

Warszawa, 27 października 2017 r.  
647/PIKE/2017

Pan Marcin Cichy  
Prezes Urzędu Komunikacji  
Elektronicznej  
ul. Kasprzaka 18/20  
01-211 Warszawa

Nr sprawy: DHRT.SMP.6040.2.2017

**Stanowisko dotyczące projektu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w sprawie określenia rynku właściwego jako krajowego hurtowego rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, ustalenia, że na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej, wyznaczenia EmiTel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym oraz nałożenia na EmiTel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie obowiązków regulacyjnych**



Działając w imieniu Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej (PIKE, Izba), niniejszym przedstawiam stanowisko w toku postępowania konsultacyjnego, wszczętego 29 września 2017 r., w odniesieniu do projektu decyzji, o którym mowa powyżej.

PIKE podkreśla, iż argumentacja przedstawiona w niniejszym stanowisku dotyczy wyłącznie zagadnień stanowiących przedmiot niniejszego postępowania. Nie podlega zatem wykorzystaniu w celu oceny praw i obowiązków, które są nałożone lub mogą być nałożone w toku innych postępowań, w szczególności związanych z wykonywaniem zadań z zakresu obronności. Argumentacja zawarta w niniejszym stanowisku nie może być zatem wykorzystana w związku z aktywnością Stron i Uczestników postępowania niezwiązana bezpośrednio z przedmiotem niniejszego postępowania.

## 1. Substytucyjność

PIKE zgłasza wątpliwości odnośnie do ustaleń Prezesa UKE w zakresie substytucyjności pomiędzy usługami radiofonii naziemnej oraz kablowej i satelitarnej. Na stronie 17 projektu decyzji Prezes UKE wskazał, że zasięg sieci kablowych, obejmujący ponad 50% gospodarstw domowych, nie jest porównywalny z zasięgiem sieci naziemnych i satelitarnych. Wydaje się jednak, że zasięg obejmujący ponad połowę gospodarstw domowych nie powinien być pomijany.

Zgodnie z informacjami ujętymi na stronie 13 projektu decyzji **zdecydowana większość programów radiowych stanowią programy nadawane lokalnie (ok. 100 rozgłośni)**, a programów dostępnych na powierzchni całego kraju jest jedynie osiem. W związku z powyższym może dziwić, że Prezes UKE uznał sieci zapewniające pokrycie ponad połowy kraju za pomijalne. Z tego samego powodu trudno uznać za prawidłową analizę rynku, która obejmuje zasadniczo wyłącznie sieci, które są w stanie zapewnić pokrycie całej powierzchni kraju.

W odniesieniu do sieci satelitarnych Prezes UKE wskazał, że choć sieci satelitarne zapewniają pokrycie kraju porównywalne do sieci naziemnej, to przeszkodą w korzystaniu z tych sieci są wymogi m.in. spółdzielni, czy też wspólnot mieszkaniowych dotyczące elewacji. Wymogi te, zdaniem Prezesa UKE „nie należą do rzadkości”. Biorąc pod uwagę, że rozważania na temat substytucyjności usług są kluczowe dla zdefiniowania zakresu rynku w wymiarze produktowym, w opinii PIKE twierdzenia na dowód braku substytucyjności powinny być poparte konkretnymi danymi.

Ponadto, Izba uważa, że Prezes UKE **nie powinien (na stronach 16-18 projektu decyzji) porównywać oferty radia naziemnego ze „średniomiesięcznym kosztem” dostępu do sieci płatnych.**

Po pierwsze, Prezes UKE nie wskazał, które „wybrane” oferty abonamentowe porównywał i w jaki sposób wyliczył taki „średniomiesięczny koszt”. Po drugie, sam Prezes UKE wskazał, że w przypadku sieci satelitarnych **programy radiowe stanowią jedynie dodatek do oferty**, ponieważ oferta sieci satelitarnych obejmuje przede wszystkim bogatą ofertę programów telewizyjnych. Wydaje się oczywiste, że taka sama uwaga powinna znaleźć zastosowanie w równym stopniu do sieci kablowych i np. internetu. Warto w tym miejscu wspomnieć, że Prezes UKE zasadniczo nie dokonał analizy radia internetowego pod kątem jego substytucyjności ani presji konkurencyjnej.

Skoro programy radiowe stanowią jedynie dodatek do oferty dotyczącej głównie programów telewizyjnych, należy przyjąć, że radiosłuchacze nie ponoszą kosztów abonamentów kablowych, czy też satelitarnych, ze względu na możliwość słuchania radia. W związku z tym koszty abonamentów nie powinny być brane w tym przypadku pod uwagę. Tym bardziej przy ocenie tych kosztów nie powinny być brane pod uwagę oferty wiązane, obejmujące dostęp do usług telewizyjnych, rozmów telefonicznych i dostępu do internetu.

Należy podkreślić, że przy określaniu rynku właściwego należy mieć na względzie nie tylko jego definicję, ujętą w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, lecz również m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 5 listopada 2015 r. (III SK 7/15), którym Sąd ten stwierdził „Wyznaczenie rynku właściwego następuje w wyniku procesu subsumpcji ustalonych w postępowaniu [...] okoliczności faktycznych dotyczących tego **kto, kiedy, gdzie i w jaki sposób zachowuje się w obrocie gospodarczym**. Rynek właściwy jest konceptem prawnym, służącym określonej kwalifikacji prawnej fragmentu rzeczywistości gospodarczej. Podstawę dla wyznaczenia rynku właściwego powinny, modelowo, stanowić badania i analizy rynku pozwalające zgromadzić dane o tym, jacy przedsiębiorcy, jacy klienci [na nim występują] oraz w jaki sposób zachowują się na rynku. Dopiero na podstawie tych danych można dokonać prawnej kwalifikacji rynku jako rynku właściwego”.

Prezes UKE w postępowaniu winien zatem zbadać zachowania i preferencje nadawców (badania preferencji radiosłuchaczy są oczywiście przy tym bardzo ważne), a w szczególności ustalić, jaki jest poziom gotowości nadawców do uiszczenia ceny za transmisję naziemną i czy ewentualne podniesienie takiej ceny nie spowoduje u nadawcy skłonności zaspokojenia

swoich potrzeb emisyjnych w innej technologii np. satelitarnej, kablowej czy w internecie. Badanie takie jest istotne dla ustalenia wskaźnika substytucyjności platform satelitarnej, naziemnej, kablowej i internetowej, z punktu widzenia nadawców oraz zdefiniowania owych platform, jako szeroko rozumianego rynku telewizyjnego.

Badanie takie nie powinno jednakże zostać przeprowadzone na podstawie obiektywnych kryteriów. Tymczasem Prezes UKE (strona 18-19 projektu decyzji) prowadzi **rozważania na temat substytucyjności platform nadawczych z punktu widzenia nadawców, pomijając to – co wskazano już wcześniej – że zdecydowana większość nadawców emituje programy lokalnie.**

W opinii Izby Prezes UKE powinien nadać należyłą wagę lokalnym programom radiowym oraz adekwatnie ocenić poziom substytucyjności usług transmisji naziemnej z usługami świadczonymi z wykorzystaniem platform płatnych.

## 2. Struktura podmiotowa rynku

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że w opinii Izby istnieje szereg ważkich argumentów przemawiających za tym, że na wspomnianym rynku nie istnieje przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej. Argumenty te nie zostały rozważone przez Prezesa UKE w decyzji.

Po pierwsze, należy ponownie zwrócić uwagę, że Prezes UKE nie wziął pod uwagę, że zdecydowana większość programów radiowych odbierana jest lokalnie. W związku z tym niesłuszne jest, w opinii PIKE, analizowanie niemal wyłącznie obiektów wysokich mocy (strona 33 projektu decyzji).

Po drugie, Prezes UKE powinien poddać analizie również działalność samych nadawców, którzy niejednokrotnie samodzielnie emitują swoje programy. W tym względzie Izba podnosiła już w swoim stanowisku wyrażonym w czasie prowadzenia postępowania, że **z porównania wykazu obowiązujących koncesji** oraz wybranych decyzji koncesyjnych (Bajka – Fundacja na rzecz rozwoju dzieci, Fundacja Krakowskiego Radia Akademickiego ŻAK, Hobby Sp. z o.o., Jacek Dziakowicz) **udzielonych przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji (KRRiT) na rozpowszechnianie programów radiowych, z wykazem pozwoleń radiowych dla stacji radiofonicznych, prowadzonego przez UKE, wynika, że radiowych stacji nadawczych jest więcej niż wynika z wykazu prowadzonego przez Prezesa UKE.** W ocenie Izby nie można również oceniać siły rynkowej EmiTel z perspektywy uzyskanego przez EmiTel dostępu do obiektów podmiotów trzecich bowiem EmiTel nie uzyskuje przychodu na rynku hurtowym, a jedynie ponosi koszt pozyskania obiektu w drodze najmu bądź dzierżawy.

Po trzecie, Prezes UKE nie wziął pod uwagę, że publiczni nadawcy radiowi (pięć spośród ośmiu nadawców emitujących program w całym kraju jest nadawcami publicznymi) – o ile nie prowadzą emisji swoich programów samodzielnie – prowadzą przetargi na świadczenie usług transmisji, w trybie ustawy – Prawo zamówień publicznych. Rynek ten jest zatem rynkiem przetargowym (tzw. 'bidding market'). **Na rynkach przetargowych pozycja rynkowa podmiotu wygrywającego przetarg nie jest odzwierciedleniem jego rzeczywistej pozycji, lecz skutkiem mechanizmu ustanowionego w ustawie – Prawo zamówień publicznych.**

Rynek przetargowy charakteryzuje się występowaniem konkurencji w cyklach przetargowych, kiedy to po upływie kolejnego cyklu inny podmiot może wygrać przetarg lub inne postępowanie konkurencyjne<sup>1</sup> i wówczas jego zadaniem będzie pokrycie swoim zasięgiem odpowiedniego obszaru. **W przypadku rynków przetargowych nawet 100-procentowy udział w rynku nie świadczy zatem o pozycji dominującej, jeżeli procedura przetargowa lub konkursowa**

<sup>1</sup> Richard Whish, David Bailey *Competition Law*, Oxford University Press 2012, str. 83.



była w pełni konkurencyjna<sup>2</sup>. Zagadnienie rynków przetargowych jest znane w doktrynie europejskiej i zostało szeroko opisane choćby w oxfordzkiej publikacji „Competition Law”, autorstwa Richarda Whisha oraz Davida Bailey’a.

W związku ze szczególnym charakterem rynków przetargowych, posiadanie wysokiego udziału w rynku przez jeden podmiot w żaden sposób nie ogranicza konkurencji, ale jest wynikiem celowego działania mechanizmów ustanowionych na poziomie ustawowym. Dodatkowe regulowanie takiego rynku nie doprowadzi do zmiany udziału w takim rynku ani do poprawienia konkurencji, stanowiąc działanie nadmierowe, nieproporcjonalne. Konkurencja na takim rynku pojawia się bowiem wyłącznie w czasie kolejnego przetargu i nie jest wówczas niczym ograniczana, przy uwzględnieniu racjonalnych zachowań rynkowych uczestników, co także podlega kontroli w procedurach konkursowych lub przetargowych (choćby przez ocenę kryterium wpływu na konkurencję lub zapobieganie nieuczciwej konkurencji, np. za pomocą cen dumpingowych). **Do czasu kolejnego przetargu, niezależnie od intensywności działań regulacyjnych, udział przedsiębiorców w analizowanym rynku nie ma możliwości się zmienić.** W związku z powyższym Prezes UKE powinien również wziąć pod uwagę kalendarz obowiązywania umów, zawartych w wyniku przetargów, a zarazem i terminy kolejnych przetargów.

Izba wskazywała już w swoim stanowisku złożonym w czasie prowadzenia postępowania w niniejszej sprawie, że Prezes UKE powinien przeprowadzić dowodu z publicznie dostępnej dokumentacji przetargów publicznych na świadczenie usług emisji programów Polskiego Radia S.A. w zakresie UKF i UKF-FM, na okoliczność **uczestnictwa wielu podmiotów w przetargach organizowanych przez Polskie Radio S.A.** W przetargu na świadczenie usług emisji programów Polskiego Radia w zakresie UKF-FM (BZ-DZP.B5.42.2016) z 2017 r. uczestniczyło siedem podmiotów. EmiTel nie tylko nie wygrał przetargu na wiele z zadań, których przetarg dotyczył, lecz również nie złożył ofert na realizację niektórych zadań, a jednak przetarg na te zadania został rozstrzygnięty. Z kolei w przypadku przetargu na świadczenie usług emisji programów Polskiego Radia w zakresie UKF (BZ-DZP.B5.16.2016) z 2016 r. uczestniczyły cztery podmioty i również w tym przypadku EmiTel nie wygrał przetargu na wiele z zadań. Prezes UKE powinien wziąć te fakty pod uwagę.

W opinii Izby wysoki udział EmiTela w rynku właściwym, który Prezes UKE planuje poddać regulacji, nie stanowi odzwierciedlenia jego rzeczywistego udziału w rynku, lecz jest wynikiem mechanizmów przetargowych ustanowionych w ustawie. W czasie każdego kolejnego przetargu konkurenci EmiTela są w stanie skutecznie z nim rywalizować – a gdy jeden z nich wygra przetarg, jego udział w rynku raptownie się powiększy.

**W odniesieniu do radia cyfrowego** należy wskazać, że na początku tego roku do badania RadioTrack, zlecanego przez KRRiT, włączono zmienną określającą sposób odbioru programu: poprzez odbiornik FM, przez Internet, za pośrednictwem telewizji kablowej, bądź platformy satelitarnej i wreszcie przez radioodbiornik cyfrowy w standardzie DAB+. Z badań wykonanych w pierwszym i drugim kwartale br. wynika, że **odsetek osób korzystających z odbiornika radia cyfrowego jest znikomy, bo wynosi zaledwie 0,2%**. Sam Prezes UKE na stronach 15-16 projektu decyzji wskazał przyczyny, dla jakich rozpowszechnienie urządzeń umożliwiających odbiór radia cyfrowego jest bardzo niskie. Taka sytuacja ma miejsce pomimo rozpoczęcia emisji cyfrowego radia już 2013 r. i pomimo objęcia zasięgiem emisji cyfrowej 53,8 % populacji i 31% powierzchni kraju.

W związku z tak znikomym znaczeniem radia cyfrowego Izba stoi na stanowisku, że Prezes UKE nie powinien (na stronie 33 projektu decyzji) wyciągać daleko idących wniosków z tego, że EmiTel prowadzi 20 emisji radia cyfrowego, co stanowi 83,3% wszystkich emisji radia cyfrowego w Polsce. To radio analogowe ma podstawowe znaczenie. W związku z tym

<sup>2</sup> Tamże.

w opinii PIKE **nie należy sumować emisji analogowych i cyfrowych, a następnie na tej podstawie wyciągać wniosków w odniesieniu do ogólnego udziału EmiTelu w prowadzonych emisjach programów radiofonicznych.** Zrównywanie emisji radia analogowego i cyfrowego jest, w ocenie PIKE, nieprawidłowe.

Przeprowadzenie dowodu z wykazu analogowych pozwoleń radiowych (UKF-FM oraz pracujących AM) dla stacji radiofonicznych doprowadzi Prezesa UKE do wniosku, że aktualnie obowiązują faktycznie 1037 pozwolenia (liczba wszystkich emisji prowadzonych w Polsce). EmiTel prowadzi emisje w 545 przypadkach, przy czym jedynie 231 emisji prowadzonych jest z obiektów stanowiących własność EmiTel (55 obiektów), a pozostałe emisje prowadzone są z obiektów najmowanych albo dzierżawionych przez EmiTel. Z tej perspektywy regulacja EmiTel jest oczywiście zbędna bowiem dostęp do obiektów nadawczych będących własnością EmiTel ustalonych przez izbę na poziomie 55 obiektów nadawczych pozwala wygenerować jedynie 231 emisji co stanowi **22% prowadzonych w Polsce emisji radiofonicznych.**

### 3. Struktura własnościowa obiektów wysokościowych

Należy zwrócić uwagę, że ok. 62 % emisji radia naziemnego prowadzonych jest z obiektów, które nie należą do grupy kapitałowej EmiTel. Ponadto, Prezes UKE powinien wziąć pod uwagę, że często zdarza się, iż nadawcy i operatorzy nie budują nowych obiektów w celu umieszczenia na nich urządzeń nadawczych, lecz korzystają z obiektów istniejących. Okoliczność ta ma istotne znaczenie przy rozważaniach w zakresie barier w dostępie do rynku. Operatorzy sieci nadawczych mogą ubiegać się o dostęp do tych obiektów u ich właścicieli lub zarządców. **Urządzenia służące do transmisji radiofonicznej mogą być umieszczane m.in. na kominach czy wysokich budynkach.** Przykładem takiej stacji może być stacja umieszczona na iglicy Pałacu Kultury i Nauki w Warszawie.

W związku z powyższym należy przypomnieć, że w stanowisku przedstawionym w ramach niniejszego postępowania Izba wносиła o przeprowadzenie dowodu z bazy danych Geodezyjnej Ewidencji Sieci Uzbrojenia Terenu – rejestru publicznego prowadzonego na podstawie ustawy – Prawo geodezyjne i kartograficzne, na okoliczność dotyczącą istnienia infrastruktury (masztów oraz obiektów wysokościowych o wysokości min. 30 mnpt), która umożliwia instalacje anten i urządzeń telekomunikacyjnych umożliwiających świadczenie na rzecz nadawców radiofonicznych usług transmisji sygnałów radiofonicznych drogą naziemną rozsiewczą, tj. usług analogicznych do usług świadczonych przez EmiTel. Izba nadal uważa, że przeprowadzenie takiego dowodu byłoby niezwykle pomocne przy ustaleniu rzeczywistego obrazu analizowanego rynku.

Ponadto, **obiekty o dużej mocy nie są niezbędne do świadczenia usługi transmisji sygnałów radiofonicznych,** również w przypadku emisji o zasięgu krajowym – choć nadal należy pamiętać, że emisji krajowych jest zdecydowanie mniej niż lokalnych. Tymczasem Prezes UKE w uzasadnieniu prowadzi rozważania niemal wyłącznie na temat takich właśnie obiektów i **nie prowadzi analizy dotyczącej obiektów niższej mocy.** Po drugie na liście obiektów, które Prezes UKE uznał za „najatrakcyjniejsze” (str. 37) został ujęty obiekt, który już nie istnieje (RTCN Katowice/Kosztowy), niektóre przeznaczone są do rozbiórki, a połowa spośród nich nie przekracza wysokości standardowego masztu służącego do świadczenia usług telefonii komórkowej.

Co więcej, na rynku udostępniania obiektów nadawczych, zgodnie z terminologią wyroku VI ACa 1260/13, w przypadku dominującego na polskim rynku radia analogowego, **EmiTel znajduje się w większym stopniu po stronie popytu niż po stronie podaży.** EmiTel realizuje usługi na rzecz nadawców ze 65 obiektów dzierżawionych (realizując 136 emisji) i 36 obiektów najmowanych (realizując z nich 178 emisji), a jedynie z 55 obiektów własnych (realizując z nich 231 emisji). Jak już było wskazane, jedynie co piąta emisja radiofoniczna

w Polsce jest realizowana z obiektu nadawczego będącego własnością EmiTel (z zastrzeżeniem, że po przeprowadzeniu dowodu z decyzji KRRiT i ew. dalszego postępowania dowodowego może okazać się, że ogólna liczba stacji nadawczych jest znacznie wyższa niż 1037).

W związku z powyższym, w opinii PIKE, Prezes UKE powinien pogłębić postępowanie dowodowe w zakresie struktury własnościowej obiektów wysokościowych.

#### 4. Test trzech kryteriów – trzecie kryterium

W projekcie decyzji Prezes UKE przeprowadził tzw. test trzech kryteriów. W imieniu Izby pozwalam sobie zgłosić jedną zasadniczą wątpliwość w zakresie przeprowadzenia testu dotyczącego trzeciego kryterium, czyli skuteczności środków przewidzianych w prawie ochrony konkurencji.

Na stronach 41-42 projektu decyzji Prezes UKE wychodzi z założenia, że analizowany rynek spełnia trzecie kryterium testu. Powinien jednakże poddać analizie środki przewidziane w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów i zbadać, czy środki, jakie może zastosować Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) są wystarczające dla zapewnienia konkurencyjności rynku. Należy podkreślić, że trzeciego kryterium nie można uznać za spełnione jedynie ze względu na to, że Prezes UOKiK nie dysponuje takimi narzędziami, jak Prezes UKE. Podkreślił to również Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 marca 2017 r. (VI ACa 1626/15). Analiza spełnienia trzeciego kryterium wymaga dokładnego przyjrzenia się kompetencjom Prezesa UOKiK.

Szczególną uwagę należy przyłożyć do art. 9 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 10 ust. 4 pkt 2 i 3 tej ustawy. **Przepisy te dają Prezesowi UOKiK narzędzie umożliwienia dostępu do określonej infrastruktury na niedyskryminacyjnych warunkach oraz zmiany umowy w przypadku narzucania przez podmiot o znaczącej pozycji rynkowej nieuczciwych cen lub stosowania w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji.**

Można przy tym zwrócić uwagę na sposób określania przez Prezesa UOKiK, czy dana cena jest nadmiernie wygórowana. Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem, wyrażonym w wyroku Sadu Najwyższego z 18 lutego 2010 r. (III SK 24/09) „[...] oceniając, czy stosowana cena jest nadmiernie wygórowana uwzględnia się łącznie metodę kosztową (pozwalającą zestawić stosowaną cenę z kosztami wytworzenia towaru w rozumieniu art. 4 pkt 6 ustawy) oraz metodę porównawczą (pozwalającą weryfikować, czy w kalkulacji ceny uwzględniono rozsądne koszty)”.

Tak szczegółowa metoda, którą zobowiązany jest stosować Prezes UOKiK w swoich postępowaniach, jest z pewnością wystarczająca dla uznania, że Prezes UOKiK dysponuje odpowiednią wiedzą i umiejętnościami dla zbadania naruszeń konkurencji, a podejmowane przezeń interwencje skutecznie chronią konkurencję na rynku.

Ponadto, jednym z podstawowych założeń, na jakich opierają się unijne ramy regulacyjne łączności elektronicznej, jest założenie wyrażone w art. 8 ust. 5 lit. f<sup>3</sup> dyrektywy ramowej<sup>4</sup>,

<sup>3</sup> „[...] krajowe organy regulacyjne stosują obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne zasady regulacyjne, w tym celu między innymi: nakładając *ex ante* obowiązki regulacyjne tylko w przypadku braku skutecznej i zrównoważonej konkurencji, a także łagodząc lub znosząc takie obowiązki, kiedy tylko spełniony jest ten warunek [podkreślenie własne]”.

<sup>4</sup> Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE L 108 z 24.4.2002, str.33, z późn. zm.).



do danym do tej dyrektywy dyrektywą 2009/140<sup>5</sup>. W motywie 5 zdanie pierwsze dyrektywy 2009/140 wskazano wyraźnie, że „**Celem jest stopniowe zmniejszanie zakresu szczególnych regulacji sektorowych ex ante** w miarę rozwoju konkurencji na rynku, aby doprowadzić do stanu, w którym łączność elektroniczna będzie podlegała wyłącznie prawu konkurencji”. Powyższy cel został przywołany również w motywie 1 zalecenia z 2014 r.<sup>6</sup>

Także Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 10 marca 2017 r. (VI ACa 1626/15) podzielił pogląd, że w myśl zalecenia z 2007 r.<sup>7</sup>, poprzednika zalecenia z 2014 r., zastosowanie testu trzech kryteriów w celu określenia, czy dany rynek powinien podlegać regulacji *ex ante* „[...] powinno **ograniczyć liczbę rynków w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante** i w ten sposób przyczynić się do osiągnięcia celu ram regulacyjnych, polegającego na stopniowym znoszeniu sektorowych regulacji *ex ante* w miarę wzrostu konkurencji na rynku”.

Organ regulacyjny prowadząc postępowanie w niniejszej sprawie winien zatem kierować się, co do zasady, dążeniem do zaniechania regulowania rynków *ex ante*, a interwencję regulacyjną ograniczać wyłącznie do tych rynków, na których rynkowe mechanizmy konkurencji lub też powszechnie obowiązujące regulacje ustawowe z zakresu zasad udzielania zamówień (np. w sektorze publicznym), czy też z zakresu symetrycznej regulacji dostępu telekomunikacyjnego, nie mogą być uznane za wystarczające. Skoro zarazem interwencja regulacyjna jest wyjątkiem od zasady, a nie zasadą, skoro stanowi ingerencję w wolność gospodarczą uczestników rynku i kształt rynku z pominięciem mechanizmów konkurencji, przesłanki do nałożenia ewentualnych obowiązków regulacyjnych muszą być nie tylko w oczywisty sposób spełnione, ale też nie mogą być interpretowane rozszerzająco. W każdym zaś przypadku, muszą być poprzedzone prawidłową identyfikacją rynku właściwego, a następnie prawidłowym i obiektywnym ustaleniem stanu faktycznego i jego rozważeniem – w przeciwnym razie bowiem zastosowane mechanizmy regulacyjne będą w istocie prowadzić do dyskryminacji niektórych podmiotów i zakłócać równowagę konkurencyjną.

**Skoro zatem podstawowym założeniem jest ograniczanie regulowania rynków ex ante, kluczowe jest zbadanie, czy inne, mniej represyjne środki, będą wystarczające dla osiągnięcia zamierzonego celu wspierania konkurencji. Takimi mniej represyjnymi środkami dysponuje Prezes UOKiK i niestety w projekcie decyzji takiego wnikliwego badania nie przeprowadzono.**

Co więcej, na przywołanych wyżej stronach projektu decyzji zawarto argument mający przemawiać za nieskutecznością środków stosowanych przez Prezesa UOKiK. Takim argumentem miałyby być skuteczne zaskarżenie decyzji Prezesa UOKiK dotyczącej EmiTela i jej uchylenie przez sąd. Skuteczne zaskarżenie decyzji Prezesa UOKiK do sądu nie świadczy bynajmniej o tym, że środki, jakie Prezes UOKiK jest władny zastosować, byłyby nieskuteczne, gdyby ich zastosowanie było poprzedzone prawidłowym postępowaniem dowodowym i analizą prawną, prowadzącą do ustalenia właściwych środków. Środki te okazały się nieadekwatne,

<sup>5</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140/WE z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniająca dyrektywy 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci i usług łączności elektronicznej oraz wzajemnych połączeń oraz 2002/20/WE w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE L 337 z 18.12.2009, str.37).

<sup>6</sup> Zalecenie Komisji z dnia 9 października 2014 r. w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (2014/710/UE) (Dz.U. L 295 z 11.10.2014, str. 79).

<sup>7</sup> Zalecenie Komisji z dnia 17 grudnia 2007 r. w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (C(2007) 5406) (Dz. Urz. UE L 344 z 28.12.2007, str. 65).

bowiem Prezes UOKiK popełnił błędy w toku przeprowadzonego postępowania. Podobnie zresztą poprzednia decyzja Prezesa UKE, nakładająca obowiązki na EmiTela, została uchylona przez sąd. W związku z tym **Izba nie zgadza się z zarzucaniem niejako Prezesowi UOKiK, że EmiTel skutecznie skorzystał z prawa do drogi sądowej.**

## 5. Równoważąca siła nabywczą

Na stronie 51 projektu decyzji poziom siły nabywczej klientów konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych jest wystarczająco wysoki, aby zrównoważyć pozycję tego lub tych przedsiębiorców jako dostawców usług na danym rynku właściwym. Jednocześnie podkreślono, że „Poziom równoważającej siły nabywczej jest wysoki, jeśli: [między innymi] - **do jednego klienta bądź grupy klientów trafia duża część produktów lub usług konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych**”. Do oceny tego wskaźnika bierze się pod uwagę przede wszystkim stopień koncentracji sprzedaży u konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych na danym rynku właściwym, czyli **udział największych klientów w wartości sprzedaży u tego przedsiębiorcy** lub przedsiębiorców na rynku.

Jednocześnie dalej na stronie 49 projektu decyzji wskazano: „[...] operator o znaczącej pozycji (EmiTel sp. z o.o.) posiada klientów, którymi są bardzo duże grupy kapitałowe np. spółki: Polskie Radio S.A., Grupa Radiowa Agory sp. z o.o., Eurozet Radio sp. z o.o. czy Radio ESKA S.A. Wymienieni tu nadawcy, **są największymi klientami EmiTel sp. z o.o., a Spółka czerpie największe zyski z usług świadczonych na rzecz tych nadawców**”.

Z powyższych fragmentów uzasadnienia do projektu decyzji wynika wyraźnie, że EmiTel czerpie największe zyski z usług świadczonym czterem największym nadawcom. Zatem udział tych klientów w wartości sprzedaży EmiTela jest największy i jednocześnie do tej grupy klientów trafia duża część usług EmiTela. W związku z tym, **już prosta analiza faktów przytoczonych w uzasadnieniu skłania do wniosku, że poziom siły nabywczej dużych nadawców równoważy pozycję EmiTela.**

W związku z powyższym PIKE uważa, że Prezes UKE powinien wnikliwie przeanalizować poziom równoważającej siły nabywczej nadawców, którzy ponadto – w niektórych przypadkach – nie korzystają z usług operatorów, lecz emitują swoje programy samodzielnie.

## 6. Ustalenia faktyczne

Na stronie 58 projektu decyzji wskazano, że proces uzyskiwania dostępu do infrastruktury EmiTel przez operatorów alternatywnych w ramach obowiązującej uprzednio umowy ramowej trwał od 6 do 12 miesięcy. Ze względu na warunki ustalone w ogłaszanych przez nadawców przetargach na usługę transmisji sygnału, w ocenie operatorów alternatywnych proces ten trwał zdecydowanie zbyt długo, ograniczając lub uniemożliwiając im złożenie oferty przetargowej”.

Powyższe twierdzenie stoi w sprzeczności z faktami. Skoro w przytoczonych w niniejszym piśmie dwóch przetargach ogłaszanych przez Polskie Radio S.A. uczestniczyło siedem podmiotów w pierwszym, a cztery podmioty w drugim, oznacza to, że operatorzy alternatywni mieli możliwość uzyskiwania dostępu do odpowiedniej infrastruktury i następnie składania ofert w przetargach. Warto przy tym ponownie zaznaczyć, że w przypadku dominującego na polskim rynku radia analogowego, **EmiTel znajduje się w większym stopniu po stronie popytu niż po stronie podaży.** EmiTel realizuje usługi na rzecz nadawców ze 65 obiektów dzierżawionych (realizując 136 emisji) i 36 obiektów najmowanych (realizując z nich 178 emisji), a jedynie z 55 obiektów własnych (realizując z nich 231 emisji).

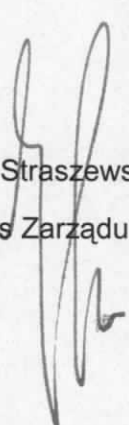


Ponadto, w całym punkcie 6.3.1. i 6.3.2. projektu decyzji, nie tylko na stronie 58, zawarto szereg twierdzeń na temat rzekomych praktyk EmiTel, które nie zostały poparte dowodami włączonymi do materiału dowodowego. Prezes UKE powołuje się jedynie na „zgłaszane przez uczestników rynku problemy”. W związku z tym można odnieść wrażenie, że Prezes UKE przyjął opinie operatorów alternatywnych za własne, nie prowadząc wnikliwego postępowania dowodowego.

Podsumowując, **postępowanie dowodowe przeprowadzone na potrzeby wydania decyzji dotyczącej analizowanego rynku wymaga uzupełnienia.**

\*\*\*

Niniejsze stanowisko zostało wysłane również na adres e-mail [rynek18@uke.gov.pl](mailto:rynek18@uke.gov.pl).



Jerzy Straszewski  
Prezes Zarządu

*Jerzy Straszewski*