjność usług połączeń telefonicznych świadczonych na innych taryfach numerów' z zakresu (...).

Niewątpliwie faktem jest, co podkreśla powódka, że usługi połączeń telefonicznych, w tym połączeń międzystrefowych i międzynarodowych mogą być i są świadczone przez przedsiębiorców według wielu modeli. **Jednak cechą charakterystyczną modelu połączeń telefonicznych** świadczonych za pośrednictwem numerów (...) jest to, że o cenie jaką abonent ponosi za połączenie nie decyduje przedsiębiorca, który świadczy usługę, ale tzw. operator dostępowy do którego sieci abonent jest przyłączony. Tak więc w tym modelu usług połączeń telefonicznych, powódka decydując o podwyżce ceny za połączenie do numeru (...) wpływa bezpośrednio na warunki świadczenia usług przez innych, konkurencyjnych przedsiębiorców

i **atrakcyjność ich, nie swojej oferty**. Fakt zatem istnienia innych możliwości korzystania z usług połączeń międzystrefowych i międzynarodowych świadczonych przez alternatywnych operatorów, a więc istnienie konkurencji na innym rynku, na który zachowanie przedsiębiorcy wywiera wpływ, nie będzie stanowiło przesłanki do odstąpienia od negatywnej oceny zachowania samego przedsiębiorcy, któremu zarzucono praktykę antykonkurencyjną.

W ocenie Sądu wnioskowanie pozwanego, iż wprowadzona podwyżka spowoduje nieopłacalność korzystania z numerów (...) dla wykonywania połączeń międzystrefowych jest uprawnione i stanowi uprawdopodobnienie tak dla samej praktyki naruszającej konkurencję, jak

i dla poważnych i trwałych skutków jakie działanie powódki może stanowić dla konkurencji na przyszłość. Logicznym jest wniosek, iż skoro wzrastała popularność usług połączeń międzystrefowych i międzynarodowych świadczonych za pośrednictwem numerów (...), oznacza to, że wbrew twierdzeniu powódki, że abonenci (...) S.A. uznali korzystanie z tych usług przed wprowadzeniem podwyżki za opłacalne w porównaniu z konwencjonalną ofertą operatora. Pozwany słusznie zauważył i logicznie ocenił, że po podwyżce stawka za połączenie międzystrefowe wykonane za pośrednictwem numeru (...) będzie wyższa od ceny połączenia międzystrefowego wykonanego w planie socjalnym, który charakteryzuje się najdroższymi stawkami za połączenia, gdyż dotyczy biernych abonentów. Pozwany więc nie miał na myśli stawki za połączenie międzystrefowe wykonane przez abonenta planu socjalnego za pośrednictwem numeru (...), ale stawkę za konwencjonalne połączenie przewidzianą w planie socjalnym.

Faktem jest, że w istocie istnieje możliwość świadczenia usług o podwyższonej opłacie abonentom (...) na podstawie:

1. umowy o połączeniu sieci (w ten sposób świadczone są także np. połączenia międzystrefowe dostępne dla abonentów za pośrednictwem numeru dostępowego),
2. umowy o świadczeniu na rzecz (...) usług z dodatkową opłatą (premium rate) na numeracji (...) (przykład (...) S.A)

W przypadku wskazanych umów inne są sposoby rozliczeń międzyoperatorskich oraz ich związki z abonentem korzystającym z usług, choć zestawienie połączenia jest identyczne z technicznego punktu widzenia.

O ile świadczenie usług następuje na podstawie umowy o połączeniu sieci, wówczas to operator świadczący usługi na rzecz abonentów (...) SA samodzielnie ustala ich ceny i pobiera od nich należności, płacąc (...) S.A stawkę za rozpoczęcie połączenia. Abonent nie ma jednak w takim przypadku całkowicie swobodnej możliwości korzystania z usługi, gdyż wymagane jest podpisanie umowy z operatorem świadczącym usługę.

O ile świadczenie usług następuje na podstawie umowy o świadczeniu na rzecz (...) S.A usług z dodatkową opłatą na numerach (...), wówczas opłata za połączenie pobierana jest przez operatora dostępowego (...) S.A), który następnie rozlicza się z operatorem świadczącym tego rodzaju usługi. Abonent w takim przypadku całkowicie swobodnie korzysta z usługi bez zawierania dodatkowych umów. Swoboda korzystania z tych usług przez abonentów (...) S.A powoduje, że przy tym sposobie ich świadczenia, można je uznawać za konkurencyjne do usług świadczonych przez (...).

Istniejąca faktycznie możliwość wyboru sposobu świadczenia usługi, a w zasadzie modelu rozliczeń między operatorami nie jest wystarczającym argumentem i usprawiedliwieniem dla działań (...) S.A., które mogą w sposób nieuczciwy wpływać na warunki świadczenia usług przez innych operatorów i atrakcyjność ich ofert.

W ocenie Sądu słusznie wskazał pozwany, że przedstawione przez powódkę kosztowe uzasadnienie wprowadzenia (...) podwyżki mimo ogólnej tendencji do spadku cen na połączenia telefoniczne (w/g Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego w roku 2004) nie ma faktycznego uzasadnienia.

Słusznie zauważa pozwany, że przede wszystkim na koszty świadczenia usług telekomunikacyjnych decydujący wpływ mają ponoszone przez operatorów koszty stałe (koszty wybudowania i utrzymania infrastruktury, koszty zarządu), których wysokość nie zależy od ilości sprzedanych usług. Ponadto powódka powołując się na wyniki przeprowadzonego audytu kosztów świadczenia usług powszechnych (mimo, że nie jest nią usługa połączenia do numerów z zakresu (...)), w oparciu o który miała dokonać analizy kosztów usług świadczonych na numerach z zakresu (...), wskazującej na ponoszone straty, wyników tych nie przedstawiła. Skoro powódka potwierdziła, iż pod względem technicznym połączenia międzynarodowe realizowane za pośrednictwem numerów z zakresu (...) są zestawiane analogicznie do połączenia zestawianego przez preselekcję, w ocenie Sądu, pozwany słusznie twierdzi, iż należy przy ocenie kosztów usługi oprzeć się na analizie stawek wynikającej z (...) (Ramowej Oferty (...) dotyczącej Połączenia Sieci na rok 2004). Według stawek (...) koszt zestawienia takiego połączenia wraz z marżą (...) S.A wyniósłby (w zależności od punktu styku i pory dnia) najwyżej 5,6 gr, zaś przy istniejącym modelu podziału przychodów między (...) S.A a operatora alternatywnego, przy ponoszonej przez abonenta opłacie 0,29 gr netto za min., (...) S.A otrzymuje wynagrodzenie 5,8 gr. Przy czym wysokość pobieranego wynagrodzenia przy tym sposobie rozliczeń nie zależy ani od poziomu punktu styku, ani od pory dnia wykonywania połączenia. Słusznie też wskazuje pozwany, że powódka nie wykazała, że nie ponosi żadnych kosztów zmiennych przy realizacji połączeń do numerów (...) na podstawie umowy o połączeniu sieci, jakimi mogą być koszty sporów, windykacji czy rejestracji połączeń.

W ocenie Sądu zarzuty odnoszące się do naruszenia przepisów prawa materialnego są w przeważającym zakresie niezasadne.

Słusznie podniósł pozwany, że celem przedmiotowej decyzji nie było wykazanie (udowodnienie) faktu stosowania przez przedsiębiorcę praktyk ograniczających konkurencję, ale uprawdopodobnienie, iż dalsze stosowanie tych praktyk będzie miało nieodwracalne skutki. Uprawdopodobnienie zaś oznacza wskazanie na okoliczności wystarczające do powzięcia przekonania o prawdopodobieństwie zaistnienia (wystąpienia) podnoszonych okoliczności.

Uprawdopodobnienie tak poważnego zagrożenia dla konkurencji następuje zdaniem Sądu jednocześnie z uprawdopodobnieniem, że zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą stanowi praktykę antykonkurencyjną, gdyż kwestie te niewątpliwie są powiązane.

Ocena samego zachowania przedsiębiorcy pod kątem spełnienia przesłanek praktyki antykonkurencyjnej dokonywana jest w odrębnej decyzji. Decyzja tymczasowa nie rozstrzyga

w tym przedmiocie. Podniesione zarzuty dotyczące nieprawidłowych ustaleń w zakresie stwierdzenia praktyki dotyczą kwestii nie rozstrzygniętej w przedmiotowej decyzji.

Odnośnie usprawiedliwienia (...) podwyżki koniecznością zwiększenia stawki o koszt całej jednostki taryfikacyjnej, pozwany zdaniem Sądu prawidłowo wskazuje, że ceny za połączenie z numerami o podwyższonej opłacie w innych taryfach 6,7 i 8 wbrew twierdzeniu powódki wcale nie stanowią wielokrotności jednostki taryfikacyjnej 0,29 gr, gdyż wynoszą 3,45 zł, 4 zł i 6,25 zł.

Wydanie decyzji tymczasowej możliwe jest po uprawdopodobnieniu, że działania przedsiębiorcy stanowią określone zagrożenie dla konkurencji. Wydaje się zasadne jednak, by uprawdopodobniając stan zagrożenia dla konkurencji na skutek działań przedsiębiorcy, a tym samym uprawdopodobniając, że działania te stanowią praktykę antykonkurencyjną, organ antymonopolowy wskazał rynek właściwy, na którym pozycję dominującą zajmuje przedsiębiorca podejrzewany o jej nadużywanie. Wyznaczenie rynku właściwego na potrzeby zdefiniowania czy zachodzi prawdopodobieństwo poważnego stanu zagrożenia dla konkurencji, które wymaga przedsięwzięcia środka

w postaci decyzji tymczasowej, nie wyklucza możliwości innego oznaczenia rynku właściwego w postępowaniu antymonopolowym toczącym się w celu ustalenia czy zachowanie przedsiębiorcy stanowiło naruszenie reguł konkurencji. Wyznaczenie rynku w momencie wydawania decyzji tymczasowej następuje więc w sposób wstępny, wystarczający do oceny istnienia przesłanek stanowiących podstawę do wydania przedmiotowej decyzji, a nie w sposób wiążący dla decyzji kończącej postępowanie antymonopolowe prowadzone w związku z podejrzeniem nadużywania pozycji dominującej.

Zdaniem Sądu pozwany prawidłowo wskazał, że rynkiem właściwym w przedmiotowej sprawie jest rynek dostępu do usług krajowych i międzynarodowych połączeń telefonicznych na numerach (...). Jest to niewątpliwie rynek prowadzonej działalności przez operatorów telekomunikacyjnych.

Przedmiotem obrotu na rynku właściwym jest zatem usługa świadczona na rynku hurtowym, w stosunkach między operatorami, a nie nawiązywanie usługi połączenia telefonicznego (międzystrefowego i międzynarodowego).

Przy wyznaczaniu rynku produktowego należy zdaniem Sądu zgodnie z definicją ustawową stosować wąskie kryteria podziału, by ustalić właściwą precyzyjną płaszczyznę współzawodnictwa, a także zapewnić funkcjonowanie prawnych instrumentów ochrony wolnej konkurencji przez umożliwienie rzetelnego wyznaczania poziomu ewentualnej rynkowej dominacji podmiotów funkcjonujących na rynku. Zarzut dokonania nieuzasadnionej segmentacji rynku właściwego w ocenie Sądu jest niezasadny.

Za wyróżnieniem rynku dostępu do połączeń świadczonych na numerze (...) przemawia fakt, iż wyłącznie w połączeniach tego rodzaju wysokość opłaty za minutę połączenia ustalana jest przez operatora dostępowego, a nie przedsiębiorcę świadczącego usługi. W tym przypadku operator dostępowy faktycznie decyduje o cenie, w jakiej usługa świadczona przez innego operatora, dostępna jest dla jego abonentów (operatora dostępowego). Dostęp do usług krajowych

i międzynarodowych połączeń telefonicznych na numerach (...) charakteryzuje występowanie operatora dostępowego w roli usługobiorcy w łączącym strony stosunku umownym. Z punktu widzenia operatora alternatywnego istotne znaczenie przy wyborze tego dostępu do świadczenia usług krajowych i międzynarodowych połączeń telefonicznych ma fakt, iż korzystanie z jego usługi przez abonenta operatora dostępowego, nie wymaga ani zawarcia stosownej umowy, ani zakupu dodatkowych instrumentów jak: kartki zdrajki czy sprzętu lub oprogramowania.

W ocenie Sądu cechy powyższe przesądają o braku substytutów dla dostępu do świadczenia usług krajowych i międzynarodowych połączeń telefonicznych w oparciu o numery (...). Dostęp ten różni się zasadniczo od innych przez nieporównywalny wpływ operatora dostępowego na możliwość świadczenia usług i ich atrakcyjność dla abonentów.

[Zdaniem Sądu pozwany w sposób prawidłowy dokonał oceny stanu faktycznego z chwili wydawania przedmiotowej decyzji i zasadnie uznał, że wprowadzenie przedmiotowej podwyżki prawdopodobnie wywoła bardzo poważne skutki antykonkurencyjne. W sposób uprawniony przyjął, że wprowadzona w całokształcie okoliczności podwyżka cenowa mogła doprowadzić do nieodwracalnych skutków na rynku dostępu do usług krajowych i międzynarodowych połączeń telefonicznych na numerach (...), a zatem do „załamania” na tym rynku, a nawet prawdopodobnego wyeliminowania tej metody świadczenia usługi połączeń, na skutek decyzji powódki, nie zaś zastąpienia przez nowe rozwiązania pojawiające się na rozwijającym się dynamicznie rynku telekomunikacyjnym.

Istnienie możliwości korzystania z innych sposobów dostępu do świadczenia usług krajowych

i międzynarodowych połączeń telefonicznych nie stanowi usprawiedliwienia dla działań przedsiębiorcy, który w wyniku wykorzystania posiadanych możliwości (jednostronnego

kształtowania warunków cenowych usługi dostępnej dla ponad 90% abonentów) może w sposób negatywny oddziaływać na atrakcyjność ofert innych operatorów. Wybór innego dostępu do świadczenia usługi połączeń telefonicznych krajowych i międzynarodowych, a więc działanie na innym rynku, nie może wiązać się z

wyeliminowaniem dotychczas wykorzystywanego sposobu z rynku, w wyniku nadużycia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego jego pozycji dominującej

i narzuceniem przez niego konieczności korzystania z innych, jeszcze dostępnych rozwiązań. Powódka wydaje się upatrywać brak przesłanek do stwierdzenia prawdopodobieństwa zagrożenia dla konkurencji w tym tylko, że funkcjonują w dalszym ciągu inne modele dostępu do usług połączeń telekomunikacyjnych (k28).

Powódka nie dostrzega, że proces ewentualnej zmiany modelu zestawiania połączeń nie jest procesem krótkotrwałym i w dużej mierze zależnym od zgody powódki, a więc tym bardziej nie może następować w wyniku narzuconych przez powódkę nieatrakcyjnych warunków świadczenia usługi w dotychczasowym modelu.

Twierdzenie powódki, że inwestycje dokonane przez innych operatorów alternatywnych w promocję usług z punktu widzenia rachunku ekonomicznego zostały przynajmniej częściowo sfinansowane ze środków (...) S.A., która do czasu sporządzenia nowej szczegółowej analizy ponoszonych kosztów dofinansowywała każdą minutę połączenia wykonywanego przez jej abonenta do pierwszej taryfy usług o podwyższonej opłacie jest nieuprawnione, bowiem nie zostało udowodnione.

Zadaniem decyzji tymczasowej jak słusznie stwierdził pozwany jest zabezpieczenie prawidłowej konkurencji do czasu stwierdzenia przez organ antymonopolowy czy określone działanie powódki planowi praktykę antykonkurencyjną. Wydanie tego rodzaju decyzji było w ocenie Sądu w przedmiotowej sprawie konieczne. Stan faktyczny, a więc całokształt okoliczności i ich zbieżność czasowa, w pełni uzasadniał logiczne wnioski organu o prawdopodobieństwie wystąpienia j poważnych zagrożeń dla konkurencji oraz podjęcie takich działań w celu zminimalizowania ewentualnych negatywnych skutków.

Jednak zdaniem Sądu, Prezes UOKiK wydając przedmiotową decyzję niezbędną dla zabezpieczenia prawidłowej konkurencji, naruszył przepis art. 88 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który w takim przypadku uprawnia organ do wydania decyzji zobowiązującej przedsiębiorcę do zaniechania określonego działania, nie zaś do ustalenia obowiązków przedsiębiorcy, a więc sposobu jego zachowania. Skoro Prezes UOKiK uznał, że spełnione są przesłanki do wydania decyzji tymczasowej, gdyż wprowadzenie przez powódkę podwyżki od 1.10.2005r. może spowodować poważne skutki antykonkurencyjne, winien w przedmiotowej decyzji w sposób precyzyjny zobowiązać do zaniechania wprowadzenia podwyżki. Nie powinien jednocześnie ustalać w sposób :pozytywne zachowania powódki, przez ustalenie cen, które winna stosować w czasie obowiązywania decyzji tymczasowej. Konstruując decyzję w sposób zawierający pozytywne ustalenie zachowania przedsiębiorcy, mimo nawet, że istotą rozstrzygnięcia jest zakaz wprowadzenia podwyżki do kwoty 0,71 zł brutto/min, a pozytywne ustalenie, jedynie jego omówieniem, doprecyzowaniem, pozwany przekroczył uprawnienia wynikające z art. 88 ustawy.

Z tego względu, zarzut naruszenia art. 88 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należało uznać za zasadny.

Mając powyższe na uwadze, Sąd na podstawie art. 479^{31a} kpc orzekł jak w sentencji.

O kosztach Sąd orzekł na podstawie art. 98 i 100 kpc.