

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 kwietnia 2011 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSR /del/ Dariusz Dąbrowski

Protokolant: Piotr Grzywacz

po rozpoznaniu w dniu 28 marca 2011 roku, w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania (...) S.A. z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej

na skutek odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 20 grudnia 2007 roku nr (...)

I zmienia decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr (...)z dnia 20 grudnia 2007 roku w pkt I w ten sposób, że stwierdza, iż (...) S.A. zaniechała stosowania praktyki z dniem 14 lipca 2006 roku;

II zmienia decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DOK (...)z dnia 20 grudnia 2007 roku w pkt II w ten sposób, że stwierdza, iż (...) S.A. zaniechała stosowania praktyki z dniem 14 lipca 2006 roku;

III zmienia decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DOK(...)z dnia 20 grudnia 2007 roku w pkt III w ten sposób, że wymierza (...) S.A. karę pieniężną w wysokości 38.000.000 (trzydzieści osiem milionów) złotych,

IV oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

V nakazuje pobrać od powoda (...) S.A. na rzecz Skarbu Państwa Sąd Okręgowy w Warszawie kwotę 5897,50 (pięć tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt siedem, 50/100) złotych tytułem nieopłaconego wynagrodzenia biegłego tymczasowo wypłaconego z sum Skarbu Państwa i zobowiązuje ten podmiot do dokonania wpłaty w terminie 7 dni pod rygorem egzekucji komorniczej,

VI nakazuje pobrać od powoda Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz Skarbu Państwa Sąd Okręgowy w Warszawie kwotę 5897,50 (pięć tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt siedem, 50/100) złotych tytułem nieopłaconego wynagrodzenia biegłego tymczasowo wypłaconego z sum Skarbu Państwa i zobowiązuje ten podmiot do dokonania wpłaty w terminie 7 dni pod rygorem egzekucji komorniczej,

VII znosi wzajemnie koszty zastępstwa procesowego między stronami.

/-/ SSR /del/ Dariusz Dąbrowski

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 20.12.2007 roku Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r. nr 244, poz. 2080 z późn. zm.) w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu z urzędu postępowania antymonopolowego, uznał praktykę stosowaną przez (...) S.A. z siedzibą w W., na krajowym rynku świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych, polegającą na dyskryminacyjnym degradowaniu ruchu IP, poprzez podejmowanie działań skutkujących obniżeniem jakości lub uniemożliwieniem transmisji danych, za praktykę ograniczającą konkurencję określoną w art. 8 ust 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.) i nakazał zaniechania jej stosowania. W punkcie II decyzji Prezes Urzędu, na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.) w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 ze zm.) oraz w zw. z art. 5 oraz art. 3 ust. 1 Rozporządzenia Rady (WE) Nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 w sprawie wprowadzenia w życie przepisów o konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (OJ L 001, 04/01/2003, p.l), po przeprowadzeniu z urzędu postępowania antymonopolowego uznał praktykę stosowaną przez (...) S.A. z siedzibą w W., na krajowym rynku świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych, polegającą na dyskryminacyjnym degradowaniu ruchu IP, poprzez podejmowanie działań skutkujących obniżeniem jakości lub uniemożliwieniem transmisji danych, za praktykę ograniczającą konkurencję określoną w art. 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (OJ C 325, 24/12/2002) i nakazał zaniechanie jej stosowania. W III punkcie decyzji na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy o z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za naruszenie zakazu określonego w art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 roku, nr 244, poz. 2080 z późn. zm.) oraz za naruszenie zakazu określonego w art. 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (OJ C 325, 24/12/2002), nałożył na (...) S.A. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 75.000.000 złotych. Nadto wydanej decyzji nałożył rygor natychmiastowej wykonalności oraz obciążono przedsiębiorcę kosztami postępowania administracyjnego.

W uzasadnieniu decyzji Prezes Urzędu podał, że wobec wpływu w 2004 roku skarg na działanie (...) S.A. wszczął wobec niej postępowanie wyjaśniające. Uzyskane wyniki kontroli wskazywały na możliwość wprowadzania przez (...) ograniczeń w przesyłaniu ruchu sieciowego pochodzącego z sieci (...) Sp. z o.o. w przypadku gdy był on przesyłany do użytkowników końcowych (...) za pośrednictwem sieci (...)S.A. Wskazywać na to mogły wyniki testów przeprowadzonych w toku kontroli, na podstawie których ustalono, że uzyskanie tych samych informacji przez użytkownika końcowego trwało wielokrotnie dłużej oraz było często przerywane gdy przekazanie informacji następowało za pośrednictwem sieci (...)S.A., a nie bezpośrednio przez sieć (...). Zgromadzony materiał dowodowy w opinii Prezesa Urzędu dawał wystarczające podstawy do wszczęcia postępowania antymonopolowego przeciwko (...). W szczególności dokonane do tego czasu wstępne ustalenia wskazywały na istniejące prawdopodobieństwo świadomego podejmowania przez (...) działań zmierzających do niezgodnego z prawem pogarszania warunków funkcjonowania jej konkurentów w sytuacji, w której konkurenci ci wymienialiby ruch z (...) za pośrednictwem zagranicznych operatorów, a nie na podstawie umowy o odpłatną wymianę ruchu IP z (...).

Prezes Urzędu jako podstawę wydania decyzji wskazał ustalony, następujący stan faktyczny. (...) zostały zarzucone działania polegające na dyskryminacyjnym degradowaniu ruchu IP, poprzez podejmowanie działań skutkujących obniżeniem jakości lub uniemożliwieniem transmisji danych na krajowym rynku świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych. Pod pojęciem „ruchu IP” w praktyce występującej w stosunkach między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi rozumie się przesyłanie pakietów danych od ich nadawcy do ich odbiorcy za pośrednictwem połączonych ze sobą sieci telekomunikacyjnych z wykorzystaniem tzw. protokołu IP (ang. Internet Protocol). Protokół IP jest protokołem powszechnie używanym do przesyłania pakietów danych w sieci Internet. Praktyka zarzucana (...) polega na wprowadzaniu do plików

konfiguracyjnych urządzeń sterujących ruchem IP pomiędzy sieciami zarządzanymi przez różnych operatorów, poleceń, których zadaniem jest filtrowanie ruchu IP pod kątem źródła pochodzenia tego ruchu w przypadku, w którym ruch ten przesyłany jest za pośrednictwem sieci operatorów zagranicznych. W przypadku gdy ruch ten pochodzi od konkurencyjnych wobec (...) polskich operatorów telekomunikacyjnych w sposób dyskryminacyjny wyselekcjonowanych przez (...), możliwość przesyłu tego ruchu jest znacząco ograniczana, jeżeli operatorzy ci nie nabywają usługi dostępu bezpośrednio u (...). Skutkuje to wyraźnym pogorszeniem jakości lub całkowitym uniemożliwieniem przesyłu ruchu IP w kierunku od dostawcy usług podłączonego do sieci alternatywnego polskiego operatora telekomunikacyjnego do odbiorcy tych usług podłączonych do sieci (...). Wskutek stosowania praktyki, (...) stwarza nierównoprawne warunki funkcjonowania na rynku szeregowi konkurencyjnych operatorów. Jeżeli operatorzy ci zdecydują się zrezygnować z usług transmisji danych oferowanych przez (...) oraz korzystać z tańszych usług tranzytu świadczonych przez operatorów zagranicznych, ruch wychodzący z ich sieci do sieci (...) podlegał będzie degradacji. W rezultacie wprowadzenia przez (...) powyższych ograniczeń, usługi oferowane w sieciach alternatywnych operatorów stają się niedostępne dla ogromnej rzeszy użytkowników (...), przez co dochodzi do znacznego spadku przychodów tych operatorów. Operatorzy ci nie mogąc zaoferować dostawcom usług transmisji danych o odpowiedniej jakości, zmuszeni są do nabywania usług dostępu do sieci (...) bezpośrednio u (...) za cenę nawet kilkunastokrotnie przewyższającą dające podobne możliwości usługi tranzytu świadczone przez operatorów zagranicznych. Nie są oni zatem w stanie konkurować z (...) oraz operatorami nieobjętymi ograniczeniami na warunkach swobodnej i niezakłóconej konkurencji.

Dalej Prezes Urzędu wskazał, że Sieć Internet zbudowana jest z wielu połączonych ze sobą sieci telekomunikacyjnych zarządzanych przez różnych operatorów telekomunikacyjnych. Poszczególne sieci tworzące Internet mogą być sieciami małymi lub bardzo rozległymi. Najmniejszą sieć mogą tworzyć już dwa połączone ze sobą komputery, największe sieci zaś składają się z milionów powiązanych ze sobą komputerów. Każda sieć, składająca się na Internet zarządzana jest przez pojedynczą instytucję (operatora). Fragment sieci Internet, który podlega jednej instytucji nazywa się systemem autonomicznym. Wśród systemów autonomicznych można wyróżnić systemy lokalne, w których operator przyłącza do sieci poszczególnych użytkowników końcowych - zarówno osoby fizyczne jak i instytucje. Aby użytkownicy systemów lokalnych mieli zapewniony dostęp do treści internetowych znajdujących się w innej części regionu, kraju lub świata, systemy lokalne muszą zostać połączone w większą całość. Zadanie łączenia ze sobą lokalnych sieci komputerowych realizują tzw. operatorzy (dostawcy Internetu) drugiego poziomu. Systemy autonomiczne zarządzane przez tych operatorów są zazwyczaj systemami o charakterze regionalnym. Poszczególne sieci regionalne muszą być z kolei połączone w jedną ogólnosiwiatową sieć za pomocą sieci dostawców Internetu pierwszego poziomu. W celu połączenia ze sobą kilku sieci różnych operatorów lub fragmentów sieci tego samego operatora stosowane są urządzenia, których zadaniem jest uporządkowane przekazywanie danych z jednej sieci do drugiej. Urządzenia takie nazywają się ruterami. Pojedynczy ruter może być podłączony do wielu łączy. Podstawowym zadaniem ruterów jest odpowiednie kierowanie danych z jednej sieci do drugiej lub z jednego fragmentu sieci do drugiego. Poszczególne dane muszą przebyć na swojej drodze szereg ruterów. Każdy z tych ruterów przekierowywuje dane dalej, do kolejnego rutera, a ostatni ruter kieruje dane do ich adresata. Oprócz przekazywania danych rutery muszą gromadzić i aktualizować informacje o sieci tak, żeby móc poprawnie przekazywać dane od ich nadawcy do adresata. Uzyskanie wiadomości o strukturze sieci następuje poprzez wymianę informacji między sąsiednimi ruterami. W ten sposób rutery „informują” się nawzajem, do jakich adresatów znają drogę. Powiadomienie sąsiednich ruterów o znanych urządzeniu adresatach następuje w postaci tzw. ogłoszenia o drodze. Dzięki wymianie informacji między urządzeniami sterującymi ruchem rutery wiedzą, że po przesłaniu danych zaadresowanych do konkretnego celu, dane te do niego dotrą, jeśli cel ten znajduje się w tzw. ogłoszeniu o drodze. Wśród urządzeń sterujących ruchem (ruterów) można wyróżnić rutery, które zajmują się kierowaniem ruchu wewnątrz sieci pojedynczego operatora (tzw. rutery dostępowe i szkieletowe) oraz rutery przesyłające dane pomiędzy sieciami zarządzanymi przez różne podmioty (tzw. rutery brzegowe). Rutery brzegowe charakteryzują się większą wydajnością, ponieważ muszą obsłużyć większy ruch sieciowy. Rutery przesyłające dane mogą być konfigurowane stosownie do potrzeb podmiotu nimi zarządzającego. Dotyczy to zarówno ruterów stosowanych wewnątrz sieci operatora, jak i ruterów brzegowych. Regulowanie sposobu działania rutera następuje w drodze umieszczenia w nim specjalnych instrukcji - tzw. plików konfiguracyjnych.

Pliki konfiguracyjne ruterów stanowią podstawowy instrument służący do sterowania ich zachowaniem. Pliki konfiguracyjne sformułowane są w języku programowania, co oznacza, że użyte w nich sformułowania nie są kształtowane według zasad składni języka mówionego lub pisanego, którym ludzie posługują się w życiu codziennym. Język programowania ma charakter ściśle sformalizowany. Za pomocą plików konfiguracyjnych osoba programująca urządzenie może określić, często w sposób bardzo złożony i skomplikowany, zasady funkcjonowania takiego urządzenia. Zasady te będą realizowane przez urządzenie samoczynnie. Skutkuje to brakiem konieczności jego bieżącego obsługiwanie. Zmiany konfiguracji rutera brzegowego mogą następować zarówno poprzez ręczną ingerencję administratora, co nie powinno zająć mu dłużej niż 1 godzinę, lub przy pomocy programu automatycznej konfiguracji rutera. Pliki konfiguracyjne zawierają szereg komend (poleceń), którym odpowiadają właściwe zachowania urządzenia sterującego ruchem. Każdej użytej w nim komendzie odpowiada określone zachowanie urządzenia, którym plik konfiguracyjny steruje. Określona komenda może przykładowo wprowadzać ograniczenia w przesyłaniu danych określonego rodzaju lub uniemożliwiać całkowicie przesyłanie danych od konkretnych nadawców lub do konkretnych adresatów.

W dalszej części ustalonego stanu faktycznego Prezes UOKIK podał, że dane w sieci Internet przesyłane są pomiędzy serwerem należącym do nadawcy informacji oraz komputerem należącym do jej adresata. Komputer oraz serwer mogą być umiejscowione w obrębie jednej sieci lub w obrębie kilku niezależnych sieci połączonych za pośrednictwem ruterów brzegowych. Nadawcą danych jest zazwyczaj podmiot, który przechowuje dane dostępne dla użytkowników. Odbiorcą tych danych, a więc ich adresatem, jest zazwyczaj użytkownik Internetu zainteresowany uzyskaniem określonych informacji. Uzyskanie danych przez użytkownika Internetu odbywa się w ten sposób, że: a. użytkownik żąda za pomocą swojego komputera interesujących go danych lub na podstawie żądania właściwe informacje przesyłane są od serwera, na którym są umieszczone, za pośrednictwem sieci, do tego użytkownika. Sieć Internet charakteryzuje się złożonością powiązań pomiędzy sieciami. Sieci

zarządzane przez poszczególne podmioty bywają często połączone z kilkunastoma lub kilkudziesięcioma sieciami innych operatorów. Dzięki takiemu powiązaniu sieci możliwe jest przesyłanie danych żądanych przez użytkownika różnymi, niepokrywającymi się drogami. Zazwyczaj operatorzy dążą do jak najsprawniejszego i najszybszego przesyłania informacji w ramach sieci, co skutkuje ukierunkowywaniem strumienia przesyłanych danych na łącza, które mogą zapewnić największą niezawodność oraz przepustowość przesyłu. Często jednak z powodu wystąpienia określonych zdarzeń losowych np. awarii określonego rutera lub fizycznego przerwania łącza, konieczne jest przekierowanie ruchu na łącza mniej wydajne lub łącza zapasowe. Sytuację tą można przyrównać do wypadku na drodze, w wyniku którego konieczne jest wprowadzenie objazdów innymi ścieżkami. W takim przypadku, mimo istnienia utrudnień na pewnym odcinku łącza, żądane przez użytkownika dane mogą do niego dotrzeć inną drogą, nawet jeśli będą pochodziły z tego samego serwera. Rутery wyposażone są w oprogramowanie umożliwiające automatyczne ominięcie przeszkody występującej w sieci. W celu sprawnego przesyłu danych przez sieci, dane dzielone są na mniejsze części - tzw. pakiety danych. Do sterowania przepływem pakietów danych w sieci używany jest specjalny mechanizm nazywany protokołem IP. Przekazywanie danych w sieciach telekomunikacyjnych z wykorzystaniem protokołu IP, określane jest mianem wymiany ruchu IP. Każdy z pakietów danych wyposażony jest w związany z nim adres IP - adres docelowy komputera odbiorcy danych. Adres IP złożony jest z ciągu liczb oddzielonych kropkami np. 68.29.140.3. Pakiety zawierające adres IP kierowane są w sieci do oznaczonego za pomocą adresu IP użytkownika docelowego. Adres IP pełni zatem w sieciach telekomunikacyjnych zbliżoną funkcję jak adres w przypadku tradycyjnej poczty. Pakiety zawierające adres IP kierowane są do pierwszego rutera w sieci. Ruter ten odczytuje adres IP, analizuje go i, porównując go z dostępnymi informacjami o sieci, decyduje, w którym kierunku przesłać pakiet dalej. Po otrzymaniu pakietu przez kolejny ruter procedura powtarza się, aż pakiet dotrze do użytkownika Internetu, który go zażądał i którego adres IP został umieszczony w pakiecie danych. Adres IP jest przydzielany dla konkretnego użytkownika Internetu przez jego dostawcę Internetu. Dostawca ten z kolei otrzymuje pulę adresów IP od tzw. regionalnego rejestru adresów, zarządzającego zbiorczo adresami IP dla określonego regionu geograficznego. W Europie rolę regionalnego rejestru adresów pełni RIPE Network Coordination Centre (w skrócie RIPE). Za pomocą bazy udostępnianej przez RIPE możliwe jest sprawdzenie do kogo należy określony adres IP. Rozpoznawanie do jakiego podmiotu należy określony zakres adresów IP może odbywać się w sposób ręczny albo przy pomocy odpowiednio skonstruowanego programu komputerowego. W wyniku jednej z kontroli przeprowadzonej

w toku postępowania antymonopolowego w dniu 12 września 2005 r. w (...), uzyskano materiał dowodowy w postaci skryptu automatycznego odczytywania routingu na podstawie bazy RIPE, umożliwiającego automatyczne rozpoznawanie do kogo należą określone zakresy numerów IP umieszczanych w plikach konfiguracyjnych ruterów. W celu umożliwienia przesyłania danych pomiędzy użytkownikami umiejscowionymi w sieciach telekomunikacyjnych różnych operatorów, operatorzy ci zawierają na szczeblu hurtowym umowy o świadczenie usług przesyłu ruchu sieciowego (umowy o wymianie ruchu IP). Każdy operator może zawrzeć wiele umów o dostępie do sieci z innymi operatorami. Przykładowo polski operator może mieć zawartą umowę z (...) lub innymi operatorami krajowymi w celu wymiany ruchu krajowego oraz kilka umów z operatorami zagranicznymi w celu wymiany ruchu zagranicznego. Wymiana ruchu IP pomiędzy sieciami na podstawie umowy o połączeniu sieci może odbywać się na zasadach odpłatności, zazwyczaj w przypadku dysproporcji wielkości sieci oraz poziomu ruchu wychodzącego z sieci (wg zasady „mniejszy płaci większemu”) albo nieodpłatnie -jeżeli sieci mają zbliżoną wielkość. Wymiana ruchu IP odbywa się na zasadach nieodpłatności zazwyczaj wyłącznie w przypadku, w którym połączone sieci telekomunikacyjne mają zbliżoną wielkość. Nieodpłatna wymiana ruchu IP nie jest bowiem co do zasady opłacalna dla większego z operatorów zawierających umowę o nieodpłatnej wymianie ruchu sieciowego. W przypadku połączenia sieci różnych wielkości powstaje dysproporcja w ilości ruchu IP wymienianego między sieciami, związana z różną liczbą użytkowników obydwu sieci. Charakterystyczny dla umów o nieodpłatnej wymianie ruchu jest fakt, że operator akceptujący ruch sieciowy nie pobiera opłaty za przychodzący do jego sieci ruch. Z drugiej strony obsługa tego ruchu generuje jednak koszty jego działalności. Operatorzy telekomunikacyjni będą skłonni wymieniać ruch IP na zasadach nieodpłatności jedynie w przypadku, w którym koszty związane z tego rodzaju transakcją nie przekroczą korzyści z nią związanych. W razie nieodpłatnej wymiany ruchu operatorzy ponoszą jedynie koszty związane z technicznymi aspektami utrzymania sieci w stanie umożliwiającym wymianę ruchu. W pozostałych przypadkach, a więc zazwyczaj w razie występowania dysproporcji wielkości sieci oraz poziomu ruchu wychodzącego z sieci, wymiana ruchu sieciowego odbywa się na zasadach odpłatności. Zasadą jest, że operator „mniejszy płaci większemu”. Podstawową różnicą między odpłatną i nieodpłatną wymianą ruchu IP jest także, oprócz konieczności uiszczenia opłaty, dostępność do sieci operatorów innych niż bezpośrednio umawiający się. Dostępność taka występuje wyłącznie w przypadku umów o odpłatnej wymianie ruchu IP tj. umów o tranzyt ruchu IP. Umowy o tranzyt ruchu IP są zawierane na całym świecie i w praktyce to one umożliwiają istnienie sieci Internet dzięki zapewnieniu każdemu użytkownikowi światowej dostępności do zasobów zgromadzonych w tej sieci.

Prezes urzędu wskazał, że u podstaw sieci Internet oraz warunkiem sine qua non jej istnienia, jest łączenie w większą całość zlokalizowanych na całym świecie komputerów oraz mniejszych sieci. Sieć Internet opiera się bowiem na założeniu, że każdy jej użytkownik może uzyskać dostęp do wszystkich informacji umieszczonych w tej sieci w jakimkolwiek miejscu na świecie. Zapewnienie światowej dostępności do informacji umieszczonych w innym państwie, czy na innym kontynencie, wymaga istnienia fizycznego i logicznego połączenia pomiędzy komputerem, na którym umieszczono poszukiwane dane oraz komputerem należącym do poszukującej tych danych osoby. Jak wyżej wspomniano dostęp taki może być skutkiem zawarcia umowy o wymianie ruchu IP między operatorami. Nierozsądnym z technicznego punktu widzenia byłoby jednak wymaganie, aby każdy operator telekomunikacyjny musiał zawrzeć bezpośrednią umowę z każdym innym operatorem funkcjonującym na świecie, w celu bezpośredniej wymiany ruchu sieciowego pomiędzy nimi. Oznaczałoby to w istocie konieczność zawarcia co najmniej kilkunastu lub nawet kilkudziesięciu tysięcy umów przez każdego operatora telekomunikacyjnego. Z uwagi na znaczną rozległość sieci Internet oraz ogromne odległości dzielące poszczególne komputery, połączenie wszystkich sieci w jedną całość na podstawie bezpośrednio zawieranych umów przekracza zatem możliwości pojedynczego operatora. Wymusiło to ukształtowanie się zasad współpracy pomiędzy operatorami telekomunikacyjnymi oraz wypracowanie metod bezkonfliktowej wymiany ruchu sieciowego pomiędzy nimi. W związku z dynamicznym rozwojem sieci Internet oraz powstaniem ogromnej ilości operatorów telekomunikacyjnych zarządzających swoimi sieciami rozrzuconymi po całym świecie, konieczne stało się stworzenie zasad pośredniego uzyskiwania dostępu do zasobów sieciowych innego operatora. Dostęp taki realizowany jest dzięki umowom o tranzyt ruchu IP, który polega na tym, że operatorzy A i C zawierają bezpośrednio umowę (odpłatną lub nieodpłatną) dotyczącą wymiany ruchu IP bezpośrednio między nimi - w tej sytuacji dane z serwera umieszczonego w sieci A przebiegają bezpośrednio przez sieć należącą do A, następnie przez ruter brzegowy łączący sieci A i C, by w końcowej fazie za pośrednictwem sieci C dotrzeć do użytkownika (łącze

bezpośrednie) lub poprzez zawarcie umowy o tranzyt ruchu IP z operatorem B i jeżeli operator B jest dodatkowo stroną umowy z operatorem C (łącze pośrednie), kiedy dane pomimo braku umowy między A i C, pochodzące od A będą mogły trafiać do użytkownika sieci C. Wobec powyższego powszechnie przyjęte i utrwalone zasady funkcjonowania sieci Internet umożliwiają poszczególnym operatorom dostęp nie tylko do zasobów umieszczonych w sieci bezpośrednich ich kontrahentów, ale także we wszystkich innych sieciach, do których kontrahent ten jest podłączony. Warunkiem koniecznym uzyskania takiego dostępu jest wykupienie u jednego lub kilku operatorów tzw. usługi tranzytu ruchu IP. Usługa ta ma charakter odpłatny. Dzięki usłudze tranzytu ruchu IP możliwe jest np. uzyskanie dostępu do sieci operatorów zagranicznych za pośrednictwem operatora polskiego albo uzyskanie dostępu do sieci polskich za pośrednictwem operatora zagranicznego. Wskutek zastosowania usługi tranzytu ruchu IP, każdy użytkownik podłączony do sieci konkretnego operatora telekomunikacyjnego ma dostęp do wszystkich treści umieszczonych na serwerach podłączonych do sieci Internet. Pozwala to na uniknięcie nieracjonalnej sytuacji, w której każdy operator musiałby mieć podpisane umowy o przesyłanie danych w sieci z każdym innym istniejącym na świecie operatorem.

W dalszej części ustalonego w decyzji stanu faktycznego Prezes Urzędu opisał strukturę oraz zasady funkcjonowania sieci (...)S.A. (...) posiada status przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w rozumieniu art. 2 pkt 27 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2004 r., Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.). W ramach swojej działalności (...) zarządza sieciami lokalnymi oraz sieciami drugiego poziomu. (...) posiada własny system autonomiczny oznaczany skrótami (...). Sieć (...) jest połączona z sieciami kilku operatorów zagranicznych dla celów wymiany ruchu IP wychodzącego i wchodzącego do sieci (...), w tym m.in. z (...)S.A. (...) oraz (...) Na dzień 10 grudnia 2004 r. (...) posiadała łącze o przepustowości 10 Gbit/s do (...)S.A. oraz 5 G./s do (...). Podane powyżej wartości są wartościami nominalnymi. Nie dopuszcza się do wysycenia łącza do tej wartości. W przypadku łącz podstawowych dla ruchu przychodzącego maksymalne wysycenie łącza oscyluje w granicach 80-90%, średnie zaś w granicach 70%. Oznacza to, że łącza zagraniczne (...) są w bardzo wysokim stopniu obciążone ruchem IP. Rutery brzegowe stosowane przez (...) do wymiany ruchu pomiędzy jej siecią a sieciami (...) S.A. i (...) są urządzeniami produkowanymi przez firmę (...) i określanymi nazwą techniczną (...). Urządzenie to jest rozbudowanym ruterem produkowanym przez firmę (...), określanym przez tę firmę nazwą „(...)”. Ruter brzegowy (...), łączący sieć (...) z siecią (...) S.A. nosi nazwę (...), a ruter brzegowy (...) łączący sieć (...) z siecią (...) nosi nazwę (...). Ruter (...) umiejscowiony jest w systemie autonomicznym (...), w miejscu połączenia sieci (...) oraz sieci (...) S.A.. Ruter (...) jest natomiast umiejscowiony w systemie autonomicznym (...), w miejscu połączenia sieci (...) oraz sieci (...). Rutery te są w całości zarządzane przez (...) i nie jest konieczne uzyskiwanie zgody innych operatorów na wprowadzanie zmian w ich plikach konfiguracyjnych. W sytuacji, w której dane pochodzące od polskiego użytkownika Internetu (operatora, dostawcy treści, serwera), przesyłane są do użytkownika Internetu podłączonego do sieci (...), bezpośrednio poprzez łącze między tymi operatorami, żądane pakiety danych nie przechodzą przez rutery (...)ani (...). Jeżeli jednak polski użytkownik Internetu (operator, dostawca treści, serwer) zdecyduje się skierować ruch nie poprzez bezpośrednie łącze pomiędzy nim a (...), lecz za pośrednictwem jednego z wymienionych wyżej operatorów zagranicznych, wtedy pakiety danych będą musiały „wejść” do sieci (...) poprzez rutery brzegowe (...)i (...)W ten sposób, każdy pakiet danych, który wchodzi do sieci (...) w celu dotarcia do użytkownika końcowego podłączonego do tej sieci poprzez łącze zestawione z (...) lub (...) SA będzie musiał zostać poddany działaniu komend umieszczonych w plikach konfiguracyjnych tych ruterów. (...) nie zawarła dotychczas z żadnym operatorem telekomunikacyjnym umowy o nieodpłatnym przekazywaniu danych między sieciami. Oznacza to, że każdy operator, który chce mieć możliwość wymiany ruchu z siecią (...) na podstawie zawartego z nią porozumienia musi płacić (...) za usługi wymiany ruchu IP. Wymiana ruchu IP między sieciami operatorów ma jednak co do zasady charakter dwustronny, co oznacza, że zarówno użytkownicy sieci (...) mają dostęp do treści umieszczonych w sieci innego operatora, jak i użytkownicy sieci innego operatora mają dostęp do treści umieszczonych w sieci (...). Warunki umów nie przewidują odpłatności za ruch wychodzący z sieci (...) do sieci innych operatorów. Wymiana ruchu IP na szczeblu hurtowym z (...) jest realizowana za pośrednictwem oferowanych przez (...) usług transmisji danych. (...) oferuje usługi wymiany ruchu IP w różnych wariantach, przy czym poszczególne opcje różnią się przepustowością łącza oraz udostępnianymi możliwościami - zarówno rozwiązaniami technicznymi jak i zakresem dostępności do sieci innych niż (...) operatorów. Jedne opcje umożliwiają wymianę

ruchu IP z siecią (...) oraz z sieciami jej klientów, a inne dają jedynie możliwość transmisji danych na zasadzie tranzytu do innych niż (...) sieci za pośrednictwem infrastruktury (...). Niektóre wersje usługi pozwalają jedynie na dostęp do krajowych łączy, inne natomiast także do łączy zagranicznych. W odróżnieniu od zwykłej dzierżawy łącza, zapewniającej prawo wyłącznego dostępu dla operatora dzierżawiącego, usługi transmisji danych umożliwiają szerokie zastosowanie współkorzystania z pojedynczego łącza przez wielu usługobiorców, co znacząco zmniejsza ich koszty w porównaniu z dzierżawą łączy. (...) S.A. posiada w swej ofercie różne usługi dostępu do transmisji danych. Pozycja „dostęp do zasobów (...)” umożliwia podmiotom podłączonym do sieci operatora nabywającego tę usługę pobranie danych umiejscowionych w sieci (...). Zasadnicze znaczenie dla niniejszego postępowania z uwagi na fakt, że większość operatorów alternatywnych chcących uzyskać dostęp do użytkowników końcowych w sieci (...) musi taką usługę wykupić ma możliwość wykorzystania usługi „dostęp do zasobów (...)”. Z uwagi na przedmiot niniejszego postępowania, według Prezesa Urzędu, podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy mają usługi (...) oraz (...) jako umożliwiające wymianę informacji pomiędzy użytkownikiem końcowym umiejscowionym w sieci (...) oraz serwerami umiejscowionymi w ramach systemu autonomicznego polskiego operatora telekomunikacyjnego, przyłączającego do obsługiwanej sieci dalszych swoich klientów. (...) nie dysponuje ogólnodostępnym cennikiem usług transmisji ruchu IP. Opłaty pobierane od poszczególnych operatorów negocjowane są indywidualnie na potrzeby każdej pojedynczej umowy. Ceny w przypadku każdej pojedynczej umowy negocjowane są indywidualnie między kontrahentami. Niezależnie jednak od zdolności negocjacyjnych poszczególnych operatorów nabywających dostęp do sieci (...), opłaty pobierane przez (...) będą zawsze co najmniej kilkukrotnie wyższe od opłat za usługi operatorów zagranicznych. Zgodnie z tymi wytycznymi, minimalny osiągalny pułap cenowy wynosi od 340 zł za 1 Mbit/s przy zakupie ponad 1000 Mbit/s łącza do 490 zł za 1 Mbit/s przy zakupie od 1 do 19 bit/s łącza. Oznacza to, że nawet najniższa cena jaką polscy operatorzy telekomunikacyjni mogliby płacić za usługę (...) będzie zawsze kilkukrotnie wyższa niż cena za potencjalnie substytutowe usługi operatorów zagranicznych.

W dalszej części opisu przyjętego stanu faktycznego Prezes Urzędu opisał fakty wynikające z opinii przeprowadzonej przez powołanego w trakcie postępowania administracyjnego biegłego – (...). Biegły wskazał, że pliki konfiguracyjne ruterów brzegowych (...) zawierają, pogrupowane w listy, adresy IP użytkowników Internetu. Istotnymi z punktu widzenia niniejszego postępowania są listy: „(...)” i „(...)”. Podmiotami umieszczonymi na listach „(...)” oraz „(...)” są w zdecydowanej większości użytkownicy Internetu (operatorzy, właściciele serwerów) w Polsce. Informacje te uzyskano poprzez przeanalizowanie, do kogo należą adresy IP umieszczone na tych listach. Jeżeli podmioty umieszczone na listach „(...)” oraz „(...)” będą przysyłały pochodzące od nich dane przez routery brzegowe (...), to tym samym pakiety danych będą podlegały działaniu tych ruterów. Tak będzie w sytuacji, jeżeli podmioty te skierują dane nie na łącze bezpośrednio między nimi a (...) (sieć operatora -> sieć (...)) ale za pośrednictwem (...) S.A.:

(sieć operatora ->; sieć (...)-> **ruter brzegowy (...) (...)** -> sieć (...))

lub (...):

(sieć operatora -> sieć (...)-> **ruter brzegowy (...) (...)** -> sieć (...)).

Routery brzegowe (...), łączące sieci (...) oraz (...) S.A. ((...)) i (...) ((...)), zostały skonfigurowane za pomocą plików konfiguracyjnych tak, że w specjalny sposób traktują pakiety danych pochodzące od użytkowników Internetu (operatorów, właścicieli serwerów) znajdujących się na liście „(...)” oraz „(...)”. Specjalne traktowanie pierwszego z pakietów objawia się odrzucaniem pakietów pochodzących z sieci operatorów umieszczonych na wskazanych listach, jeśli łączna szybkość ruchu przychodzącego z sieci tych operatorów przekracza 20 Mb/s dla łącza z (...) S.A. i 16 Mb/s dla łącza z (...). Wartość graniczna szybkości ruchu, powodująca odrzucanie pakietów danych, jest bardzo niewielka w porównaniu do dostępnej szybkości łączy pomiędzy routerami brzegowymi a sąsiednią siecią. Oznacza to, że już niewielka szybkość ruchu pochodząca od wymienionych na listach operatorów będzie podlegała odrzuceniu. Skutkiem specjalnego traktowania pakietów pochodzących od niektórych użytkowników Internetu jest znaczne pogorszenie jakości połączenia pomiędzy użytkownikiem końcowym, będącym abonentem (...) oraz dostawcami treści internetowych, podłączonymi do innych niż (...) operatorów sieci w Polsce, jeżeli ruch IP będzie odbywał się

za pośrednictwem sieci (...) S.A. i (...). Wyniki testów przeprowadzonych w (...) sp. z o.o. wskazują, że przyczyną pogorszenia jakości ruchu jest odrzucanie pakietów przez ruter brzegowy (...). Konfiguracja rutera brzegowego (...) nie może służyć do ochrony bezpieczeństwa **w** sieci, ponieważ w takim przypadku ruter powinien odrzucać pakiety w zależności od adresów odbiorców danych, a nie jak jest w opisywanym przypadku - adresów nadawców. Dodatkowo należy wskazać, że regułą jest, iż w przypadku ochrony sieci przed atakami na listach umieszczane są pojedyncze adresy IP komputerów od których pochodził atak, a nie jak w niniejszym przypadku wszystkie komputery podłączone do określonej sieci. Postanowienia umów między (...) oraz (...) S.A. i (...) wykluczają możliwość ograniczania ruchu IP przechodzącego przez sieć (...) S.A. i (...) do sieci (...) poprzez wpływanie przez (...) na tzw. ogłoszenia o drodze rozsyłane przez routery (...) S.A. i (...). Na podstawie umów między (...) oraz (...) S.A. i (...) należy zatem wykluczyć możliwość ograniczania ruchu pochodzącego od polskich operatorów przez routery brzegowe należące do (...) S.A. i (...). Umowy powyższe nie zabraniają jednak (...) skonfigurowania rutera brzegowego (...) umiejscowionego w zasięgu sieci (...) w ten sposób, aby odrzucał on pakiety danych przychodzące do sieci (...) z sieci (...) S.A. i (...). Nie mając możliwości ograniczenia ruchu na podstawie umów (...) z zagranicznymi operatorami, (...) może stosować odpowiednią konfigurację rutera brzegowego ((...)lub (...)) do pogorszenia komunikacji ruchu między dostawcami treści podłączonymi do sieci polskich operatorów a użytkownikami końcowymi w sieci (...), przechodzącego pośrednio przez sieci (...) S.A. i (...) na zasadzie:

sieć polskiego operatora -> sieć (...) /(...) -> sieć (...)

Pogorszenie komunikacji następuje w chwili przepływu danych pochodzących z sieci polskiego operatora przez ruter brzegowy (...) umieszczony między siecią (...) S.A. (...)B a siecią (...). Gorsza jakość komunikacji między sieciami polskich operatorów a siecią (...) za pośrednictwem (...) S.A. i (...) może spowodować, że operatorzy ci nie wybiorą (...) S.A. ani (...) jako swoich dostawców Internetu drugiego poziomu, a wybiorą jako takiego dostawcę (...). Przesyłanie ruchu bezpośrednio do sieci (...) (na podstawie zawartej przez operatora umowy z (...)) nie jest bowiem w żaden sposób ograniczane.

Na podstawie tak opisanego stanu faktycznego Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zważył co następuje. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni interes publiczny, co wynika z treści jej art. 1 ust. 1. Powyższa regulacja znajduje więc zastosowanie tylko wówczas, gdy zagrożony lub naruszony zostaje interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Organ administracji publicznej - Prezes Urzędu - powinien w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji być rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej. „Publiczny” znaczy dotyczący ogółu a nie jednostki, czy też określonej grupy. Podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy antymonopolowej winno być uprzednie ustalenie przez wyżej wymieniony organ administracji, czy nastąpiło rzeczywiste naruszenie wskazanego przepisami ustawy interesu publicznego nie zaś jednostki, czy też grupy. Działaniami antykonkurencyjnymi są jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki (ryнку). Uzasadniając naruszenie przez (...) interesu publicznoprawnego, należy odnieść się do zarzucanego temu przedsiębiorcy działania. (...), zdaniem Prezesa Urzędu stosując dyskryminacyjną politykę degradowania ruchu pochodzącego od krajowych operatorów telekomunikacyjnych, doprowadza do uprzywilejowania pozycji jednych operatorów względem innych. Prowadzi to bezpośrednio do zaburzenia modelu wolnej konkurencji, w której pozycja rynkowa poszczególnych uczestników gry rynkowej uzależniona jest w głównej mierze od czynników od nich samych zależnych, takich jak jakość towarów, ich cena lub innowacyjność zastosowanych rozwiązań. Następstwem analizowanej praktyki jest przede wszystkim naruszenie jednej z podstawowych zasad prowadzenia działalności gospodarczej tj. swobody wyboru kontrahenta, stanowiącej fragment szeroko rozumianej swobody działalności gospodarczej. (...) doprowadza do stanu, w którym współpraca jej konkurentów z niektórymi operatorami (zagranicznymi) jest niemożliwa z uwagi na stale istniejące zagrożenie możliwością rozpoczęcia degradowania ruchu IP przez (...). Umieszczeni na listach „(...)” i „(...)” operatorzy telekomunikacyjni, dotknięci zarzucaną (...) praktyką, mają gorsze warunki działania na rynku niż operatorzy tą praktyką nie objęci. W szczególności, skutek działania (...) nie mogą oni zaoferować odbiorcom usług o równie wysokim poziomie

jakości i niezawodności co sama (...). Wynika to z faktu, że niezależnie od ich starań, ich produkt będzie zawsze postrzegany przez odbiorców jako mniej doskonały. Zasadnicze znaczenie w przypadku usług łączności sieciowej posiada bowiem możliwość zagwarantowania stałego poziomu jakości tych usług w dłuższym okresie czasu oraz zapewnienie bezpieczeństwa i niezawodności komunikacji sieciowej. Degradowanie ruchu sieciowego na urządzeniach (...) uniemożliwia złożenie takiej gwarancji na rzecz klientów przez operatorów objętych ograniczeniem. Oznacza to, że (...) może faktycznie w znacznym zakresie wpływać na kształt sytuacji rynkowej, starając się utrudniać działalność podmiotów, które stanowią lub mogłyby stanowić dla niej silną, bezpośrednią, a tym samym groźną konkurencję. Wskutek działań (...), użytkownicy końcowi tracą możliwość bezproblemowego dostępu do danych umieszczonych na serwerach zlokalizowanych w sieciach objętych ograniczeniem. Brak lub obniżona liczba użytkowników, odwiedzających witryny umieszczone na serwerach, zlokalizowanych w sieciach objętych ograniczeniem, może doprowadzić do zrezygnowania przez właścicieli tych witryn z usług świadczonych przez konkurencyjnych wobec (...) operatorów. Istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że właściciele witryn, dążąc do zapewnienia należytej jakości dla świadczonych przez siebie usług, zdecydują się na przeniesienie swoich stron WWW na serwery zlokalizowane w sieci (...), zapewniające wyższą niezawodność. Także (...) - selektywnie uniemożliwiając wykorzystanie łącz zagranicznych dla uzyskania dostępu do użytkowników własnej sieci - może wywierać presję na operatorów alternatywnych, zmuszając ich do rezygnacji z tańszego dostępu do sieci (...) uzyskiwanego za pośrednictwem sieci operatorów zagranicznych na rzecz bezpośredniego i o wiele droższego łącza z (...). Analiza zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wykazuje, że nie istnieją żadne podmiotowe ograniczenia dla stosowanej przez (...) praktyki. Wymienionymi powyżej negatywnymi skutkami działań (...) mogą być zatem objęte wszystkie podmioty posiadające bezpośredni lub pośredni dostęp do sieci (...), a w szczególności wszyscy istniejący lub potencjalni konkurenci (...) na rynku właściwym. Należy podkreślić, że powyższe uwagi w pełni odnoszą się także do operatorów zagranicznych. Pośrednimi skutkami praktyki (...) może zostać objęty: (1) każdy użytkownik końcowy sieci (...) w zakresie ograniczeń dostępu do wybranych przez niego serwisów internetowych a także (2) każdy właściciel witryny WWW, korzystający z serwera dyskryminowanego operatora telekomunikacyjnego w zakresie ograniczania powszechności dostępu do świadczonych przez niego usług. Podsumowując powyższe należy uznać, że z uwagi na bardzo szeroki zakres podmiotów faktycznie lub potencjalnie objętych analizowaną praktyką, został naruszony interes publiczny i wydanie niniejszej decyzji jest w pełni uzasadnione.

W dalszej części rozważań Prezes Urzędu określił rynek właściwy i pozycję (...) S.A. na tym rynku, wskazując, że zgodnie z art. 8 ust. 1 Ustawy zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. W świetle art. 4 pkt 9 Ustawy przez pojęcie pozycji dominującej rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Zgodnie z art. 4 pkt 9 zd. 2 Ustawy, domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%. W celu wykazania, iż dany przedsiębiorca posiada pozycję dominującą należy uprzednio określić rynek właściwy. Stosownie do art. 4 pkt 8 Ustawy przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. W kontekście powyższej definicji, mając na uwadze zebrany materiał dowodowy, Prezes Urzędu uznał, iż w przedmiotowym postępowaniu rynkiem właściwym jest krajowy rynek świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych.

Następnie Prezes Urzędu wyznaczył rynek geograficzny, podając, że w konsekwencji treści art. 10 ustawy Prawo telekomunikacyjne jest posiadanie przez danego operatora telekomunikacyjnego wyłącznie użytkowników końcowych zlokalizowanych na zakończeniach sieci na terytorium RP. Podjęcie działalności na terytorium innego państwa wymaga spełnienia przesłanek przewidzianych w ustawodawstwie tego państwa. Jednakże mimo uzyskania uprawnień do prowadzenia działalności telekomunikacyjnej w innym państwie użytkownicy końcowi tam zlokalizowani nie będą w stanie nabywać usług telekomunikacyjnych tego operatora świadczonych na terytorium RP, o ile nie przeniosą swojej lokalizacji do Polski. Z uwagi na administracyjnoprawne ograniczenia związane z

prowadzeniem działalności telekomunikacyjnej na rynku krajowym, większość użytkowników przyłączonych do sieci polskich przedsiębiorców telekomunikacyjnych stanowią użytkownicy na co dzień posługujący się językiem polskim. Jednocześnie są to osoby zainteresowane głównie treściami związanymi z aktualnymi wydarzeniami politycznymi, gospodarczymi, społecznymi i kulturalnymi występującymi w ich bliższym lub dalszym otoczeniu. Użytkownicy krajowi stanowią zatem podstawową i największą grupę odbiorców polskojęzycznych treści i usług internetowych. Dla dostawców polskojęzycznych usług internetowych dostęp do krajowych użytkowników nie znajduje żadnego innego substytutu np. w postaci dostępu do użytkowników z innego państwa. Przedsiębiorca decydujący się na oferowanie polskojęzycznych usług skierowanych do cudzoziemców musi liczyć się z osiągnięciem znacznie niższego popytu na swoje usługi, a co za tym idzie - na znaczne ograniczenie swoich przychodów z prowadzonej działalności. Nie jest spełniona zatem podstawowa przesłanka konieczna do uznania rynku właściwego w sprawie jako przekraczającego granice RP. (...) posiada bardzo rozległą infrastrukturę telekomunikacyjną, umożliwiającą jej świadczenie usług w stosunku do użytkowników końcowych, mających miejsce zamieszkania lub siedzibę w każdym województwie. Świadczenie usług przez (...) odbywa się na jednolitych warunkach na terytorium całego kraju na podstawie stosowanych przez (...) regulaminów oraz cenników usług telekomunikacyjnych. Obejmują one swoim zakresem całe terytorium RP. (...) nie może zatem zastosować zróżnicowanych warunków świadczenia usług telekomunikacyjnych wobec użytkowników zlokalizowanych w różnych regionach kraju lub wobec użytkowników mających większy lub mniejszy dostęp do ofert alternatywnych wobec (...) dostawców usług. O ile możliwe jest stwierdzenie, że użytkownicy krajowi stanowią głównych odbiorców polskojęzycznych treści internetowych, o tyle nie jest możliwe jednoznaczne stwierdzenie, że użytkownicy mieszkający na terytorium np. określonego powiatu lub województwa zainteresowani są jednymi treściami a pomijają inne. Język przekazu stanowi bowiem bardziej wyraźne kryterium umożliwiające wydzielenie odrębnego rynku właściwego geograficznie niż np. preferencje w zakresie tematyki przekazu. Dodatkowo należy podkreślić, że z punktu widzenia przedsiębiorców telekomunikacyjnych oferujących swoje polskojęzyczne treści w sieci Internet, nie ma co do zasady znaczenia, do którego krajowego użytkownika dane treści zostaną dostarczone. Wyjątek dotyczy jedynie niektórych wysoko wyspecjalizowanych treści obejmujących informacje specyficzne dla danego regionu np. lokalne informacje o pogodzie, relacje z lokalnych rozgrywek sportowych lub lokalnych wydarzeń politycznych. Jednakże informacje te stanowią jedynie ułamek wszystkich treści i nie wpływają na ogólną ocenę rynku geograficznego w niniejszym postępowaniu. Przedsiębiorcom telekomunikacyjnym oferującym swoje usługi w sieci Internet zależy na zdobyciu jak najszerszej grupy odbiorców mogących potencjalnie skorzystać z tych usług. Oczywistym jest zatem, że żadnemu dostawcy usług nie będzie zależało na dotarciu wyłącznie do wąskiego grona osób bezpośrednio zainteresowanych danymi informacjami np. lokalnymi. Już samo wyodrębnienie takich osób byłoby problematyczne. Przedsiębiorca podejmie raczej działania zmierzające do udostępnienia swojej usługi wszystkim użytkownikom, którzy z uwagi na swoje możliwości językowe będą mogli potencjalnie z tych usług skorzystać tj. co najmniej wszystkim użytkownikom krajowym. Przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie oferują usług polegających na wymianie ruchu sieciowego w celu udostępniania treści pochodzących od innych dostawców usług jedynie wybranej części swoich użytkowników, np. zamieszkującej określony obszar. Usługa taka obejmuje zawsze wszystkich użytkowników danego przedsiębiorcy zlokalizowanych na terytorium RP. Nie ma zatem także podstaw do zawężania rynku geograficznego do obszaru węższego niż terytorium RP. Biorąc pod uwagę powyższe Prezes Urzędu uznał, że rynek właściwy geograficznie w niniejszej sprawie jest rynkiem krajowym.

W dalszej części Prezes Urzędu wyznaczył rynek właściwy produktowo, wskazując, że rynek świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych obejmuje co do zasady wszelkie środki uzyskania dostępu do odbiorców treści internetowych. W szczególności należy zaliczyć do niego dostęp za pomocą usługi (...), stały dostęp do Internetu w stacjonarnej i ruchomej sieci publicznej, dostęp za pośrednictwem sieci telewizji kablowych oraz dostęp radiowy. Nie ma bowiem znaczenia z punktu widzenia dostawcy usług, za pomocą jakiego środka uzyska on dostęp do użytkownika końcowego. Powyższe wyznaczenie rynku asortymentowego wynika, zdaniem Prezesa Urzędu, ze szczególnego znaczenia, jakie ma uzyskanie dostępu do odbiorców treści dla podmiotów świadczących usługi w sieci Internet, a więc dla dostawców treści oraz operatorów telekomunikacyjnych, w sieciach których treści takie są umieszczone. Każdy podmiot, świadczący usługi w sieci Internet, musi zapewnić sobie odpowiednią liczbę odbiorców swoich usług dla uzyskiwania przychodu z własnej działalności przekraczającego jego własne koszty. Tylko bowiem uzyskanie

co najmniej minimalnej rentowności przedsiębiorstwa umożliwia zabezpieczenie przedsiębiorcy przed utratą jego majątku oraz wynikającą z tego perspektywą konieczności zakończenia jego działalności na rynku. W przypadku usług świadczonych w sieci Internet na zasadzie odpłatności, liczba odbiorców tych usług przekłada się wprost na przychody przedsiębiorcy świadczącego te usługi. W przypadku usług świadczonych w sieci Internet nieodpłatnie, pomimo że zwiększenie liczby użytkowników tych usług nie powoduje zwiększenia wpływów uzyskiwanych z opłat wnoszonych przez użytkowników, wzrost przychodów przedsiębiorcy wynika pośrednio ze zwiększonej oglądalności jego witryny internetowej oraz związanych z nią przychodów z reklamy internetowej. Pozyskanie swobodnego dostępu do klientów stanowi zatem warunek sine qua non prawidłowego funkcjonowania dostawców treści internetowych na rynku, a pośrednio także warunek dalszego ich istnienia. Poza zdefiniowanym rynkiem znajduje się jednak dostęp do użytkowników końcowych nie przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych, a więc sieci wykorzystywanych głównie do świadczenia usług telekomunikacyjnych dostępnych dla ogółu użytkowników. Zastosowanie niniejszego wyłączenia wynika z faktu, że użytkownicy końcowi podłączeni do sieci zamkniętych nie są uczestnikami wymiany handlowej, zachodzącej na rynkach usług internetowych oraz dodatkowo, sieci te pełnią odmienne funkcje o charakterze wewnątrz korporacyjnym. Właściwość sieci Internet wymaga, aby wszystkie składające się na nią sieci miały publiczny charakter. Z punktu widzenia dostawcy usług użytkownicy sieci niepublicznych nie mogą stanowić odbiorców ich usług, znajdują się zatem poza zasięgiem rynku właściwego. Poza zasięgiem rynku właściwego asortymentowo znajduje się także dostęp do usług internetowych uzyskiwany za pośrednictwem telefonu komórkowego - z uwagi na bardzo niewielkie rozmiary wyświetlacza oraz użyteczność ograniczoną wyłącznie do specjalnie skonstruowanych witryn WWW w tzw. technologii (...), umożliwiającej zmniejszenie wyświetlanej witryny do wielkości odpowiedniej dla wyświetlacza telefonicznego aparatu komórkowego. Dla zapewnienia prawidłowego odbioru swoich usług, dostawcy usług musieliby ponieść dodatkowe nakłady związane z koniecznością przystosowania tych usług do formatu wyświetlacza telefonu komórkowego. Część ze świadczonych przez nich usług mogłaby nie być dostępna w zmienionym formacie. Z powyższych powodów dostęp uzyskiwany za pośrednictwem telefonu komórkowego znajduje się poza zakresem rynku właściwego. Z rynku właściwego wyłączony został także dostęp za pomocą tzw. przystawek telewizyjnych, czyli urządzeń przyłączanych do odbiornika telewizyjnego, umożliwiających przeglądanie witryn WWW za pośrednictwem tego odbiornika. Wyłączenie to znajduje uzasadnienie w ograniczonych możliwościach technicznych przystawek, które nie posiadają wszystkich funkcji dostępnych w komputerach osobistych. W szczególności znacznie utrudnione jest przechowywanie uzyskanych danych, zapisywanie ich na różnorodnych nośnikach, przenoszenie między różnymi przystawkami lub przystawką a komputerem. Znaczna część usług świadczonych w sieci Internet (np. gry, serwisy interaktywne) wymaga ponadto posiadania odpowiedniego oprogramowania, które może nie być dostępne w przystawce telewizyjnej. Z powyższych względów dostęp do użytkowników końcowych za pośrednictwem przystawek telewizyjnych wyłączony jest z rynku właściwego produktowo. Należy podkreślić, że na prawidłowo funkcjonującym rynku, jako substytucyjny wobec dostępu do użytkowników określonego operatora na podstawie zawartej z nim umowy należałoby uznać dostęp do tych użytkowników za pośrednictwem jakiegokolwiek operatora świadczącego usługi tranzytu danych, w szczególności także za pośrednictwem operatora zagranicznego. Stwierdzenie takie jest co do zasady prawdziwe z uwagi na sposób funkcjonowania sieci Internet umożliwiający uzyskanie dostępu do użytkowników oraz treści umieszczonych w innej sieci za pośrednictwem dowolnego operatora telekomunikacyjnego świadczącego usługi tranzytu danych. Jak powyżej ustalono, wymiana ruchu sieciowego może odbywać się zarówno w drodze bezpośredniej jak i pośredniej - z wykorzystaniem usługi tranzytu świadczonej przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego. Na prawidłowo funkcjonującym rynku podniesienie przez określonego operatora cen za dostęp do własnej sieci spowodowałoby spadek popytu na jego usługi dostępowe z uwagi na możliwość nabywania pośredniego dostępu (tranzyt ruchu IP) do jego użytkowników od innych operatorów telekomunikacyjnych za niższą cenę. Wskazywałoby to na substytucyjność obydwu form dostępu do użytkowników Internetu. Jednakże, w analizowanej sytuacji, skutek stosowania praktyki polegającej na dyskryminacyjnym degradowaniu ruchu IP, (...) jest w stanie utrzymywać ceny za dostęp do sieci (...) na kilkukrotnie wyższym poziomie niż ceny za usługi tranzytu świadczone przez operatorów zagranicznych i nie tracić przy tym odbiorców tego dostępu. Oznacza to, że w analizowanym przypadku, usługi tranzytu danych zapewniane przez innych operatorów telekomunikacyjnych nie stanowią dogodnej alternatywy dla operatorów lub dostawców usług poszukujących dostępu do użytkowników (...), po pierwsze, dlatego że (...) dyskryminuje ruch pochodzący od operatora zagranicznego, a po drugie, dlatego że

usługa świadczona przez (...) nie jest substytucyjna cenowo wobec usługi świadczonej przez operatora zagranicznego. Operatorzy telekomunikacyjni świadczący usługi tranzytu danych do sieci (...) nie są zatem w stanie wywrzeć presji konkurencyjnej na (...). Zagrożenie związane z możliwością bycia objętym degradowaniem ruchu IP uniemożliwia operatorom lub dostawcom usług poszukującym dostępu do użytkowników (...), oparcie się w swojej działalności na tańszych usługach zagranicznych operatorów. W każdym bądź razie występujące zagrożenie uniemożliwia definitywne zakończenie współpracy z (...) i rozwiązanie zawartych z nią umów o dostępie do jej sieci. Oczywistym jest zatem, że w warunkach polskiego rynku telekomunikacyjnego usługi tranzytu świadczone przez operatorów zagranicznych nie mogą zostać włączone do rynku właściwego. (...) swoimi działaniami skutecznie przeciwdziała „rozszerzeniu” się rynku właściwego, co stanowi dodatkowy naganny element zachowania tej Spółki godzący w ideę wspólnego rynku europejskiego.

W dalszej części rozważań Prezes Urzędu uznał, iż na rynku właściwym (...) zajmuje pozycję dominującą. (...), zdaniem Organu, zapewnia dostęp do znacznej większości polskich użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych. Z uwagi na fakt, że funkcjonowanie dostawców usług telekomunikacyjnych (polskojęzycznych treści) w sieci Internet uzależnione jest od posiadania odpowiedniej liczby odbiorców tych usług, o sile rynkowej operatorów telekomunikacyjnych prowadzących działalność na rynku właściwym decydować będzie w głównej mierze właśnie liczba użytkowników, do których „kontrolują” oni dostęp. Operator kontrolujący dostęp do większości takich użytkowników będzie bowiem mógł działać w znacznym stopniu niezależnie od swoich konkurentów oraz innych przedsiębiorców świadczących usługi w sieci Internet. Będzie on mógł ograniczać lub uniemożliwiać dostęp do tych użytkowników wykorzystując przy tym będące pod jego kontrolą urządzenia telekomunikacyjne, w tym rutery z założonymi na nich filtrami dostępu. Zdaniem Prezesa każdorazowo, niezależnie od przyjętego sposobu liczenia, udział rynkowy (...) jest bardzo wysoki i znacząco przekracza 40%, co umożliwi zastosowanie domniemania wyrażonego w art. 4 pkt 9 Ustawy. Świadczy to niewątpliwie o sile rynkowej (...) na krajowym rynku świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych. Należy podkreślić, co potwierdza także organ regulacyjny w zakresie telekomunikacji - Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, że przy obecnym poziomie rozwoju technicznego, spośród technologii szerokopasmowego dostępu do Internetu jedynie dostęp kablowy oraz dostęp (...) odgrywają istotną rolę na analizowanym rynku właściwym. W konsekwencji zatem, o sile rynkowej (...) na rynku właściwym w segmencie szerokopasmowego dostępu do Internetu będzie świadczyła przede wszystkim liczba jej użytkowników względem ogółu użytkowników szerokopasmowego dostępu do Internetu korzystających z (...) oraz (...). Badanie rynku przeprowadzone w kwietniu 2005 r. przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na grupie 58 największych przedsiębiorców telekomunikacyjnych wykazało, bardzo wysoki udział rynkowy (...) na rynku świadczenia usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu. Zgodnie z wynikami tego badania, na dzień 31 marca 2005 r. (...) posiadało udział w tym segmencie rynku na poziomie ok. 55%. Przy uwzględnieniu także użytkowników stałego dostępu do Internetu świadczonego przez operatorów telefonii komórkowej (...) posiadała udział w rynku w wysokości 54,4%. Natomiast zgodnie z danymi przedstawionymi przez Urząd Komunikacji Elektronicznej, obejmującymi jednak wyłącznie użytkowników szerokopasmowego dostępu do Internetu o prędkości równej lub wyższej niż 144 kbit/s, (...) posiadała na koniec 2005 r. udział rynkowy w tym segmencie rynku w wysokości ok. 64%. Należy podkreślić, że powyższe wyliczenie te obejmuje także użytkowników Internetu otrzymujących dostęp do Internetu w sieciach komórkowych w technologiach niezapewniających łącza o prędkości powyżej 144 kbit/s, co oznacza, że w rzeczywistości udział (...) w segmencie rynku powyżej 144 kbit/s jest wyższy niż 58,2%. Badania wskazują też, że około połowy wszystkich użytkowników szerokopasmowego dostępu do Internetu w (...) stanowili w tym okresie użytkownicy korzystający z połączenia o prędkości 128 kbit/s, nie uwzględnieni w powyższym wyliczeniu udziału rynkowego (...). Wobec ogromnej liczby użytkowników otrzymujących dostęp z prędkością 128 kbit/s, udział (...) w segmencie rynku dostępu do Internetu w prędkościach od 128 kbit/s jest zatem faktycznie wyższy niż 58,2%. Znaczące wzmocnienie pozycji (...) w tym segmencie rynku, przekraczające procentowo wzrost całego rynku oznacza, że (...) umacniała w analizowanym okresie swoją pozycję rynkową względem konkurentów. Z uwagi na fakt, że rynek właściwy obejmuje także dostęp do użytkowników uzyskujących połączenie z Internetem za pośrednictwem tzw. dostępu wdzwanianego do Internetu ((...)), konieczne jest także uwzględnienie udziału (...) w tym segmencie rynku właściwego. Zgodnie z danymi przedstawionymi przez Urząd Komunikacji Elektronicznej, na koniec 2005 r. (...) posiadała 563.047 użytkowników usługi wdzwanianego

dostępu do Internetu, co dawało jej udział w tej części rynku w wysokości ponad 84%. W tym świetle Prezes Urzędu uznał, że zasadnicze znaczenie dla oceny pozycji (...) na rynku właściwym w perspektywie średnio i długookresowej będzie miała pozycja tej spółki w segmencie szerokopasmowego dostępu do Internetu. Jak wykazano powyżej pozycja (...) w tym segmencie jest bardzo silna. Co więcej, dynamiczny wzrost liczby użytkowników szerokopasmowych usług dostępu do Internetu w sieci (...) (od końca 2005 r. do III kwartału 2006 r. o 100%) wskazuje na dalsze umacnianie się tej pozycji. (...) pomimo spadku zainteresowania usługami (...) osiągnęła w okresie od 1 kwietnia 2005 r. do 1 listopada 2006 r. wzrost ogólnej liczby użytkowników o 21%. Świadczy to o niesłabnącej pozycji (...) na rynku właściwym. Należy także wskazać, że niezależnie od posiadania udziału w rynku przekraczającego 40%, co uzasadnia zastosowanie domniemania z art. 4 pkt 9 Ustawy, pozycja rynkowa (...) charakteryzuje się wszelkimi cechami właściwymi dla pozycji dominującej. W szczególności (...) może zapobiegać skutecznej konkurencji na rynku właściwym gdyż ma możliwość działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Zdaniem Prezesa w następstwie działań, stanowiących przedmiot niniejszego postępowania, (...) doprowadza do wyraźnego wzmocnienia własnej pozycji rynkowej. Dyskryminacyjne degradowanie ruchu IP uniemożliwia bowiem potraktowanie usług tranzytu międzynarodowego, świadczonych przez operatorów zagranicznych za produkty substytutowane z punktu widzenia polskich operatorów telekomunikacyjnych. Usługa świadczona przez (...) stanowi zatem na chwilę obecną jedyną realną drogę pozyskania klientów dla swoich usług przez polskich operatorów telekomunikacyjnych. Należy uznać zatem, że (...) zapobiega skutecznej konkurencji na rynku, rozumianej jako „konkurencja zapewniająca innym podmiotom wystarczający wybór ofert (wystarczające zróżnicowanie podaży)”. Wskutek posiadania przez (...) bardzo wysokiego udziału w rynku, znacznie przekraczającego 50% oraz zapewniania dostępu do zdecydowanej większości polskojęzycznych użytkowników końcowych Internetu, podłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych, przedsiębiorca ten ma możliwość kształtowania cen za usługi transmisji danych niezależnie od rozmiarów kształtującego się na nie popytu. Wysokość stosowanych przez (...) opłat za transmisję danych przekracza kilkukrotnie wysokość opłat ukształtowanych na sąsiadujących rynkach europejskich. (...) świadczy swoje usługi za cenę znacznie wyższą niż operatorzy zagraniczni, co oznacza, że nie spotyka się z bezpośrednią konkurencją z ich strony, pomimo, że ich produkt w niezaburzonych działaniem (...) warunkach mógłby być traktowany jako substytut dostępu świadczonego przez (...). Działa zatem niezależnie od podmiotów, które w braku praktyki antykonkurencyjnej (...) byłyby jej konkurentami i mogłyby wywoływać presję konkurencyjną na (...). Mimo wygórowanych cen, odbiorcy usług transmisji danych (...) nie mogą z nich zrezygnować wobec faktycznego braku towaru substytutowanego na rynku. (...) funkcjonuje zatem także w znacznym stopniu niezależnie od potrzeb oraz możliwości finansowych swoich klientów. Zakończenie współpracy z (...) nie może odbyć się w chwili obecnej bez uszczerbku, wpływającego znacznie na wyniki finansowe oraz możliwość dalszego utrzymania się na rynku. Strona postępowania ma zatem faktyczną możliwość stosowania w umowach międzyoperatorskich warunków świadczenia usług ustalanych swobodnie, według własnego uznania, ponieważ ma pewność, że jej klienci nie mogą zrezygnować z kooperowania z nią. Zdaniem Prezesa Urzędu zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że w przypadku braku ograniczeń stosowanych przez (...) jej ceny uległyby znacznemu obniżeniu do poziomu ofert operatorów zagranicznych. Oferta (...) w jej aktualnym kształcie nie byłaby bowiem w takiej sytuacji przedmiotem jakiegokolwiek zainteresowania nabywców usług o minimalnym chociaż poziomie świadomości realiów rynkowych (nabywcy usług (...) są w analizowanym przypadku przedsiębiorcami), z uwagi na kilkukrotnie wyższe ceny usług (...). (...) pragnąc utrzymać się na rynku musiałaby zatem doprowadzić do obniżenia swoich cen do poziomu co najmniej porównywalnego z ofertą zagranicznych operatorów jako jej bezpośrednich - w braku ograniczeń wynikających z działania (...) - konkurentów. Przedstawione powyżej argumenty w opinii Prezesa Urzędu w sposób jednoznaczny wskazują na brak skutecznej konkurencji na rynku wywołany działalnością (...). Ponadto należy wskazać, że na rynku właściwym występują wysokie bariery wejścia związane z koniecznością poniesienia znaczących wydatków związanych z rozpoczęciem działalności telekomunikacyjnej. Zapewnienie dostępu do sieci Internet dużej liczbie użytkowników wymaga nakładów finansowych na wybudowanie infrastruktury telekomunikacyjnej obejmującej swoim zasięgiem rozproszonych po całym kraju użytkowników. Oprócz wysokich kosztów utopionych, rynek charakteryzują także znaczne ekonomie skali, związane ze zmniejszaniem się kosztu pozyskania każdego kolejnego użytkownika wraz z rozbudową sieci. (...) posiada ponadto znaną i rozpoznawalną markę oraz rozbudowaną sieć dystrybucji swoich usług. Powyższe czynniki pozwalają stwierdzić, że w rozsądnie

krótkim okresie czasu żaden inny operator nie będzie w stanie uzyskać tak rozbudowanej bazy klientów jak (...). Potencjalna konkurencja, nawet jeżeli występuje, nie jest zatem w stanie pozbawić (...) pozycji dominującej we względnie niedługim okresie czasu.

Biorąc powyższe pod uwagę Prezes Urzędu uznał, że (...) zajmuje pozycje dominującą na krajowym rynku świadczenia usług dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych.

W dalszej części wywodów Prezes UOKiK wykazał w jaki sposób, jego zdaniem, (...) S.A. nadużywa pozycji dominującej na rynku właściwym. I tak podał, że Zgodnie z art. 8 ust 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Zdaniem Prezesa Urzędu, praktyka (...), polegająca na dyskryminacyjnym degradowaniu ruchu IP na krajowym rynku świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych, stanowi naruszenie art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy. Każdy operator, posiadający w swojej sieci usługi skierowane do odbiorcy polskojęzycznego, musi - w celu zapewnienia sobie wystarczająco silnej bazy potencjalnych klientów - doprowadzić do uzyskania fizycznego połączenia swojej sieci oraz sieci (...). Dostęp do sieci tej może być ustanowiony zarówno jako bezpośrednie łącze pomiędzy urządzeniami operatora oraz urządzeniami (...) lub jedynie jako dostęp za pośrednictwem innych podmiotów (tranzyt ruchu IP), posiadających podpisane z (...) umowy o przekazywaniu ruchu sieciowego. Wybór pomiędzy jedną z tych metod, może zdaniem Prezesa Urzędu, wynikać zarówno z przyczyn technicznych tj. dużych odległości pomiędzy najbliższymi fragmentami obu sieci albo brakiem odpowiedniej infrastruktury sieciowej, jak i względami ekonomicznymi - w szczególności różnicą ceny za usługi dostępu do sieci. W przypadku polskich operatorów poszukujących dostępu do sieci (...), ogromne znaczenie ma przede wszystkim cena usługi, co wynika ze znaczącej dysproporcji opłat pobieranych przez (...) oraz podmioty zagraniczne np. (...) S.A. Jak powyżej wykazano, wysokość opłat pobieranych przez (...) jest co najmniej kilkukrotnie wyższa od opłat pobieranych przez operatorów zagranicznych. Celem obniżenia kosztów stałych i osiągnięcia wyższego wskaźnika rentowności, konkurencyjni wobec (...) operatorzy będą skłonni wybrać dostęp pośredni do zasobów sieci (...) poprzez o wiele tańsze łącza zagraniczne. W warunkach niezachwianej konkurencji, niższa cena oferowana przez operatorów zagranicznych za tożsamą usługę dostępu do sieci Internet, powinna wymusić podjęcie przez (...) działań zmierzających do obniżenia kosztów własnych i przyciągnięcia klientów poprzez bardziej konkurencyjną ofertę. Tymczasem (...), wykorzystując swoją silną pozycję rynkową, zmierza do pogorszenia warunków, na jakich oferowane są usługi konkurencyjnych wobec niej operatorów zagranicznych przy użyciu zabronionych przez prawo antymonopolowe środków, naruszając tym samym dyspozycję art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy.

W opinii Prezesa Urzędu zarzucaną (...) praktykę należało określić jako dyskryminacyjne degradowanie ruchu IP. Pod pojęciem degradowania ruchu IP należy rozumieć wszelkie działania zainicjowane przez operatora telekomunikacyjnego, do którego sieci dany ruch IP jest kierowany, zmierzające do zablokowania, ograniczenia, zniekształcenia lub utrudnienia w inny sposób tego ruchu, a skutkujące uniemożliwieniem prawidłowej wymiany danych pomiędzy nadawcą i odbiorcą tego ruchu IP. Jednym ze skutków degradowania ruchu IP jest niemożność uzyskania żądanych danych przez użytkownika końcowego w czasie i w warunkach w jakich powinno się to odbywać, gdyby do degradacji ruchu IP nie doszło. Działanie polegające na degradowaniu ruchu IP wywołuje dwustronny skutek - nadawca danych nie może zaoferować usługi odbiorcom, natomiast odbiorca danych nie może uzyskać interesującej go usługi. W przypadku niniejszego postępowania degradowanie ruchu IP polega na odrzucaniu pakietów danych przez urządzenie sterujące ruchem IP (ruter brzegowy), umieszczone w sieci (...), po zajęciu określonych w konfiguracji tego urządzenia okoliczności (odpowiednio wysoki ruch IP, ruch pochodzący ze wskazanego przez (...) numeru IP zaliczonego do numerów podlegających degradacji). Degradowanie jest osiąganę przez odpowiednio skonstruowane komendy umieszczane przez pracowników (...) w ustawieniach ruterów brzegowych. Dyskryminacyjny charakter praktyki zarzucanej (...) polega na jedynie selektywnym degradowaniu ruchu IP, tj. wprowadzaniu ograniczeń wobec niektórych tylko podmiotów, przy braku uzasadnionych przyczyn dla ich nierównego traktowania. Zdecydowana większość podmiotów objętych ograniczeniami ruchu IP to podmioty polskie. Z dyskryminacyjnym degradowaniem

ruchu IP będziemy mieli do czynienia jedynie wtedy, gdy wybór podmiotów, wobec których stosowane są ograniczenia, nie będzie uzasadniony obiektywnymi i wystarczająco poważnymi względami.

Zdaniem Prezesa Urzędu w przypadku praktyki o silnie negatywnych skutkach, bezpośrednio ingerującej w swobodę konkurencji oraz zasadę równości podmiotów na rynku, uzasadnienie dla wprowadzenia ograniczeń ze strony (...) musi, mieć na celu ochronę określonych, istotnych z punktu widzenia rynku oraz konsumenta wartości. W szczególności ograniczenie dostępu do sieci mogłoby być uzasadnione stwarzaniem przez konkretnego użytkownika realnego i bezpośredniego niebezpieczeństwa dla sieci (...). Awaria ogólnopolskiej sieci (...) mogłaby w znaczny sposób ograniczyć dostępność usług telekomunikacyjnych na rynku, niezależnie od tego czy usługi byłyby świadczone bezpośrednio przez (...) czy przez innych operatorów. Sieć (...) ma bowiem znaczenie także jako sieć pośrednicząca w przekazywaniu ruchu między innymi niż umieszczone w jej sieci podmiotami. Zdaniem Prezesa Urzędu dopuszczalne byłoby zatem przykładowo ograniczenie dostępności do sieci (...) skierowane przeciwko konkretnemu adresowi IP z którego pochodził dany atak na sieć (...). Drugi aspekt zasady proporcjonalności nakazuje zawsze stosować - jako pierwsze - środki, które w jak najmniejszym stopniu naruszałby zasadę równości podmiotów oraz swobodę konkurencji. Nieuzasadnione jest zatem wprowadzenie nieobiektywnych kryteriów doboru podmiotów objętych ograniczeniami, jeżeli zbliżonym kosztem (ekonomicznym oraz społecznym) można ustalić kryteria obiektywne, zapewniające tożsamy poziom bezpieczeństwa dla sieci. Należy podkreślić, że w analizowanym przypadku wprowadzenie niedyskryminujących kryteriów nie wymaga poniesienia przez (...) wyższych nakładów, ponieważ sprowadza się ono jedynie do umieszczenia odpowiednich, niedyskryminujących zapisów w plikach konfiguracyjnych istniejącej infrastruktury dostępowej (...). Konfiguracja rutera brzegowego (...) nie nosi cech konfiguracji ukierunkowanej na ochronę sieci (...). W przypadku ochrony przed atakiem na sieć konfiguracja powinna ograniczać się jedynie do zablokowania pojedynczych adresów IP poszczególnych komputerów, dopuszczających się bezpośrednio naruszenia integralności sieci, a nie dużych grup prefiksów - tak aby razem z pakietami pochodzącymi od napastników nie odrzucać pakietów pochodzących od innych użytkowników Internetu. Ustawienia ruterów brzegowych (...) powodują natomiast odrzucanie wszystkich pakietów wychodzących z sieci danego operatora.

W opinii Prezesa Urzędu polityka wyznaczenia przez (...) określonych operatorów telekomunikacyjnych jako mających zostać objętych ograniczeniami ruchu IP ma charakter długofalowy i nie może wynikać z konieczności tymczasowej ochrony przed atakami pochodzącymi z określonej sieci. W sytuacji, w której dobór podmiotów objętych ograniczeniami miałby charakter obiektywny, wymuszony zachodzącymi w losowy sposób czynnikami zewnętrznymi, zawartość list różniłaby się w sposób bardziej znaczny, a adresy IP na niej umieszczone miałyby bardziej przypadkowy i rozproszony charakter. Zdaniem Prezesa Urzędu nie istnieją zatem okoliczności, które mogłyby uzasadniać ograniczanie ruchu IP tylko w stosunku do podmiotów umieszczonych na listach „(...)” i „(...)”. Należy uznać, że dobór podmiotów, wobec których ruch jest degradowany ma zatem charakter dyskryminacyjny. Wskutek zastosowania odpowiednich ustawień ruterów brzegowych, (...) osiąga rzeczywisty efekt w postaci znacznego spadku jakości połączenia, jakie uzyskują użytkownicy końcowi Internetu podłączeni do sieci (...), łącząc się z podmiotami umieszczonymi na listach „(...)” i „(...)” za pośrednictwem sieci zagranicznych. Użytkownicy końcowi Internetu, podłączeni do sieci (...), wskutek degradacji ruchu IP, nie mogą uzyskać dostępu do żądanych przez siebie usług internetowych świadczonych przez podmioty podłączone do sieci objętych degradacją. Wobec braku możliwości ustalenia bezpośredniej przyczyny niedostępności żądanej usługi, użytkownicy końcowi są skłonni uznać, że powodem tej niedostępności są przyczyny leżące po stronie ich dostawcy usług (np. serwisu internetowego). Długofalowym skutkiem degradacji ruchu IP jest rezygnacja przez użytkowników końcowych z usług, które są dla nich niedostępne lub trudno dostępne. Wskutek zmniejszenia liczby użytkowników końcowych będących odbiorcami usług świadczonych przez dostawców treści internetowych, dochodzi do obniżenia przychodów uzyskiwanych przez tych dostawców. Jednocześnie dostawcy ci zwracają się z reklamacjami do operatora telekomunikacyjnego, do sieci którego są podłączeni, a w ostateczności rezygnują z usług tego operatora. Dyskryminacyjne degradowanie ruchu IP przez (...) wywołuje zatem skutek „lawinowy”, wpływając negatywnie na funkcjonowanie wszystkich kolejnych uczestników poszczególnych szczebli obrotu, począwszy od operatorów telekomunikacyjnych, przez dostawców treści internetowych, na użytkownikach końcowych kończąc. Operatorzy telekomunikacyjni, korzystający z łącz zagranicznych w celu połączenia z siecią (...), nie są w stanie wyegzekwować nienaruszania ich interesów przez

(...), a tym samym nienaruszania interesów ich klientów. Degradacja ruchu odbywa się bowiem na urządzeniu umieszczonym w ramach sieci (...), a więc pod jej wyłącznym zarządem. Operatorzy ci, w celu uzyskania możliwości dalszego prowadzenia działalności gospodarczej zmuszeni są do rezygnacji z tańszych łącz zagranicznych i wykupienia o wiele droższej usługi dostępu do sieci (...). Tylko rezygnując z usług dostępu świadczonych przez operatorów zagranicznych mogą bowiem osiągnąć pewność posiadania stabilnych technicznych podstaw dla dalszego, niezagrażonego funkcjonowania na rynku bez konieczności ponoszenia wysokiego ryzyka degradacji wychodzącego z ich sieci ruchu IP. Nabywanie dostępu bezpośrednio u (...) jest jedyną realną alternatywą dla operatorów telekomunikacyjnych. Skorzystanie z usług jakiegokolwiek innego operatora pośredniczącego w wymianie ruchu z (...) może spowodować powtórne ograniczenia ruchu IP na ruterach brzegowych (...). (...) posiada możliwość wprowadzenia dowolnego adresu IP na jedną ze wskazanych powyżej list. Każdorazowe skutki takiego działania są identyczne i doprowadzają do znacznej degradacji ruchu sieciowego między użytkownikami (...) a objętą ograniczeniami siecią. Wskutek nieograniczonej swobody określania zakresu podmiotowego oraz przedmiotowego wprowadzanych ograniczeń, (...) posiada możliwość dowolnego wskazywania, którzy z operatorów telekomunikacyjnych, uzyskujących dostęp do sieci (...) za pośrednictwem łącz operatorów zagranicznych, będą mogli korzystać z tego dostępu w pełni, a którym dostęp ten zostanie w mniejszym lub większym stopniu ograniczony. W opisywanym przypadku jakość usług świadczonych przez operatorów konkurencyjnych wobec (...) została uzależniona zatem od w pełni uznaniowej decyzji (...). O ile, jak wskazał Prezes Organu, sam fakt posiadania możliwości wpływu (...) na jakość usług świadczonych przez jej konkurentów nie stanowi naruszenia przepisów prawa antymonopolowego, o tyle nadużywanie pozycji dominującej przez (...), poprzez wykorzystywanie pozostających w jej dyspozycji środków technicznych do wpływania niedozwolonymi metodami na sytuację rynkową konkurentów jest zakazane i podlega ingerencji administracyjnoprawnej. Należy także zauważyć, że na podstawowych łączach (...) służących do wymiany ruchu z zagranicą za pośrednictwem ruterów (...)i (...)maksymalne wysycenie łącza oscyluje w granicach 80-90%, średnie zaś w granicach 70%. Oznacza to, że łącza zagraniczne (...) są w bardzo wysokim stopniu obciążone ruchem IP.

Zdaniem Prezesa Urzędu (...) posiada co najmniej świadomość faktu, że będzie dochodziło do częstych ograniczeń ruchu na tym łączu. Świadomość ta wynika także w sposób oczywisty z faktu, że (...) jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym prowadzącym od wielu lat działalność na terytorium RP i jako profesjonalny uczestnik rynku usług telekomunikacyjnych zdaje sobie sprawę ze skutków, jakie może wywołać odpowiednia konfiguracja urządzenia znajdującego się pod jej wyłącznym zarządem. Uwzględniając powyższe fakty Prezes Urzędu uznał, że doszło do sytuacji, w której (...) przewidując możliwość dyskryminacyjnego ograniczenia ruchu IP wobec niektórych podmiotów, godzi się na nie. Pomimo niezależniania przez Ustawę odpowiedzialności za naruszenie zasad konkurencji na rynku od przesłanki winy, Prezes Urzędu uznał, że zawinione, a w szczególności umyślnie, zachowanie przedsiębiorcy w sposób szczególnie nakazuje szybką i zdecydowaną ingerencję administracyjnoprawną w daną praktykę. Umyślnie naruszenie przepisów Ustawy ma także zasadniczy wpływ na wymiar nakładanej na przedsiębiorcę kary. Nadto (...) przyznała, zdaniem Organu, że praktyka ograniczająca konkurencję, będąca przedmiotem niniejszej decyzji była stosowana.

W opinii organu antymonopolowego, ani w piśmie z dnia 31 maja 2007 r., ani w późniejszych pismach kierowanych do organu antymonopolowego nie został zawarty jednoznaczny dowód wskazujący na zaniechanie stosowania praktyki. Zdaniem Prezesa UOKiK rzekome zaniechanie ma jedynie charakter deklaratoryjny, nie poparty wiarygodnymi dowodami. Co więcej, zdaniem organu (...) zdawała sobie sprawę, że z uwagi na ograniczenia techniczne, udowodnienie zaniechania stosowania praktyki po niemal roku od deklarowanej daty zaniechania jest fizycznie niemożliwe. Ustawienia ruterów z konkretnej daty są bowiem przechowywane w systemie informatycznym jedynie trzy dni, a następnie zapis jest kasowany. (...) nie przedstawiła również dowodów, które świadczyć mogłyby o zaniechaniu stosowania praktyki z dniem poinformowania organu antymonopolowego o jej zaniechaniu. Niezależnie od powyższego, organ antymonopolowy chcąc obiektywnie i wnikliwie przeanalizować okoliczność ewentualnego zaniechania praktyki, przeprowadził w dniu 18 września 2007 r. kontrolę, której celem miało być ustalenie zasad konfiguracji ruterów brzegowych (...), w celu ustalenia, czy faktycznie filtry zostały zdjęte. W trakcie kontroli okazało się, że z uwagi na zmianę struktury sieci (...) na przełomie maja i czerwca 2007 r. zlikwidowane zostały rutery brzegowe (...)i (...), czyli te, na których założone były filtry powodujące dyskryminacyjne degradowanie ruchu IP. Należy jednak

stwierdzić, że (...) nadal posiada rutery, które przejęły funkcje ruterów (...)i (...), których celem jest „wpuszczanie” do Polski ruchu pochodzącego od operatorów zagranicznych. O fakcie zmiany struktury sieci Prezes UOKiK nie został także wcześniej powiadomiony przez (...).

Podsumowując powyższe Prezes Urzędu stwierdził, że (...) wskazując na zaniechanie stosowania praktyki nie dość, że sama nie wskazała dowodów świadczących o takim zaniechaniu, co w kontekście brzmienia art. 10 ust. 3 Ustawy, ciąży na przedsiębiorcy powołującym się na fakt zaniechania, to dodatkowo zmienia konfiguracje swojej sieci, nie informuje o tym organu, uniemożliwiając Prezesowi UOKiK - nawet poprzez podjęcie działań z jego inicjatywy - udowodnić zaniechania. Jest to działanie wyjątkowo naganne i wskazujące na zamiar wprowadzenia w błąd organu antymonopolowego.

W dalszej części rozważań Prezes Urzędu wskazał na skutki rynkowe praktyki podjętej przez (...) S.A. I tak, zdaniem Organu, przewidywalnym skutkiem stosowanej przez (...) praktyki jest zmuszenie operatorów objętych ograniczeniem do rezygnacji z usług dostępu świadczonych przez zagranicznych operatorów oraz faktyczne wymuszenie podjęcia współpracy z (...) na narzuconych przez nią zasadach. W szczególności obejmuje to konieczność nabywania dostępu do sieci (...) za nieproporcjonalnie wyższą cenę. Dyskryminacyjne degradowanie ruchu IP stwarza bowiem stan permanentnego zagrożenia dla funkcjonowania współpracy konkurentów (...) oraz operatorów zagranicznych, opartej na umowach międzyoperatorskich między tymi podmiotami. Utrudniona realizacja tych umów znajduje odzwierciedlenie w postrzeganiu dostępu za pośrednictwem łącz zagranicznych jako ryzykownego i nie spełniającego podstawowych wymogów koniecznych dla zapewnienia bezpiecznego i pewnego funkcjonowania na rynku. Świadomość potencjalnego wprowadzenia przez (...) ograniczeń ruchu IP na każdym posiadanym przez nią łączu zagranicznym może, zdaniem Prezesa Urzędu, znaleźć wyraz w ogólnym odwole od tańszych usług dostępu świadczonych przez przedsiębiorców zagranicznych na rzecz droższego, zapewniającego stabilność dalszego funkcjonowania na rynku, dostępu przez (...). Rezygnacja z realizacji zawartych dawniej umów międzyoperatorskich narzuca polskich przedsiębiorców telekomunikacyjnych na straty majątkowe. Konieczność zawarcia i wykonywania nowych umów z (...), przewidujących znacznie wyższe opłaty za usługi transmisji danych, wydatnie zwiększa stałe koszty funkcjonowania przedsiębiorstw i tym samym zmniejsza ich konkurencyjność na rynku.

Kolejnym, zdaniem Prezesa Urzędu, bezpośrednim skutkiem praktyki rynkowej (...) jest naruszenie konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej, stanowiącej jeden z filarów społecznej gospodarki rynkowej traktowanej jako podstawa ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej. O ile bowiem norma wyrażona w art. 20 Konstytucji ukierunkowana jest bezpośrednio na zapewnienie wolności gospodarczej w stosunkach między przedsiębiorcą oraz Państwem, o tyle zakazy przewidziane m.in. w art. 5 i art. 8 Ustawy stanowią refleks zasady swobody wolności gospodarczej w sferze stosunków między równorzędnymi podmiotami działającymi na rynku. Ograniczenie możliwości wolnego wyboru kontrahenta stanowi wymuszone przez (...) naruszenie autonomii woli podmiotów działających na rynku oraz swobody działania w warunkach równej i niezachwianej konkurencji. Wolność gospodarcza w sferze stosunków między przedsiębiorcami objawia się bowiem w prawnym zagwarantowaniu m.in. swobody podjęcia decyzji co do rozpoczęcia współpracy z innymi uczestnikami gry rynkowej, swobodę wyboru kooperantów czy swobodę kształtowania stosunków cywilnoprawnych (art. 353 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.). (...) doprowadza swoim działaniem do faktycznego naruszenia wolności swobodnego wyboru kontrahenta przez konkurencyjnych operatorów telekomunikacyjnych. Wskutek dyskryminacyjnego degradowania ruchu IP konkurenci ci nie będą mogli podjąć efektywnej współpracy z szeregiem operatorów zagranicznych funkcjonujących na rynku. Równocześnie warunkiem ich dalszego istnienia będzie wejście w stosunek umowny z (...). Oprócz wykazanych powyżej ograniczeń, praktyka (...) wywołuje szereg dalszych zagrożeń dla konkurencji. W przypadku rezygnacji z usług operatorów zagranicznych oraz podjęcia współpracy z (...) na warunkach przez nią określonych, operatorzy konkurencyjni wobec (...) nie będą w stanie zaoferować swoim odbiorcom usług po zbliżonych do (...) cenach. Wynika to z faktu, że (...) jest przedsiębiorcą zintegrowanym pionowo, działającym zarówno na rynku świadczenia hurtowego dostępu do sieci na rzecz operatorów, jak i na rynku świadczenia usług bezpośrednio na rzecz użytkowników końcowych, gdzie konkuruje z innymi operatorami telekomunikacyjnymi. Narzucając wygórowaną cenę za usługę hurtowego dostępu do własnej sieci, nie pozwala innym

operatorom na stworzenie konkurencyjnej wobec swojej oferty detalicznej skierowanej do polskich użytkowników Internetu, co stanowi naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy jako nadużywanie przez (...) pozycji dominującej na rynku, polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji. Ponadto uwzględniając, że praktyka zarzucana (...) może także spowodować konieczność wycofania się z rynku podmiotów, które nie będą chciały kooperować z (...) na określonych przez (...) niekorzystnych warunkach, należy uznać, że kolejnym potencjalnym skutkiem dyskryminacyjnego degradowania ruchu IP może być również operatorów umieszczonych na listach „(...)” oraz „(...)”. Ograniczenie nominalnej liczby konkurentów funkcjonujących na rynku, w szczególności wskutek działań przedsiębiorcy zajmującego bardzo silną pozycję na tym rynku, przeciwdziała ukształtowaniu warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji. W tym zakresie praktyka (...) stanowi także naruszenie art. 8 ust.2 pkt 5 Ustawy.

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu stwierdził, że jeżeli krajowy organ konkurencji powźmie podejrzenie, że przesłanka wpływu na handel między państwami członkowskimi może być spełniona, wówczas jest zobowiązany do wszczęcia postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję również na podstawie przepisów traktatowych. W świetle art. 5 Rozporządzenia organy ochrony konkurencji państw członkowskich mają uprawnienie do stosowania art. 81 i 82 TWE. Zgodnie z art. 82 TWE, wszelkie nadużywanie pozycji dominującej przez jedno lub więcej przedsiębiorstw na Wspólnym Rynku lub na znaczącej jego części jest zakazane jako niezgodne ze wspólnym rynkiem, jeżeli może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi.

Zdaniem Prezesa Urzędu w niniejszym postępowaniu spełnione zostały wszystkie przesłanki z art. 82 TWE. Jak wykazano w uzasadnieniu do niniejszej decyzji (...) posiada pozycję dominującą na rynku właściwym. Wysoki udział w rynku (przekraczający 50%) oraz kontrolowanie w znacznym zakresie dostępu do użytkowników końcowych Internetu, przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych, umożliwiając (...) zapobieganie skutecznej konkurencji. Z uwagi na brak bezpośredniego substytutu usługi transmisji danych do użytkowników końcowych Internetu, znajdujących się w sieci (...), przedsiębiorca ten ma możliwość utrzymywania cen za świadczone przez siebie usługi na poziomie kilkukrotnie przewyższającym opłaty pobierane przez operatorów zagranicznych. Działania (...) uniemożliwiają jednocześnie faktyczne świadczenie substytutowej z punktu widzenia popytu usługi tranzytu międzynarodowego przez operatorów zagranicznych na rzecz polskich operatorów telekomunikacyjnych. Niemożność uzyskania dostępu alternatywną drogą oznacza, że (...) może działać w znacznym stopniu niezależnie od wymagań oraz możliwości finansowych jej klientów - polskich operatorów alternatywnych. Ma bowiem pewność, że jej odbiorcy nie mogą zrezygnować z jej usług bez uszczerbku dla swojej podstawowej działalności. Zgodnie z ustaleniami poczynionymi przez Prezesa Urzędu w niniejszej decyzji, (...) S.A. nadużywa swojej pozycji poprzez dyskryminacyjne degradowanie ruchu IP, wychodzącego z sieci polskich operatorów telekomunikacyjnych, przechodzącego przez sieci zagranicznych operatorów telekomunikacyjnych i trafiającego ostatecznie do polskich użytkowników końcowych. Praktyka dokonywana jest poprzez zastosowanie odpowiednich komend w plikach konfiguracyjnych ruterów brzegowych, umieszczonych w ramach sieci (...). Skutkiem zastosowania tych komend jest ograniczenie możliwości przesyłania danych z sieci konkurencyjnych wobec (...) operatorów do sieci (...) za pośrednictwem łącz zagranicznych. W ramach swojej polityki, (...) uniemożliwia prawidłowe funkcjonowanie na rynku szeregowi swoich konkurentów poprzez wprowadzenie technicznych ograniczeń co do możliwości przesyłania przez nich ruchu IP na podstawie umów zawartych z operatorami działającymi w innych Państwach Członkowskich. Dobór podmiotów objętych degradowaniem dokonywany jest w sposób dyskryminacyjny tj. selektywny, nie znajdujący żadnego uzasadnienia w konieczności zapewnienia bezpieczeństwa sieci (...). Stanowi on element długofalowej polityki nastawionej na pogorszenie warunków działalności niektórych jedynie konkurentów. Wskutek zarzucanej praktyki, (...) wywiera w stosunku do znacznej liczby polskich operatorów presję zakończenia współpracy z operatorami zagranicznymi oraz rozpoczęcia kooperacji z (...) na warunkach przez nią określonych. Należy podkreślić, że opłaty pobierane przez (...) za analogiczną usługę transmisji danych są kilkukrotnie wyższe od opłat pobieranych przez operatorów zagranicznych. Bezpośrednie skutki praktyki objawiają się trudnościami w handlowej współpracy transgranicznej w sektorze transmisji ruchu IP, zmniejszeniem przychodów oraz powiększeniem kosztów ponoszonych przez polskich operatorów telekomunikacyjnych i dostawców treści internetowych oraz ograniczeniami dostępności „contentu” umieszczonego w sieciach tych operatorów dla polskich użytkowników końcowych. Pośrednie skutki działań (...)

obejmują dodatkowo ewentualną możliwość wyeliminowania z rynku konkurentów ze Wspólnego Rynku i tym samym naruszenia podstawowych zasad jego funkcjonowania określonych w TWE. Rynek właściwy dotknięty praktyką (...) obejmuje całe terytorium Polski. Zdaniem Prezesa Urzędu, z uwagi na bardzo silną pozycję (...) na rynku właściwym, działania podejmowane przez (...), a stanowiące jak wykazano w pkt 2 powyżej nadużycie pozycji dominującej na terytorium RP, stanowią jednocześnie nadużycie pozycji dominującej na znaczącej części Wspólnego Rynku. Wskutek stosowania ograniczeń ruchu sieciowego przechodzącego przez sieci operatorów zagranicznych, usługi dostępu świadczone przez tych operatorów stają się mniej konkurencyjne względem usługi dostępu świadczonej przez (...). Świadczenie jakiegokolwiek usługi skierowanej do odbiorcy polskojęzycznego uzależnione jest w znacznym stopniu od uzyskania dostępności tej usługi dla odbiorców krajowych. Każdy podmiot oferujący polskojęzyczne usługi internetowe będzie zatem zmierzał do uzyskania bezpośredniego lub pośredniego dostępu do sieci (...), do której odbiorcy ci są podłączeni. W warunkach nieograniczonej konkurencji podmioty te mogłyby dokonywać wyboru pomiędzy dostępem zapewnianym przez operatorów zagranicznych a dostępem zapewnianym przez operatorów krajowych, w tym (...). Wybór uzależniony byłby jedynie od obiektywnych czynników takich jak cena usługi lub jej jakość. Umożliwiłoby to swobodny przepływ usług i kapitału pomiędzy państwami członkowskimi i stanowiłoby zarazem realizację istoty Wspólnego Rynku. Tymczasem praktyka (...) ma na celu zniechęcenie użytkowników do korzystania z usług świadczonych przez przedsiębiorców zagranicznych, w tym głównie przedsiębiorców zagranicznych z innych państw członkowskich Unii Europejskiej i wyboru usług świadczonych przez przedsiębiorcę krajowego - (...). W szczególności praktyka (...) skutkuje stworzeniem sytuacji, w której zawarcie umowy z operatorami zagranicznymi stanowi niepewną inwestycję, zagrażającą podstawom dalszego funkcjonowania konkurentów (...) na rynku. Pomimo prawnej swobody współpracy z podmiotami z innych państw członkowskich Unii Europejskiej, polskim operatorom telekomunikacyjnym zostaje zatem ograniczona faktyczna możliwość wyboru kontrahenta jedynie do terytorium Polski. Analizowana działalność zmierza więc do

Wspólnego Rynku poprzez ustanowienie barier dostępności dla usług oferowanych przez podmioty zagraniczne. Jest ona sprzeczna z podstawowymi założeniami

Wspólnego Rynku i jako taka powinna zostać zakazana. Mając powyższe rozważania na uwadze zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 1 Ustawy, Prezes Urzędu nałożył na przedsiębiorcę, karę pieniężną. Jej wysokość nie może być większa niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 8 Ustawy. Wysokość nałożonej kary powinna spełniać funkcję prewencyjną tj. zapobiegać w przyszłości naruszeniom przepisów ustawy, a także represyjną tj. stanowić reperkusje za jej naruszenie. Prezesa Urzędu wziął pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczność uprzedniego naruszenia przepisów ustawy. W ocenie Prezesa Urzędu na wysokość kary musi mieć także wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Zdaniem Organu za udowodnione należy uznać, iż (...) dyskryminacyjnie degradowała ruch IP wychodzący z sieci alternatywnych polskich operatorów telekomunikacyjnych i mający trafić do użytkowników Internetu podłączonych do sieci (...) i przeciwdziałała tym samym ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju na krajowym rynku świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych. Przedsiębiorca ten dopuścił się zatem bezsprzecznie naruszenia zakazu, o których mowa w art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy oraz art. 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Prezes Urzędu, nakładając na (...) karę pieniężną wziął pod uwagę nie tylko fakt naruszenia art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, lecz również fakt naruszenia art. 82 TWE. Jest to nie tylko uprawnienie ale również obowiązek organu ochrony konkurencji państwa członkowskiego, aby wymierzając kary pieniężne za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, które mają lub mogą mieć wpływ na handel między państwami członkowskimi uwzględniać choćby potencjalne skutki naruszenia przepisów wspólnotowych. Zdaniem Prezesa Urzędu okoliczności niniejszej sprawy, a w szczególności charakter i uciążliwość stwierdzonych praktyk ograniczającej konkurencję, w pełni uzasadniają nałożenie kary pieniężnej na przedsiębiorcę, który dopuścił się stwierdzonego nadużycia pozycji dominującej na rynku. Zdaniem Prezesa Organu zostało wykazane, że praktyka (...) nosi znamiona działania podjętego co najmniej w zamiarze ewentualnym, ponieważ (...) mając świadomość skutków jakie praktyka ta może wywołać na rynku, godzi się na ich wystąpienie i tym samym godzi się na sprzeczne z prawem konkurencji wyeliminowanie z rynku konkurencyjnych przedsiębiorców dotkniętych dyskryminacyjną degradacją ruchu IP. Dokonując oceny stopnia zawinienia (...) w niniejszej sprawie Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że zgodnie z art. 83 Konstytucji

Rzeczypospolitej Polskiej, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, takich jak ww. przedsiębiorca. W opinii Prezesa Urzędu kara pieniężna nakładana na przedsiębiorcę, w związku z naruszeniem zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, ze swej istoty powinna być dla tego przedsiębiorcy dotkliwa, gdyż tylko w ten sposób możliwe jest osiągnięcie celów polityki karania. Ustalenie kwoty bazowej kary następuje w oparciu o powagę zarzucanych antykonkurencyjnych czynów, w niniejszej sprawie zakwalifikowanych jako poważne naruszenia prawa konkurencji. Jednakże jak wynika z dotychczasowej polityki orzeczniczej Prezesa Urzędu, całokształt okoliczności, odnoszących się do sprawcy i jego czynu może wpłynąć na podwyższenie bądź też obniżenie kary. Z uwagi na powyższe, organ antymonopolowy ustalając wysokość kary dla strony niniejszego postępowania wziął pod uwagę szereg okoliczności mających wpływ na zwiększenie (okoliczności obciążające) lub zmniejszenie (okoliczności łagodzące) wymiaru kary. W ocenie Prezesa Urzędu okoliczność obciążającą, która musi mieć wpływ na wysokość nałożonej kary pieniężnej, stanowi stopień zawinienia (...), która - jak wykazano wyżej - działała umyślnie i dopuściła się poważnych naruszeń prawa konkurencji. Na zaostrzenie wymiaru kary dla (...) wpłynęła także okoliczność, że skutki praktyk (...) mają miejsce na całym terytorium RP i potencjalnie mogą dotknąć każdego z konkurencyjnych wobec (...) przedsiębiorców telekomunikacyjnych, co więcej praktyka (...) wpływa bezpośrednio na odbiór usług świadczonych przez tych przedsiębiorców na rzecz ogromnej rzeszy użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do sieci tej Spółki. Przy wymierzaniu kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął pod uwagę w szczególności naturę i rzeczywisty wpływ na rynek przedmiotowej praktyki, a także realny skutek jaki praktyka wywierała na faktyczną swobodę dokonywania przez przedsiębiorców swobodnych decyzji co do wyboru kontrahentów w ramach swojej działalności. Faktycznym skutkiem stosowanej przez (...) praktyki jest bowiem zmuszenie konkurentów (...) do nabywania jej usług transmisji danych, a nie tańszych usług transmisji oferowanych przez zagranicznych operatorów telekomunikacyjnych, cechujących się bardzo zbliżonym poziomem użyteczności. Charakter obciążający ma ponadto okoliczność, że niniejsza decyzja jest kolejną wydaną przez Prezesa Urzędu, w której stwierdzono stosowanie przez (...) praktyk ograniczających konkurencję. Do okoliczności decydujących o konieczności zaostrzenia kary nałożonej za stosowanie przez (...) praktyki należy zaliczyć dodatkowo trudno odwracalne skutki tej praktyki -odzyskanie wpłaconych należności przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych zmuszonych do zawarcia umów o transmisję danych z (...) za cenę znacznie wyższą od potencjalnie dostępnych (a praktycznie niedostępnych wskutek działania (...)) ofert konkurencyjnych operatorów zagranicznych będzie wiązało się bowiem z ewentualnym dochodzeniem praw na cywilnej drodze sądowej. Do okoliczności obciążających należy także zaliczyć fakt, że (...), pomimo wszczęcia i prowadzenia przez niemal trzy lata postępowania antymonopolowego, nie wycofała się ze stosowania praktyki ograniczającej konkurencję. Na ocenę stopnia uciążliwości praktyki powinna wpłynąć także jego długotrwałość - stosowana była ona co najmniej trzy lata. Okres niezgodnego z prawem działania (...) Prezes Urzędu nie stwierdził jednak występowania żadnych okoliczności łagodzących, mogących wpłynąć na wymiar nałożonej na (...) kary.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że waga stwierdzonych naruszeń Ustawy oraz Traktatu, jak też wskazane wyżej okoliczności obciążające przesądzają o zasadności ustalenia wysokości kary pieniężnej na poziomie 75.000.000 zł. Wysokość kary stanowi jedynie (...) przychodu (...) za rok 2006 oraz jedynie (...)maksymalnej kary, jaką Prezes Urzędu ma prawo nałożyć na przedsiębiorcę naruszającego przepisy. Nałożenie kary w wysokości niższej niż 75 mln zł nie spełniłoby, zdaniem Prezesa, ani funkcji represyjnej, ani funkcji prewencyjnej, w szczególności biorąc pod uwagę skalę działalności tego przedsiębiorcy i uzyskane przychody. Nie byłaby to kara wystarczająco dolegliwa dla (...) oraz mogłaby nie powstrzymać w przyszłości tego przedsiębiorcy przed stosowaniem podobnych lub innego rodzaju praktyk ograniczających konkurencję. Nakładając karę w ustalonej wyżej wysokości, Prezes Urzędu wyszedł z założenia, iż powinna ona mieć charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny. Nałożona kara pieniężna powinna przyczynić się do zapewnienia trwałego zaprzestania w przyszłości naruszania przez (...) reguł konkurencji. Aby skutecznie zapobiegać próbom pojawienia się w przyszłości takich niekorzystnych zjawisk, musi być ostrzeżeniem odczuwalnym.

Od powyższej decyzji odwołanie złożyła (...) S.A. Powód zarzucił decyzji w zakresie analizy stanu faktycznego sprawy naruszenie art. 7 i 77 k.p.a. i art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolne przyjęcie, że działania stanowiące podstawę przypisania praktyki trwały po lipcu 2006 r. oraz naruszenie art. 7 i 77 k.p.a. i art. 233 § 1 k.p.c. poprzez fragmentaryczne i dowolnie

ograniczane przedmiotowo, podmiotowo i czasowo, zebranie i rozważenie materiału dowodowego w sprawie, czego efektem było błędne przyjęcie definicji produktowej rynku.

W zakresie przypisania powodowi dopuszczenia się praktyki ograniczającej konkurencję: (I) naruszenie art. 1 i art. 9 Ustawy w zw. z art. 45 i 36 Ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. nr 171, poz. 1800 z późn. zm, dalej jako „Prawo telekomunikacyjne”) poprzez jego błędne zastosowanie i wydanie decyzji administracyjnej, podczas gdy inny organ administracji wydał wiążącą decyzję, której przedmiot pokrywa się całkowicie z przedmiotem skarżonej Decyzji; (II) naruszenie art. 49 ust. 2 w zw. z ust. 1 Ustawy poprzez jego błędne zastosowanie polegające na nieprzeprowadzeniu poprawnego dowodu z opinii biegłego; (III) naruszenie art. 286 k.p.c. w związku z art. 81 Ustawy poprzez jego niezastosowanie i brak wyjaśnienia na rozprawie (wnioskowanej przez powoda) wątpliwości zgłaszanych wobec opinii „biegłego”; (IV) naruszenia art. 46 Ustawy oraz art. 107 § 3 k.p.a. poprzez jego błędne zastosowanie do środka dowodowego nie będącego „dokumentem”; (Va) naruszenie art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy poprzez przyjęcie błędnej definicji rynku produktowego i w efekcie - błędne przypisanie powodowi posiadania pozycji dominującej (które nie miałyby miejsca, gdyby przyjęta została prawidłowa definicja rynku); (Vb) Naruszenie art. 8 ust. 1 w zw. art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy poprzez błędne przypisanie powodowi nadużycia pozycji dominującej z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy oraz (VI) naruszenie art. 82 Traktatu Rzymskiego („TWE”) poprzez błędne zastosowanie wskazanej normy do stanu faktycznego sprawy spowodowane błędnym zakwalifikowaniem ustalonego przez organ antymonopolowy działania jako nadużycie pozycji dominującej.

W zakresie wymiaru kary nałożonej w pkt III Decyzji powód zarzucił naruszenie art. 104 Ustawy poprzez jego błędne zastosowanie w sprawie, co przełożyło się na nałożenie na powoda rażąco wygórowanej kary, poprzez niewspółmiernej do zakresu i długości trwania naruszenia (który to okres został rozciągnięty na przewlekłe prowadzenie postępowania w sprawie); uwzględnienie jako okoliczność obciążającą równoczesne naruszenie przepisów TWE; nie uwzględnienie okoliczności faktycznych wskazujących na odstępianie od stosowania zarzuconej praktyki, nie uwzględnienie jako okoliczności łagodzącej następujących kryteriów: (i) współpracy przedsiębiorcy w trakcie postępowania antymonopolowego, (ii) niezawinionego charakteru naruszenia oraz (iii) niskiego udziału sprzedaży usług, których dotyczy zarzucana praktyka, w całkowitym wolumenie sprzedaży przedsiębiorcy; oparcia decyzji na błędnym ustaleniu, że doszło do „kolejnego” naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję.

Mając powyższe zarzuty na uwadze (...) S.A. wniosła o zmianę przedmiotowej Decyzji w całości poprzez niestwierdzenie stosowania na

krajowym rynku świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych, praktyki ograniczającej konkurencję określonej w art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy, a polegającej na dyskryminacyjnym degradowaniu ruchu IP poprzez podejmowanie działań skutkujących obniżeniem jakości lub uniemożliwieniem transmisji danych lub uchycenie przedmiotowej Decyzji w całości, oraz zasądzenie na rzecz powoda kosztów procesu według norm przepisanych, lub ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia wniosku zawartego powyżej, wniósł o zmianę decyzji w całości poprzez (i) uznanie zarzuconej praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzenie zaniechania jej stosowania oraz (ii) adekwatne do skrócenia faktycznego czasu trwania praktyki obniżenie wymiaru tej kary oraz zasądzenie na rzecz powoda kosztów procesu według norm przepisanych.

Uzasadniając zarzut dotyczący nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego powód wskazał, że Prezes Urzędu błędnie zastosował art. 46 Ustawy i odmówił mocy dowodowej źródłom przedstawionym przez Spółkę w trakcie postępowania antymonopolowego. Nadto zaniechał rozważenia dowodów przedstawionych przez (...) przy piśmie z dnia 3 lipca 2007 r. czym dopuścił się dowolności, naruszając w ten sposób art. 7 i 77 k.p.a. oraz art. 233 § 1 k.p.c. Doprowadziło to do stwierdzenia, że zarzucane działania trwały w momencie wydania Decyzji. Jest to konkluzja całkowicie błędna. Powód zarzucił pozwanemu Brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz dowolność w zakresie ustalenia, iż inne technologie świadczenia usług szerokopasmowego dostępu do Internetu poza technologią (...) oraz dostępu kablowego - TYK nie odgrywają na tym rynku istotnej roli. W ocenie powoda, powyższe stwierdzenie jest

całkowicie błędne. Należy bowiem wskazać, iż - wbrew twierdzeniom pozwanego - usługi dostępu szerokopasmowego świadczone w oparciu o inne technologie wcale nie odgrywają niewielkiej roli na rynku polskim. Wskazać należy, iż cechą charakterystyczną polskiego rynku, odróżniającą go od pozostałych rynków europejskich jest znacząca rola, jaką odgrywają na nim lokalni dostawcy szerokopasmowego dostępu do sieci. Wymaga przy tym podkreślenia, iż sieci osiedlowe funkcjonują najczęściej w oparciu o technologię radiową. Wykorzystując tę technologię często budują tylko jedną stację terminalną i następnie przy użyciu kabli tworzą sieć w całym bloku/blokach lub wśród sąsiadujących ze sobą domów jednorodzinnych. Parametry techniczne, ekonomiczne i praktyczne świadczonych w ten sposób usług nie odbiegają od innego rodzaju łączy ((...)i kablowych). W związku z powyższym należy prześledzić, jaką rolę w poszczególnych latach objętych Decyzją pełniły poszczególne technologie w świadczeniu usług dostępu szerokopasmowego do Internetu, tym bardziej, że w decyzji brak jest jakichkolwiek danych dotyczących 2004 i 2007 roku. Natomiast odnosząc się do wskazanych przez pozwanego danych za rok 2005 i 2006, a zaczerpniętych z decyzji Prezesa UKE należy wskazać, iż: po pierwsze, obejmują one jedynie rok 2005, a więc nie cały okres zarzucanej (...) S.A. (dalej także jako (...)) praktyki, a po drugie wskazać należy, iż przedstawione przez powoda źródła dowodowe wskazują na inny układ niż wskazany przez Prezesa Urzędu. Wynika z nich odmienny udział różnych technologii w okresie 2004 - 2006 niż wskazywał to pozwany. Udział podmiotów świadczących dostęp szerokopasmowy w innych technologiach niż (...) oraz (...)wynosił: 18% w 2004 roku, 22% w 2005 roku oraz 26% w 2006 roku. Tym samym trudno uznać, iż był to udział niewielki czy też nieznaczący. Warto także podkreślić, iż udział technologii kablowej był w tym okresie zawsze niższy niż udział w tym rynku sieci osiedlowych.

Dalej powód wskazał, że w decyzji brak jest wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz dowolność w zakresie ustalenia pozycji rynkowej powoda na rynku szerokopasmowego dostępu do Internetu, polegające w szczególności na: a) błędnej identyfikacji podmiotów świadczących usługę detalicznego dostępu szerokopasmowego do Internetu, co skutkowało dokonaniem oceny pozycji rynkowej (...) na podstawie danych dotyczących jedynie niewielkiej części rynku; b) błędnym przyjęciu, iż o pozycji przedsiębiorców telekomunikacyjnych na rynku właściwym decyduje jedynie liczba abonentów podczas, gdy z punktu widzenia analizowanego rynku istotna jest liczba użytkowników. Ze względu na fakt, iż Decyzja nie określa w sposób jednoznaczny okresu trwania praktyki (co samo w sobie jest w ocenie powoda poważnym uchybieniem zaskarżonej Decyzji), z ostrożności procesowej powód przyjął, iż Prezes UOKiK zarzuca stosowanie przez (...) praktyki w okresie od 2005 (bądź 2004) do 2007 roku. W konsekwencji przedstawiane przez (...) zarzuty dotyczą pozycji (...) na rynku w okresie od 2004 do 2007 roku. I tak w decyzji brak jest jakichkolwiek danych dotyczących pozycji zajmowanej przez (...) na wskazanym powyżej rynku w roku 2004, powód natomiast zaprzecza, aby w roku 2004 posiadał na rynku pozycję dominującą. Pozycja rynkowa (...) w roku 2005 została przez Prezesa UKE ustalona w oparciu o dwa badania tj. badanie rynku dokonane przez Prezesa UOKiK w kwietniu 2005 roku oraz dane przedstawione przez Prezesa UKE w decyzji z dnia 14 lutego 2007 roku, sygn. akt (...). Odnosząc się do powyższych analiz powód stwierdził, iż obie analizy obejmują jedynie fragmenty rynku właściwego i tym samym - na ich podstawie - nie jest możliwa prawidłowa ocena pozycji (...) na rynku właściwym. W przypadku badania przeprowadzonego przez Prezesa UOKiK należy wskazać, iż analiza obejmowała 58 podmiotów świadczących usługi dostępu do Internetu, zaś analiza Prezesa UKE obejmowała jedynie 23 największych dostawców (przy czym w ocenie powoda analiza Prezesa UKE obejmowała 40 największych przedsiębiorców świadczących usługę szerokopasmowego dostępu do internetu). Powyższe ograniczenie podmiotowe analizy mogło w sposób istotny wpłynąć na uzyskane przez oba organy rezultaty ze względu na fakt, iż polski rynek dostawców Internetu cechuje się występowaniem na nim znacznej ilości małych i bardzo małych dostawców usług internetowych, którzy dostarczają Internet na terenie jednego lub kilku bloków/osiedli. Analizy dokonane przez oba organy - Prezesa UOKiK oraz Prezesa UKE ze względu na niewielką ilość podmiotów objętych badaniami pomijają ten istotny segment rynku. Powód wskazał, iż zgodnie z raportem „The telecommunication market in Poland 2006 - 2009”, październik 2006, PMR Publications, udział w rynku dostawców oferujących dostęp szerokopasmowy do Internetu gospodarstwom domowym za pomocą sieci osiedlowych, w technologii satelitarnej, radiowej oraz bezprzewodowej w I połowie 2006 roku wynosił aż 37,5% i obejmował ok. 1.113.000 abonentów (na ogólną liczbę ok. 2.930.000 abonentów szerokopasmowego dostępu do Internetu). Powód zarzucił, że pozwany wydając przedmiotową decyzję opiera się na danych uzyskanych jedynie od ok. 10% podmiotów funkcjonujących na rynku. Podsumowując powyższe powód wskazał, iż pominięcie przez Prezesa UKE oraz Prezesa UOKiK tak wielu podmiotów musiało znacząco odbić się

na strukturze rynku prezentowanej w zaskarżonej decyzji (udziale poszczególnych podmiotów w rynku właściwym). Nawet pobieżna analiza przedstawionych w tabeli powyżej danych wskazuje, iż przyjęte analizy pomijają podmioty świadczące usługi nawet dla 1 miliona abonentów. Co do roku 2006, to dane dotyczące udziałów rynkowych (...) w 2006 roku (II połowa 2006 roku) zostały skalkulowane w oparciu o dane dotyczące (...) oraz tylko 23 największych dostawców szerokopasmowego dostępu do sieci Internet, tym samym, także w odniesieniu do tych danych w pełni aktualny pozostaje opisany powyżej zarzut bezpodstawnego ograniczenia analizy rynku pod względem podmiotowym. Nie sposób bowiem przyjąć za prawidłową analizę udziału rynkowego opartą na szczątkowych danych uzyskanych jedynie od 24 podmiotów spośród ok. 660 działających na rynku. Co do roku 2007, to w decyzji brak jest jakichkolwiek danych dotyczących pozycji zajmowanej przez (...) na wskazanym powyżej rynku, a powód zaprzecza, aby w roku 2007 posiadał na tym rynku pozycję dominującą.

W dalszej części uzasadnienia odwołania powód wskazał, że pozwany błędnie ograniczył ocenę pozycji rynkowej jedynie do liczby abonentów (indywidualnych), podkreślając, iż skoro pozwany określił rynek jako rynek dostępu do użytkowników winien zwrócić uwagę, iż oferowane klientom biznesowym usługi dostępu do Internetu de facto oznaczają dostęp do sieci Internet wielu użytkowników. Tym samym prawidłowe dla ustalenia pozycji rynkowej poszczególnych podmiotów w segmencie klientów biznesowych pozycji rynkowej jest nie tyle ustalenie liczby abonentów, co liczby użytkowników korzystających z dostępu do sieci Internet w ramach umowy z abonentem. Powyższe jest o tyle istotne, iż konkurenci powoda świadczą usługi dużym klientom (abonent), którzy w ramach usługi udostępniają dostęp do sieci Internet wielu użytkownikom indywidualnym (np. pracownicy abonenta). Powód wskazał, że z innych, a pominiętych przez Prezesa UOKiK analiz rynkowych wynikają inne dane, tym samym należy przeprowadzić analizy niezbędne dla rozstrzygnięcia sprawy przez organ niezależny.

Dalej powód zarzucił pozwanemu brak wszechstronnego zebrania i rozważenia materiału dowodowego oraz dowolność w zakresie ustalenia: a) zakresu rynku produktowego wdzwanianego dostępu do Internetu; b) zakresu podmiotowego rynku wdzwanianego dostępu do Internetu; c) pozycji powoda na rynku wdzwanianego dostępu do Internetu. Zdanie powoda organ pominął możliwość łączenia z siecią Internet poprzez telefon komórkowy. Niemal każdy aparat komórkowy może być podłączony do komputera i wykorzystany jako normalny modem internetowy lub sam służyć jako urządzenie końcowe do ściągania i przeglądania treści z sieci internet. Abonent ponosi w tym przypadku opłaty naliczane na analogicznych zasadach jak ma to miejsce w przypadku usługi wdzwanianego dostępu do Internetu w sieci stacjonarnej tj. za czas trwania połączenia, za ilość ściągniętych danych podczas każdej sesji internetowej lub w formie opłaty stałej za większy pakiet danych w okresie rozliczeniowym. W przypadku usług dostępu do Internetu w sieciach ruchomych przyjmuje się, że analogią do usług wąskopasmowych w sieciach stacjonarnych są usługi oparte na technologiach 2G (drugiej generacji) charakteryzujące się mniejszą niż w sieciach 3G (trzeciej generacji) przepływnością oraz koniecznością każdorazowego „wdzwania” się do Internetu podczas rozpoczynania sesji internetowej. Do korzystania z usługi w sieci ruchomej konieczne jest - podobnie jak w przypadku sieci stacjonarnej - posiadanie przyłączenia do sieci (w tym przypadku aktywowanie usług dostępu do Internetu), modemu (aparatu telefonicznego lub innego urządzenia wyposażonego w kartę SIM) oraz urządzenia końcowego (komputera, ewentualnie sam aparat telefoniczny może pełnić taką rolę, jeśli wyposażony jest w przeglądarkę internetową). W konsekwencji należy uznać, iż na rynku wdzwanianego dostępu do Internetu działalność prowadzą także przedsiębiorcy telekomunikacyjni świadczący usługi mobilne ((...) S.A., (...), (...) sp. z o.o., (...).Sp. z o.o. oraz operatorzy wirtualni). W ocenie powoda dla określenia pozycji poszczególnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych na rynku świadczenia usług wdzwanianego dostępu do Internetu kluczowe jest ustalenie liczby posiadanych zakończeń sieci: każdy bowiem użytkownik takiego zakończenia może chociaż potencjalnie korzystać z usług wdzwanianego dostępu do sieci Internet. Według powoda przedstawione przez niego dane wskazują, że nie mógł on zajmować pozycji dominującej także na rynku wdzwanianego dostępu do sieci Internet.

Dalej powód zarzucił pozwanemu brak wszechstronnego zebrania i rozważenia materiału dowodowego oraz dowolność w zakresie ustalenia kształtowania przez (...) cen z tytułu transmisji danych. Pomimo, iż pozwany zarzuca stosowanie przez (...) praktyki antykonkurencyjnej na przestrzeni kilku lat 2004 - 2007 w Decyzji nie zostało

przeanalizowane, jak kształtowały się ceny usług transmisji danych (...) na przestrzeni tych lat, a zdaniem powoda ceny kształtowały się na niższym poziomie niż wynika to z treści skarżonej decyzji.

Powód uzasadniając zarzuty podniesione w zakresie przypisania powodowi dopuszczenia się praktyki ograniczającej konkurencję, wskazał, że uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 1 i art. 9 Ustawy w zw. z art. 45 i 36 Ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne poprzez jego błędne zastosowanie i wydanie decyzji administracyjnej podczas gdy inny organ administracji wydał wiążącą decyzję, której przedmiot pokrywa się całkowicie z przedmiotem skarżonej Decyzji. Powód podkreślił, iż postępowanie o zbieżnym przedmiocie toczyło się przed Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Zakończyło się ono wydaniem przez Prezesa UKE decyzji z dnia 10 lipca 2006 r. ((...)), mocą której na (...) został nałożony „Obowiązek równego traktowania, o którym mowa w art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców, przez zapewnienie takich samych warunków przesyłu pakietów protokołu internetowego, w szczególności czasu transmisji pakietów, wielkości obsługiwanych pakietów, kolejności transmisji pakietów i strat pakietów, dla ruchu pomiędzy" (...) a użytkownikami innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Obowiązek nałożony na (...) przez Prezesa UKE, pomimo różnic stylistycznych, jest tożsamy z obowiązkiem nałożonym na powoda przez Prezesa UOKiK w skarżonej Decyzji. W konsekwencji z dniem jej otrzymania (tj. 12 lipca 2006 r.) (...) zdjęła z ruterów brzegowych sporne filtry, zaprzestając zarzucanej praktyki. Celem sprawdzenia wykonania przez (...) nałożonego na nią obowiązku (zdjęcia filtrów z ruterów), Prezes UKE bezpośrednio po wydaniu przywołanej decyzji rozpoczął postępowanie kontrolne, która wykazała wypełnienie poleceń Organu przez powoda. Lektura decyzji obydwu organów administracyjnych wskazuje, iż wydane przez nie rozstrzygnięcia nie tylko nakładają na (...) tożsame obowiązki, ale zapadły również w identycznym stanie faktycznym, w celu przeciwdziałania tym samym problemom występującym na rynku. Reasumując powyższe, powód stoi na stanowisku, iż w opisywanej sytuacji doszło do pozytywnego konfliktu kompetencyjnego pomiędzy dwoma organami administracji. Na powoda nie mogły być bowiem nałożone dwa zbieżne obowiązki administracyjne, określone na podstawie tych samych przesłanek. Zdaniem powoda stan faktyczny niniejszej sprawy wskazuje na konieczność wyłączenia kompetencji Prezesa UOKiK. Prezes UKE wydając decyzję z dnia 10 lipca 2006 r. kierował się przede wszystkim względem na ochronę zasad równoprawnej i skutecznej konkurencji - a więc dokładnie tymi samymi przesłankami, co Prezes UOKiK. Reasumując powód stwierdził, iż na gruncie faktycznym niniejszej sprawy kompetencje Prezesa UKE szerzej realizujące interes publicznoprawny, jakim jest ochrona konkurencji, jednocześnie w całości „pochłaniają” uprawnienia Prezesa UOKiK. Nadto art. 45 w zw. z art. 36 Prawa telekomunikacyjnego wprost i bezpośrednio odnosi się do sformułowanej przez pozwanego praktyki, której miała dopuścić się (...). Względem na ochronę interesów przedsiębiorców i konsumentów nie dawał w niniejszej sprawie podstaw do wydania na podstawie art. 9 Ustawy decyzji o uznaniu zarzucanej (...) praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującej zaniechanie jej stosowania. Po pierwsze bowiem, jej ocena za punktu widzenia zasad konkurencji została już przeprowadzona przez Regulatora, po drugie, zakazał on jej stosowania, po trzecie wreszcie, faktycznie (...) zaprzestała jej stosowania.

Dalej powód uzasadnił zarzutu naruszenia art. 49 ust. 2 w zw. z ust. 1 Ustawy poprzez jego błędne zastosowanie polegające na nieprzeprowadzeniu poprawnego dowodu z opinii biegłego, albowiem w ocenie powoda podstawy ustalenia stanu faktycznego niniejszej sprawy nie powinna stanowić opinia biegłego - (...)(dalej jako (...)), tak zarówno z przyczyn formalnych, jak i merytorycznych.

W dalszej części uzasadnienia odwołania powód uzasadnił zarzutu naruszenia art. 286 k.p.c. w związku z art. 81 Ustawy poprzez jego niezastosowanie i brak wyjaśnienia na rozprawie (wnioskowanej przez powoda) wątpliwości zgłaszanych wobec opinii „biegłego” W związku z opinią z dnia 29 września 2005 r. (...) zgłosiła do jej treści szereg zarzutów merytorycznych. Ich waga była na tyle doniosła, że Prezes UOKiK postanowił je wyjaśnić. W takiej sytuacji - o czym szerzej w dalszej części wyводу - pozwany powinien był wyznaczyć rozprawę stwarzając (...) możliwość osobistej konfrontacji z biegłym oraz wyjaśnienie wszelkich kwestii spornych w toku zadawania pytań. Prezes UOKiK tymczasem, odstępując od wyznaczenia rozprawy, zwrócił się do „biegłego” o pisemne udzielenie dodatkowych wyjaśnień. Odpis nowej uzupełniającej opinii „biegłego”, wbrew ustalonym zasadom orzecznictwa nie został doręczony (...) chociaż powinien był być doręczony z takim wyprzedzeniem, aby strona mogła się z nim zapoznać i wnieść ewentualne zastrzeżenia.

Dalej powód uzasadniając zarzut naruszenia art. 46 Ustawy oraz art. 107 § 3 k.p.a. podniósł jego błędne zastosowanie do środka dowodowego nie będącego „dokumentem”, czym pozwany naruszył art. 46 Ustawy poprzez jego błędne zastosowanie do dowodu zaprezentowanego przez Spółkę w trakcie postępowania antymonopolowego. Przepisy procedury administracyjnej wymagają (art. 107 § 3 k.p.a.), aby w wypadkach, w których przedstawionym dowodom odmawia się ich mocy, organ przedstawił „przyczyny, z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej”. Takiego wyjaśnienia uzasadnienie nie zawiera. Pomimo, iż to na powódzie spoczywa ciężar dowodu wykazania zaprzestania praktyki, przedsiębiorca przedstawia dostępne mu dowody świadczące o określonych działaniach. Takim dowodem - pochodzącym od Spółki - było przedstawienie informatycznych konfiguracji ruterów za okres, w którym inkryminowane działania nie miały miejsca. Organ nie podważył wiarygodności czy rzetelności tych dowodów. Dlatego też, nie można wymagać, aby przedsiębiorca zabezpieczając się przed ewentualnymi wątpliwościami organu antymonopolowego wnioskował, na przykład, o powołanie dowodu z opinii biegłego bądź dowodu z instytutu naukowo-badawczego. W przekonaniu powoda, przedstawienie na nośniku w postaci płyty CD zestawień stosownych konfiguracji było najbardziej wiarygodnym dowodem, którym dysponowała Spółka. Innym dowodem mogłyby być zeznania świadka -pracownika (...); niemniej, dowód ten nie został powołany z uwagi na jego niższą wiarygodność w klasycznej hierarchii dowodów. Przedstawione w tej części uchybienie miało zdaniem powoda niewątpliwie zasadniczy wpływ na treść rozstrzygnięcia. W wyniku bowiem nie uznania przedstawionych dowodów za „wystarczające” i „wiarygodne” Prezes Urzędu nie przyznał, że zaprzestano stosowania praktyki, co powinno było znaleźć odzwierciedlenie zarówno w treści Decyzji, jak i w wymiarze nałożonej na powoda kary.

W dalszej części powód uzasadnił zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy poprzez przyjęcie błędnej definicji rynku produktowego, a tym samym - błędne przypisanie powodowi posiadania pozycji dominującej. Prawidłowe wyznaczenie rynku właściwego jest w każdej sprawie antymonopolowej koniecznym i najważniejszym elementem każdego rozstrzygnięcia. Pozwany w zaskarżonej Decyzji uznał, iż rynkiem właściwym jest krajowy rynek świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznej sieci telekomunikacyjnej. Jednocześnie pozwany uznał, iż na tak zdefiniowanym rynku powód posiada pozycję dominującą. W ocenie powoda, zarówno przyjęta przez pozwanego definicja rynku, jak i stwierdzenia posiadania przez (...) pozycji dominującej, nie są prawidłowe. W ocenie powoda nie jest poprawne przyjęcie, iż istnieje rynek świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu; wszelkie publicznie dostępne dane wskazują na istnienie rynku świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu korzystających z usługi szerokopasmowej oraz rynek świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu korzystających z usługi wąskopasmowej. Dokonana przez pozwanego analiza pozycji zajmowanej przez powoda na rynku właściwym jest oparta na danych szacunkowych, tj. opiera się na analizach prowadzonych w oparciu o dane dotyczące jedynie niewielkiej części podmiotów działających na rynku i nie obejmuje całości okresu zarzucanej praktyki. Zdanie powoda nieprawidłowa definicja rynku polegająca na braku rozróżnienia pomiędzy rynkiem dostępu do użytkowników szerokopasmowego dostępu do Internetu („stałego i szybkiego”) a wąskopasmowego dostępu do Internetu („wolnego” i „ wdzwanianego ”). Zgodnie z art. 4 pkt 8 Ustawy, przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na swoje przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym - ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i kosztów transportu - panują zbliżone warunki konkurencji. Zarówno (...), jak również dostęp szerokopasmowy są to usługi umożliwiające dostęp do światowych zasobów sieci Internet. Jednak trudno się zgodzić z twierdzeniem, iż obie usługi mają podobne przeznaczenie. Obecnie zidentyfikować można trzy formy dostępu do sieci Internet: (...)- dostęp wydzwaniany; usługi wyższych przepustowości świadczone przy użyciu technologii (...).oraz modemów kablowych;inne usługi o wyższych przepustowościach. Powód wskazał, że usługi wyższych przepływności charakteryzują się kanałem zwrotnym do użytkownika wyższym niż 128 Kbits/s. Spełnienie kryterium przeznaczenia usług jest związane z wymaganiami/oczekiwaniami użytkowników końcowych, którzy w zależności od zastosowania dostępu do Internetu decydują się na odpowiednią usługę. Przykładowo korzystanie z serwisów multimedialnych (przekaz głosu i video w czasie rzeczywistym w sieci IP) w przypadku usług (...) na liniach analogowych (...) nie będzie możliwe, gdyż taki dostęp do Internetu charakteryzuje się zbyt niską przepływnością (max. 56 kbit/s). W związku z tym, osoby zainteresowane treściami multimedialnymi nie

zakupią dostępu (...), a raczej wybiorą dostęp o wyższej przepustowości - szerokopasmowy. Dostęp szerokopasmowy jest w stanie zagwarantować dostęp do wszystkich usług, natomiast dostęp wydzwaniany - jedynie do niektórych spośród nich. W związku z powyższym, zarówno z punktu widzenia użytkownika, jak i dostawcy treści, (np. podmiotu prowadzącego serwis internetowy) przeznaczenie tych usług nie jest identyczne. Użytkownik korzystający z dostępu (...) jest zmuszony zrezygnować z części treści oraz usług dostępnych w sieci Internet, co nie ma miejsca w przypadku usług szerokopasmowych. Tym samym, pierwsze kryterium substytucyjności nie zostało spełnione. Do podstawowych zaś właściwości usług dostępu (...) do Internetu należą: konieczność nawiązania połączenia przy użyciu sieci komutowanej (stacjonarnej sieci, wykorzystywanej do realizacji połączeń głosowych) oraz ponoszenia opłat w zależności od długości trwania połączenia, tym samym zdaniem powoda biorąc pod uwagę powyższe cechy, właściwości i jakość wymienionych usług, nie sposób uznać, iż dostęp szerokopasmowy oraz dostęp (...) wchodzi w skład jednego rynku, i to zarówno z punktu widzenia abonentów, jak i dostawców treści (np. podmiotów prowadzących serwis internetowy). Zdaniem powoda także ze względu na różnicę cenową pomiędzy różnymi rodzajami dostępu do Internetu przyjęcie definicji rynku właściwego, jak uczynił to pozwany, nie jest prawidłowe. Prawidłowe określenie pozycji rynkowej jest jednym z najistotniejszych elementów postępowania antymonopolowego prowadzonego przez Prezesa UOKiK; jedynie bowiem dokonanie prawidłowych ustaleń co do zajmowanej pozycji pozwala Prezesowi UOKiK podjąć decyzję co do możliwości przypisania przedsiębiorcy praktyki antykonkurencyjnej polegającej na nadużyciu pozycji dominującej. W świetle powyższego powód podkreślił, iż analiza jego pozycji została dokonana na podstawie fragmentarycznych danych (nie obejmujących całości rynku od strony podmiotowej). W związku z powyższym, powód zaprzeczył twierdzeniom pozwanego, wskazując, iż przeciwko tezie o zajmowaniu przez powoda dominującej pozycji rynkowej może świadczyć ciągły spadek cen usług szerokopasmowego dostępu do Internetu. Tym samym nie sposób uznać, iż (...) posiada pozycję dominującą na rynku.

Uzasadniając naruszenie art. 8 ust. 1 w zw. art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy poprzez błędne przypisanie powodowi nadużycia pozycji dominującej z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy, powód wskazał, że decyzja nie określa w sposób jednoznaczny okresu trwania praktyki (co samo w sobie jest w ocenie powoda poważnym uchybieniem skarżonej Decyzji). Powód podkreślił, iż zarzucane działania powoda nie wywołały ani nie mogły wywołać jakichkolwiek negatywnych skutków dla konkurencji na rynku usług dostępu do Internetu. Prezes UOKiK postawił w Decyzji tezę, zgodnie z którą praktyka podejmowana przez (...) ma charakter antykonkurencyjny wywołując negatywne skutki na rynku właściwym. Jest to twierdzenie mylne, opierające się na błędnych przesłankach. W szczególności pozwany, zdaniem powoda, nie udowodnił, iż praktyka (...) miała jakiegokolwiek realne negatywne konsekwencje dla funkcjonowania na rynku zasad konkurencji. Gdyby twierdzenia pozwanego były prawdziwe, na tak zniekształconym rynku nie mogłyby funkcjonować żaden z alternatywnych wobec (...) operatorów. Zwłaszcza w sytuacji, w której zgodnie z ustaleniami Prezesa UOKiK zarzucana praktyka miała trwać „co najmniej 3 lata”. Wbrew zaś logice powyższego wywodu, alternatywni operatorzy telekomunikacyjni sprawnie funkcjonowali na powyżej opisywanym rynku, dysponując udziałami w rynku znacznie przekraczającymi udziały (...). Zarzut narzucenia przez (...) innym operatorom konieczności zakupu własnej usługi również nie jest, zdaniem powoda, trafny. Taka kwalifikacja byłaby poprawna jedynie w sytuacji, w której za usługę substytucyjną wobec tej świadczonej przez powoda uznać można by usługi transferu danych świadczone po łączach międzynarodowych. Tak zaś faktycznie nie jest, co potwierdza praktyka. Po zdjęciu filtrów z ruterów brzegowych (...) w związku z wydaniem decyzji przez Prezesa UKE zakazującej degradacji ruchu przychodzącego do sieci powoda z sieci operatorów międzynarodowych, ceny usług (...) (dostępu do własnych abonentów) nadal utrzymują się na poziomie wyższym (około 2,5 krotnie) niż usługi oferowane przez operatorów międzynarodowych. Pomimo to, (...) wciąż znajduje nabywców na świadczonej przez siebie usługę, nie traktowaną przez polskich odbiorców jako substytucyjną względem możliwości dotarcia do abonentów powoda za pomocą łączy międzynarodowych. W konkluzji powód stwierdził, iż zarzucana (...) praktyka nie miała antykonkurencyjnego skutku i nie oddziaływała negatywnie na operatorów telekomunikacyjnych rywalizujących z (...) na rynku detalicznym. Nawet przy przyjęciu substytucyjności usług świadczonych przez (...) oraz operatorów międzynarodowych, w żaden sposób nie wpłynęła ona na pozycję rynkową konkurentów (...). W szczególności, powód ich kosztem nie poprawił swojej pozycji na rynku świadczenia usług dostępu do Internetu dostawcom kontentu.

Powód wskazał, że zgodnie z przyjętym stanowiskiem w doktrynie, przedsiębiorcy nie można przypisać nadużycia, jeżeli istnieje obiektywna przyczyna usprawiedliwiająca takie działania dominanta. W analizowanej sprawie, taką przyczyną była konieczność zabezpieczenia sieci (...) przed nagłym obniżeniem jakości jej funkcjonowania na skutek nagłego obciążenia danej sieci nadmiernym wzrostem ruchu. Prezes UOKiK w Decyzji stwierdził, iż łącza międzynarodowe (...) były w znacznym stopniu obciążone ruchem (pkt 141, 379, 380 Decyzji): wysycenie łącza oscyluje w granicach 80-90%. Jednocześnie należy podkreślić, iż przy 85% obciążeniu łącza rozpoczyna się proces straty pakietów IP. W konsekwencji, obciążenie 80-90% to w praktyce obciążenie maksymalne. Tym samym, w przypadku nagłego „przelania” dużej ilości ruchu może dojść do sytuacji, w której to minimalnie jeszcze niezajęte pasmo zostanie wykorzystane w całości, co w efekcie może doprowadzić do przeciążenia łącza i spadku jakości usług świadczonych przez (...) swoim abonentom. Należy bowiem podkreślić, iż łącza międzynarodowe (...) utrzymywane są przez powoda w celu umożliwienia abonentom usług dostępu do Internetu świadczonych przez (...) dostępu do światowych zasobów sieci Internet. Należy przy tym podkreślić, iż to powód, a pośrednio abonenci (...), ponoszą wszelkie koszty związane z utrzymaniem przedmiotowych łączy. Atak w postaci nagłego obciążenia danej sieci nadmiernym wzrostem ruchu jest powszechnie znany pod nazwą (...). Potencjalna możliwość przeprowadzenia takiego ataku jest zupełnie ignorowana przez pozwanego, który podważa możliwość stworzenia takiej konfiguracji jako zabezpieczenia sieci (...) przed nagłym obniżeniem jej jakości przez skoordynowane i wrogie działanie innych podmiotów w celu przeciążenia łączy międzynarodowych (...). Powód podkreślił, iż atak taki nie jest jedynie zagrożeniem teoretycznym. W dniu 13 lutego 2004 roku o godzinie 16:00 działające w zмовie podmioty jednocześnie przelały swój ruch z łączy bezpośrednio łączących ich z siecią (...) do sieci (...) przez łącza międzynarodowe w celu zablokowania łączy m/n sieci (...) nagłym wzrostem ruchu - fakt przeprowadzenia takiego ataku został także potwierdzony przez Prezesa UOKiK. Podobne działania miały również miejsce wcześniej. Groźby takich wrogich działań pojawiały się też w nieformalnych dyskusjach operatorów. W konsekwencji powyższej sytuacji powód zmuszony był do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania sieci (...) oraz jakości świadczonych usług dostępu do Internetu poprzez zainstalowanie filtrów, będących przyczyną przypisania (...) praktyki ograniczającej konkurencję. Należy także podkreślić, iż konstrukcja zainstalowanych filtrów była proporcjonalna do istniejącego zagrożenia. Tym samym powód stwierdził, że podjęte przez (...) działania miały obiektywne uzasadnienie.

W dalszej części uzasadnienia odwołania powód zarzucił naruszenie art. 82 Traktatu Rzymskiego („TWE”) poprzez błędne zastosowanie wskazanej normy do stanu faktycznego sprawy spowodowane błędnym zakwalifikowaniem ustalonego przez organ antymonopolowy działania jako nadużycie pozycji dominującej. Zdaniem powoda jego działanie nie wyczerpywało znamion praktyki ograniczającej konkurencję. Należy podkreślić, że te same przyczyny uniemożliwiają zakwalifikowanie tychże działań jako nadużycie z art. 82 TWE. Dodatkowo, skuteczna kwalifikacja na gruncie art. 82 TWE wymaga przeprowadzenia pełnego dowodu posiadania przez przedsiębiorcę pozycji dominującej. Przepisy TWE nie zawierają bowiem analogicznego, jak w prawie polskim, domniemania (posiadania pozycji dominującej) odnoszącego się do podmiotów, których udział rynkowy przekracza próg 40%. Samo ustalenie, iż dana praktyka miała miejsce na terenie całego kraju nie jest wystarczające dla uznania, iż miała lub mogła ona mieć wpływ na handel między Państwami Członkowskimi. Powód podkreślił, iż operatorzy zagraniczni nie mają - ani faktycznie, ani prawnie - możliwości świadczenia podmiotom trzecim usługi w postaci dostępu do klientów (...). Aby świadczyć tego typu usługę, musieliby uzyskać na podstawie stosownej umowy z (...) prawo (rozumiane jako zobowiązanie obligacyjne ciążące na (...)) do dowolnego, nie skrepowanego dostępu do tychże abonentów. Tymczasem to (...) zakupiła od operatorów zagranicznych możliwość kierowania własnego ruchu do łączy tychże operatorów. Rozkład praw i obowiązków w omawianych umowach jest bardzo przejrzysty: na (...) jako nabywcy usługi spoczywa obowiązek uiszczenia stosowanego wynagrodzenia, skorelowany z obowiązkiem operatora międzynarodowego do przyjmowania ruchu kierowanego do jego sieci przez (...). Mając na względzie treść obowiązków kontraktowych, (...) nie przyjęła na siebie obowiązku wzajemnego przyjmowania ruchu pochodzącego od tegoż operatora. W konsekwencji, nie stał się on „dysponentem” usługi świadczonej przez (...), którą mógłby swobodnie odsprzedawać podmiotom trzecim (np. lokalnym polskim operatorom). To jedynie (...) „weszła w posiadanie” usługi świadczonej przez operatorów zagranicznych ((...), (...)), uzyskując „roszczenie” o przyjęcie kierowanego ruchu do sieci podmiotu, od którego nabyła usługę. Przy czym (...) usługę tę nabywa odpłatnie, a wysokość uiszczanej należności uzależniona jest od

wielkości wymienianego ruchu IP (przepustowości zakupionego łącza). Z tych też powodów usługi świadczonej przez operatorów drugiego stopnia, których sieci połączone są odpłatnie z siecią (...), nie można traktować jako substytutu usługi świadczonej przez sam (...). W konsekwencji, praktyka zarzucana powodowi nigdy nie wpłynęła (choćby potencjalnie) na handel między Państwami Członkowskimi.

Dalsza część uzasadnienia odwołania dotyczy zarzutów naruszenia art. 104 Ustawy poprzez jego błędne zastosowanie do sprawy, co przełożyło się na nałożenie na powoda rażąco wygórowanej kary. Powód podał, że zgodnie z brzmieniem art. 101 Ustawy, podstawowym warunkiem nałożenia kary na przedsiębiorcę jest dopuszczenie się przez niego jednego z zachowań wymienionych w tym przepisie. Tymczasem, jak wykazano w odwołaniu, w ocenie powoda w niniejszej sprawie nie wystąpił przypadek naruszenia przez (...) żadnego z przepisów Ustawy. W rezultacie, nie zachodziły przesłanki do nałożenia na tego przedsiębiorcę kary pieniężnej. Z ostrożności procesowej, powód podkreślił, iż ustalona przez Prezesa UOKiK kara została określona na rażąco wygórowanym poziomie, w oderwaniu od okoliczności faktycznych zarzucanego naruszenia. Nawet gdyby uznać, że (...) swym postępowaniem naruszyła reguły konkurencji określone w Ustawie, to nakładając na Spółkę karę w wysokości określonej w sentencji skarżonej Decyzji, Prezes UOKiK powinien kierować się w tym zakresie zasadą równości i proporcjonalności, a nadto m.in. kryteriami określonymi w art. 104 Ustawy, tj. zakresem naruszenia, dotychczasową działalnością podmiotu i jego możliwościami finansowymi. Nałożona na (...) kara pieniężna w wysokości 75.000.000 zł, jest najwyższą karą wymierzoną przez Prezesa UOKiK w historii funkcjonowania Urzędu. Sugeruje to precedensowy charakter sprawy oraz niezwykle wysoką szkodliwość zarzucanej (...) praktyki, przy równie wysokim stopniu zawinienia powoda. Błędne, rażąco wygórowane, ustalenie wymiaru kary pieniężnej było następstwem niewłaściwej oceny kilku przesłanek oraz pominięciu innych, szczególnie istotnych w niniejszej sprawie. Pierwsza z wymienionych przyczyn wiązała się z dokonaniem przez Prezesa UOKiK błędnych ustaleń faktycznych bądź braku wyczerpującego wyjaśnienia istotnych elementów stanu faktycznego sprawy (mogących wpłynąć na wymiar kary). Druga - wiązała się z pominięciem części przesłanek wymiaru kary wypracowanych w judykaturze, zwłaszcza ETS, których ocena przez pryzmat już zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego powinna prowadzić do obniżenia ustalonej „bazowo” kwoty kary pieniężnej (nieuwzględnienie okoliczności łagodzących). Można zatem zasadnie podsumować, że sprawne przeprowadzenie i wydanie kończącej postępowanie decyzji wcześniej - wraz z nadaniem jej rygoru natychmiastowej wykonalności - doprowadziłoby do wcześniejszego zakończenia zarzucanej (...) praktyki. W konsekwencji, Prezes UOKiK kończąc postępowanie np. dwa lata wcześniej, oceniając przesłanki wymiaru kary musiałby uwzględnić, iż okres trwania naruszenia wynosił 2, nie zaś - 4 - lata. Reasumując, oceniając czas „funkcjonowania” zarzucanej (...) praktyki jako przesłanki podwyższającej wymiar kary, równoległe Organ powinien uwzględnić jako przesłankę łagodząca odpowiedzialność (...) bardzo długi okres prowadzonego postępowania administracyjnego. Nadto jak wynika z uzasadnienia Decyzji, Prezes UOKiK poczytał wskazaną okoliczność za przesłankę obciążającą, wpływającą na zwiększenie wymiaru kary. Tymczasem, zdaniem powoda ani polskie prawo antymonopolowe, ani analogiczne rozwiązania na poziomie wspólnotowym nie przewidują zwiększonej penalizacji zachowania danego przedsiębiorcy w przypadku ustalenia, iż narusza ono zakazy określone w obu wymienionych porządkach prawnych. Nie mamy tu więc bowiem do czynienia z dwoma czynami, bądź koniecznością wymierzenia jednej kary łącznej na podstawie kar składowych, wynikających z zastosowania prawa krajowego oraz wspólnotowego. Jak wynika z treści Decyzji jednymi z najistotniejszych okoliczności, które wpłynęły na ustaloną przez Prezesa UOKiK wysokość kary były: (i) niewycofanie się przez (...) ze stosowania praktyki ograniczającej konkurencję pomimo wieloletniego postępowania administracyjnego, oraz (ii) długotrwałość stosowanej praktyki. Zaostrzenie wymiaru kary pieniężnej na podstawie przywołanych przesłanek było następstwem błędnego ustalenia przez Prezesa UOKiK stanu faktycznego sprawy. Po pierwsze więc, kierując się względami całkowicie oderwanymi od trwającego postępowania antymonopolowego, bez przymuszających działań Organu, (...) zaprzestała stosowania zarzucanej jej praktyki na długo przed zapadnięciem Decyzji, po drugie, zaniechanie zarzucanej praktyki miało miejsce w lipcu 2006 r., stąd okres trwania zarzucanego naruszenia był krótszy o prawie półtora roku niż okres ustalony przez Prezesa UOKiK. W konsekwencji obie te okoliczności - ustalone w sposób prawidłowy - powinny w znaczącym zakresie wpłynąć na obniżenie wymiaru kary pieniężnej. Nadto sprzecznie ze zgromadzonymi w sprawie dowodami Prezes UOKiK nie tylko nie dostrzegł pozytywnych działań podejmowanych przez (...), ale wręcz zarzucił jej próby wprowadzenia Organu w błąd, co zapewne również znalazło odbicie w wysokości nałożonej kary pieniężnej, a zarzucona (...) próba wprowadzania Prezesa UOKiK w błąd nigdy nie miała miejsca, a błędne ustalenia faktyczne

poczynione przez Organ doprowadziły do nie uwzględnienia aktywnej postawy (...) w toku wyjaśniania sprawy jako przesłanki łagodzącej wymiar kary.

Powód wskazał, że elementem, który powinien być uwzględniony przez Prezesa UOKiK przy wymiarze kary powinno być również zaistnienie i stopień winy. Przesłanka winy („stopień zawinienia”) pośrednio wynika z art. 101 ust. 1 in fine Ustawy, który wskazuje, iż karę pieniężną nakłada się na przedsiębiorcę, który dopuścił się jednego z enumeratywnie wyliczonych w Ustawie naruszeń „choćby nieumyślnie”. Stopień winy przedsiębiorcy jest jedną z istotniejszych okoliczności wpływającej na wysokość ustalonej kary pieniężnej. Jak ustalił Prezes UOKiK (...) dopuściła się zarzucanego czynu działając w zamiarze ewentualnym. Już sama okoliczność niedziałania (...) w zamiarze bezpośrednim (sprawca ma świadomość, że jego zachowanie stanowi działanie na szkodę konkurentów i chce tego) powinna wpłynąć na niższą gradację wymierzonej kary. Dodatkowo, w ocenie (...) - jeśli w ogóle można mówić o jakimkolwiek stopniu winy po jej stronie - była to co najwyżej wina nieumyślna. Wykazanie winy oraz jej stopnia jak każdej innej okoliczności w sprawie (poza wyjątkiem w postaci zaprzestania zarzucanej praktyki), obciąża Prezesa UOKiK. Organ w tym przedmiocie nie poczynił należytych ustaleń. Jak już wspomniano wcześniej, (...) nie przeczyła, iż dopuszczała się zarzucanych zachowań; Spółka nie miała jednak świadomości, iż naruszają one przepisy Ustawy. Powtarzając przywołane stanowisko doktryny, po stronie (...) istniała przynajmniej uzasadniona wątpliwość, co do tego, czy zarzucane działanie ma charakter naruszenia. Wątpliwość ta do dnia dzisiejszego nie została wyjaśniona. Nadto zgodnie z punktem 5 Wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003 (z zastosowaniem dla Europejskiego Obszaru Gospodarczego) przy ustalaniu wysokości grzywien należy opierać się na danych dotyczących wartości sprzedaży dóbr lub usług mających związek z naruszeniem przepisów. Jest to podstawowe kryterium ustalania wysokości grzywny nakładanej na przedsiębiorcę. Organ nakładający grzywnę powinien również respektować zasadę proporcjonalności - w szczególności wziąć pod uwagę obroty przedsiębiorstwa uzyskane na rynku relevantnym, na którym nastąpiło naruszenie, a także obrót uzyskany z towarów stanowiących przedmiot praktyki będącej naruszeniem. Tymczasem, w niniejszej sprawie Prezes UOKiK w ogóle nie uwzględnił tej przesłanki i nie czynił żadnych ustaleń w zakresie wartości sprzedaży usługi dostępu do abonentów (...) (usługi (...) _pl) w ogólnych przychodach przedsiębiorstwa. Prezes UOKiK odniósł się wyłącznie do wartości obrotu przedsiębiorcy. Pominięcie w procesie ustalania wysokości wymiaru kary przesłanki wartości sprzedaży dóbr mających związek z naruszeniem przepisów stanowi poważne naruszenie podstawowych zasad wymierzania kar pieniężnych. (...) prowadzi zaś działalność na bardzo różnorodnych rynkach, realizując choćby połączenia głosowe, która to działalność jest oderwana od usługi przesyłu danych teleinformatycznych. Brak uwzględnienia tej okoliczności prowadzić może - jak ma to miejsce w niniejszym przypadku - do nałożenia na przedsiębiorcę rażąco wygórowanej kary, pomimo, iż przychody z działalności związanej z naruszeniem stanowią jedynie ułamek przychodów przedsiębiorcy w ogólności. Powyższe uwagi prowadzą do konkluzji, zgodnie z którą Prezes UOKiK nie miał podstaw uwzględniając kryterium dotychczasowej działalności (...) zaostrzyć nałożonej w niniejszym postępowaniu kary.

W odpowiedzi na odwołanie Prezes Urzędu wniósł o oddalenie odwołania, podtrzymując tezy zawarte w skarżonej decyzji.

Strony na rozprawie podtrzymały stanowisko zgłoszone w pismach procesowych.

Strony zgłosiły żądanie zasądzenia kosztów postępowania.

Sąd ustalił i zważył, co następuje.

(...) S.A. jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, a w ramach prowadzonej działalności zarządza siecią Internet na poziomie lokalnym oraz sieciami drugiego poziomu. Posiada także własny system autonomiczny (bezsporne).

Sieć (...) połączona jest z sieciami operatorów zagranicznych dla celów wymiany ruchu wchodzącego i wychodzącego z sieci (...). Wśród tych operatorów znajdują się (...) S.A. i (...). Do wymiany ruchu z tymi operatorami w okresie od

lutego 2004 do lipca 2006 służyły rutery brzegowe „(...)” (łączy sieć (...) z siecią (...)) i „(...)” (łączy sieć (...) z siecią (...)) (bezsporne).

Sąd w pełni podzielił ustalenia Prezesa UOKiK co do ogólnej struktury sieci Internet, znaczenia ruterów brzegowych, wymiany ruchu sieciowego pomiędzy nadawcą i odbiorcą, umów o wymianie ruchu IP, światowej dostępności do treści internetowych, usług tranzytowych ruchu IP, sposobu dostępu użytkowników Internetu do sieci (...), albowiem ustalenia ta zdaniem sądu były poczynione prawidłowo, znajdują odzwierciedlenie w zgromadzonym w trakcie postępowania materiale dowodowym, nie były też w czasie procesu kwestionowane przez pozwanego.

W lutym 2004 roku zmieniono konfigurację ruterów brzegowych „(...)” i „(...)” poprzez założenie policerów – filtrów zawierających dane podmiotów na listach „(...)” i „(...)”. Działanie zmienionej konfiguracji polegało na tym, że gdyby podmioty umieszczone na listach przesyłały pochodzące od nich dane przez rutery brzegowe za pośrednictwem (...) lub (...) to pakiety te będą odrzucane przy łącznej szybkości ruchu przychodzącego z sieci tych operatorów przekracza 20Mb/s dla łącza z (...) i 16 Mb/s dla łącza z (...). Wartości graniczne zostały ustawione na bardzo niewielkiej szybkości ruchu. (dowód: opinia biegłego k. 563-574, zeznania świadków K. P. k. 468-471, F. S. (1) k. 516-518, A. W. k. 518-520).

W związku z powyższym do Prezesa Urzędu operatorzy umieszczeni na powyżej wskazanych listach złożyli zawiadomienia dotyczące podejrzenia wprowadzenia ograniczeń ruchu sieciowego przez powoda, co skutkowało wszczęciem niniejszego postępowania.

Filtry z ruterów brzegowych zostały zdjęte przez (...) S.A. z dniem 14.07.2006 roku (dowód: opinia biegłego k. 563-574).

Ustawa z 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów, która znajduje zastosowanie w przedmiotowej sprawie z mocy art. 131 ust.1 Ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów (art. 1 ust. 1)

Pozycja monopolistyczna jaką posiada (...) na rynku dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych jest pozycją dominującą, a ustalenia Prezesa Urzędu w tej mierze sąd uznał za prawidłowe (zarzuty powoda zostaną omówione poniżej), jednak jej posiadanie nie jest sprzeczne z prawem. Zakazane jest natomiast nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym, przejawiające się w stosowaniu praktyk ograniczających konkurencję m.in. stosownie do treści art. 8 ust.2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Zgodnie z art. 8 ust.1 i 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Aby można było uznać działania powódki za praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 8 ust.1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów musiały zostać łącznie spełnione następujące warunki:

1. naruszenie interesu publicznego,
2. posiadanie przez powódkę pozycji dominującej na rynku właściwym,
3. dopuszczanie się praktyk ograniczających konkurencję.

W pierwszej kolejności sąd zajmie się zarzutem powódki, wskazującym na to, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, nie był uprawniony do wydania przedmiotowej decyzji, albowiem identyczną sprawę prowadził Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej i wydał stosowaną decyzję w dniu 10.07.2006 roku w sprawie (...). Naruszono tym samym art. 1 i 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 45 i 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Zarzut nie jest prawidłowy. Zdaniem sądu zarówno organ regulacyjny, jak i organ antymonopolowy mogą działać równolegle o ile zachowanie, które może nieść cechy antykonkurencyjności nie wynika wprost z obowiązku nałożonego na przedsiębiorcę przez regulatora. Przede wszystkim należy mieć na uwadze fakt, że regulator nie jest uprawniony do badania zachowania przedsiębiorcy pod kątem naruszenia ustawy o

ochronie konkurencji i konsumentów. Organ regulacyjny we wskazanej przez skarżącego sprawie wydał decyzję w oparciu o treść art. 45 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Przepis ten stanowi, że Prezes UKE może, biorąc pod uwagę adekwatność danego obowiązku do zidentyfikowanego problemu, proporcjonalność oraz cele określone w art. 1 ust. 2, z uwzględnieniem art. 1 ust. 3, w drodze decyzji, nałożyć na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kontrolującego dostęp do użytkowników końcowych obowiązki regulacyjne niezbędne do zapewnienia użytkownikom końcowym tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego komunikowania się z użytkownikami innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, w tym obowiązek wzajemnego połączenia sieci. Stosując ten przepis, na co wskazał w uzasadnieniu decyzji organ regulacyjny, nie ma obowiązku badania rynku i ustalania pozycji znaczącej na nim przedsiębiorcy, z przepisu tego nie wynika obowiązek badania naruszenia zasad konkurencji na rynku właściwym oraz możliwości wymierzenia kary za udowodnione naruszenie. Sąd w pełni podziela rozważania pozwanego zawarte w odwołaniu od decyzji, wskazując, że są one bardzo szczegółowe i wyczerpujące, tym samym sąd musiałby w swoich rozważaniach powtórzyć argumenty strony. Dodać jedynie należy, że sąd w pełni aprobuje rozważania Sądu Najwyższego zawarte w wyroku z dnia 19.10.2006 roku sygn. akt III SK 15/06, gdzie wskazano, że istnieją kompetencje zastrzeżone dla organu regulacyjnego i organu antymonopolowego i oba organy mogą działać równolegle w oparciu o ten sam stan faktyczny, wydając decyzje na podstawie odpowiednich przepisów, na podstawie których działają. Tym samym sąd przyjął, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów był umocowany do przeprowadzenia postępowania i wydania skarżonej decyzji.

Sąd w pełni podziela stanowisko Prezesa UOKiK, co do zaistnienia naruszenia interesu publicznego w przedmiotowej sprawie. Naruszenie interesu publicznego ma miejsce wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami prawa antymonopolowego dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie gdy działania te wywołują na rynku inne niekorzystne zjawiska. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 29.05.2001 roku o sygn. I CKN 1217/98 „Z publicznoprawnego charakteru ustawy wynika, że znajduje ona zastosowanie, gdy naruszony zostaje interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki może funkcjonować prawidłowo, gdy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji uznać należy jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku, a więc dotyczą konkurencji jako zjawiska charakteryzującego funkcjonowanie gospodarki.” Działania powódki polegające na degradowaniu ruchu IP dla wskazanych podmiotów, oznaczają dla większości z tych przedsiębiorców ponoszenie wyższych kosztów działalności, co w efekcie prowadzi do pogorszenia ich pozycji konkurencyjnej względem chociażby Spółki, a także powodują uniemożliwienie alternatywnego wyboru partnera handlowego. W ocenie Sądu ogranicza to i zniekształca rozwój konkurencji na innych rynkach, a jednocześnie godzi w prawa konsumentów, którzy mogą zostać pozbawieni usług świadczonych przez operatorów telekomunikacyjnych. Niniejsza sprawa, w ocenie Sądu, ma charakter powszechny, tj. odnosi się do wszystkich potencjalnych stosunków prawnych, na podstawie których przekazywany jest ruch w sieci Internet i może dotyczyć wszystkich konsumentów.

Z uwagi na powyższe, Sąd uznał, iż w sprawie występuje interes publiczny, tym bardziej, że powódka zarzutu co do braku interesu publicznego nie sformułowała w odwołaniu.

Kolejnym warunkiem uznania, że działania powódki mogły być uznane za naruszające konkurencję jest posiadanie przez powódkę pozycji dominującej na rynku właściwym.

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

W ocenie Sądu Prezes UOKiK prawidłowo określił rynek właściwy jako rynek świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych.

Przechodząc do szczegółowego omówienia ustaleń, co do rynku właściwego, wskazać należy, że powódka nie zgłosiła zastrzeżeń co do ustaleń poczynionych przez Prezesa Urzędu, co do wyznaczenia geograficznego zasięgu rynku właściwego, obejmującego terytorium Polski, a sąd ustalenia pozwanego podzielił.

Sąd podziela także rozważania pozwanego, co do ustalenia rynku produktowo właściwego i ustalenia pozycji dominującej powódki na rynku właściwym.

Wskazać należy, że negując ustalenia Prezesa Urzędu co do rynku produktowo właściwego i jej pozycji dominującej w zakresie szerokopasmowego dostępu do Internetu, powódka oparła się przede wszystkim na dwóch dokumentach – „The telecommunications market in Poland 2006-2009” (k. 217-245) i „The telecommunications market in Poland 2005-2008” (k. 247-278). Tymczasem słusznie zauważył pozwany w odpowiedzi na odwołanie, że dokumenty te dotyczą gospodarstw domowych, co potwierdza wykres znajdujący się na k. 233 akt sprawy. Nadto wskazane tam dane nie pochodzą z miarodajnych źródeł, np. raportów Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, lecz ośrodka badania opinii publicznej. Dowód ten nie może być więc żadną podstawą dla wyznaczenia rynku właściwego w przedmiotowej sprawie, nie może też stanowić zanegowania tez wynikających ze skarżonej decyzji. Wyznaczony właściwy rynek geograficzny nie obejmuje tylko i wyłącznie gospodarstw domowych, ale także odbiorców publicznych, czy przedsiębiorców. Podstawą obliczeń Prezesa UOKiK były zaś raporty publikowane przez Prezesa UKE w Biuletynie Urzędu Komunikacji Elektronicznej, a których treść jest znana sądowi z urzędu, bez potrzeby prowadzenia dowodu w tym zakresie. Przedstawiony zarzut braku ustaleń w skarżonej decyzji co do faktu, że inne technologie świadczenia usług szerokopasmowego dostępu poza (...) i kablowego nie odgrywają istotnej roli, został oparty przez skarżącą na wskazanym powyżej raporcie, obejmującym bardzo fragmentaryczną część rynkowo właściwego rynku. Jest to jedyny dowód przedstawiony w odwołaniu, a ze względów powyżej omówionych nie może on stanowić zaprzeczenia tezom znajdującym się w decyzji Prezesa UOKiK. Dodać także należy, że podstawą ustalenia dominującej pozycji powódki było badanie całego rynku dostępu do Internetu, a nie jedynie dostępu szerokopasmowego. Powód nie kwestionował obliczeń Organu, co do dostępu wąskopasmowego.

Sąd nie może zgodzić się także z zarzutami co do błędnej identyfikacji podmiotów świadczących usługę detalicznego dostępu szerokopasmowego do Internetu oraz przyjęcia, iż o pozycji na rynku właściwym decyduje jedynie liczba abonentów, a nie użytkowników, co prowadziło do błędnego przyjęcia pozycji dominującej powódki. Powódka ponownie opiera się między innymi na dowodzie z przedstawionego powyżej raportu, który z tych samych względów co powyżej nie może być, zdaniem Sądu, samodzielnym źródłem dla ustalenia stanu faktycznego. Powódka powołuje się także na dane z raportu Prezesa UOKiK „Detaliczny rynek usług szerokopasmowego dostępu do Internetu w Polsce”, który jak słusznie wskazuje pozwany jednoznacznie podaje udział rynkowy (...) S.A. w 2004 roku na 56,8%, a według liczby użytkowników na ok. 55%. Także Raporty o stanie rynku telekomunikacyjnego za lata 2004 – 2006 wskazują na dominującą pozycję powódki w określonym rynku właściwym. Sąd nie zajmował się zarzutami braku wskazania w decyzji podstaw do przyjęcia pozycji dominującej na rynku właściwym w roku 2007, z uwagi na przyjęcie w wyroku zakończenia naruszeń z dniem 14.07.2006 roku. Sąd uznał także, że pozwany prawidłowo określił udział powódki co do usług dostępu do Internetu wąskopasmowego, w uwagi na to, że zarzuty w tym zakresie nie były przez powódkę podnoszone. Dodać należy, że w skarżonej decyzji w części dotyczącej opisu pozycji dominującej powódki na rynku właściwym (pkt 271-322), pozwany nie użył sformułowania „abonent”, tak więc zarzut znajdujący się na stronie 10 odwołania jest chybiony, a sąd podziela stanowisko zaprezentowane na stronie 14 odwołania przez Prezesa Urzędu.

Oceniając zarzuty co do błędnego przyjęcia pozycji dominującej powódki na rynku właściwym, należy ponownie podkreślić, że nie znajdują one żadnego oparcia w przedstawionych dowodach i są całkowicie gołosłowne. Jak wyżej wskazano rynek właściwy został określony jako rynek świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych. Tymczasem jak wyżej wskazano przedstawione przez skarżącą dowody dotyczą albo fragmentarycznej części rynku właściwego, albo jako dowód przedstawiono badanie bliżej nieokreślonego „rynku masowego” zlecone przez powódkę. Jednakże jak wynika z odwołania jako „rynek masowy” przyjęto gospodarstwa domowe posiadające telefon stacjonarny oraz małe firmy zatrudniające do 9 pracowników, a także gospodarstwa domowe posiadające tylko telefony komórkowe (strona 12 odwołania). Należy

stwierdzić, że jest to także badanie fragmentaryczne, nie obejmujące swym zasięgiem całego rynku właściwego określonego w decyzji, pomijając użytkowników – klientów biznesowych.

Sąd oddalił wnioszek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego lub instytutu naukowego w zakresie ustalenia rzeczywistych udziałów rynkowych na ustalonym rynku właściwym, albowiem dane te zostały prawidłowo ustalone przez Prezesa Urzędu w skarżonej decyzji w oparciu o dokumenty urzędowe, jakimi są raporty Prezesa UKE publikowane w odpowiednim dzienniku urzędowym, a skarżąca nie przedstawiła żadnego dowodu, obejmujący swą treścią cały rynek właściwy, która chociażby uprawdopodobniła, że dane wynikające z raportów Prezesa UKE i wycień Organu były nieprawidłowe.

Następnie skarżący zarzucił nieprawidłowe ustalenie zakresu rynku dotyczącego wdzwanianego dostępu do Internetu, poprzez pominięcie możliwości łączenia z siecią Internet przez telefon komórkowy. Jest to zarzut całkowicie chybiony, wobec treści skarżonej decyzji. W punkcie 259 decyzji Prezes Urzędu podał: „Poza zasięgiem rynku właściwego asortymentowo znajduje się także dostęp do usług internetowych uzyskiwany za pośrednictwem telefonu komórkowego ...”. Ten punkt decyzji nie doczekał się jednakże w odwołaniu żadnej konstruktywnej krytyki, skarżąca nie przedstawiła żadnego dowodu, na podstawie którego ustalony rynek właściwy miałby zostać rozszerzony o możliwość łączenia się z Internetem za pośrednictwem telefonu komórkowego. Co więcej, przedstawione przez powódkę dwa wyroki wraz z uzasadnieniami wydane w innych sprawach przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, prezentują jednoznaczne stanowisko, w których potwierdzono prawidłowość decyzji Organu, wskazując, że telefonia mobilna nie stanowi segmentu rynku właściwego obejmującego świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych. Sąd w całości podziela stanowisko Prezesa Urzędu, co do dokonania analizy rynku w segmencie wdzwanianego dostępu do Internetu poprzez kryterium liczby posiadanych przez operatorów zakończeń sieci, że analiza metodą proponowaną przez powódkę doprowadziłaby do nieprawidłowego obrazu faktycznego obrazu rynku właściwego.

Kolejny zarzut powódki opierał się na stwierdzeniu braku wszechstronnego zebrania i rozważenia materiału dowodowego oraz dowolności w zakresie ustalenia kształtowania cen z tytułu transmisji danych. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że przedmiotem postępowania nie były zarzuty pobierania nieuczciwych lub zawyżonych cen za oferowane produkty. Po wtóre zarzut ten nie znajduje potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym. Znajdujące się w aktach informacje (w części objęte klauzulą tajności z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa), jednoznacznie wskazują, że ceny podobnego produktu oferowane przez powódkę są wyższe niż ceny operatorów zagranicznych. Poza tym Organ podał w decyzji ceny, które były w jego posiadaniu w czasie podejmowania decyzji, a nie w momencie wnoszenia odwołania. Obniżanie cen za swoje usługi przez powódkę nie ma wpływu na wynik przedmiotowego postępowania, albowiem jak wyżej wskazano nie cena była podstawowym przedmiotem zarzucanego nieprawidłowego działania. Dodać należy, że nawet obniżone ceny nie muszą być niższe niż oferowane przez operatorów zagranicznych.

Skarżąca zarzuciła pozwanemu, że naruszył treść art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy poprzez błędne przyjęcie definicji rynku produktowego co doprowadziło do błędnego przypisania mu pozycji dominującej. Powódka wskazała, że należy rozróżnić rynek świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu korzystających z usługi szerokopasmowej i inny rynek użytkowników korzystających z usługi wąskopasmowej. Także z tym zarzutem sąd zgodzić się nie może. Przede wszystkim należy wskazać, że usługa dostępu do użytkowników końcowych Internetu jest usługą o charakterze hurtowym, w którym stronami są operatorzy – przedsiębiorcy telekomunikacyjni. Ruch IP pomiędzy operatorami odbywa się za pomocą łącz szerokopasmowych, a dopiero w dalszej kolejności przekazywanie danych pomiędzy operatorem a użytkownikiem może odbywać się za pomocą usługi dostępu szeroko- lub wąskopasmowego. Rynek hurtowy oznaczony jako właściwy w sprawie krajowego rynku dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznej sieci telekomunikacyjnej został zaś prawidłowo zdefiniowany w decyzji przez Prezesa Urzędu, a rozważania zawarte w uzasadnieniu decyzji, jak wyżej opisano, sąd w pełni podziela.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że Prezes Urzędu prawidłowo określił w decyzji z dnia 20.12.2007 roku rynek właściwy.

Kolejne zarzuty powódki odnoszą się do nieprawidłowego przypisania dopuszczania się przez nią nadużycia pozycji dominującej.

W pierwszej kolejności powódka zarzuciła brak określenia okresu trwania praktyki. Zdaniem sądu nawet jeżeli decyzja nie zawiera początkowej daty, to brak taki nie może uzasadniać uchylecia decyzji. Sama Spółka wskazuje niejednokrotnie w pismach znajdujących się w aktach sprawy (aktach administracyjnych), co także potwierdza słuchany przed sądem świadek – K. P., którego zeznania w tej części należy uznać za wiarygodne, że zmiana konfiguracji ruterów brzegowych „(...)” i „(...)” nastąpiło w lutym 2004 roku, a sąd ustalając stan faktyczny przyjął tą datę jako początek stosowania zarzucanych praktyk. Natomiast brak zakończenia stosowania praktyki w decyzji był podyktowany, co jest oczywiste, faktem ustalenia przez Organ nie zakończenia stosowania praktyki w dniu wydawania skarżonej decyzji. Sąd zmienił decyzję w tym zakresie, ustalając w inny sposób stan faktyczny niż Prezes Urzędu, co zostanie opisane w dalszej części uzasadnienia. Co do zarzutu, iż Organ nie wskazał danych dotyczących pozycji zajmowanej przez (...) w latach 2004 i 2007, sąd podtrzymuje argumenty przytoczone już w uzasadnieniu.

Dalej odwołujący się wskazał, że zarzucone powodowi działania nie wywołały ani nie mogły wywołać jakichkolwiek negatywnych skutków dla konkurencji na rynku usług dostępu do Internetu. Z zarzutem tym zgodzić się nie można. W ocenie sądu powódka nadużywała posiadanej przez siebie pozycji dominującej na rynku właściwym, poprzez ograniczanie lub uniemożliwianie operatorom wpisanym na listy „(...)” i „(...)” możliwości korzystania z usług dostępu do sieci Internet za pośrednictwem zagranicznych operatorów, co prowadzi do wymuszania współpracy z (...) na jej zasadach. Założenie filtrów na ruterach brzegowych spowodowało bowiem faktycznie niemożliwość korzystania z operatorów wpisanych na wskazanych listach z łączy międzynarodowych (...) i (...). Ruch IP na tych łączach był tak zdegradowany, że użytkownik końcowy w zasadzie nie mógł korzystać z sieci Internet. Powodowało to skargi do operatora na działalność sieci i brak realizacji umowy, a tym samym możliwość rozwiązania umowy i utratę klienta. Operator musiał, aby nie utracić klientów korzystać z łączy powódki, która tym samym mogła, degenerując alternatywny przepływ danych IP, wymuszać współpracę na jej zasadach. Opisany zaś schemat działania jest jednoznacznie nadużyciem pozycji dominującej na rynku właściwym, który przynosi negatywne skutki dla konkurencji. Operator alternatywny wpisany na jedną z dwóch list przedsiębiorców, wobec których następowała degradacja ruchu, był pozbawiany swobodnego wyboru partnera handlowego. Nawet jeżeli chciał korzystać z międzynarodowych łączy (...) lub (...), to z uwagi na założenie filtrów na ruterach brzegowych, został faktycznie pozbawiony takiej możliwości. Tym samym został zmuszony do nawiązania kontaktów handlowych z powódką i nabywania określonych usług bezpośrednio od niej. Wtórnią zaś korzyścią dla powódki był zysk z ceny oferowanych przez siebie usług, które przedsiębiorca telekomunikacyjny, jeżeli chciał pozostać na rynku właściwym, musiał nabyć. Ceny te jak wyżej wskazano były wyższe niż oferowane przez operatorów zagranicznych. W ten sposób powódka osiągnęła korzyści, których nie byłaby w stanie osiągnąć w warunkach normalnej konkurencji. Powódka wskazała, że mimo zdjęcia filtrów, mimo wyższych cen niż operatorzy zagraniczni, wciąż są chętni do zawierania z nią umów. Jak słusznie wskazał pozwany w odpowiedzi na pozew na rynku właściwym istnieją mali operatorzy, dla których podjęcie negocjacji z operatorem zagranicznym stanowi ogromny problem logistyczny, co powoduje, że będą korzystać z usług powódki niezależnie od ceny usługi. Mając powyższe rozważania na uwadze, należy stwierdzić, że degradacja ruchu w sieci Internet spowodowana założeniem filtrów na ruterach brzegowych przez powódkę było nadużyciem posiadanej pozycji dominującej na rynku właściwym i spowodowało negatywne skutki dla operatorów konkurencyjnych.

Powódka w dalszej części wskazała, że przedsiębiorcy nie można przypisać nadużycia pozycji dominującej, gdyż istnieje obiektywna przyczyna usprawiedliwiająca działania dominanta. (...) wskazała, że przyczyną założenia filtrów była konieczność zabezpieczenia jej sieci przed nagłym obniżeniem jakości jej funkcjonowania na skutek nagłego obciążenia danej sieci nadmiernym wzrostem ruchu. Zdaniem powódki w dniu 13.02.2004 roku nastąpił tego typu atak na sieć przez działające w zмовie podmioty, a groźby takiego ataku pojawiały się w nieformalnych dyskusjach operatorów. Atak tego typu na sieć (...) i w konsekwencji założenie filtrów na rutery brzegowe wskazał także słuchany w sprawie świadek K. P.. Sąd uznał zeznania świadka co do daty założenia filtrów oraz próby ataku za zgodne z prawdą, natomiast sąd nie dał wiary zeznaniom w części dotyczącej przyczyn założenia filtrów, które miały chronić przedsiębiorcę przed atakiem, albowiem nie znajdują one potwierdzenia w poniżej opisanym materiale dowodowym.

Zdaniem sądu nawet uznając, że zaistniał w dniu 13.02.2004 roku atak na sieć powódki poprzez przelanie ruchu do łącz (…), to nie jest to powód do dokonywania ograniczeń na przedsiębiorców, które z takim atakiem nie miały nic wspólnego. Działania zapobiegawcze powinny być współmierne do poziomu występującego ryzyka. Słuchany w sprawie świadek F. S. (2), informatyk, pracownik (…) zeznał, że „ustawienia na ruterach mało prawdopodobne aby uznać je za zabezpieczenia, jeżeli ktoś by to robił w ten sposób, albo jest mało wykształcony, albo nieświadomy skutków lub wręcz świadomy skutków” (k. 517-518). Świadek A. W. podał zaś, że „taki atak gdyby został przeprowadzony to ochroną byłby odpowiedni filtr założony przez (…) na wiadomości przychodzące a nie wychodzące” (k. 519). Sąd uznał zeznania świadków za wiarygodne, albowiem są one spójne, logiczne i wzajemnie się uzupełniają. Znajdują nadto uzasadnienie w opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki i teleinformatyki M. G., który stwierdził jednoznacznie, że założone filtry nie miały na celu ochrony sieci (…) w sensie zwiększenia jej bezpieczeństwa (k. 573). Biegły potwierdził swój wniosek w ustnej opinii złożonej na rozprawie (k. 649), a powódka nie kwestionowała opinii biegłego. Mając zaś na uwadze treść opinii biegłego, nie zakwestionowanej przez strony, należy jednoznacznie stwierdzić, że teza powódki podnoszona w odwołaniu, jakoby wystąpiła przyczyna obiektywna usprawiedliwiająca działanie dominanta, jest bezpodstawna.

Kolejne zarzuty odwołania odnoszą się do zarzutów naruszenia art. 82 Traktatu Rzymskiego. Zdaniem powódki jej działania nie wyczerpywały znamion praktyki naruszającej konkurencję, co uniemożliwia zakwalifikowanie tychże działań jako nadużycia z art. 82 TWE. Jak wyżej sąd wykazał działania przedsiębiorcy wyczerpywały znamiona praktyki naruszającej konkurencję. Dodatkowo aby uznać praktykę jako naruszającą wskazany przepis Traktatu Rzymskiego należy wykazać wpływ praktyk antykonkurencyjnych na handel między państwami członkowskimi w sposób odczuwalny na ów handel.

Jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Prezes Urzędu usługi świadczone przez operatorów drugiego poziomu (operatorów zagranicznych) w zakresie dostępu do sieci (…) mogą być uznane za substytut usług świadczonych przez Spółkę. Operatorzy zagraniczni mogliby bowiem w ramach swojej usługi uzyskiwać dostęp do podmiotów przyłączonych do sieci Spółki. Degradacja ruchu spowodowała, że dostęp ten faktycznie był możliwy jedynie przez łącza powódki. Zasady działania sieci Internet opisane w stanie faktycznym przez pozwanego, a uznane za prawidłowe przez sąd, powinny umożliwiać po nabyciu usługi dostępu do sieci Internet od operatora zagranicznego, zapewnienie dostępu do sieci (...). Działania powódki spowodowały zaś, że usługi dwóch podmiotów zagranicznych drugiego poziomu, przestały być alternatywne dla usług dostępowych Spółki, dla operatorów alternatywnych wpisanych na listy „(...)” i „(...)”. Mając na uwadze, że jedynymi alternatywnymi operatorami drugiego poziomu w okresie stwierdzonej przez sąd praktyki byli operatorzy zagraniczni, degradacja ruchu stawiała ich w niekorzystnej sytuacji w stosunku do polskiego podmiotu, mając tym samym wpływ na handel pomiędzy Państwami Członkowskimi. Nadto jak słusznie wskazał pozwany był on zobligowany do uzyskania notyfikacji decyzji przez Komisję Europejską, która nie wniosła zastrzeżeń. Co prawda uzyskanie notyfikacji nie rodzi bezpośrednio skutków prawnych, jednakże, zdaniem sądu, nie może zostać pominięte i przynajmniej pośrednio wskazuje na prawidłowość argumentacji pozwanego co do wpływu naruszenia przypisanego powódce na handel pomiędzy Państwami Członkowskimi.

Sąd, na podstawie powyższej argumentacji uznał, że powódka dopuściła się na ustalonym rynku właściwym praktyk ograniczających konkurencję. Sąd nie może jednak przyjąć jako prawidłowych ustaleń Prezesa Urzędu stwierdzających, że przedsiębiorca nie zaniechał stosowania zarzucanej mu praktyki. Pozwany w trakcie procesu stał na stanowisku, że powódka nie dostarczyła żadnych dowodów na okoliczność zaprzestania stosowania praktyki, a pisma informujące nie mogą stanowić dowodu w sprawie. Nadto Organ wskazywał, że nawet gdyby przyjąć, że przedstawione mu konfiguracje ruterów brzegowych z dnia 14.07.2006 roku i następnych nie wykazywały istnienia filtrów degradujących ruch, to konfigurację taką można zmienić w pół godziny, a więc po zrobieniu backupu konfiguracji rutera brzegowego dla celów postępowania administracyjnego można było znów ją zmienić wprowadzając filtry. Sąd nie może zgodzić się z argumentacją pozwanego. Powódka przedstawiła Prezesowi Urzędu obraz konfiguracji ruterów brzegowych bez założonych filtrów a następnie płytę CD obrazującą konfigurację ruterów brzegowych. Zdaniem sądu były to dowody na zmianę konfiguracji ruterów i powinny one zostać przez Organ co najmniej zbadane przez biegłego. Z uwagi na to, że dowodu tego nie przeprowadzono w postępowaniu

administracyjnym, sąd we własnym zakresie, na wniosek przedsiębiorcy dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki i teleinformatyki M. G.. W opinii stwierdził on jednoznacznie, że w okresie od dnia 14.07.2006 roku do 10.05.2007 roku comiesięczny zapis konfiguracji ruterów brzegowych autonomicznego systemu (...) S.A., świadczy, że nie było żadnego wywołania poleceń dyskryminujących degradowanie ruchu IP wychodzącego z sieci polskich operatorów telekomunikacyjnych i trafiających ostatecznie do polskich użytkowników i nie było stosowane żadne ograniczenie przepływu (k. 572). Zdaniem sądu przedstawiona opinia jest jasna, pełna i logiczna, a strony nie złożyły żadnych zarzutów co do jej treści. Zauważyć należy, że pozwany nie tylko nie polemizował z treścią opinii, ale nie przedstawił też żadnego dowodu przeciwnego, chociażby ze skarg alternatywnych operatorów, stwierdzającego degradowanie ruchu IP w sieci Internet. Tym samym sąd uznał, że powódka zaprzestała zarzucanej jej praktyki z dniem 14.07.2006 roku i w tym zakresie decyzja w punkcie I i II została zmieniona. Sąd stoi na stanowisku, że zdjęcie filtrów przez powódkę zakończyło stosowanie przez nią zarzucanej mu praktyki, a nawet gdyby ponownie filtry zostały założone Organ musiałby wszcząć nowe postępowanie administracyjne, wobec rozpoczęcia przez przedsiębiorcę stosowania kolejnej praktyki, a jak wcześniej wskazano, Prezes Urzędu nie przedstawił żadnego dowodu, aby po dniu 14.07.2006 roku praktyka była przez Spółkę kontynuowana. Nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy fakt przebudowy struktury sieci przez przedsiębiorcę, co uniemożliwiło dokonanie kontroli przez Prezesa UOKiK, albowiem nastąpiło to po zaniechaniu zarzucanych praktyk.

Sąd uznał zarzuty powódki, co do naruszenia przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy, przy ustalaniu wysokości wymierzonej kary pieniężnej, mając głównie na uwadze błąd Organu w ustaleniach stanu faktycznego, co do niezaniechania stosowania zarzucanej praktyki.

Zgodnie z treścią art. 104 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 15.12.2000 roku przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów. Mając zaś powyższe dyrektywy na uwadze należy przyjąć, że wymierzona przez Prezesa UOKiK kara jest zbyt wygórowana.

Zdaniem sądu działaniom powódki można przypisać wysoki stopień winy o charakterze umyślnym z zamiarem ewentualnym oraz wysoką szkodliwość przypisywanego jej naruszenia. Co do przypisania umyślności działania, należy stwierdzić, że zdaniem sądu nie jest możliwe, aby przedsiębiorca telekomunikacyjny o takiej renomie i historii, będąc spółką notowaną na giełdzie papierów wartościowych, co wpływa na podwyższenie wymaganych od niej standardów pracy, nie zdawał sobie sprawy ze swoich czynności. Jak jednoznacznie wskazał biegły w swojej opinii założenie filtrów na ruterach brzegowych nie miało na celu zwiększenia bezpieczeństwa w sieci. Tak więc zakładając filtry powódka, mając do dyspozycji sztab ludzi zajmujących się systemami informatycznymi i Internetem, musiała co najmniej godzić się z dyskryminowaniem ruchu w sieci. Jak wyżej wskazano działanie to stanowi praktykę ograniczającą konkurencję. Spółka musiała się co najmniej godzić, że dyskryminacja ruchu w sieci, która nie stanowi zwiększenia bezpieczeństwa, będzie wpływała, znając zasady działania Internetu oraz rynek telekomunikacyjny, na zmniejszenie konkurencji na rynku właściwym, poprzez ograniczenie możliwości pobierania treści bezpośrednio od przedsiębiorców zagranicznych, co opisano powyżej. Takiemu zaś zachowaniu przedsiębiorcy można przypisać wysoką szkodliwość jego czynu, albowiem spowodował on ograniczenie konkurencji na rozwijającym się rynku telekomunikacyjnym w Polsce, ale także wpłynęło na handel między Państwami Członkowskimi. Twierdzenia przedsiębiorcy, że działał on bez świadomości działań ograniczających konkurencję nie znajdują żadnego uzasadnienia w zebranych materiale dowodowym, a także w doświadczeniu życiowym.

Jako okoliczność łagodzącą w stosunku do wydanej decyzji i to w stopniu znacznym należy uznać zaprzestanie naruszeń przez powoda, spowodowane w głównej mierze decyzją Prezesa UKE z 10.07.2006 roku. Prezes UOKiK jako wpływającą na wymiar kary okoliczność uznał niezaprzestanie naruszeń przez powódkę w dniu wydania decyzji – 20.12.2007 roku. Jak wyżej wskazano Organ nieprawidłowo ustalił stan faktyczny i sąd uznał, że zaprzestanie naruszeń nastąpiło w dniu 14.07.2006 roku, a więc ponad półtora roku przed wydaniem skarżonego orzeczenia. Jest to okres bardzo długi i nie mógł pozostać bez wpływu na wysokość kary. Co do braku wpływu długości postępowania na wymiar kary, sąd w pełni podzielił rozważania Prezesa Urzędu zawarte w odpowiedzi na odwołanie. Wobec treści uzasadnienia skarżonej decyzji brak jest przesłanek do uznania zarzutu powódki o nieprawidłowym przyjęciu

kumulatywnego naruszenia przepisów ustawy i Traktatu, jako wpływających na zaostrzenie wymiaru kary, a sąd także w tej mierze podzielił w pełni poglądy wyrażone przez Prezesa Organu w odpowiedzi na odwołanie. Zdaniem sądu kwestia współpracy lub jej braku w trakcie postępowania administracyjnego nie ma wpływu na wymiar kary, ustawa nakłada obowiązki na stronę postępowania i przedsiębiorca działał na wezwanie Organu.

Mając powyższe na uwadze sąd uznał, że kara w wysokości 38 milionów złotych jest adekwatna tak do stopnia zawinienia, jak i wysokiej szkodliwości czynu przypisanego przedsiębiorcy, mieści się także w ramach wysokości kary wyznaczonych treścią art. 101 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Kara pieniężna musi spełniać swoje funkcje represyjne, prewencyjne i dyscyplinujące, a wymierzając ją sąd wziął pod uwagę tak okoliczności obciążające, jak i łagodzące, czemu dał wyraz w uzasadnieniu decyzji. Wymierzenie kary w niższej wysokości nie spełniłoby tych funkcji. Powódka jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, notowanym na giełdzie, co wymusza na niej wyższe standardy zachowań, a co należy podkreślić nie było to pierwsze zachowanie przedsiębiorcy, które zostało uznane za działanie antykonkurencyjne i nie jest to pierwsza kara wymierzona za takie zachowanie.

Odnosząc się do zarzutów sformułowanych w odwołaniu przez powódkę 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, co też zostało uczynione, a także dopuszczając własne dowody, celem ustalenia stanu faktycznego sprawy i rozważając całokształt materiału dowodowego (takie stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29.05.1991 roku., sygn. akt III CRN 120/91, postanowieniu z dnia 11.08.1999 roku sygn. akt I CKN 351/99, wyroku z dnia 19.01.2001 roku sygn. akt I CKN 1036/98). Podobnie Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 20.12.2006 roku stwierdził, że 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). Powyższe odnosi się do zarzutów naruszenia przez pozwanego art. 7 kpa, 77 kpa i 107§3 kpa, nieprzeprowadzenia prawidłowego dowodu z opinii biegłego oraz brak wyjaśnień do zarzutów złożonych wobec opinii.

Mając powyższe na uwadze sąd na podstawie art. 479^{31a}§3 zmienił decyzję Prezesa UOKiK w sposób opisany w wyroku, w pozostałej części oddalając odwołanie.

O kosztach zastępstwa procesowego orzeczono na podstawie art. 100 kpc, natomiast nieopłacone koszty postępowania, które tymczasowo wyłożył Skarb Państwa rozdzielono po połowie wobec stron również w oparciu o treść art. 100 kpc.

/-/ SSR (del) Dariusz Dąbrowski