



Warszawa, dn. 2006r.

PREZES URZĘDU KOMUNIKACJI
ELEKTRONICZNEJ

DRT-SMP- 6072-1/05()

Telekomunikacja Polska S.A
ul. Twarda 18
00-105 Warszawa

DECYZJA

Na podstawie art. 45 w związku z art. 36, art. 37 i art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. *Prawo telekomunikacyjne* (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.), zwanej dalej Prawo telekomunikacyjne lub PT, w związku z art. 4 i art. 16 ust.1 ustawy z dnia 29 grudnia 2005 r. o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych właściwych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji (Dz. U. Nr 267, poz. 2258), Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej nakłada na Telekomunikację Polską S.A, jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kontrolującego dostęp do użytkowników końcowych następujące obowiązki regulacyjne niezbędne do zapewnienia użytkownikom końcowym Telekomunikacji Polskiej S.A komunikowania się z użytkownikami innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego:

1. **Obowiązek równego traktowania, o którym mowa w art. 36 Prawa telekomunikacyjnego**, 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. abonentami Telekomunikacji Polskiej S.A. (zwanej dalej TP S.A.)
 - a
 - B. przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, mogącymi być jednocześnie użytkownikami, świadczącymi usługi portalu internetowego lub poczty elektronicznej lub komunikatora internetowego lub przesyłania sygnałów głosowych lub wideo w sieci Internet z wykorzystaniem łączy operatorów trzecich (przedsiębiorców telekomunikacyjnych), od których TP S.A. nabywa usługę dostępu do Internetu,
 - C. oraz usługodawcami świadczącymi usługi portalu internetowego lub poczty elektronicznej lub komunikatora internetowego lub przesyłania sygnałów głosowych lub wideo w sieci Internet z wykorzystaniem łączy operatorów trzecich

(przedsiębiorców telekomunikacyjnych), od których TP S.A. nabywa usługę dostępu do Internetu,

jak warunki stosowane przez TP S.A. wobec pozostałych przedsiębiorców udostępniających przez łącza tych samych operatorów trzecich dla abonentów TP S.A. usługi portalu internetowego lub poczty elektronicznej lub komunikatora internetowego lub przesyłania sygnałów głosowych lub wideo w sieci Internet;

- 2. Obowiązek udostępniania informacji, o którym mowa w art. 37 ust. 1 Prawo telekomunikacyjne**, polegający na umożliwieniu Prezesowi UKE - na wniosek przedsiębiorcy żądającego, o którym mowa w punkcie 1 lit. B i C - kontroli poszczególnych konfiguracji urządzeń - za okres do 90 dni poprzedzających wystąpienie Prezesa UKE w związku z kontrolą - wraz z udostępnieniem informacji o okresie stosowania poszczególnych konfiguracji, w odniesieniu do urządzeń, które umożliwiają TP S.A. dokonywanie zmian warunków przesyłu pakietów protokołu internetowego, w szczególności czasu transmisji pakietów, wielkości obsługiwanych pakietów, kolejności transmisji pakietów i strat pakietów pomiędzy abonentami TP S.A., a świadczonymi przez przedsiębiorcę, o którym mowa w punkcie 1 usługami, realizowanymi przez łącza operatorów trzecich, o których mowa w punkcie 1, oraz pomiędzy abonentami TP S.A. i wskazanymi adresami lub numerami IP innych przedsiębiorców świadczących usługi, o których mowa w punkcie 1, korzystających z łączy tych samych operatorów trzecich, o których mowa w punkcie 1, w szczególności urządzeń kierujących ruchem na łączach od i do operatorów trzecich, od których TP S.A. nabywa usługę dostępu do Internetu. Prezes UKE podejmuje interwencje w sprawie przedmiotowej kontroli z własnej inicjatywy lub na wniosek zainteresowanego przedsiębiorcy, o którym mowa w punkcie 1. Wymagane informacje powinny zostać przekazane Prezesowi UKE nie później niż 48 godzin od złożenia przez Prezesa UKE stosownego zapytania do TP S.A.. Wymagane informacje zostaną przekazane w formie elektronicznej na podany przez Prezesa UKE adres e-mail, a na wyraźny wniosek także w formie pisemnej do siedziby przedsiębiorcy.,

Na podstawie art. 206 ust. 2a oraz w związku z ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego niniejsza decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

UZASADNIENIE

Zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 29 grudnia 2005 r. o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych właściwych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji (Dz. U. Nr 267, poz. 2258), do zakresu działania Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej przechodzą dotychczasowe zadania i kompetencje Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (zwanego również Prezesem URTiP), chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. Z kolei, zgodnie z art. 16 ust. 1 ww. ustawy, sprawy wszczęte przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty w zakresie zadań przejmowanych przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwanego również Prezesem UKE lub Regulatorem) i niezakończone przed dniem wejścia w życie ustawy toczą się przed Prezesem UKE według przepisów ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 1 pkt 5 Prawa telekomunikacyjnego do zakresu działania Prezesa UKE należy w szczególności podejmowanie interwencji w sprawach

dotyczących funkcjonowania rynku usług telekomunikacyjnych z własnej inicjatywy lub wniesionych przez zainteresowane podmioty, w szczególności użytkowników i przedsiębiorców telekomunikacyjnych, w tym podejmowanie decyzji w tych sprawach w zakresie określonym niniejszą ustawą. W związku z powyższym Prezes UKE wszczął z urzędu postępowanie w sprawie nałożenia obowiązków regulacyjnych w trybie art. 45 Prawa telekomunikacyjnego na TP S.A.

I. Przebieg postępowania

Przebieg postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia na TP S.A., jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kontrolującego dostęp do użytkowników końcowych, obowiązków regulacyjnych niezbędnych do zapewnienia użytkownikom końcowym TP S.A. komunikowania się z użytkownikami innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego:

- a. Wnioskiem z dnia 30 maja 2005 r. spółka o2.pl Sp. z o.o. wniosła o nałożenie na TP S.A. z siedzibą w Warszawie obowiązku określonego w art. 45 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Do wniosku załączone zostały następujące dokumenty:
 - Wniosek o zabezpieczenie dowodu skierowany przez Spółkę o2.pl Sp. z o.o. do Sądu rejonowego dla m.st. Warszawy Wydział XIV Gospodarczy,
 - Opinia biegłego sądowego z zakresu informatyki,
 - Opinia GEMIUS S.A. dotycząca jakości ruchu internetowego pomiędzy użytkownikami końcowymi TP S.A. a serwerami spółki o2.pl Sp. z o.o.,
 - Pismo grupy przedsiębiorców telekomunikacyjnych z dnia 28 maja 2004 r. skierowane do Pana Marka Józefiaka Prezesa Zarządu TP S.A. wskazujące na stosowaną przez TP S.A. praktykę, polegającą na celowej degradacji i filtrowaniu na łączach międzynarodowych ruchu pochodzącego od polskich dostawców treści i usług.
- b. Postanowieniem z dnia 4 lipca 2005 r. Prezes URTiP z uwagi na szczególnie skomplikowany charakter sprawy przedłużył rozpatrzenie sprawy do dnia 30 września 2005 r.;
- c. Pismem z dnia 30 września 2005 r. Prezes URTiP zwrócił się do spółki o2.pl Sp. z o.o. o uzupełnienie wniosku z dnia 30 maja 2005 r. poprzez dokładne wskazanie obowiązków regulacyjnych, które w ocenie wnioskującej spółki powinny być nałożone na TP S.A., zgodnie z obowiązkami wskazanymi w ustawie Prawo telekomunikacyjne;
- d. Postanowieniem z dnia 30 września 2005 r. Prezes URTiP z uwagi na szczególnie skomplikowany charakter sprawy przedłużył rozpatrzenie sprawy do dnia 30 listopada 2005 r.;
- e. Pismem z dnia 29 listopada 2005 r. spółka o2.pl Sp. z o.o. uzupełniła wniosek z dnia 31 maja 2005 r. w zakresie wskazanym przez Prezesa URTiP ;
- f. Pismem z dnia 11 stycznia 2006 r. Prezes URTiP zawiadomił TP S.A. oraz spółkę o2.pl Sp. z o.o. o wszczęciu postępowania w sprawie nałożenia na TP S.A. obowiązku w trybie art. 45 ustawy Prawo telekomunikacyjne.;
- g. Pismem z dnia 30 stycznia 2006 r. TP S.A. przedstawiła swoje stanowisko w przedmiotowej sprawie;
- h. Pismem z dnia 6 marca 2006 r. o2.pl Sp. z o.o. przedstawiła swoje stanowisko w przedmiotowej sprawie;
- i. Postanowieniem z dnia 11 marca 2006 r. Prezes UKE z uwagi na szczególnie skomplikowany charakter sprawy przedłużył rozpatrzenie sprawy do dnia 11 maja 2006 r.

II. Stan prawny

Podstawowe zasady i reguły reżimu regulacyjnego dla rynku telekomunikacyjnego określa przede wszystkim Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dalej dyrektywa ramowa lub DR). Zasadniczo europejski system regulacji rynków telekomunikacyjnych składa się z następujących elementów:

- procesu definiowania rynków właściwych,
- analizy zdefiniowanego rynku właściwego pod kątem występowania skutecznej konkurencyjności tj. stwierdzenia skutecznej konkurencyjności lub jej braku na wskazanym rynku, a tym samym wyznaczenia lub nie wyznaczenia przedsiębiorców o znaczącej pozycji rynkowej,
- rozstrzygnięcia o obowiązkach regulacyjnych nakładanych na przedsiębiorstwa zajmujące pozycję znaczącą.

Model ten opiera się na zasadzie nakładania stosownych obowiązków regulacyjnych ex-ante na podmioty zajmujące znaczącą pozycję rynkową.

Europejski reżim regulacyjny dopuszcza także możliwość nakładania obowiązków regulacyjnych bez wskazywania podmiotów o pozycji znaczącej. Postanowienia prawne w tym zakresie koncentrują się w Dyrektywie 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dalej dyrektywa o dostępie lub DD).

Zgodnie z punktem 6 preambuły DD w odniesieniu do rynków, na których nadal występują duże różnice w pozycji negocjacyjnej pomiędzy poszczególnymi przedsiębiorstwami, a niektóre przedsiębiorstwa bazują przy świadczeniu swoich usług na infrastrukturze zapewnionej przez inne przedsiębiorstwa, wskazane jest ustanowienie uregulowań prawnych, które gwarantowałyby skuteczne funkcjonowanie rynku. Krajowe organy regulacyjne powinny mieć uprawnienia do zabezpieczenia odpowiedniego dostępu, wzajemnych połączeń oraz interoperacyjności usług ze względu na interes użytkowników końcowych w sytuacji, gdy negocjacje handlowe okażą się bezowocne. W szczególności mogą one zapewnić podłączenia typu koniec-koniec (ang. end-to-end connectivity) poprzez nałożenie proporcjonalnych obowiązków na przedsiębiorstwa kontrolujące dostęp do użytkowników końcowych. Kontrolowanie środków dostępu może pociągać za sobą własność lub kontrolę fizycznego połączenia z użytkownikiem końcowym (stacjonarnym lub ruchomym) albo możliwość zapewnienia dostępu do punktu zakończenia sieci użytkownika końcowego.

Z takim przypadkiem będziemy mieć do czynienia w sytuacji, gdy np. operatorzy sieciowi bezzasadnie ograniczają wybór dostępu użytkowników końcowych do portali i innych usług internetowych, udostępnianych przez użytkowników zapewniających content (treści) w połączonych sieciach.

Zgodnie z art. 5 dyrektywy o dostępie, dla realizacji celów określonych w art. 8 dyrektywy ramowej, krajowe organy regulacyjne wspierają i, w razie potrzeby, zapewniają, zgodnie z przepisami niniejszej dyrektywy, adekwatny dostęp oraz połączenia międzysieciowe, jak również interoperacyjność usług, oraz realizują swoje zadania w taki sposób, by promować wydajność, zrównoważoną konkurencję oraz zapewnić maksymalne korzyści dla użytkowników końcowych (np. połączenie użytkownika końcowego do portali i usług internetowych). W szczególności i niezależnie od środków, które mogłyby zostać podjęte w stosunku do przedsiębiorstw dysponujących znaczącą pozycją rynkową, zgodnie z art. 8 dyrektywy ramowej, krajowe organy regulacyjne mogą nakładać w granicach tego, co niezbędne do zapewnienia możliwości połączenia typu koniec-koniec (np. użytkownik końcowy - portal/usługodawca internetowy), obowiązki na przedsiębiorstwa, które kontrolują dostęp do użytkowników końcowych, w tym, w uzasadnionym przypadku, obowiązek

połączeń międzysieciowych¹ ich sieci w przypadku, jeżeli nie zostało to jeszcze zrealizowane.

Wskazane powyżej przepisy dyrektyw zostały zaimplementowane do polskiego systemu prawnego w art. 45 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Zgodnie z treścią art. 45 PT Prezes UKE może, biorąc pod uwagę adekwatność danego obowiązku do zidentyfikowanego problemu, proporcjonalność oraz cele określone w art. 1 ust. 2 PT, z uwzględnieniem art. 1 ust. 3 PT, 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. Przedmiotowy przepis stanowi transpozycję art. 5 DD.

Art. 45 PT zawiera wytyczne dotyczące nakładania obowiązków regulacyjnych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wobec których nie stwierdzono zajmowania pozycji znaczącej. Proces nakładania właściwych obowiązków regulacyjnych na podstawie art. 45 PT zasadniczo różni się od procesu regulacji *ex-ante* i nakładania obowiązków regulacyjnych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących znaczącą pozycję rynkową. Art. 45 PT umożliwia nakładanie obowiązków regulacyjnych bez konieczności przeprowadzania analizy rynkowej wyznaczającej przedsiębiorstwo o znaczącej pozycji rynkowej.

Analizując przepis art. 45 PT należy mieć na uwadze zasadę prowsólnotowej wykładni prawa, która jest powszechnie uznaną ogólną zasadą prawa wspólnotowego stanowiącego w I filarze Unii Europejskiej i stanowi jeden z instrumentów zapewniania pośredniej skuteczności prawa wspólnotowemu (tzw. *indirect effect*) w krajowych porządkach prawnych państw członkowskich Unii Europejskiej.

Obowiązek dokonywania wykładni prowsólnotowej prawa krajowego wynika z art. 249 ust. 3 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz. U. z 2004 r. Nr 90 poz. 864) (dalej "TWE") oraz art. 10 TWE, czyli z tzw. pierwotnego prawa wspólnotowego, którego obowiązek stosowania wynika z art. 2 Aktu dotyczącego Warunków Przystąpienia Polski do UE (Dz. U. z 2004 r. Nr 90 poz. 864). Pierwotne prawo wspólnotowe ma zgodnie z art. 91 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (co potwierdził także polski Trybunał Konstytucyjny (wyrok z 11.05.2005, sygn. akt. K 18/04, pkt 3.1.) oraz zasadą pierwszeństwa (patrz m.in. wyrok TS w sprawie 6/64 F. Costa v. E.N.E.L. Zb. Orz. 1964, s. 585) pierwszeństwo stosowania prawa wspólnotowego przed ustawą krajową.

Zgodnie z art. 10 TWE państwa członkowskie podejmują wszelkie właściwe środki ogólne lub szczególne w celu zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z niniejszego Traktatu lub z działań instytucji Wspólnoty. Ułatwiają one Wspólnocie wypełnianie jej zadań. Państwa członkowskie powstrzymują się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrozić urzeczywistnieniu celów niniejszego Traktatu.

Zgodnie z art. 249 ust. 3 TWE dyrektywa wiąże każde Państwo Członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków.

Trybunał Sprawiedliwości wyraźnie potwierdził powyższą podstawę prawną dla obowiązku dokonywania wykładni prowsólnotowej w orzeczeniu Von Colson (14/83 Von Colson et Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen, Zb. Orz. 1984, s. 1891).

W orzeczeniu Marleasing (C-1 06/89, Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentación SA, Zb. Orz. 1990, s. 1-4135) Trybunał Sprawiedliwości wyraźnie stwierdził w pkt. 8, że (...) *stosując prawo krajowe, niezależnie czy dane przepisy zostały przyjęte przed czy po dyrektywie, sąd krajowy wezwany do przeprowadzenia ich wykładni zobowiązany jest*

¹ Article 5 of Access Directive: "... , including in justified cases the obligation to interconnect their networks where this is not already the case."

zrobić to, w największym możliwym stopniu, w świetle treści i celu dyrektywy, dla osiągnięcia jej rezultatu i przez to uzyskania zgodności z art. 189 akapit trzeci Traktatu (obecnie art. 249 ust. 3 TWE).

Obowiązek dokonywania wykładni prawspółnotowej został potwierdzony także wyraźnie w orzeczeniach polskiego Sądu Najwyższego oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12.08.2004 r. (sygn. akt III PK 38/04) stwierdził, że *dokonując wykładni prawa, polskie sądy muszą brać pod uwagę wykładnię Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu i dyrektywy obowiązujące w UE.* Podobnie Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził już w roku 2001 w orzeczeniu z dnia 12.02.2001 r. (sygn. akt VSA 305/00), że *w braku wyraźnej odmiennej wskazówki interpretacyjnej rozbieżność ta [dotycząca przepisów krajowych i prawa wspólnotowego] powinna skutkować przyjęciem interpretacji właściwej w ramach prawa wspólnotowego.*

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości obowiązek dokonywania wykładni prawspółnotowej ciąży na wszystkich organach państw członkowskich Unii Europejskiej. Obowiązek ten dotyczy w równym stopniu organów administracyjnych, jak też organów sądowych. Stwierdził to wyraźnie Trybunał Sprawiedliwości m.in. w orzeczeniu Von Colson (14/83 Von Colson et Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen, Zb. Orz. 1984, s. 1891):

26. (...) wynikający z dyrektywy obowiązek Państw Członkowskich osiągnięcia przewidzianego przez nią rezultatu, podobnie jak ich obowiązek na mocy art. 5 Traktatu (obecnie art. 10 TWE) podjęcia wszelkich właściwych środków ogólnych lub szczególnych w celu zapewnienia wykonania tego zobowiązania leży na wszystkich organach Państw Członkowskich w tym w zakresie ich kompetencji, na organach sądowych,

a także w orzeczeniu Mau (C-160/01 Karen Mau v. Bundesanstalt rur Arbeit, Zb. Orz. 2003, s. 4791, pkt 35) oraz orzeczeniu Carbonari (C-131/97 Annalisa Carbonari i inni v. Università degli Studi di Bologna, Ministero della Sanita, Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica, Ministero del Tesoro, Zb. Orz. 1999, s.I-II03, pkt 48).

Prezes UKE jest organem administracyjnym państwa członkowskiego w rozumieniu powyższych orzeczeń, jest zatem zobowiązany do stosowania zasady prawspółnotowej wykładni prawa krajowego

Mając na uwadze powyższe Prezes UKE zobowiązany jest dokonać takiej wykładni przepisu art. 45 PT, która zapewni osiągnięcie celu wynikającego z wyżej przytoczonych regulacji dyrektyw europejskich, których to art. 45 PT stanowi „odzwierciedlenie” w polskim reżimie prawa telekomunikacyjnego. Jedynie uwzględnienie wykładni prawspółnotowej art. 45 PT posłuży prawidłowemu zastosowaniu w polskim porządku regulacyjnym dyrektywy dostępowej zgodnie z jej założonymi celami. Obowiązek stosowania wykładni prawspółnotowej ciąży na wszystkich organach państw członkowskich, w tym także bezpośrednio na Prezesie UKE. Cele ustanowione w dyrektywach można odczytać z całokształtu przepisów danej dyrektywy, ale przede wszystkim z treści jej preambuły.

Mając na uwadze powyższe Prezes UKE dokonał analizy przepisu art. 45 PT w celu uzasadnienia zastosowania ww. przepisu w przedmiotowej sprawie.

Artykuł 45 wskazuje na sytuację w, której jeden przedsiębiorca telekomunikacyjny ogranicza możliwość komunikowania się swoich użytkowników końcowych z użytkownikami innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Przykładem takiej sytuacji może być uniemożliwienie użytkownikom końcowym jednego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego porozumiewania się z użytkownikami innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego np.: poprzez usługi poczty elektronicznej lub komunikatora internetowego.

Dokonując dokładnej analizy wykładni art. 45 PT w pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż regulacje art. 45 PT ma na celu zapewnienie możliwości komunikowania się pomiędzy użytkownikami przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

TP S.A. jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym wpisanym przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych pod numerem 1, świadczącym usługi telefonii stacjonarnej, transmisji danych, dostępu do Internetu. TP S.A. dostarcza publiczną sieć telekomunikacyjną, do której przyłączona jest największa w Polsce liczba użytkowników Internetu.

o2.pl Sp. z o.o. jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym wpisanym w rejestrze przedsiębiorców telekomunikacyjnych pod numerem 182, dostarczającym treści internetowe poprzez prowadzenie portalu o2.pl i szeregu serwisów na stronach www.o2.pl, świadczącym m.in. usługi poczty elektronicznej (nieodpłatna), komunikatora Tlen.pl (program do bezpośredniej komunikacji tekstowej i głosowej przy wykorzystaniu Internetu, działający na zasadach *freeware*), usługi wdzwanianego dostępu do Internetu, telefonii internetowej „Tlenofon”, opartej na technologii VoIP².

Przedsiębiorca telekomunikacyjny, na którego mogą zostać nałożone obowiązki regulacyjne zgodnie z art. 45 PT musi **kontrolować dostęp do użytkowników końcowych**. W świetle definicji zawartej w art. 2 pkt 50 PT użytkownik końcowy to podmiot korzystający z publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej lub żądający takiej usługi, dla zaspokojenia własnych potrzeb. Z uwagi na fakt, iż polskie regulacje prawne nie rozstrzygają zagadnienia kontroli dostępu do użytkowników końcowych, odpowiednich wyjaśnień należy szukać, zgodnie z wykładnią prowsólnotową, w cytowanym już pkt 6 preambuły DD. Mając na uwadze treść zapisów dyrektywy dostępowej prof. Stanisław Piątek w „Komentarzu – Prawo telekomunikacyjne”³ stwierdza:

„Kontrola dostępu do użytkowników końcowych może oznaczać własność lub zarząd (control) linią telekomunikacyjną, przewodową lub radiową, prowadzącą do użytkownika końcowego, a także możliwość zmiany lub pozbawienia użytkownika numeru krajowego, niezbędnego do korzystania z udostępnionego mu zakończenia sieci. Z takim przypadkiem mielibyśmy do czynienia w sytuacji, gdy np. operator sieci bezzasadnie ogranicza użytkownikowi końcowemu możliwości wyboru dostępu do portali internetowych i usług. Kontrola dostępu do użytkownika końcowego została zatem opisana jako władztwo własnościowe lub operatorskie nad linią dostępową oraz oznaczeniem zakończenia sieci, bez którego nie można adresować przekazów do użytkownika końcowego i odbierać tych przekazów. Kontrola została opisana w sposób przykładowy również od strony użytkownika, któremu ogranicza się możliwości dostępu do źródeł informacji i usług. Ocena możliwości uzyskania dostępu do użytkownika oraz dostępu użytkownika do usług wymaga badania faktycznych możliwości transmisyjnych do tych zakończeń sieci, zasad korzystania z przydzielonych numerów oraz korzystania z usług innych dostawców.”

Zgodnie z informacjami przedstawionymi przez TP S.A w „Raporcie rocznym 2004”⁴ na koniec 2004 r. TP S.A posiadała 11 362 tys. łączy abonenckich. Bezsporne jest, że TP S.A. posiada publiczną sieć telekomunikacyjną, do której przyłączeni są użytkownicy korzystający z usług dostępu do Internetu dla zaspokojenia własnych potrzeb. Dodatkowo TP S.A w przedmiotowym raporcie stwierdza: „...ponad 80% łączy abonenckich TP jest obecnie przystosowanych do świadczenia usług ADSL, dzięki czemu Spółka stała się głównym

² Ang. Voice over Intertet Protocol – głos przesyłany za pomocą protokołu intertetowego

³ Prawo telekomunikacyjne – Komentarz; dr hab. Stanisław Piątek; 2 wydanie; wydawnictwo C.H. Beck Warszawa 2005; s.362

⁴ http://www.tp-ir.pl/ar2004/assets/pdfs/TPSA_ARA_2004.pdf

beneficjentem dynamicznego wzrostu liczby posiadaczy komputerów osobistych i użytkowników Internetu.

W okresie od października 2003 roku do października 2004 roku, liczba stelefonizowanych gospodarstw domowych posiadających komputer osobisty wzrosła z 36% do 53%, a w listopadzie 2004 roku już ponad jedna czwarta Polaków w wieku powyżej 15 lat korzystała z Internetu (podczas gdy na koniec 2003 roku wskaźnik ten wynosił 21%).

W szczególności Grupa TP wykorzystwała w olbrzymim stopniu gwałtowny rozwój rynku usług szerokopasmowych, rynku, który w dużej mierze sama stworzyła. Oferowana przez TP usługa ADSL to neostrada tp, która stała się praktycznie synonimem usług szerokopasmowych w Polsce. W 2004 roku liczba użytkowników neostrady tp zwiększyła się o ponad 370%, do 631 tys., co stanowi 6% wszystkich linii abonenckich TP."

Mając na uwadze powyżej przedstawioną interpretację prawną, jak również istniejący stan faktyczny, potwierdzony między innymi przez TP S.A. w „Raporcie rocznym 2004” - bezsporne jest, że TP S.A. posiada publiczną sieć telekomunikacyjną, do której przyłączeni są użytkownicy korzystający z usługi dostępu do Internetu dla zaspokojenia własnych potrzeb. TP S.A. oferuje użytkownikom końcowym usługę dostępu wydzwanianego, jak i dostępu szerokopasmowego. Ponieważ TP S.A. jest operatorem świadczącym usługę dostępu do publicznej sieci telekomunikacyjnej dla użytkowników końcowych, nie ma innej możliwości osiągnięcia dostępu do użytkowników końcowych TP S.A., jak tylko poprzez sieć TP S.A. Należy zatem uznać TP S.A. za przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kontrolującego dostęp do użytkowników końcowych.

Na marginesie należy wskazać, iż TP S.A. kontroluje dostęp do znacznej, w skali kraju, liczby użytkowników końcowych, oferując im usługi dostępu do Internetu poprzez dostęp wzdzwaniany (tzw. dial-up) jak i dostęp szerokopasmowy. Według danych przedstawionych przez TP S.A.⁵ na koniec 2005 r. przedsiębiorca ten posiadał 1 168 mln. użytkowników usługi dostępu szerokopasmowego, co dawało TP S.A. 71% udziału w rynku usług szerokopasmowych. Kontrolowanie dostępu do tak dużej liczby użytkowników końcowych zapewnia znaczącą przewagę konkurencyjną w stosunku do innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy świadczą usługi użytkownikom końcowym TP S.A. poprzez sieć TP S.A. Tacy przedsiębiorcy nie mają innej możliwości uzyskania dostępu do użytkowników końcowych TP S.A. jak tylko poprzez sieć TP S.A. W przypadku negocjacji TP S.A. z innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi mogą występować duże różnice w pozycji negocjacyjnej.

Nałożenie obowiązków regulacyjnych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kontrolującego dostęp do użytkowników końcowych, na podstawie art. 45 PT, zważywszy na literalną treść tego przepisu, jest możliwe w celu zapewnienia użytkownikom końcowym tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego komunikowania się z użytkownikami innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Niniejszy przepis określając podmioty korzystające z usług świadczonych przez ww. dwóch przedsiębiorców telekomunikacyjnych posługuje się dwoma definicjami: definicją użytkownika końcowego oraz definicją użytkownika. Użytkownik jest pojęciem szerszym, niż pojęcie użytkownik końcowy i obejmuje zarówno użytkowników końcowych, którzy korzystają z usług albo żądają świadczenia usług dla zaspokojenia własnych potrzeb, jak i pozostałych użytkowników, którzy korzystają z usług lub żądają tych usług także lub wyłącznie w celu zaspokojenia potrzeb innych osób. Przywołując wcześniej cytowaną treść pkt. 6 preambuły dyrektywy DD wyraźnie widać, iż w zakresie art. 45 PT mieści się sytuacja, gdy operatorzy dostarczający sieci telekomunikacyjne bezzasadnie ograniczają wybór dostępu swoim użytkownikom końcowym do pozostałych użytkowników tj. także do użytkowników świadczących na rzecz

⁵ http://www.tp-ir.pl/files/pl/4Q_presentation2.pdf

użytkowników końcowych usługi portali internetowych lub poczty elektronicznej lub , komunikatora internetowego lub przesyłania sygnałów głosowych lub wideo w sieci Internet. Z punktu widzenia prawa, o2.pl jest nie tylko przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, wykonującym usługi telekomunikacyjne, ale dostarczając treści i inne usługi nie mające statusu usług telekomunikacyjnych np.: usługi poczty elektronicznej - jest także użytkownikiem korzystającym z usług telekomunikacyjnych lub żądającym tych usług w celu zaspokojenia potrzeb innych osób.

W ocenie Prezesa UKE nałożenie obowiązków regulacyjnych na TP S.A nie powinno dotyczyć współpracy tego operatora jedynie z konkretnie wskazanym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (w tym przypadku: o2.pl Sp. z o.o.), ale powinno mieć charakter rodzajowy tj. odnoszący się do określonego typu zachowań, wobec wszystkich użytkowników przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Pogląd ten potwierdza opinia prof. S. Piątka wyrażona w komentarzu do ustawy Prawo telekomunikacyjne: „...*beneficjentami obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorę (w trybie art. 45) powinni być wszyscy inni przedsiębiorcy, spełniający warunki ubiegania się o określone świadczenie.*”

Mając na uwadze przepis art. 45 PT Prezes UKE stwierdza, że w przedmiotowej sprawie istnieją przesłanki prawne do rozpatrzenia przedłożonej sprawy w trybie przewidzianym w art. 45 PT.

III. Zidentyfikowany problem / stan faktyczny

Mając na uwadze zawłość oraz specjalistyczny charakter przedmiotowej sprawy Prezes UKE przeanalizował na wstępie podstawowe zasady działania sieci Internet.

Internet (dosł. *międzysieć*; od ang. *inter* – między i ang. *net* – sieć) to sieć komputerowa o światowym zasięgu łącząca sieci lokalne, sieci rozległe i wszystkie komputery do nich podłączone. Poszczególne sieci komputerowe połączone w Internet stanowią własność przedsiębiorstw lub gospodarstw domowych. Dzięki Internetowi nie ma konieczności fizycznych połączeń typu „każdy z każdym” pomiędzy wszystkimi komputerami, pomiędzy wszystkimi sieciami komputerowymi na świecie, zainteresowanymi wymianą komunikatów między sobą. Wystarczy przyłączyć jedną sieć do jakiegokolwiek innej sieci podłączonej do Internetu, która jednocześnie świadczy usługę tranzytu do innych sieci, aby w ten sposób stać się częścią największej, ogólnoswiatowej sieci komputerowej, jaką jest Internet. Internet to zarazem pewien zespół protokołów wymiany danych, działający w oparciu o istniejącą infrastrukturę sieciową, spinający niejako różne sieci o mniej lub bardziej lokalnym zasięgu.

W Internecie wykształciły się dwa podstawowe sposoby wymiany ruchu, wymiany danych. Pierwszym sposobem jest tzw. peering, czyli wymiana bezpośrednia między połączonymi sieciami A i B. Tego typu model wymiany ruchu jest wykorzystywany najczęściej przez duże sieci, mające duży poziom ruchu pomiędzy sobą, który wymieniają bezpłatnie. Drugim modelem jest tranzyt, czyli przekazywanie ruchu z sieci A do sieci B poprzez sieć Y. Sieć Y zwykle należy do operatora, który świadczy usługę tranzytu za wynagrodzeniem. Siecią A jest zwykle sieć zainteresowana podłączeniem do Internetu, a siecią B jest Internet. Nie wszyscy dysponenci sieci komputerowych chcą wymieniać z inną siecią ruch za darmo w ramach pierwszego modelu opartego na peeringu. Wynika to z faktu, iż budowanie punktu styku z inną siecią nie zawsze jest opłacalne. Decyzja o połączeniu sieci musi mieć w pierwszej kolejności uzasadnienie ekonomiczne. Ilość przesyłanego ruchu uzasadnia poniesienie wysokich kosztów budowy bezpośredniego połączenia sieci. Niewiele

sieci łączy się na zasadzie peeringu, gdyż sieci znajdują się na terenie całego świata i koszty budowy bezpośrednich połączeń między sieciami w różnych częściach świata są zbyt duże. Z tego też powodu popularniejszy jest model drugi oparty na świadczeniu usługi dostępu do Internetu, oznaczającej w praktyce dostęp do sieci operatora tranzytującego, a poprzez tę sieć do wszystkich innych sieci, czyli Internetu.

Internet stał się największą światową siecią komputerową między innymi dlatego, że umożliwia poszczególnym sieciom wymieniać się ruchem poprzez połączenie bezpośrednie, tam gdzie jest to możliwe i ekonomicznie uzasadnione (gdy np. sieci są w tym samym mieście), oraz dlatego, że daje swobodę wyboru pośrednika, czyli innej sieci tranzytującej w sytuacji, kiedy brak jest uzasadnienia dla bezpośredniego połączenia sieci. Operatorzy oferujący „usługę tranzytu” pobierają za pośrednictwo stosowną opłatę tranzytową, gdy wymiana bezpośrednia (peering) nie jest stosowana. Swoboda wyboru pośrednika jest możliwa dzięki jednej z podstawowych zasad obowiązujących w Internecie – dzięki dynamicznemu routingu (ang. route – droga, routing – ustalanie drogi). Ta zasada to brak stałej drogi, jaką przemierzają komunikaty między siecią A i siecią B za pośrednictwem sieci Y. Może ona być za każdym razem inna, w zależności od tego, która droga jest najlepsza w danej chwili. Za wybór najlepszej drogi odpowiadają urządzenia łączące sieci komputerowe – routery, korzystające ze skomplikowanych algorytmów, które porównują wszystkie możliwe ścieżki i wybierają tę, która jest najlepsza w określonym momencie. Najlepsza w danej chwili oznacza zwykle najkrótszą i nie przeciążoną zbyt dużą ilością danych.

W Polsce przedsiębiorcy telekomunikacyjni świadczący usługi portalu internetowego lub poczty elektronicznej lub komunikatora internetowego lub przesyłania sygnałów głosowych lub wideo w sieci Internet i inne podobne usługi mają możliwość bezpośredniej, bezpłatnej wymiany ruchu (peeringu) między innymi z następującymi przedsiębiorcami: Agora S.A., Aster City Cable Sp. z o.o., Crowley Data Poland Sp. z o.o., GTS Energis Sp. z o.o., ERA GSM (Polska Telefonii Cyfrowa Sp. z o.o.), Home.pl Sp.j., ICM – Uniwersytet Warszawski, Naukowa Akademicka Sieć Komputerowa, Netia Telekom S.A., o2.pl Sp. z o.o., Plus GSM (Polkomtel S.A.), Pro Futuro S.A., Szeptel S.A., Mediatel S.A., SuperMedia Sp. z o.o., TELBANK S.A., Telefonii Dialog S.A., Telekomunikacja Kolejowa S.A., TP Internet Sp. z o.o., UPC Telewizja Kablowa Sp. z o.o. Należy jednak zastrzec, że decyzja o bezpłatnej wymianie ruchu jest każdorazowo podejmowana przez dwóch zainteresowanych przedsiębiorców telekomunikacyjnych podłączonych do np. warszawskiego punktu wymiany ruchu (wix - Warsaw Internet Exchange) zlokalizowanym obecnie w hotelu Marriott w Warszawie. Przedsiębiorcy ci nie mają obowiązku wymieniać się ruchem z wszystkimi innymi uczestnikami punktów wymiany ruchu. Dla przykładu o2.pl Sp. z o.o. wymienia się ruchem bezpłatnie ze wszystkimi wymienionymi powyżej operatorami. W bezpłatnej wymianie ruchu obejmującej wskazanych powyżej polskich przedsiębiorców telekomunikacyjnych nie bierze udziału TP S.A.

Sieć Internet wykracza poza granice Polski i każdy z wymienionych przedsiębiorców poza wymianą ruchu realizowaną między sobą w sposób bezpłatny (operatorzy zrzeszeni w bezpłatnych punktach wymiany ruchu) lub odpłatny (TP S.A.) musi mieć dostęp do „pozostałej”, światowej części Internetu, czyli innych sieci znajdujących się poza granicami Polski. Ze względu na fakt, że nie ma możliwości uzyskania bezpłatnego tranzytu do tych sieci, każdy polski przedsiębiorca telekomunikacyjny musi zakupić usługę tranzytu od operatorów (ang. carriers), którzy mają sieci obejmujące swym zasięgiem wiele krajów i świadczą usługi tranzytu pomiędzy siecią zlokalizowaną w Polsce, a siecią zlokalizowaną w np. Szwecji. Ci z kolei, jeśli sami nie mają sieci o zasięgu ogólnoswiatowym, kupują usługę tranzytu od będących wyżej w hierarchii internetowej operatorów, których sieci umożliwiają tranzytowanie ruchu np. między kontynentami, stanowiących grupę tzw. „Tier 1 carriers”, czyli operatorów najwyższego szczebla. Operatorzy typu „Tier 1 carriers” wymieniają się

między sobą ruchem za darmo, a więc na zasadzie peeringu, co jest kolejną fundamentalną zasadą funkcjonowania Internetu. Dzięki tym zasadom (peeringu dla największych i swobody wyboru tranzytu dla mniejszych) Internet funkcjonuje i dynamicznie się rozwija, łącząc miliony komputerów i sieci w jedną sieć.

Odnosząc powyżej opisane zasady do funkcjonowania rynku należy stwierdzić, że każdy przedsiębiorca telekomunikacyjny powinien wymieniać się ruchem z innym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym bezpłatnie lub odpłatnie, bezpośrednio lub za pośrednictwem tranzytu, na warunkach zaakceptowanych przez obie strony, według uznania zainteresowanych stron. Jeśli bezpłatna wymiana jest nieopłacalna lub z jakiegokolwiek innego powodu przedsiębiorcy nie mogą dojść do porozumienia w sprawie połączenia swoich sieci, wymiany ruchu lub opłat, to każdy z nich ma prawo skorzystania z usług dowolnie wybranego, będącego wyżej w hierarchii internetowej sieci, operatora, który tranzytuje ruch między takimi przedsiębiorcami (pomiędzy użytkownikami takich przedsiębiorców) pobierając za to stosowną opłatę od każdego z nich za tranzyt. Jest to oczywiście rozwiązanie niekorzystne dla obu stron, które muszą ponieść opłaty, których mogłyby uniknąć (a korzystne dla zarabiającego operatora tranzytującego). Jeśli jeden z przedsiębiorców wymaga, aby bezpośrednia wymiana ruchu była odpłatna, to opłata powinna być nie wyższa, niż opłata jaką pobrałby operator pośredniczący pomiędzy tymi przedsiębiorcami, gdyż w przeciwnym razie połączenie bezpośrednie nie będzie uzasadnione ekonomicznie.

W sytuacji, gdy przedsiębiorcy nie doszli do porozumienia w sprawie bezpośredniego podłączenia, oraz jeden z nich stosuje środki techniczne uniemożliwiające automatyczną (dzięki dynamicznemu routingowi) wymianę ruchu poprzez pośrednika, świadczącego usługę tranzytu do sieci tego przedsiębiorcy, dochodzi do paraliżu komunikacyjnego pomiędzy użytkownikami obu przedsiębiorców, którzy nie mają możliwości komunikowania się. W takim przypadku jedynym sposobem świadczenia usług przez przedsiębiorcę, którego usługi są blokowane, na rzecz użytkowników końcowych w sieci podmiotu dokonującego degradacji ruchu, jest spełnienie narzuconych przez podmiot degradujący ruch warunków, tj. np.: spełnienie obowiązku korzystania z określonego łącza zapewniającego dostęp do użytkowników końcowych tego podmiotu. Jest to działanie będące w sprzeczności z zasadami funkcjonowania Internetu, o których była mowa powyżej. Działanie takie jest również sprzeczne z przepisami prawa – m.in. z Dyrektywą 2002/19/WE z dnia 7 marca 2002 r. (dyrektywa o dostępie), która zakazuje bezzasadnego ograniczania wyboru dostępu użytkowników końcowych do portali i usług internetowych, a więc wpływania przez podmiot, do którego sieci użytkownicy końcowi są przyłączeni, na możliwość korzystania z portali i innych usług internetowych.

W dniu 4 czerwca 2003 r. o2.pl Sp. z o.o. (wówczas działając jeszcze pod nazwą „MediaOne”) złożyła zapytanie ofertowe do TP S.A. o przedstawienie oferty na instalację i utrzymanie łącza do Internetu. Zgodnie z opisem wskazanym powyżej było to zapytanie ofertowe związane z próbą bezpośredniego połączenia sieci przedsiębiorców telekomunikacyjnych o2.pl Sp. z o.o. i TP S.A. Powyższe zapytanie ofertowe pozostawione zostało bez odpowiedzi. W zaistniałej sytuacji o2.pl Sp. z o.o. skorzystała z usług operatora TeliaSonera International Carrier Poland Sp. z o.o. (dalej TeliaSonera), aby za pomocą łącza tego operatora oraz usługi tranzytu mieć dostęp do Internetu, w tym również dostęp do użytkowników sieci TP S.A. w celu świadczenia użytkownikom końcowym TP S.A. usług portalu internetowego i podobnych usług. Dzięki zastosowaniu takiego modelu, jeśli użytkownicy Internetu przyłączeni do sieci TP S.A. chcieli korzystać z usług oferowanych przez o2.pl Sp. z o.o. to ruch internetowy transferowany był z sieci o2.pl Sp. z o.o. do sieci TeliiSonery, a następnie do sieci TP S.A. i na komputer danego użytkownika Internetu.

Dodatkowo należy wskazać, że TeliaSonera zapewnia również TP S.A. dostęp do

globalnej sieci Internet. Tym samym usługi świadczone przez o2.pl Sp. z o.o. były dostępne dla użytkowników końcowych TP S.A. za pośrednictwem łączy i usług tranzytu TeliaSonera.

W dniu 27 lutego 2004 r. o2.pl Sp. z o.o. zaobserwowała całkowitą lub prawie całkowitą degradację ruchu internetowego pomiędzy użytkownikami końcowymi TP S.A. a serwerami o2.pl Sp. z o.o. Degradacja jakości połączeń oraz utrudnienia w ruchu internetowym znacznie pogorszyły jakość świadczonych przez o2.pl Sp. z o.o. usług, a wręcz uniemożliwiły korzystanie z tych usług przez użytkowników końcowych TP S.A. Oznaczało to, że obsługiwana przez o2.pl Sp. z o.o. strona internetowa otwierana przez użytkowników końcowych TP S.A. działała znacznie wolniej od innych konkurencyjnych stron, a tym samym korzystanie z usług oferowanych przez o2.pl Sp. z o.o. na rzecz użytkowników końcowych TP S.A. było bardzo utrudnione lub niemożliwe.

W związku z zaistniałą sytuacją o2.pl Sp. z o.o. przekazał sprawę do zbadania przez spółkę Gemius S.A. specjalizującą się w badaniach jakości usług internetowych. W wyniku przeprowadzonych pomiarów i analiz porównawczych Gemius S.A. wskazała, że jakość ruchu internetowego pomiędzy użytkownikami końcowymi TP S.A., a serwerami o2.pl Sp. z o.o. znacząco odstaje od standardowej jakości ruchu realizowanego w sieciach innych operatorów, gdzie degradacji ruchu internetowego nie stwierdzono. Przeprowadzone badania dowodzą, iż routery obsługiwane przez TP S.A. zostały tak skonfigurowane, aby ruch do i z urządzeń o2.pl uległ zdegradowaniu, a nawet całkowitemu zablokowaniu.

W celu dokładnego wyjaśnienia sytuacji i w celu uzyskania pewności, iż powstałe nieprawidłowości nie są spowodowane działaniami operatora tranzytującego, o2.pl Sp. z o.o. zwróciła się do TeliSonery z zapytaniem o przyczyny degradacji ruchu. Operator tranzytujący wskazał jednoznacznie, że zaistniałe problemy nie są wynikiem jego działalności i że po stronie TeliaSonera nie występowały jakiegokolwiek problemy.

Chcąc mieć pewność co do okoliczności, iż to TP S.A. blokuje ruch internetowy swoim użytkownikom końcowym korzystającym z usług o2.pl Sp. z o.o., i sposobu, w jaki TP S.A. dokonuje degradacji ruchu internetowego realizowanego do niektórych portali i serwisów Internetowych, w tym portalu www.o2.pl, w dniu 26 maja 2004 roku o2.pl Sp. z o.o. złożyła do Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy, Wydział XIV Gospodarczy, wniosek o zabezpieczenie dowodu z oględzin zapisu konfiguracji urządzeń marki Juniper, sterujących ruchem TP S.A. do TeliaSonera. W dniu 16 czerwca 2004 roku Sąd wydał postanowienie zgodnie z wnioskiem o2.pl Sp. z o.o., w następstwie czego przeprowadzono wnioskowany dowód.

Z załączonych do opinii biegłego sądowego wydruków plików konfiguracyjnych wynika, że TP S.A. dzieli sieci należące do innych przedsiębiorców na 3 grupy:

1. Grupa, określona w konfiguracji urządzeń TP SA jako "polish rejected prefixes" to zakresy numeracji IP (adresy sieci) przyznane przedsiębiorcom, co do których TP SA zastosowała drastyczne ograniczenia szybkości transmisji (do 5 i 8 Mbps) co w praktyce uniemożliwia korzystanie z usług tych przedsiębiorców. Do tej grupy należą adresy IP przyznane przez RIPE dla o2.pl Sp. z o.o. na potrzeby współpracy z TeliaSonera (m.in. 80.239.140.120 80.239.140.127, 80.239.140.160 - 80.239.140.167).
2. Grupa, określona w konfiguracji urządzeń TP SA jako "polish limited prefixes" to zakresy numeracji IP przyznane przedsiębiorcom, co do których TP S.A. zastosowała umiarkowane ograniczenia szybkości transmisji (do 30 i 150 Mbps) co w praktyce upośledza jakość usług tych przedsiębiorców.
3. Grupa, pozostałych sieci, co do których nie są stosowane żadne istotne ograniczenia. W tej grupie znalazło się większość portali - konkurentów o2.pl Sp. z o.o. takich jak ebay.pl, skype.pl czy google.pl.

Po rozpoczęciu w 2004 roku przez TP S.A. działań blokujących i degradujących ruch

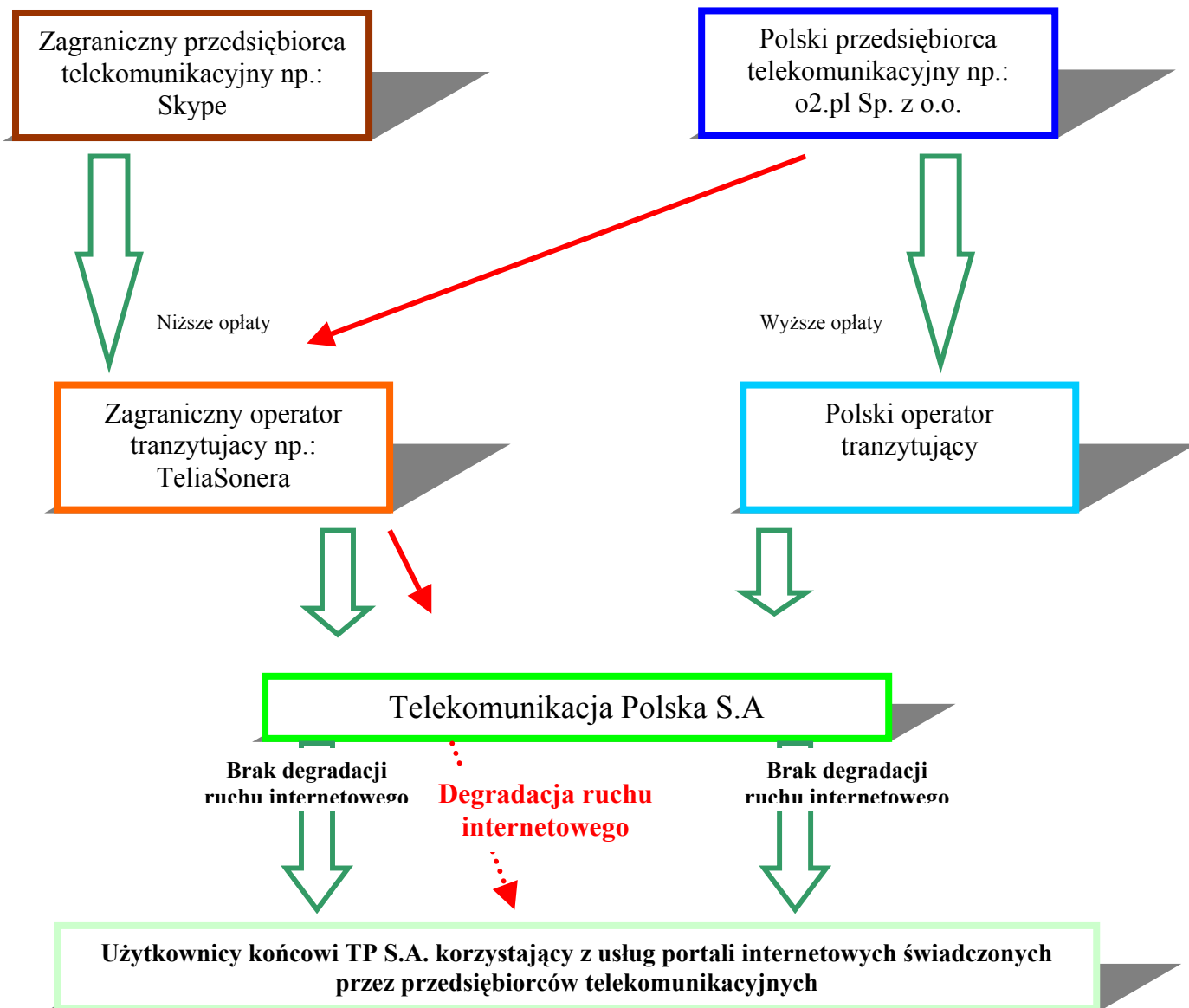
między użytkownikami końcowymi TP S.A, będącymi jednocześnie użytkownikami usług o2.pl Sp. z o.o., a urządzeniami o2.pl Sp. z o.o., wobec niemożliwości świadczenia tym użytkownikom usług przez o2.pl Sp. z o.o., o2.pl Sp. z o.o. zmuszona została do skorzystania z połączenia do sieci Internet u innego operatora telekomunikacyjnego świadczącego usługę tranzytu do sieci TP S.A., który to stan trwa do dziś. Powyższe zachowanie zostało wymuszone przez TP S.A., a jego uzasadnieniem jest okoliczność, iż TP SA bezprawnie domaga się od polskich portali (polskich przedsiębiorców telekomunikacyjnych świadczących usługi portali internetowych w tym o2.pl Sp. z o.o.) opłat za ruch od i do własnej sieci rzędu 500 – 3 000 PLN + VAT za 1 Mbps. Są to opłaty wyraźnie wyższe od opłat, które ponoszą zagraniczni konkurenci o2.pl Sp. z o.o., korzystający z tranzytu operatorów trzecich rzędu 20 – 80 EUR (od 80 do 320 PLN) + VAT za 1 Mbps. Niższe opłaty ponoszą konkurujący z polskimi przedsiębiorstwami zagraniczni przedsiębiorcy prowadzący takie portale Internetowe jak Skype.pl, Ebay.pl czy Google.pl i w stosunku do nich nie są przez TP S.A. podejmowane jakiegokolwiek działania mające na celu ograniczanie jakości usług świadczonych przez nich, dla abonentów TP S.A..

Spółka o2.pl generuje obecnie ok. 300Mbps ruchu do/z Internetu, z czego około 50% to właśnie ruch z/do sieci TP S.A. Powyższe powoduje, iż o2.pl Sp. z o.o. zmuszona do korzystania z łączy wskazanych przez TP SA, ponosi niczym nieuzasadnione, olbrzymie koszty, w istocie wymuszone przez TP SA. Ponowne podłączenie o2.pl Sp. z o.o. do sieci TeliSonery skutkować będzie blokadą takiego ruchu przez TP S.A., do czego oczywiście o2.pl Sp. z o.o., świadcząc usługi na rzecz wielu użytkowników końcowych TP S.A., nie może dopuścić. Dodatkowo, TP S.A. blokując tranzyt ruchu od i do sieci o2.pl Sp. z o.o. przez niektórych operatorów, upośledza dynamiczny routing (jedną z podstawowych zasad funkcjonowania Internetu) i uniemożliwia prawidłową transmisję pomiędzy portalami a użytkownikami końcowymi (koniec-koniec, *end to end connectivity*). W piśmie z dnia 30 stycznia 2006 r. znak CPR-335/01/06 skierowanym przez TP S.A do Prezesa UKE w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania w przedmiotowej sprawie TP S.A. nie zakwestionowała zaistniałej sytuacji faktycznej i jednocześnie nie odniosła się do stosowanych przez siebie działań związanych z degradacją ruchu pomiędzy użytkownikami końcowymi TP S.A, będącymi jednocześnie użytkownikami usług o2.pl Sp. z o.o., a urządzeniami o2.pl Sp. z o.o.

Usługi świadczone przez polskich przedsiębiorców świadczących usługi portali internetowych dedykowane są przede wszystkim do polskojęzycznych użytkowników Internetu. Największa liczba takich użytkowników korzysta z sieci TP S.A.. Każdy użytkownik Internetu przyłączony do sieci TP S.A jest faktycznym lub potencjalnym klientem portali internetowych prowadzonych przez polskich przedsiębiorców. Oczywiście jest, że aby efektywnie świadczyć swoje usługi i aby konkurować z innymi, zagranicznymi przedsiębiorstwami, polskie podmioty muszą mieć zapewniony właściwy dostęp do sieci TP S.A., tak aby użytkownicy końcowi TP S.A. przyłączeni do Internetu mogli korzystać z ich usług. Pozbawiając wybranych przez siebie, polskich przedsiębiorców - świadczących usługi portali i inne usługi internetowe - dostępu do sieci TP S.A., TP S.A. z pewnością uniemożliwia wybór usług świadczonych przez tych przedsiębiorców użytkownikom końcowym TP S.A. korzystającym z usługi dostępu do Internetu oferowanego przez TP S.A., a więc mającym wykupioną usługę dostępu do całego światowego Internetu, w tym oczywiście również do usług blokowanego przez TP S.A. podmiotu oferującego usługi internetowe (np. usługi portalu internetowego lub poczty elektronicznej lub komunikatora internetowego lub przesyłania sygnałów głosowych lub wideo w sieci Internet i inne podobne usługi). Dodatkowo należy stwierdzić, że użytkownicy końcowi TP S.A. mający problem z korzystaniem z określonych usług np.: usług określonych portali internetowych, nie mają na ogół świadomości, iż zaistniały problem może wynikać z działań TP S.A. Wrażenie to

potęguje możliwość swobodnego korzystania z usług innych portali internetowych np.: Skype.pl. W takiej sytuacji w opinii użytkowników końcowych TP S.A. „winę” za trudności ponosi określony przedsiębiorca, oferujący usługę portali internetowych. Oczywistym jest, że ukształtowanie takiej opinii może powodować zniechęcenie użytkowników końcowych TP S.A. do korzystania z usług takich przedsiębiorców jak o2.pl Sp. z o.o.

W sytuacji, w której przedsiębiorca telekomunikacyjny, przeciwko któremu zastosowano specjalne środki techniczne uniemożliwiające wymianę ruchu za pośrednictwem operatora tranzytującego lub zagrożono ich zastosowaniem, zdecyduje się na ponoszenie zawyżonych opłat, staje się tym samym niekonkurencyjny pod względem kosztów w stosunku do innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, przeciwko którym nie posłużono się specjalnymi środkami technicznymi i którzy nie ponoszą zawyżonych, nieuzasadnionych opłat. Należy stwierdzić, że jedna sieć nie może stosować opłat, a w szczególności zawyżonych opłat, w stosunku do całego Internetu, w stosunku do innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych świadczących usługi w sieci Internet, gdyż to nie ona ustala zasady współpracy wszystkich sieci wchodzących w skład Internetu. Najwięksi operatorzy światowego Internetu – tzw. Tier 1 wymieniają się ruchem bez opłat, co stanowi gwarancję dalszego rozwoju tej sieci. Dla przykładu, komunikator Skype.pl, wyszukiwarka Google.pl, portal eBay.pl, zlokalizowane za granicą i nabywające dostęp do Internetu od dowolnego (niewymuszonego przez TP S.A.) operatora świadczącego taką usługę, otrzymuje tranzyt do wszystkich sieci na świecie (w tym TP S.A.) za cenę około 20EUR/1Mbit/s zakupionego pasma w danym miesiącu. Podobnie funkcjonują konkurencji polskich portali Internetowych takich jak o2.pl Sp. z o.o., którzy świadczą swoje usługi między innymi użytkownikom końcowym TP S.A. za pośrednictwem łączy operatorów trzecich, od których TP S.A. nabywa usługę dostępu do Internetu. W przypadku korzystania przez o2.pl Sp. z o.o. z łączy takich samych operatorów trzecich jak konkurencyjne zagraniczne podmioty, TP S.A. dokonywała degradacji ruchu pomiędzy użytkownikami końcowymi własnej sieci, którym świadczy usługę dostępu do Internetu, a usługami świadczonymi przez o2.pl Sp. z o.o., co paraliżowało funkcjonowanie o2.pl Sp. z o.o. Powyższe działania TP S.A. zmuszające o2.pl Sp. z o.o. do korzystania z preferowanych przez TP S.A. dostawców, skutkują bezpośrednio tym, że w walce o użytkowników końcowych TP S.A., którym TP S.A. świadczy usługę dostępu do Internetu, o2.pl Sp. z o.o. musi ponosić opłatę kilkukrotnie wyższą od konkurencji zagranicznej. Degradowanie przez TP S.A. ruchu pakietów IP w Internecie pomiędzy wybranymi przez siebie podmiotami, a użytkownikami końcowymi TP S.A. jest działaniem bezprawnym i jedynym jego celem jest wymuszenie przez TP S.A. korzystania przez wybrane przez TP S.A. podmioty z określonych łączy dostępu do sieci TP S.A., za które pobiera zawyżone opłaty. Takie działania TP S.A. uniemożliwiają o2.pl Sp. z o.o. skuteczne konkurowanie z podmiotami zagranicznymi, a tym samym bezpośrednio wpływają na rentowność i jakość usług. Powyżej opisaną sytuację prezentuje poniższy graf.



Jednocześnie TP S.A. sama łączy swoją sieć z siecią operatorów będących wyżej w hierarchii Internetu. Robi to po to, aby zapewnić swoim abonentom dostęp do Internetu, który nie kończy się w sieci TP S.A. Daje więc możliwość wszystkim podmiotom funkcjonującym w Internecie świadczenia usług własnym abonentom poprzez Internet. Warto również zauważyć, że TP S.A. wykluczając (w odniesieniu do niektórych, wybranych przez nią podmiotów) możliwość dostępu do swojej sieci wszystkimi możliwymi drogami (za wyjątkiem preferowanej), uniemożliwia przesłanie ruchu tymi łączami w przypadku awarii łączy podstawowych (preferowanych). Stanowi to naruszenie zasady dynamicznego routingu, o którym była mowa wyżej. Jednocześnie blokada stosowana przez TP S.A. w stosunku do wybranych przez nią podmiotów, wszelkich poza preferowanym łączem dostępu do własnej sieci TP S.A., skutkować może niemożliwością skorzystania z określonych usług sieci Internet przez milionów użytkowników TP S.A., korzystających w TP S.A. z usługi dostępu do Internetu, w przypadku awarii łącza podstawowego. W takim bowiem przypadku, z uwagi na stosowaną przez TP S.A. blokadę uniemożliwiającą ruch do i z sieci TP S.A. za pomocą innych łączy aniżeli preferowane, użytkownicy usługi dostępu do Internetu świadczonej przez TP S.A. są pozbawieni możliwości korzystania z usług wybranego przez siebie dostawcy usług internetowych (np. o2.pl Sp. z o.o.). Brak możliwości korzystania z takich usług oznaczać może dla takich użytkowników paraliż komunikacyjny – o2.pl Sp. z o.o. świadczy m.in. usługi poczty elektronicznej, komunikatora internetowego i telefonii VoIP. Z usług o2.pl Sp. z o.o. korzysta kilka milionów osób (poczta elektroniczna – ponad 4,1 miliona osób,

komunikator Tlen.pl – ponad 1,1 miliona osób, usługa telefonii internetowej VoIP Tlenofon – ponad 100 tysięcy osób).

Powyżej opisane zachowanie TP SA (w stosunku do portali/serwisów) jest działaniem naruszającym zasady określone w DD, jak i przepisach PT. TP S.A. dopuszcza się względem wybranych, polskich przedsiębiorców telekomunikacyjnych świadczących usługi portali/serwisów internetowych, bezprawnych dyskryminujących ograniczeń w dostępie do użytkowników końcowych TP S.A., korzystających z usługi dostępu do Internetu świadczonej tym użytkownikom przez TP SA i będących jednocześnie użytkownikami usług świadczonych za pośrednictwem Internetu przez innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych np.: o2.pl Sp. z o.o., zmuszając tych przedsiębiorców do korzystania z określonych, wskazanych łączy (zakupu ruchu internetowego u określonych dostawców, którzy płacą z kolei TP wygórowane ceny za łączy dostępowe do TP). Dzięki takiemu działaniu TP S.A. czerpie w sposób nieuzasadnione korzyści finansowe, w rzeczywistości bezprawnie wymuszone na wybranych podmiotach.

Reasumując powyższe należy wyraźnie podkreślić, iż działania TP S.A. odnoszą negatywny skutek wobec działalności przedsiębiorców telekomunikacyjnych, jak i zakłócają zasady równoprawnej i skutecznej konkurencji względem użytkowników końcowych TP S.A. ograniczając ich wybór:

A. Wpływ działań TP S.A. na działalność innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych świadczących usługi portalu internetowego, poczty elektronicznej, komunikatora internetowego, przesyłania sygnałów głosowych lub wideo w sieci Internet – zakłócenie zasad równoprawnej i skutecznej konkurencji

Działania TP S.A. wyraźnie wskazują, że w porównywalnych okolicznościach TP S.A. różnicuje warunki działalności przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zależności od tego, do jakiej grupy zostaną oni zaklasyfikowani według uznaniowych kryteriów ustalanych arbitralnie przez TP S.A. W zależności od jednostronnej klasyfikacji przedsiębiorców telekomunikacyjnych, TP S.A. uniemożliwia, ogranicza lub też w pełni udostępnia możliwość komunikowania się z użytkownikami końcowymi TP S.A.

Działania TP S.A. wymierzone są w określoną grupę przedsiębiorców polskich (tj. mających siedzibę na terytorium Polski), którzy korzystają z usługi tranzytu ruchu internetowego, kierowanego do użytkowników końcowych TP S.A. za pośrednictwem tańszych łączy dostępowych trzeciego operatora, najczęściej zagranicznego. Degradacja ruchu nie dotyczy przedsiębiorców zagranicznych ani tych przedsiębiorców polskich, którzy korzystają z bezpośredniego połączenia z siecią TP S.A. lub połączenia za pośrednictwem operatora wskazanego przez TP S.A., którego ruch internetowy nie jest ograniczany. Degradując ruch pochodzący od dyskryminowanych polskich przedsiębiorców telekomunikacyjnych, TP S.A. ogranicza lub uniemożliwia im prowadzenie ich podstawowej działalności gospodarczej. Ponieważ utrzymanie tego stanu oznaczałoby konieczność zaprzestania działalności, przedsiębiorcy ci zmuszani są do zmiany sposobu połączenia z siecią TP S.A., a w konsekwencji do ponoszenia wyższych opłat. W ten sposób TP S.A. uniemożliwia wybranym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym korzystanie z tańszych usług tranzytu ruchu w sieci Internet, ograniczając im swobodę wyboru kontrahenta. Mając na uwadze fakt, że w stosunku do tych samych użytkowników końcowych TP S.A. adresowane są także treści internetowe oferowane przez przedsiębiorców zagranicznych (np. www.google.pl, www.e-bay.pl, www.skype.pl), którzy bez uszczerbku dla jakości świadczonych usług mogą korzystać z tranzytu ruchu, warunki dostępu do użytkowników końcowych TP S.A., w jakich muszą działać polscy przedsiębiorcy telekomunikacyjni należy uznać za wyraźnie dyskryminujące. Polscy przedsiębiorcy nie są w stanie prowadzić skutecznej walki konkurencyjnej z przedsiębiorcą zagranicznym, skoro zmuszani są do

ponoszenia wyższych opłat za dostęp do tych samych użytkowników końcowych, do których adresowane są ich usługi. Warto również podkreślić, iż dyskryminacyjna polityka TP S.A. stwarza barierę wejścia na rynek, ponieważ każdy potencjalny uczestnik rynku musi liczyć się z koniecznością ponoszenia opłat wyższych niż jego zagraniczny konkurent.

B. Wpływ działań TP S.A. na możliwość swobodnego wyboru usług przez użytkowników końcowych TP S.A. – ograniczanie swobodnego korzystania przez użytkowników końcowych TP S.A. z wybranych portali i usług Internetowych

Działania TP S.A. wymierzone są w jej własnych klientów, którym świadczy usługę dostępu do Internetu. Ruch internetowy, który jest degradowany przez TP S.A., to jednocześnie ruch generowany na skutek aktywności użytkowników końcowych TP S.A. mających dostęp do Internetu. Przykładowo, użytkownik oferowanej przez TP S.A. usługi dostępu do Internetu „neostrada.tp” chcąc wejść na stronę www.o2.pl generuje komunikat (w formie transmisji niewielkiej liczby danych, tzw. uploading) informujący o tym, iż chce on otworzyć tę stronę. W odpowiedzi na jego komunikat następuje proces otwierania strony www, który oznacza, iż następuje transmisja danych z sieci o2.pl Sp. z o.o. do sieci TP S.A. Dane są ściągane przez użytkownika Internetu na jego komputer (downloading). TP S.A. zakłóca proces downloading'u danych i w ten sposób utrudnia lub uniemożliwia swoim użytkownikom Internetu korzystanie z zasobów sieci Internet, np. z usług o2.pl Sp. z o.o. TP S.A. ogranicza zatem swoim klientom dostęp do zasobów sieci Internet. Innym przykładem obrazującym analizowane działania TP S.A. jest sytuacja, w której użytkownik końcowy TP S.A. nie może komunikować się z użytkownikiem innego przedsiębiorcy poprzez usługę poczty elektronicznej czy komunikatora internetowego, świadczoną przez tego czy innego przedsiębiorcę. W takiej sytuacji np.: użytkownik końcowy TP S.A. nie ma możliwości (albo ma w znacznie utrudnionym zakresie) skontaktowania się z innym użytkownikiem innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego.

Należy po raz kolejny podkreślić, że użytkownik końcowy TP S.A. nie ma świadomości, iż problemy z wejściem i poruszaniem się po stronie www.o2.pl, czy korzystanie z usług poczty elektronicznej czy komunikatora internetowego są wynikiem działań jego operatora dostępowego, czyli TP S.A. Wynika to z tego, iż inne treści internetowe są mu dostępne w tym samym czasie bez zakłóceń. TP S.A. utrudniając swoim klientom dostęp do sieci Internet, pobiera jednocześnie opłaty za świadczoną im usługę dostępu właśnie do sieci Internet.

TP S.A. różnicując warunki działalności przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wypacza zasady równoprawnej konkurencji. Tymczasem, w interesie użytkowników Internetu jest istnienie i prowadzenie działalności przez jak największą liczbę przedsiębiorców konkurujących pomiędzy sobą o użytkowników Internetu. W ten sposób użytkownicy będą mieli zapewniony szeroki wybór oferowanych usług i treści internetowych. W interesie użytkownika Internetu przyłączonego do sieci TP S.A. jest, aby różni przedsiębiorcy telekomunikacyjni prowadzili swoją działalność w sposób niezakłócony działaniami TP S.A.

W zaistniałej, opisanej powyżej sytuacji mamy do czynienia z ograniczaniem przez operatora sieciowego TP S.A. możliwości wyboru użytkownikom końcowym TP S.A. dostępu do portali internetowych i usług świadczonych przez polskich przedsiębiorców telekomunikacyjnych takich jak o2.pl Sp. z o.o. Wyraźnie widać, że stosowana dyskryminacja uniemożliwia łączalność użytkowników końcowych TP S.A. z użytkownikami zapewniającymi usługi portali Internetowych oraz innych usług internetowych. Identyfikując zaistniały problem bezsprzeczne jest, że działania stosowane przez TP S.A. mają widoczny wpływ na zakłócenie równoprawnej konkurencji pomiędzy polskimi i zagranicznymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi i dostawcami treści (użytkownikami oferującymi

portale i inne usługi treściowe) poprzez nierówne traktowanie tych podmiotów w podobnych okolicznościach. W związku z udokumentowaną powyżej koniecznością, zapewnienia użytkownikom końcowym TP S.A. możliwości komunikowania się z użytkownikami innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych świadczących usługi internetowe np. usługi portalu internetowego, poczty elektronicznej, komunikatora internetowego, przesyłania sygnałów głosowych lub wideo w sieci Internet i inne podobne usługi oraz w celu przywrócenia zasad równoprawnej i skutecznej konkurencji Prezes UKE zdecydował o nałożeniu na TP S.A. obowiązków regulacyjnych w trybie art. 45 PT.

IV. Obowiązki

Przepis art. 45 PT określa wprost tylko jeden z obowiązków regulacyjnych, jaki może zostać nałożony w tym trybie - jest to obowiązek połączenia sieci. Rozwiązanie to zgodne jest z art. 5 DD, który wskazuje na możliwość nałożenia obowiązku połączeń międzysieciowych sieci w przypadku, jeżeli nie zostało to jeszcze zrealizowane. Nie mniej jednak art. 45 PT nie wyklucza możliwości nakładania przez Prezesa UKE innych obowiązków regulacyjnych. Zakres obowiązków, jakie mogą zostać nałożone w trybie art. 45 PT, z uwzględnieniem celów zawartych w art. 1 ust 2 PT, ograniczony jest celem wskazanym w art. 45 PT. tj. zapewnieniem komunikacji między użytkownikami końcowymi przedsiębiorcy telekomunikacyjnego kontrolującego dostęp do użytkowników końcowych a użytkownikami innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Prezes UKE mając na uwadze cele ustawy PT tj:

- wspieranie równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych;
- rozwój i wykorzystanie nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej;
- zapewnienie ładu w gospodarce numeracją, częstotliwościami oraz zasobami orbitalnymi;
- zapewnienie użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych;
- zapewnienie neutralności technologicznej

nakłada stosowne obowiązki regulacyjne w celu zapewnienia możliwości komunikowania się pomiędzy użytkownikami różnych sieci.

Przepis art. 45 PT zawiera te same wytyczne dotyczące nakładania obowiązków regulacyjnych, jakie wynikają z art. 25 ust. 4 PT, który odnosi się do decyzji regulacyjnych wydawanych dla przedsiębiorców o pozycji znaczącej. Zgodnie z treścią art. 25 ust. 4 PT w decyzjach dotyczących nałożenia obowiązków regulacyjnych określonych w ustawie Prezes UKE nakłada, utrzymuje, zmienia lub znosi jeden lub więcej obowiązków regulacyjnych, o których mowa w art. 34, art. 36-40, art. 42, art. 44-47 i art. 72 ust. 3 PT., biorąc pod uwagę adekwatność danego obowiązku do zidentyfikowanego problemu, proporcjonalność oraz cele określone w art. 1 ust. 2, z uwzględnieniem art. 1 ust. 3 PT.

Prezes UKE, realizując uprawnienia wynikające z art. 45 PT, musi również wziąć pod uwagę treść DD. Sama DD stwierdza, że środki nakładane zgodnie z art. 5 DD mają na celu zapewnić możliwość połączenia się użytkowników końcowych i to w sposób, który zgodnie z celem DD zapewni odpowiedni dostęp użytkowników oraz ich maksymalne korzyści. Jak wynika z regulacji zawartych w DD nie wystarczy zapewnić komunikację między użytkownikami, ale komunikacja ta powinna być na odpowiednim poziomie i powinna zapewniać maksymalne korzyści użytkownikom końcowym. Podobny cel regulacji rynku telekomunikacyjnego zapisany jest we wskazywanym już art. 1 ust. 2 pkt 4 PT tj.: zapewnienie użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych.

TP S.A. powinna zapewniać swoim użytkownikom końcowym dostęp do usług portali internetowych, poczty elektronicznej, komunikatorów internetowych, przesyłania sygnałów głosowych lub wideo w sieci Internet oferowanych przez inne przedsiębiorstwa telekomunikacyjne w sposób zapewniający maksymalnie korzyści dla użytkowników końcowych.

W związku z opisanym we wcześniejszej części niniejszej decyzji działaniem TP S.A. polegającym na:

- ingerowaniu przez TP S.A. w jakość i parametry transmisji pomiędzy użytkownikami końcowymi TP S.A. a urządzeniami o2.pl Sp. z o.o.,
- uniemożliwianiu użytkownikom końcowym TP S.A. swobodnego dostępu do portali i usług internetowych świadczonych przez o2.pl Sp. z o.o.

Prezes UKE widzi zasadność interwencji w przedmiotowej sprawie, w związku z czym podejmuje niezbędne działania poprzez nałożenie stosownych obowiązków regulacyjnych na Telekomunikację Polską S.A. w celu realizacji założeń art. 45.

Mając na uwadze powyższe, oraz biorąc pod uwagę adekwatność danych obowiązków do zidentyfikowanego problemu, proporcjonalność oraz cele określone w art. 1 ust. 2, z uwzględnieniem art. 1 ust. 3 Pt. Prezes UKE nakłada na TP S.A. wskazane w rozstrzygnięciu obowiązki regulacyjne w celu zapewnienia użytkownikom końcowym TP S.A. dostępu do portali i usług internetowych świadczonych przez innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Jedynie w ten sposób mogą zostać zrealizowane cele określone w art. 45 PT, w tym wspieranie równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz zapewnienie użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych. Prezes UKE analizując całokształt zaistniałej sprawy odstąpił od nałożenia w przedmiotowej sprawie obowiązku połączeń międzysieciowych, uznając, że nie jest to obowiązek adekwatny do zidentyfikowanego problemu.

Dodatkowo należy przypomnieć, że zgodnie z decyzją Prezesa URTiP z dnia 24 grudnia 2002 r. Nr DRT-WUP/K-10/2002, Telekomunikacja Polska S.A. jest operatorem o znaczącej pozycji rynkowej w zakresie świadczenia usług na krajowym rynku połączeń międzysieciowych, co oznacza, że szereg obowiązków TP wynika wprost z tego statusu i przepisów prawa. W szczególności, zgodnie z art. 221 ust 4 pkt d PT w związku z art. 36 PT przedsiębiorca telekomunikacyjny, który przez dzień wejścia w życie ustawy był operatorem o znaczącej pozycji rynkowej w zakresie świadczenia usług na krajowym rynku połączeń międzyoperatorskich obowiązany jest do wykonywania obowiązku spełnienia wszystkich uzasadnionych żądań związanych z dostępem do jego sieci, włącznie z żądaniem zapewnienia dostępu do swojej sieci, w każdym technicznie uzasadnionym jej punkcie niebędącym zakończeniem sieci, przy czym wniosek uważa się za uzasadniony, jeśli sieć przyłączona została wybudowana zgodnie z przepisami prawa. W związku z tym TP S.A. zobligowana jest do realizacji obowiązku wzajemnego połączenia sieci na każdy uzasadniony wniosek innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego.

1. Obowiązek równego traktowania – art. 36 PT

W świetle art. 36 PT Prezes UKE może, zgodnie z przesłankami, o których mowa w art. 25 ust. 4 PT, w drodze decyzji nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowanie usług oraz udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa, lub w stosunkach z podmiotami zależnymi.

Zastosowanie art. 36 PT nie jest jednak ograniczone wyłącznie do operatorów o znaczącej pozycji rynkowej. Art. 45 PT nie wyklucza możliwości nakładania na przedsiębiorców niezajmujących pozycji znaczącej innych obowiązków regulacyjnych przewidzianych w ustawie. Należy zatem uznać za dopuszczalne nałożenie obowiązku wynikającego z art. 36 PT w trybie art. 45 PT.

Identyfikując zaistniały problem wskazane zostało, że TP S.A. stosuje praktyki dyskryminujące jednych przedsiębiorców względem innych, poprzez nie oferowanie im jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach. Z przedstawionego stanu faktycznego wynika, że TP S.A. różnicuje przedsiębiorców telekomunikacyjnych, będących jednocześnie użytkownikami oraz użytkowników innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych świadczących na rzecz użytkowników końcowych TP S.A. usługi:

- portali internetowych,
- poczty elektronicznej,
- komunikatora internetowego,
- przesyłania sygnałów głosowych lub wideo w sieci Internet

przez łącza operatorów trzecich, tych samych od których TP S.A. nabywa usługę dostępu do Internetu. Telekomunikacja Polska S.A. dzieli takich przedsiębiorców telekomunikacyjnych na trzy grupy. Jak to zostało wskazane we wcześniejszej części niniejszej decyzji wobec grup przedsiębiorców określonych jako "Polish rejected prefixes" oraz "Polish limited prefixes" stosowane były działania ograniczające lub uniemożliwiające korzystanie przez użytkowników końcowych TP S.A. z usług tych przedsiębiorców. Wobec pozostałych przedsiębiorców TP S.A. nie stosowała żadnych istotnych ograniczeń. W grupie przedsiębiorców, wobec których TP S.A. nie zastosowała żadnych ograniczeń związanych z ruchem w sieci, znaleźli się przedsiębiorcy zagraniczni świadczący usługi portali internetowych, poczty elektronicznej i komunikatorów internetowych tacy jak Ebay, Skype oraz Google. Przedsiębiorcy ci oferują użytkownikom „sieci Internet”, w tym również użytkownikom końcowym TP S.A., usługi konkurencyjne do usług świadczonych przez spółkę o2.pl. Sp. z o.o. i innych polskich przedsiębiorców. W przypadku tych przedsiębiorców TP S.A. nie ogranicza swoim użytkownikom końcowym dostępu do oferowanych przez nich usług. Jak widać wyraźnie, wobec takich działań TP S.A., przedsiębiorcy tacy jak spółka o2.pl Sp. z o.o. zakwalifikowani przez TP S.A. do grupy „Polish rejected prefixes” lub "Polish limited prefixes” tracą możliwość równoprawnego i efektywnego konkurowania z innymi przedsiębiorcami świadczącymi podobne usługi.

Wskazane działania TP S.A. spowodowały, że użytkownicy końcowi TP S.A. nie mogli korzystać w swobodny i efektywny sposób z usług spółki o2.pl. Sp. z o.o. Ta okoliczność spowodowała, że spółka o2.pl Sp. z o.o. w sposób wymuszony faktycznie przez działania TP S.A., w celu dalszego oferowania swoich usług użytkownikom końcowym TP S.A., a nawet mając na uwadze dalsze istnienie na rynku świadczonych usług, zmieniła sposób podłączenia swojego przedsiębiorstwa do sieci poprzez zawarcie umowy z operatorem telekomunikacyjnym, którego łącza nie są blokowane lub ograniczane przez TP S.A., ale są znacznie bardziej kosztowne. Takie rozwiązanie umożliwiło efektywne komunikowanie się użytkowników końcowych TP S.A. z użytkownikami o2.pl. Sp. z o.o. Wiązało się to jednak z koniecznością ponoszenia przez spółkę o2.pl Sp. z o.o. wielokrotnie wyższej opłaty za ruch do i od własnej sieci. Zagraniczni przedsiębiorcy telekomunikacyjni oferujący usługi portali internetowych takich jak Google czy Skype nie zostali zmuszeni do zmiany sposobu podłączenia swojego przedsiębiorstwa do sieci Internet poprzez zawarcie umowy z operatorem telekomunikacyjnym, którego łącza nie są blokowane lub ograniczane przez TP S.A.

Powyższe działania TP S.A. powodują, że w porównywalnych okolicznościach TP S.A. różnicuje warunki oferowane przedsiębiorcom w zależności od tego, do jakiej grupy

zostaną oni zaklasyfikowani według uznaniowych kryteriów, ustalanych jednostronnie przez TP S.A. Działanie takie narusza równoprawną i skuteczną konkurencję w zakresie świadczenia usług oferowanych przez przedsiębiorców zaliczonych przez TP S.A. do grup „Polish rejected prefixes” oraz „Polish limited prefixes”. Przedsiębiorcom, którzy w porównywalnych okolicznościach świadczą usługi użytkownikom końcowym TP S.A. nie poprzez bezpośrednie połączenia z siecią TP S.A., ale za pośrednictwem wybranych przez siebie przedsiębiorstw trzecich, TP S.A. w zależności od jednostronnej, uznaniowej klasyfikacji ogranicza, uniemożliwia lub też w pełni udostępnia możliwość komunikowania się z użytkownikami końcowymi TP S.A. Przedsiębiorcy, których działalność jest ograniczana nie uzyskują zatem równych warunków transmisji danych i zmuszeni są do podłączenia się do sieci za pośrednictwem przedsiębiorców faworyzowanych, przez TP S.A. W związku z powyższym niezaprzeczalnym jest fakt zasadności nałożenia na Telekomunikację Polską S.A. nakazu równego traktowania przedsiębiorców poprzez zapewnienie takich samych warunków w porównywalnych okolicznościach. Obowiązek równego traktowania przedsiębiorców powinien być realizowany przez zapewnienie na żądanie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego takich samych warunków przesyłu pakietów protokołu internetowego, w szczególności czasu transmisji pakietów, wielkości obsługiwanych pakietów, kolejności transmisji pakietów i strat pakietów, dla ruchu pomiędzy abonentami TP S.A. a świadczonymi przez żądającego przedsiębiorcę usługami portalu internetowego lub poczty elektronicznej lub komunikatora internetowego lub przesyłania sygnałów głosowych lub wideo w sieci Internet, realizowanymi przez łącza operatorów trzecich, od których TP S.A. nabywa usługę dostępu do Internetu, jak warunki stosowane przez TP S.A. wobec pozostałych przedsiębiorców świadczących przez łącza tych samych operatorów trzecich dla abonentów TP S.A. usługi portalu internetowego lub poczty elektronicznej lub komunikatora internetowego lub przesyłania sygnałów głosowych lub wideo w sieci Internet.

Nałożenie przedmiotowego obowiązku jest w ocenie Prezesa UKE środkiem niezbędnym do zapewnienia użytkownikom końcowym TP S.A. możliwości efektywnego dostępu do portali i usług internetowych świadczonych przez różnych przedsiębiorców zgodnie z wymogami art. 45 PT oraz zgodnie z celami ustawy wskazanymi w art. 1 ust. 2 PT.

Obowiązki regulacyjne nakładane na podstawie art. 45 PT powinny być adekwatne do zidentyfikowanego problemu, proporcjonalne oraz stosowane z uwzględnieniem celów określonych w art. 1 ust. 2 PT oraz art. 1 ust. 3 PT. Dodatkowo obowiązki te powinny także uwzględniać cele DD oraz DR, które stanowią uzasadnienie dla implementacji art. 45 w PT.

Zaistnienie wskazanego problemu bezwzględnie wymaga interwencji regulacyjnej, ponieważ działanie TP S.A. narusza podstawowy cel PT, jak również cele DR i DD tj.: zapewnienie użytkownikom końcowym maksymalnej korzyści, promocje wydajności oraz zapewnienie zrównoważonej konkurencji zakładającej swobodny dostęp do sieci telekomunikacyjnych (art. 1 ust. 2 PT, art. 5 DD, art. 8 DR). Zapewnienie maksymalnej korzyści użytkowników końcowych wymaga nie tylko, by mieli oni dostęp do użytkowników świadczących usługi portali internetowych i inne usługi internetowe, ale także by mogli to czynić w sposób swobodny i nie skrzepowany ograniczeniami stosowanymi przez TP S.A. w zależności od tego, z usług jakiego przedsiębiorcy oferującego usługi portali internetowych i innych usług internetowych użytkownicy ci korzystają.

Zgodnie z art. 8 ust. 2 DR: „Krajowe organy regulacyjne będą wspierać konkurencję w dziedzinie udostępniania sieci i usług łączności elektronicznej oraz urządzeń towarzyszących i usług, m. in.: a) zapewniając, by użytkownicy, (...), czerpali maksymalne korzyści, jeżeli chodzi o różnorodność, ceny i jakość usług; b) zapewniając, że nie występuje zniekształcenie czy ograniczenie konkurencji w sektorze łączności elektronicznej”.

Ponadto w świetle art. 8 ust. 3 DR organy krajowe zapewniają, że *"w podobnych okolicznościach nie występuje dyskryminacja w traktowaniu przedsiębiorstw udostępniających sieci i usługi łączności elektronicznej"*.

Krajowe organy regulacyjne mogą nakładać obowiązki regulacyjne, w szczególności w sytuacji, gdy stwierdzą, że *"ustanowienie nierozsądnych zasad i warunków dostępu do sieci nie byłoby w interesie użytkowników końcowych"* (art. 12 ust. 1 DD).

W celu przywrócenia możliwości swobodnego komunikowania się pomiędzy użytkownikami końcowymi TP S.A. oraz użytkownikami innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych w warunkach rzeczywistej konkurencji niezbędne jest zobowiązanie TP S.A. do zniesienia ograniczeń w dostępie do użytkowników końcowych nakładanych według uznania na niektóre przedsiębiorców. Zobowiązanie to można, zdaniem Prezesa UKE, wykonać poprzez nałożenie obowiązku regulacyjnego równego traktowania na podstawie art. 36 PT w sposób wskazany niniejszą decyzją, który spowoduje skuteczne zniesienie ograniczeń komunikacji stosowanych wobec części przedsiębiorców.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż nałożenie obowiązku równego traktowania w sposób wskazany w niniejszej decyzji jest środkiem adekwatnym do zidentyfikowanego problemu. W ocenie Prezesa UKE przyjęcie takiego rozwiązania będzie skutkowało zniesieniem ograniczeń w komunikowaniu się użytkowników końcowych TP S.A. z użytkownikami innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz będzie wspierać zasady równoprawnej i skutecznej konkurencji poprzez ograniczenie dyskryminacyjnych praktyk TP S.A. W ocenie Prezesa UKE wskazany obowiązek spełnia wymogi proporcjonalności i jest konieczny w celu rozwiązania udokumentowanego powyżej problemu.

2. Obowiązek udostępniania informacji – art. 37 ust 1 PT

Zgodnie z art. 37 ust. 1 PT Prezes UKE może, zgodnie z przesłankami o których mowa w art. 25 ust. 4, w drodze decyzji, nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek ogłaszania lub udostępniania informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, dotyczących informacji księgowych, specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat.

Podobnie, jak wykazano w pkt. IV. 1 Uzasadnienia, możliwe jest również zastosowanie obowiązku regulacyjnego wynikającego z art. 37 PT w świetle art. 45 PT.

W ocenie Prezesa UKE zasadnym jest nałożenie na TP S.A. obowiązku udostępniania Prezesowi UKE - na wniosek żądającego przedsiębiorcy świadczącego usługi portalu internetowego lub poczty elektronicznej lub komunikatora internetowego lub przesyłania sygnałów głosowych lub wideo w sieci Internet, poszczególnych konfiguracji urządzeń za okres do 90 dni poprzedzających złożenie wniosku o udostępnienie danych, wraz z informacją o okresie stosowania poszczególnych konfiguracji, w odniesieniu do urządzeń, które umożliwiają TP S.A. dokonywanie zmian warunków przesyłu pakietów protokołu internetowego, w szczególności czasu transmisji pakietów, wielkości obsługiwanych pakietów, kolejności transmisji pakietów i strat pakietów pomiędzy abonentami TP S.A. a świadczonymi przez przedsiębiorcę żądającego usługami, realizowanymi przez łącza operatorów trzecich, oraz pomiędzy abonentami TP S.A. i wskazanymi we wniosku przez przedsiębiorcę żądającego adresami lub numerami IP innych przedsiębiorców świadczących usługi, korzystających z łączy tych samych operatorów trzecich, w szczególności urządzeń kierujących ruchem na łączach od i do operatorów trzecich, od których TP S.A. nabywa usługę dostępu do Internetu.

Wraz z nałożeniem na TP S.A. obowiązku równego traktowania, Prezes UKE nakłada na TP S.A. obowiązek informacyjny, który jest obowiązkiem komplementarnym w stosunku

do obowiązku równego traktowania. Nałożenie na TP S.A. obowiązku udostępniania informacji wskazanych w niniejszej decyzji jest warunkiem niezbędnym do należytego wywiązania się z obowiązku niedyskryminacji i tym samym umożliwi należytą kontrolę wykonania nałożonego na TP S.A. na podstawie art. 36 PT obowiązku. W szczególności, istotne jest uzyskiwanie informacji o sposobie realizacji powyższego obowiązku zarówno w chwili złożenia danego wniosku, jak i w okresie 90 dni poprzedzających złożenie wniosku. Informacje te można uzyskać poprzez analizę porównawczą konfiguracji przedsiębiorcy wnioskującego i innych przedsiębiorców działających na tym samym rynku.

Informacje, które zostały objęte na mocy niniejszej decyzji obowiązkiem udostępniania, mieszczą się w zakresie informacji wskazanych w art. 37 ust. 1 PT dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, oraz zasad i warunków świadczenia usługi. Nakładając przedmiotowy obowiązek Prezes UKE nie wykroczył poza wskazaną w przepisie art. 37 ust. 1 listę informacji, która ma charakter wyczerpujący.

Równocześnie mając na uwadze kluczowy dla niniejszego rozstrzygnięcia art. 45 PT, należy stwierdzić, iż obowiązek udostępniania informacji stanowi obowiązek niezbędny do zapewnienia użytkownikom końcowym TP S.A. możliwości swobodnego komunikowania się z użytkownikami innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a także umożliwi zapobieganie w przyszłości działaniom TP S.A., które utrudnią lub uniemożliwią taką komunikację.

Zastosowanie obowiązku udostępniania informacji na podstawie art. 37 ust. 1 PT, jak już zostało wskazane powyżej, jest ponadto uzasadnione koniecznością zapewnienia instrumentów kontroli nad przestrzeganiem obowiązku regulacyjnego równego traktowania nałożonego przez Prezesa UKE na TP S.A. na podstawie art. 36 PT. Obowiązek ten jest warunkiem niezbędnym do stwierdzenia czy przedsiębiorcy są rzeczywiście traktowani na równi z innymi przedsiębiorcami będącymi w podobnej sytuacji.

Obowiązek regulacyjny udostępniania informacji nałożony na TP S.A. w brzmieniu niniejszej decyzji pozostaje w uzasadnionej proporcji do celów, których realizacji mają służyć. Jest on konieczny i niezbędny do zapewnienia komunikacji określonej w art. 45 PT oraz nie spowoduje skutków ubocznych lub uciążliwości dla TP S.A.

V. Względna skuteczność prawa konkurencji

Stosownie do art. 45 PT nałożenie obowiązków regulacyjnych powinno mieć na uwadze ww. cele ustawy z uwzględnieniem art. 1 ust. 3 PT. Przepis ten stanowi, iż prawo telekomunikacyjne nie narusza przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080.) Należy zatem rozważyć, czy w niniejszej sprawie prawo konkurencji stanowi gwarancję realizacji celu polegającego na wspieraniu równoprawnej i skutecznej konkurencji. Bezsprzecznym jest, że w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, możliwe jest jedynie nakazanie TP S.A. zaniechania prowadzonych działań uznanych za praktykę ograniczającą konkurencję. Nie jest jednak możliwe, na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nałożenie na TP S.A. obowiązków zapewniających wspieranie rozwoju konkurencji.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż nałożenie na Telekomunikację Polską S.A. obowiązków wskazanych w art. 36 i art. 37 ust. 1 PT, w brzmieniu niniejszej decyzji spełnia wszystkie przesłanki wymagane w art. 45 PT

Pouczenie:

Stosownie do art. 206 ust. 2 i 3 Prawa telekomunikacyjnego, w związku z art. 479⁵⁸ Kodeksu postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.) od decyzji niniejszej przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu ochrony konkurencji i konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji.