

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

e-mail: rynek18@uke.gov.pl

Składający stanowisko:

EmiTel Sp. z o.o.
ul. F. Klimczaka 1,
02-797 Warszawa

Wasze pismo
z dnia
Sprawa

Znak

Nasz
znak

DWSI/M69/W /2017

Data 27.10.2017r.

Internetowy System Aktów Prawnych 2017.154
Ogłoszony: 29.09.2017

Sygn. akt. DHRT.SMP.6040.3.2017

„Stanowisko dotyczące projektu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w sprawie określenia rynku właściwego jako krajowego hurtowego rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, ustalenia, że na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych 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 telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym oraz nałożenia na EmiTel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie obowiązków regulacyjnych”

Działając w imieniu EmiTel Sp. z o.o. (dalej „EmiTel”), odnosząc się do obwieszczenia Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezesa UKE”) z dnia 28 września 2017r. w sprawie ogłoszenia rozpoczęcia postępowania konsultacyjnego dotyczącego projektu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Projekt Decyzji”) w sprawie: określenia rynku właściwego jako krajowego hurtowego rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, ustalenia, że na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych 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 telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym oraz nałożenia na EmiTel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie obowiązków regulacyjnych, EmiTel pragnie zaznaczyć, iż w świetle przedstawionej poniżej argumentacji, oczywistym wydaje się konieczność przeprowadzenia przez Prezesa UKE ponownej analizy rynku, adresującej wszelkie uchybienia wskazane poniżej. Dopiero tak przeprowadzona analiza powinna być podstawą dla ewentualnych rozważań odnośnie możliwości wprowadzenia

regulacji ex ante a także dalszych rozważań w kierunku oceny konkurencyjności takiego rynku oraz ewentualnego wyznaczenia przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej.

Niezależnie od powyższej konkluzji, EmiTel pragnie przedstawić swoje stanowisko w odniesieniu do głównych wątków poszczególnych zakresów tematycznych występujących w Projekcie Decyzji.

WPROWADZENIE

W niniejszym stanowisku konsultacyjnym EmiTel dowiedzie, że nie ma potrzeby stosowania na rynku właściwym żadnych narzędzi regulacji ex-ante. Dalej wywiedziona argumentacja stanowić będzie rozwinięcie wskazanych poniżej podstawowych okoliczności uzasadniających to przekonanie.

W Polsce prowadzone są obecnie 502 emisje telewizyjne DVB-T, przy czym 164 spośród tych emisji prowadzonych jest z 91 obiektów stanowiących własność EmiTel Sp. z o.o.

Regulacja rynku jest zatem w istocie zbędna, bowiem dostęp do obiektów nadawczych telewizyjnych będących własnością EmiTel pozwala wygenerować **jedynie co czwartą Polską emisję telewizyjną.**

Posiadana infrastruktura nie daje EmiTel przewagi konkurencyjnej, a źródeł skuteczności EmiTel w budowie bazy klienckiej poszukiwać należy w wysokiej jakości usług, która nie powinna być przyczyną nałożenia regulacji.

Przedsiębiorcy telekomunikacyjni, którzy chcą działać na rynkach świadczenia nadawcom usług emisji programu telewizyjnego powinni działać analogicznie, jak EmiTel, a więc przede wszystkim pozyskiwać infrastrukturę w drodze najmu bądź dzierżawy. Infrastrukturę taką oferują np. operatorzy sieci telefonii komórkowej, którzy łącznie dysponują w Polsce ok. 15.000 masztów i wież telekomunikacyjnych. Należy w tym miejscu wskazać, że EmiTel korzysta w swojej działalności głównie z obiektów najmowanych, bądź dzierżawionych. Wskazać bowiem należy, że 71% obiektów wykorzystywanych przez EmiTel w działalności emisji programów RTV, pozyskał na rynku hurtowym, w drodze najmu bądź dzierżawy.

Rynek świadczenia usług emisji programów telewizyjnych na rzecz nadawców jest w obszarze transmisji naziemnej rynkiem przetargowym, kształtowanym przetargami lub konkursami o dużej wartości, po których zawierane są długoterminowe umowy, o czasie zbliżonym do czasu obowiązywania rezerwacji częstotliwości. Należy jednak oczekiwać zarówno pojawienia się nowych graczy konkurujących o zamówienia na kolejne kontrakty, jak i tego że przedsiębiorcy, którzy uczestniczyli we wcześniejszych przetargach lub konkursach powiązanych z transmisjami sygnału naziemnego radiofonicznego bądź telewizyjnego, będą składać swoje oferty w kolejnych rozdaniach, co zapewni konkurencyjność i transparentność alokacji zamówień. Konkurencja podąży w ten sposób za popytem.

W Polsce usługi telewizyjne są obecnie dostępne w następujących głównych technologiach: cyfrowej naziemnej, kablowej, satelitarnej i internetowej (dalej "IPTV"), substytucyjnych z punktu widzenia użytkownika końcowego, a także w coraz większym stopniu, z punktu widzenia nadawców. Wskaźnik penetracji telewizji naziemnej wśród polskich gospodarstw domowych wynosi około 34%. Alternatywna platforma telewizyjna, taka jak platformy kablowe lub satelitarne, może zatem wywierać poważne ograniczenia na platformy naziemne, także na poziomie hurtowym. W rezultacie nie należy wyłączać z analizy platform telewizyjnych, takich jak telewizja kablowa, IPTV, lub satelitarna, są one częścią tego samego rynku. Wskazać należy także na to, że istnieje możliwość wykorzystania technologii LTE na potrzeby emisji radiowych i telewizyjnych, czego praktyczne przykłady można już wskazać, co pozwala przyjąć, że w niedługim czasie nastąpi kolejna rewolucja technologiczna w tym zakresie.¹

Zmiany technologiczne w obszarze transmisji naziemnej (w tym wymuszone kurczącymi się zasobami częstotliwości dostępnymi dla potrzeb radiodifuzji, np. refarming, przejście nadawania z DVB-T na DVB-T 2), rozwój i powstawanie nowych platform wskazują, że rynek będzie miał zdolność do zachowania

¹ https://www.telecompaper.com/news/vodafone-launches-vodafone-tv-service-in-new-zealand-1216221?utm_source=headlines_-_english&utm_medium=email&utm_campaign=17-10-2017&utm_content=textlink

skutecznej konkurencji na skutek naturalnie występujących mechanizmów konkurencyjnych. Wynika to z tego, że każdy z przedsiębiorców aby zaistnieć lub przetrwać zmieniającym na rynku, musi przeprowadzić niezbędne inwestycje infrastrukturalne lub skorzystać z dostępnych na nim zasobów.

W tym kontekście opieranie się na przesłankach, które uzasadniać jeszcze mogły regulację dawnego rynku 18 na początku obecnego stulecia (Zalecenie Komisji Europejskiej z 2003 roku, na które powołuje się Prezes UKE), dzisiaj już nie są aktualne, stały się wręcz anachroniczne. 15 lat w kontekście tempa rozwoju technologii telekomunikacyjnych to obecnie cała epoka.

EmiTel w negocjacjach handlowych styka się z większymi od siebie przedsiębiorcami pod względem ich obrotów, kapitalizacji, pozycji rynkowej i ich zdolnych do samodzielnego prowadzenia działalności telekomunikacyjnej bez wykorzystania potencjału EmiTel.

Ponadto w zakresie emisji telewizyjnych bądź radiofonicznych, nadawcy w procesie negocjacji z EmiTel łączą siły tworząc grupy zakupowe i w ten sposób są w stanie wspólnie wywrzeć wielokrotniony nacisk negocjacyjny na prowadzącego w pojedynkę negocjacje partnera. Dla przykładu można tu wskazać kontrakty dotyczące usług świadczonych na rzecz nadawców w multipleksach MUX1, 2 lub 8, gdzie EmiTel negocjował w każdym z tych przypadków z podmiotami łącznie dysponującymi znacznie większą pozycją rynkową (w ramach ich grup kapitałowych), dla których wydatki na emisję programów nie stanowią znaczącej pozycji, a przychody z których dla EmiTel stanowią przychód podstawowy. W przypadku MUX3, warunki świadczenia usługi określone zostały jednostronnie przez Telewizję Polską SA, jako udzielającą zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i zamówień uzupełniających.

Do zapewnienia skutecznej konkurencji wystarczą zatem przepisy prawa ochrony konkurencji i konsumentów oraz narzędzia regulacyjne, którymi dysponuje Prezes UOKiK. To, że na przestrzeni ostatnich dziesięciu lat taka interwencja ze strony Prezesa UOKiK nie miała miejsca dowodzi, że nie występują na rynku właściwym zjawiska tego wymagające, a rynek jest samodzielnie w stanie równowagę konkurencyjną utrzymać.

Już tylko powyższe uwagi jasno wskazują na brak podstaw do objęcia rynku właściwego jakąkolwiek regulacją *ex-ante*.

POTRZEBA REGULACJI EX-ANTE W STOSUNKU DO RYNKU WŁAŚCIWEGO

Dokonując wykładni regulacji dotyczących nakładania obowiązków regulacyjnych Prezes UKE winien uwzględnić, w pierwszej kolejności, że polityki wspólnotowe wskazują na konieczność deregulacji rynków telekomunikacyjnych (with the introduction of directives aimed at the liberalisation of the European telekom market. the proces of deregulation emerged as one of the primary aims - V. Tintor, M. Jankovic, V. Milicevic, The Legal and Economic Framework of EU Telecom Market Regulation, Economic Annuals, vol. LV, nr 185, 2010, s. 124).

Nie ulega bowiem wątpliwości, że coraz szersze stosowanie na rynkach telekomunikacyjnych prawa konkurencji przy równoczesnym wycofaniu się ze stosowania mechanizmów regulacji *ex-ante* jest stanem, w kierunku którego polityka Unii Europejskiej zmierza przyjmując, że regulacja sektorowa winna oddawać pole prawu konkurencji (zobacz P. de Bijl, M. Peitz, Regulation and Entry into Telecommunications Markets, Cambridge 2002, s. 247–248). Trzeba w tym miejscu zaznaczyć, że jest to stan pożądany także w ramach polityki konkurencji poszczególnych krajów członkowskich. Ich rynki telekomunikacyjne, w szczególności mieszczące się w zakresie dawnego rynku 18, cechują się bowiem dużym podobieństwem, mimo różnego – nieraz krańcowo – podejścia krajowych organów regulacyjnych. Podkreślić należy, że Prezes UKE nie wykazał, że stosowanie rygorystycznych obowiązków regulacyjnych w tych państwach, których organy zdecydowały się utrzymać regulację dawnego rynku 18 nie doprowadziło do poszerzenia lub rozwoju konkurencji lub wzrostu danego rynku, jako całości.

Na zasadność takiego podejścia zgodnie wskazuje doktryna prawa konkurencji. W szczególności, analizując praktyczne aspekty prowadzenia testu trzech kryteriów, G. Knieps stwierdza, że regulacja *ex ante* jest uzasadniona tylko na tych obszarach sieci, na których w razie braku interwencji regulacyjnej występowałoby ryzyko systematycznego nadużywania siły rynkowej, nacechowane istotnym stopniem prawdopodobieństwa

wystąpienia takich praktyk (Ex ante regulation is only justified in those kinds of network areas in which a systematic abuse of market power is likely in the absence of regulation The Three Criteria Test. the Essention Facilities Doctrine and the Theory of Monopolistic Bottlenecks, Discussion Paper Institut fur Verkehrs Wissenschaft und Regionalpolitik No. 132 -October 2010 dostępne na <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/47447/1/663373Ó62.pdf>, s. 1). Na potrzebę zachowania dużej ostrożności w stosowaniu wykładni skutkującej objęciem danej sfery stosunków gospodarczych regulacją *ex ante* wskazują też aktualne zalecenia Komisji Europejskiej, czego wyrazem jest stopniowa redukcja ilościowa rynków, które są rekomendowane przez Komisję Europejską jako obszar interwencji regulacyjnej *ex-ante*. Podobnie w orzecznictwie europejskim dotyczącym określenia rynków także wskazuje się na wyjątkowość stosowania regulacji *ex ante* (zob. C. Bellamy, G. Child, *Europeana Community Law of Competition*, P.M. Roth ed., London 2008).

Publikacja aktualnego zalecenia Komisji Europejskiej z roku 2014 potwierdza, że regulacja prawno konkurencyjna stała się zasadą, a regulacja sektorowa wyjątkiem – wyraźnie jest to podkreślone w sferze motywów, jakimi Komisja się kieruje. Rynek nadawania programów telewizyjnych nie znalazł się bowiem w powołanych zaleceniach i nie znajdował się również w zaleceniach z roku 2007. Jak stwierdziła bowiem Komisja Europejska w Zaleceniach z 2007 roku w motywie 4.4 „*Istnieje wiele powodów, dla których uznaje się za właściwe usunięcie dotychczasowego rynku hurtowego z zalecanej listy. Wiele uwag otrzymanych podczas konsultacji wskazuje na to że następują znaczne zmiany na rynku. Istnieją dowody na większą konkurencję między platformami, ponieważ następuje przejście od platform analogowych do cyfrowych. Jedną z implikacji jest to, że prawdopodobnie będzie mniej ograniczeń przepływności na danej platformie. Drugą jest fakt, że wiele państw członkowskich może posiadać 3-4 konkurencyjne platformy (naziemne, satelitarne, kablowe i telekomunikacyjne) w przeciwieństwie do 2-3 platform analogowych, z których jedna - satelitarna - została opracowana znacznie później. Przejście z usług analogowych na cyfrowe stanowi impuls dla platform do konkutowania i przyciągania użytkowników końcowych, co w kontekście rynku dwustronnego oznacza także uzyskiwanie treści. Zmiany te wskazują, że mimo barier wejścia na rynek, dynamika rynku jest taka, że drugie kryterium nie jest spełnione. Ponadto należy rozważyć, czy potencjalne problemy z pozycją rynkową można rozwiązać czy to w drodze prawa konkurencji (trzecie kryterium), czy też za pomocą innych obowiązujących środków regulacyjnych, zgodnie z zasadą wprowadzania zmodyfikowanego podejścia greenfield.*”

Prezes UKE nie tylko nie wykazał, że stosunki gospodarcze objęte projektowaną decyzją powinny podlegać regulacji typu *ex ante*, ale brak jest przekonujących argumentów na poparcie tezy, że aspekty wskazane przez Komisję były w ogóle przedmiotem szczegółowej analizy

Na uwagę zasługuje to, że stanowisko Prezesa UKE idzie nie tylko wbrew prawu telekomunikacyjnemu Unii Europejskiej, ale również godzi w reguły ochrony praw podstawowych.

Objęcie danej sfery stosunków gospodarczych regulacją typu *ex ante* oznacza ograniczenie prawa własności, swobody gospodarczej i swobody umów. Nie może być ono akceptowane, jeżeli nie znajduje uzasadnienia w potrzebie realizacji innych wartości. Analiza argumentacji przedstawionej przez Prezesa UKE nie prowadzi do wniosku, że w badanym przypadku takie uzasadnienie występuje, ale przeciwnie – planowana regulacja zamiast wyzwalać potencjał rozwojowy rynku, jako całości, z pożytkiem dla ogółu społeczeństwa, będzie prowadzić wyłącznie do zaniechania lub istotnego ograniczenia konkurencji w obszarze infrastruktury telekomunikacyjnym oraz zmiany układu sił pomiędzy jego graczami poprzez odebranie EmiTel jedyne go unikalnego czynnika decydującego o jego pozycji rynkowej, a mianowicie efektywnej organizacji.

Co więcej, do identycznych wniosków prowadzi także analiza przepisów krajowych. W gospodarce wolnorynkowej, opartej na poszanowaniu prawa własności oraz polityce sprzyjania przedsiębiorczości, wolności gospodarczej, swobodnym rozwoju konkurencji, ingerencje regulacyjne nie powinny następować w sytuacjach, w których rynek samodzielnie jest w stanie się rozwijać bez zakłóceń, a w razie wystąpienia praktyk stanowiących przejawy nadużycia siły rynkowej jego uczestnika, państwo jest w stanie sięgnąć po skuteczny mechanizm interwencji, opartej na stwierdzeniu *ex-post* wystąpienia danych praktyk i zastosowaniu odpowiednich mechanizmów zapobiegania im.

O tym, że w realiach przedmiotowego rynku występują wyłącznie przesłanki przemawiające za zaniechaniem poddawania go regulacji *ex-ante*, mowa będzie w dalszej treści niniejszego stanowiska.

RYNEK PRODUKTOWY NA POZIOMIE DETALICZNYM

Prezes UKE podejmuje się w 2017 roku próby wyznaczenia rynku produktowego na szczeblu detalicznym (a także hurtowym), opierając się „posilkowo” na Zaleceniach z roku 2003, które wydano 14 lat temu (SIC!), a więc na zaleceniach Komisji Europejskiej, które uwzględniają zupełnie inną sytuację społeczno-gospodarczą oraz technologiczną w Europie, a zatem i w Polsce.

Abstrahując od tego, że Komisja Europejska wydała od tego czasu Zalecenie 2007 oraz Zalecenie 2014, EmiTel pragnie podkreślić, iż stanowisko Prezesa UKE pozostaje w sprzeczności z podstawowymi zasadami prawa konkurencji, w tym zwłaszcza z podstawowymi i powszechnie akceptowanymi w prawie UE i prawie polskim zasadami wyznaczania rynku właściwego.

Prezes UKE twierdzi mianowicie, iż ustalił, że stroną popytową rynku na szczeblu detalicznym tworzą nadawcy, których sygnał jest transmitowany za pomocą cyfrowej sieci rozszewczej naziemnej, ale nie zdefiniował prawidłowo, jaką usługę nadawcy nabywają bezpośrednio od EmiTel. Niewątpliwie ten błąd jest kluczowy z perspektywy ustalenia poziomu detalicznego i hurtowego rynku.

Usługi faktycznie nabywane na analizowanym rynku hurtowym bądź detalicznym muszą następnie korespondować z usługami opisanymi przez Prezesa UKE w nałożonych obowiązkach dostępu, kierowanymi wyłącznie do rynku hurtowego.

Stanowisko Prezesa UKE jest wprost sprzeczne z ustaleniami zawartymi w motywie 4.4 Zalecenia z 2007 roku, w którym Komisja Europejska stwierdza: „*Na poziomie detalicznym rynek charakteryzuje się nadawaniem programów radiowych i telewizyjnych oraz obejmuje nadawanie bezpłatne i płatne oraz abonamentowe a także usługi interaktywne.*”

Błędne wyznaczenie rynku produktowego na szczeblu detalicznym

Co więcej, dokonując oceny poziomu detalicznego rynku, Prezes UKE usiłował (aczkolwiek nieprawidłowo) dokonać faktycznej weryfikacji rodzaju realizowanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych usług na szczeblu detalicznym. Prezes UKE wskazał, iż: „*Obecnie sygnał telewizyjny można transmitować za pomocą: 1) cyfrowej sieci rozszewczej naziemnej, lub (2) transmisji satelitarnej/platformy satelitarnej (3) sieci kablowych, (4) innych niż sieci kablowych sieci telekomunikacyjnych*” (str. 8 projektu decyzji). Tu wskazać należy, że Zalecenie z 2007 roku nie zawęża poziomu detalicznego rynku jedynie do przekazu telewizyjnego. Komisja Europejska wskazuje bowiem, że w skład poziomu detalicznego rynku wchodzi zarówno programy telewizyjne (linearne), jaki i usługi interaktywne (tzw. nielinearne). Jednocześnie, o ile Prezes UKE przeanalizował brak substytucyjności pomiędzy przekazami radiofonicznym i telewizyjnym, co jak stwierdził wynika z tego, że użytkownik końcowy nie będzie traktował przekazu radiofonicznego za substytut przekazu telewizyjnego, to analiza braku substytucyjności pomiędzy sygnałem telewizyjnym (linearnym) i przekazami interaktywnymi (nielinearnymi) została całkowicie pominięta. W ocenie EmiTel substytucyjność taka niewątpliwie zachodzi, dlatego też przekazy interaktywne (tj. np. serwis Youtube, czy też serwisy Netflix oraz Showmax, Ipla lub im podobne), winny zostać uwzględnione jako wchodzące w zakres rynku produktowego na szczeblu detalicznym. Podnieść w tym miejscu należy, że zasięg przekazów interaktywnych jest co najmniej taki sam, jak zasięg telewizji naziemnej. Wynika to z tego, że odbiór przekazów interaktywnych w jakości takiej samej, jak telewizja naziemna, jest możliwy za pomocą dostępu do Internetu mobilnego lub stacjonarnego, którego łączny zasięg jest przynajmniej taki sam jak telewizji naziemnej, a w istocie go przekracza.

Prezes UKE niezasadnie więc ograniczył rynek produktowy na szczeblu detalicznym mimo, że takie ograniczenie nie wynika z Zalecenia 2007. Według badania Gemius/PBI w lipcu br. wszystkie strony i aplikacje internetowej Grupy Cyfrowy Polsat zanotowały 10,02 mln realnych użytkowników i 175,8 mln odsłon.

Błędny cel i metoda badawcza przyjęte przez Prezesa UKE

Prezes UKE w analizie strony popytowej szczebla detalicznego stwierdził: „*Stronę popytową na szczeblu detalicznym tworzą nadawcy telewizyjni, zainteresowani tym, aby ich oferta programowa docierała do jak największego grona użytkowników końcowych. Im większe jest grono potencjalnych odbiorców końcowych danego programu telewizyjnego tym większe jest zainteresowanie nadawców daną metodą transmisji jego sygnału*”. **Celem badawczym przyjętym przez Prezesa UKE było zatem ustalenie, w jaki sposób użytkownicy końcowi odbierają treści telewizyjne, mimo że prawidłowym celem badawczym byłoby raczej ustalenie, w jaki sposób dostawcy treści linearnych i nielinearnych wybierają usługi telekomunikacyjne za pomocą których**

dostarczają treści do użytkowników końcowych, czyniąc to w taki sposób, by zrealizować swoje modele biznesowe.

Także metody badawcze przyjęte przez Prezesa UKE budzić muszą poważne zastrzeżenia. Za podstawę badania przyjęto bowiem preferencje użytkowników końcowych. Jeżeli tak, to powstaje kwestia ustalenia, czy ma to znaczenie dla rynku usług nabywanych przez dostawcę treści (nadawcę). W przekonaniu EmiTel takie działanie jest oczywiście niedopuszczalne. Nie można bowiem aprobować takiego uproszczenia, jakim posłużył się Prezes UKE, jakoby wszyscy nadawcy byli zainteresowani dostarczaniem treści swoich programów w kilku różnych technologiach nadawczych. Wynika to z prostego porównania liczby rozpowszechnianych lub rozprowadzanych programów telewizyjnych w języku polskim, których jest ok. 200, z liczbą programów, jakie są dostępne w naziemnej telewizji cyfrowej, gdzie jest ich 31. Wynika z tego również, że istnieją nadawcy, którzy zrezygnowali z nadawania w naziemnej telewizji cyfrowej (np. Kino Polska S.A. w 2011 roku), koncentrując swoją działalność wyłącznie w zakresie prowadzenia działalności w oparciu o sieci satelitarne, bądź sieci kablowe. Nie jest więc w ocenie EmiTel celowym snuć rozważań o preferencjach użytkownika końcowego, albowiem z punktu widzenia rozstrzygnięcia istotnym jest wyłącznie ustalenie, w oparciu o jakie przesłanki dany nadawca wybiera daną formę przekazu treści oraz czy jest taki moment, w którym wysokość ceny za świadczenie usługi emisji w technologii naziemnej nie skłoni nadawcy do rezygnacji z nadawania naziemnego, celem uruchomienia emisji w technologii satelitarnej, kablowej bądź IP.

Twierdzenie, że dostawca treści (tu: nadawca) wybiera wszystkie dostępne mu formy przekazu treści, gdyż w jego interesie leży dotarcie do szerokiego grona użytkowników końcowych jest dowolne i nieudowodnione, a jako takie nie może stanowić podstawy wyznaczenia rynku właściwego. Prezes UKE nie dokonał ustaleń faktycznych, które stanowiłyby podstawę do formułowania takiego stwierdzenia. Nie zostało ono też poparte żadnym przykładem rzeczywistego przedsięwzięcia odpowiadającego, a ponadto nie znajduje oparcia w zasadach ekonomii. Prezes UKE nie przeprowadził zresztą żadnego wywodu ekonomicznego wspierającego tę tezę, ani nie posłużył się wiedzą eksperta w sferze, która w oczywisty sposób wykracza poza kompetencje organu.

W szczególności Prezes UKE nie dokonał analizy ewolucji rynku medialnego, przesunąć w odniesieniu do głównych źródeł przychodów (reklama, subskrypcja, abonament etc.) , przyjętych modeli biznesowych (w tym metod dotarcia do klienta) oraz postępującej konwergencji w tym obszarze. W świetle poprzednich rozważań i dla uzasadnienia wprowadzenia regulacji zarzuconych już przez Komisję Europejską kluczowym jest możliwość odpowiedzi na pytanie, czy wzrost przychodów uzyskiwanych z reklam na platformach powiązanych z technologią dostarczania treści poprzez IP nie spowoduje w najbliższym czasie spadku zainteresowania nadawców przekazem w technologii naziemnej, a tym samym nie spowoduje ograniczenia EmiTel na wyznaczonym przez Prezesa UKE rynku.

Odpowiedź taka wymaga jednak przeprowadzenia stosownych analiz,

EmiTel wnosi o przeprowadzenie stosownego dowodu ekonomicznego w tym zakresie w celu zweryfikowania tych twierdzeń. Niewątpliwie bowiem istnieje taka bariera, która w przypadku braku uzyskania stosownego przychodu z reklam skutkować może rezygnacją nadawcy z prowadzenia emisji drogą naziemną, skłaniając go do modyfikacji przyjętego przez siebie modelu działalności. Według analityków Zenith wydatki na reklamę telewizyjną w Polsce wzrosną roku 2017 o 0,6 procent. Mimo niższego tempa wzrostu oraz odpływu części środków pieniężnych na promocję do internetu, udział telewizji w rynku reklamowym nadal przekracza 50 proc. W tempie dwucyfrowym będą natomiast rosły wydatki na reklamę w internecie - wzrost ma wynieść 11,8 proc. rok do roku. Dzieje się tak głównie za sprawą video online i programmatic oraz sektora e-commerce, w którym systematycznie rosną budżety reklamowe. Inwestycje w reklamę video online i w programmatic rosną dzięki stałemu rozwojowi technologii i coraz większym możliwościom precyzyjnego dotarcia do konsumentów.²

Wskazać w tym miejscu należy, że w orzecznictwie Komisji Europejskiej odnajdujemy dowody substytucyjności różnych technicznych form przekazu treści telewizyjnych, np. w orzeczeniu Pomoc

² Za publikacją pt. „2,5 proc. więcej na reklamę w Polsce w 2017 roku. Internetowa pokona telewizyjną” opublikowaną na portalu <https://www.gemius.pl/wydawcy-aktualnosci/id-25-proc-wiecej-na-reklame-w-polsce-w-2017-roku-internetowa-pokona-telewizyjna.html>

Państwa – Niemcy nr C 34/2006 (ex N 29/2005) - Wprowadzenie naziemnej telewizji cyfrowej (DVB-T) w Północnej Nadrenii-Westfalii WE (2006/C 204/05). Zgodnie z przywołanym orzeczeniem, Komisja zakwestionowała dotacje państwowe udzielone nadawcom telewizyjnym realizującym usługi w standardzie DVB-T stwierdzając, iż: „Komisja ma również wątpliwości, czy procedury przetargowe zapewniały minimalizację lub likwidację selektywnych korzyści ekonomicznych oraz czy zapobiegały zakłóceniu konkurencji. Natomiast wydaje się, że środek pomocy zakłóca konkurencję, ponieważ udział kosztów transmisji objętych dotacją nie jest taki sam w przypadku wszystkich nadawców prywatnych oraz że względu na fakt, że dotacja nie jest skierowana np. do nadawców korzystających z innych platform nadawczych niż DVB-T. Istnieją również dowody na to, że na poziomie detalicznym poszczególne platformy nadawcze są wymienne oraz że DVB-T ma konkurencyjny wpływ na operatorów sieci kablowych. Ponadto zdaniem Komisji przedmiotowy środek może wpływać na wymianę handlową między państwami członkowskimi, ponieważ potencjalni beneficjenci prowadzą działalność o zakresie międzynarodowym na wielu różnych rynkach.”

Nieuwzględnienie przetargowego charakteru rynku detalicznego

Uderza brak w projekcie decyzji scharakteryzowania bądź opisanie sposobu nabywania usług emisji sygnału telewizyjnego przez nadawców. Prezes UKE pobieżnie opisał preferencje użytkowników końcowych pomijając jednak stronę popytową ustalonego przez siebie rynku tj. nadawców, jako nabywców treści. EmiTel wskazuje w tym miejscu, że podstawowym trybem zawierania umów na świadczenie usług emisji sygnału telewizyjnego, jest przetarg publiczny nieograniczony. Rynek niższego poziomu (detaliczny) jest zatem rynkiem konkursowym tzw. ang. „bidding market”. Ze względu na to, że na rynku emisji sygnału telewizyjnego jest zawieranych tylko kilka transakcji w dłuższych okresach czasu, wystarczy *de facto* jeden przetarg organizowany np. przez Telewizję Polską S.A., by zmienić układ sił na szczeblu detalicznym rynku i odwrócić układ dochodów przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających na niższym poziomie rynku.

P. Klemperer³ wyróżnia następujące cechy charakterystyczne idealnych rynków przetargowych:

- a. konkurencja jest sytuacją „zwycięzca zabiera wszystko”;
- b. istnieje mało zamówień, ale wypełniają cały rynek („the value of each individual contract is usually very significant”);
- c. „konkurencja rozpoczyna się od nowa dla każdego zamówienia”;
- d. wejście nowych dostawców na rynek jest łatwe;
- e. użyty jest „proces przetargu / konkursu”.

Wszystkie opisane przez P. Klempera zjawiska dają się zaobserwować na rynku nabywania usług emisji sygnału telewizyjnego. Udziały EmiTel na poziomie detalicznym rynku osiągnięte zostały w wyniku mechanizmów konkurencyjnych (tj. wskutek rywalizacji konkurencyjnej w przetargach i konkursach). Prezes UKE błędnie nie uwzględnił powyższych kryteriów przy charakterystyce rynku.

W zakresie liczby zamówień zauważyć należy, iż cały rynek nabywania usług emisji sygnału telewizyjnego ukształtowany został zamówieniem przetargowym Telewizji Polskiej S.A.

W przypadku postępowań przetargowych konkurencja pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi starającymi się pozyskać zamówienia rozpoczyna się „na nowo” po ogłoszeniu przez nadawcę nowego zamówienia⁴.

Nadawcy organizujący zamówienia dokonywali ich w trybie przetargu.

Podnieść w tym miejscu należy, iż nadawcy publiczni zobowiązani są stosować przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, co daje wszystkim przedsiębiorcom telekomunikacyjnym starającym się pozyskać zamówienie równe szanse na to, aby je otrzymać. J. Pieróg⁵ przytacza fundamentalną zasadę obowiązującą podmioty stosujące ustawę prawo zamówień publicznych tj. zasadę równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza, że każdy z wykonawców powinien być traktowany jednakowo, „bez żadnych przywilejów i ulg”. Każdy musi mieć zapewniony równy dostęp do informacji, a stawiane wymagania muszą być takie same dla wszystkich podmiotów. Również ocena ofert powinna być dokonywana z uwzględnieniem tych samych kryteriów⁶. Należy również podkreślić, że z zasady równego

³ Paul Klemperer, *Collusion and Predation in Auction Markets* (SSRN, 2001), str. 17.

⁴ Zob. np. Simon Bishop i Bill Bishop, “When Two is Enough: Competition in Bidding Markets” [1997] E.C.L.R.

⁵ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2009, s. 58.

traktowania przedsiębiorców ubiegających się o zamówienie wynika, że zamówienie nie może być określone poprzez nieuzasadnione, nieobiektywne wymogi, co do przedmiotu zamówienia, które prowadziłoby do wykluczenia części przedsiębiorców z możliwości uczestnictwa w postępowaniu. Dodatkowo podnieść należy, że nie można wykluczyć przypadku, iż kilku właścicieli infrastruktury wysokościowej działających dotychczas na rynku hurtowym zawiąże konsorcjum i złoży ofertę łączną w takim postępowaniu. Prawo zamówień publicznych dopuszcza taką sytuację. Jednocześnie Prezes UKE winien ją w swojej analizie uwzględnić. EmiTel dodatkowo podnosi, iż w konkursach organizowanych przez nadawców na świadczenie usług transmisji sygnału wymagane są takie same wysokie standardy jak w konkursach organizowanych przez Prezesa UKE na przyznanie częstotliwości multiplexów radiowych (powiązane z obowiązkiem oferowania transmisji sygnału multiplexu na rzecz nadawcy).

Błąd Prezesa UKE w projektowanej decyzji polega na tym, że ignoruje fakt konkurowania EmiTel z innymi podmiotami o zamówienia na rynku detalicznym. EmiTel podkreśla, iż obecność innych znaczących konkurentów (w każdym przetargu bądź konkursie pojawiała się przynajmniej 1 oferta konkurencyjna wobec EmiTel) i fakt, że jest to rynek przetargowy podlegający otwartym i przejrzystym procedurom, wykluczają, że transakcja mogłaby wywoływać antykonkurencyjne skutki.

- MUX 1: ilość ofert w przetargu 2, oferenci: EmiTel sp. z o. o. oraz Arkena sp. z o. o.

- MUX 2: ilość ofert w przetargu 4, oferenci: EmiTel Sp. z o.o., INFO-TV-FM Sp z o.o., RSTV S.A., Polski Operator Telewizyjny Sp. z o.o.

- MUX 3 : ilość ofert w przetargu 2, oferenci: EmiTel sp. z o. o., Arkena sp. z o. o.

- MUX 8: ilość ofert w przetargu 4, oferenci: EmiTel sp. z o. o. TIME S.A. Polski Operator Telewizyjny Sp. z o.o. Telewizja Polska S.A.

- MUX 4 (mobilny): ilość ofert w przetargu 2, oferenci: Info TV FM Sp z o.o. Mobile TV Sp z o.o.

EmiTel pragnie podnieść, iż znana jest praktyka orzecznicza związana z rynkami przetargowymi, wskazująca na to, że na rynkach takich skuteczna konkurencja gwarantowana jest w sposób naturalny, za pomocą wyboru dostawcy produktu lub usługi w procedurze konkurencyjnej, co przekłada się na brak potrzeby regulacji rynków tych usług lub dostaw. Dla przykładu:

- f. w sprawie Bombardier/ADtranz dotyczącej techniki transportu kolejowego, Komisja wzięła pod uwagę fakt, że większość zamówień została przyznana w wyniku przetargu w drodze publicznego zaproszenia do składania ofert (Case No.IV/M.2139 Bombardier/ADtranz, Decyzja Komisji z 3 kwietnia 2001 r.);
- g. w sprawie MAN/Scania Komisja opisała rynek, jako rynek przetargowy charakteryzujący się nierównomiernymi zamówieniami, w których sytuacja rynkowa różnych graczy różni się w czasie. Zakup autobusów odbywał się w drodze przetargów z wymaganiami jakościowymi ustalonymi przez organy publiczne, a nabywcy byli bardzo wrażliwi na ceny i posiadali dużą wiedzę (MAN/Scania, Decyzja Komisji z 20 grudnia 2006 r., pkt. [137]-[138], [145] i [186]);
- h. w sprawie Motorola/Symbol, chociaż Komisja nie scharakteryzowała rynków właściwych jako rynki przetargowe, przedstawiła ważne oświadczenia, w szczególności, że fakt, iż znaczna część produktów jest przyznawana w drodze przetargów, nakłada dodatkowe ograniczenia konkurencji na graczy rynkowych, którzy wielokrotnie muszą się poddawać procesom przetargowym (Motorola/Symbol, Decyzja Komisji z 8 stycznia 2007 r., pkt [26]);
- i. przyjmuje się, że zjawisko rynku przetargowego może zaistnieć przy kilkuset przetargach (MCI WorldCom/Sprint, Decyzja Komisji z 28 czerwca 2000 r., pkt [70], [78]-[83], [200] i [206].), jak również wystarczająca jest ograniczona liczba kilku przetargów (Sprawa nr IV/M.1693—Alcoa/Reynolds, Decyzja Komisji z 3 maja 2000 r., pkt [52] oraz MAN/Auwarter, Decyzja Komisji z 20 czerwca 2001 r., pkt[48]). Jeżeli chodzi o częstotliwość przetargów / konkursów, to Komisja posługuje się określeniami rzadkie (zob: Sprawa nr IV/M.1671—Dow Chemical/Union Carbide, Decyzja Komisji z 3 maja 2000 r., pkt [129] i [132]). Warunki powyższe zachowane są na analizowanym rynku.

Reasumując tę część wyводу EmiTel podnosi, iż fakt, że EmiTel posiada chwilowo (tj. pomiędzy kolejnymi przetargami) wysoki udział na poziomie detalicznym rynku przetargowego ma ograniczone znaczenie w zakresie oceny dominacji.

Rynek niższego rzędu jest rynkiem przetargowym, w którym konkurenci konkurują o rzadkie zamówienia o wysokiej wartości, a każdy obecny lub potencjalny konkurent EmiTela ma silną zachętę do wejścia na rynek przy okazji każdego z przetargów.

Bazując na doświadczeniu z poprzednich przetargów, należy spodziewać się, iż przedsiębiorcy którzy uczestniczyli w przetargach i konkursach powiązanych z emisjami sygnału telewizyjnego dalej będą składać swoje oferty, pomimo dotychczasowych niepowodzeń. Należy także zauważyć, że nie istnieją bariery rynkowe przeciwdziałające pojawieniu się nowych graczy, zarówno reprezentujących kapitał krajowy, jak i zagraniczny. Można w tym miejscu postawić również tezę, iż nie jest zasadne, by Prezes UKE podejmował interwencje regulacyjne tylko dlatego, że EmiTel wygrał znaczący przetarg na rynku, zwłaszcza, że inni przedsiębiorcy, którzy w danym przetargu przegrali, zachowali zdolności uczestnictwa w kolejnych przetargach lub konkursach. Prezes UKE nie może bowiem wykluczyć sytuacji w której, w przypadku ogłoszenia nowego konkursu na częstotliwość MUX 5, zostaną złożone oferty takich podmiotów jak: TIME S.A.; Polski Operator Telewizyjny Sp. z o.o.; Telewizja Polska S.A. pomimo, że podmioty te nie zostały wyłonione w konkursie na realizację multipleksu MUX 8. Podmioty te zachowują bowiem wysoką zdolność konkurencji z EmiTel. Podobną wysoką zdolność konkurencji z EmiTel zachowuje Polkomtel Sp. z o.o., który nie tylko może łatwo przystosować swoje obiekty do oferowania usług emisji sygnału w technologii DVB-T, ale również wykazuje gotowość do uruchomienia emisji telewizyjnych w technologii LTE, co jest bardzo istotne w obliczu zmian technologicznych emisji z technologii DVB-T na LTE.

W tym miejscu należy przedstawić kolejny istotny brak w dokonanej przez Prezesa UKE analizie, a mianowicie wadliwe ustalenie przedsiębiorców konkurujących z EmiTel na poziomie detalicznym rynku. Prezes UKE winien uwzględnić wszystkich przedsiębiorców, którzy konkurowali z EmiTel bądź podejmowali się starań aby wejść na rynek. Do przedsiębiorców konkurujących zaliczyć więc należy: Arkena sp. z o.o., Polski Operator Telewizyjny Sp. z o.o. TIME S.A., Telewizję Polską S.A., Mobile TV Sp. z o.o. bądź Polkomtel Sp. z o.o.⁶ Prowadzi to do błędnych wniosków odnośnie oceny, czy na rynku właściwym występuje efektywna konkurencja.

Warto w tym miejscu również odnieść się do kolejnego nieuzasadnionego poglądu prezentowanego przez Prezesa UKE w postępowaniu. Otóż Prezes UKE twierdzi, że emisje nadawców prowadzone w technologii satelitarnej, IP, kablowej bądź naziemnej nie są substytucyjne, a komplementarne. Jak wiadomo, dla dóbr komplementarnych istnieje odwrotna zależność pomiędzy zmianami ceny jednego z nich, a popytem na drugie, co w omawianej sprawie oznaczać by miało, że wzrost ceny z tytułu świadczenia nadawcy usługi emisji sygnału telewizyjnego w sposób naziemny prowadziłby do spadku zainteresowania (popytu) na usługi emisji w standardzie satelitarnym. Taka zależność z oczywistych względów nie zachodzi. Twierdzenie przedstawione w projekcie decyzji jest więc dowolne i nieudowodnione. Wnosimy więc aby Prezes UKE przedstawioną przez siebie okoliczność wykazał dowodowo, popierając ją stosownymi wyliczeniami ekonomicznymi.

Prezes UKE twierdzi również, że EmiTel jest największym dostawcą usług emisji sygnałów programów telewizyjnych za pomocą cyfrowej sieci rozsiwcznej naziemnej. Wskazać jednak należy, że największymi dostawcami takich usług są przedsiębiorcy telefonii komórkowej tj. T-Mobile SA, Polkomtel SA oraz Orange Polska SA czy też P4 Sp. z o.o., które prowadzą odpowiednio emisje sygnałów programów telewizyjnych w technologii LTE np. realizowanej przez Orange Polska SA usługi Orange TV Go.

Kolejną istotną wadą przeprowadzonej przez Prezesa UKE analizy rynku, jest zaniechanie potencjałów technicznych i ekonomicznych EmiTel oraz T-Mobile SA, Polkomtel SA oraz Orange Polska SA czy też P4 Sp. z o.o.. Przedsiębiorcy ci również zajmują się emisją programów telewizyjnych, ale w technologii LTE, która to technologia staje się coraz bardziej popularna. Należy podkreślić, że takie transmisje mają miejsce poprzez cyfrową sieć rozsiwczą naziemną, do których również zaliczone zostały emisje realizowane przez EmiTel w technologii DVB-T.

Reasumując tę część stanowiska, należy jeszcze raz podkreślić, że uzasadnienie projektu decyzji Prezesa UKE nie zawiera prawidłowo udokumentowanych wniosków dokonanych na podstawie właściwie przeprowadzonej analizy rynku, co jest bezwzględnie wymagane w związku z prowadzonym postępowaniem.

⁶ Polkomtel Sp. z o.o. (podmiot z grupy kapitałowej, do której należy również Telewizja Polsat Sp. z o.o.), zawarł w dniu 20.09.2007 roku porozumienie z Telewizją Polską SA oraz Polskim Radiem S.A. o uruchomieniu naziemnej telewizji cyfrowej oraz cyfrowego radia.

RYNEK PRODUKTOWY NA POZIOMIE HURTOWYM

Prezes UKE do rozważań w przedmiocie rynku produktowego na poziomie hurtowym posłużył się raz jeszcze nieaktualnymi Wytycznymi z roku 2003. Wytyczne te, jak wyraźnie podkreślił Prezes UKE, nie kreują obowiązków w zakresie świadczenia usług nadawania, ale dotyczą sieci i urządzeń towarzyszących, wykorzystywanych do ich świadczenia. Zgodnie bowiem z ich brzmieniem „*Świadczenie usług nadawania wykracza zatem poza zakres tych ram regulacyjnych, ale sieci i urządzenia towarzyszące wykorzystywane do świadczenia usług nadawania wchodzą w zakres tych ram.*”⁷

Niezależnie od tego, że Prezes UKE nie miał podstaw, aby oprzeć się na nieaktualnych Wytycznych z roku 2003, to dodatkowo błędnie zastosował nawet te Wytyczne. Analiza potencjału EmiTel dokonana przez Prezesa UKE winna bowiem obejmować wszystkie sieci przedsiębiorców telekomunikacyjnych bądź ich części, które są wykorzystywane do świadczenia usług nadawania (emisji) z jednej strony i odnosić je do sieci własnej EmiTel z drugiej strony. Do świadczenia usług emisji EmiTel wykorzystuje również sieci innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, których jednak nie można wliczać do potencjału EmiTela. EmiTel konsekwentnie stoi na stanowisku, które znajduje oparcie nawet w przywoływanych przez Prezesa UKE Wytycznych z 2003 roku, że w toku analizy uwzględnić należy wszystkie sieci telekomunikacyjne, również te dostarczone EmiTel przez inne podmioty, oraz ocenić potencjał przedsiębiorców, którzy dostarczyli te sieci. **Nie można bowiem oceniać potencjału EmiTel z punktu widzenia sieci telekomunikacyjnych, które nie są dostarczane przez EmiTel.** Analogicznie nie ocenia się przecież potencjału na rynku kanalizacji teletechnicznej spółki, przykładowo Netia SA z perspektywy udostępnionych tej spółce kanalizacji teletechnicznych przez Orange Polska S.A.

W tym miejscu EmiTel wskazuje, iż do świadczenia usług emisji sygnału telewizyjnego wykorzystuje nie tylko sieć własną, ale również sieci kilku przedsiębiorców telekomunikacyjnych m.in. Polkomtel SA, Orange Polska SA i innych. Prezes UKE pozyskał w toku analizy rynku listę wszystkich sieci, jakie są wykorzystywane do świadczenia usług emisji.

Sieci telekomunikacyjne pozyskane przez EmiTel do prowadzenia emisji telewizyjnych od podmiotów trzecich spoza grupy EmiTel, dostarczają **aż 55% infrastruktury obiektów wysokościowych** wykorzystywanych do prowadzenia emisji telewizyjnych. W świetle tych informacji, znanych Prezesowi UKE, uproszczenie wyrażone zapisem „*ze względu na posiadany potencjał (przede wszystkim, ze względu na wielkość i zasięg sieci, ilość stacji nadawczych) tylko przedsiębiorca EmiTel jest w stanie zapewnić wspomniane usługi w najszerszym zakresie, zaspokajając w ten sposób zapotrzebowanie nadawców telewizyjnych, w szczególności nadawców publicznych – Telewizji Polskiej SA wraz z jej oddziałami regionalnymi.*” jest absolutnie niedopuszczalne, albowiem rażąco nie przystaje ono do stanu faktycznego.

Po stronie popytowej na poziomie hurtowym rynku działa zarówno EmiTel jak i operatorzy sieci alternatywnych względem EmiTela, którzy starają się pozyskiwać infrastrukturę obiektów wysokościowych. Tym samym oceniając sytuację na rynku hurtowym, należy uwzględnić dostępną na rynku infrastrukturę wysokościową. Podaż infrastruktury wysokościowej ma kluczowe znaczenie dla oceny barier wejścia na rynek. Łatwy dostęp do tej infrastruktury, nawet przy dużym udziale rynkowym EmiTela, wskazywać będzie na to, że w krótkoterminowej perspektywie na rynku mogą rozpocząć działalność inni przedsiębiorcy. Oznacza to, że ta okoliczność jest bardzo istotna dla oceny perspektyw rozwoju rynku.

W Polsce do prowadzenia emisji telewizyjnych w standardzie DVB-T wykorzystywana jest infrastruktura 315 obiektów wysokościowych, przy czym jedynie 91 stanowią obiekty będące własnością EmiTela, a 41 to obiekty należące do innych podmiotów z grupy kapitałowej EmiTel. Prezes UKE nie odpowiedział w analizie na kluczowe pytania:

- kto na poziomie hurtowym rynku dostarcza 176 obiektów infrastruktury obiektów wysokościowych, a więc 55% wszystkich wykorzystywanych do prowadzenia transmisji telewizyjnych,

⁷ Nota wyjaśniająca do Zalecenia 2003 pkt. 4.1

- czy konieczne jest uzyskanie dostępu do infrastruktury EmiTel skoro infrastruktura grupy kapitałowej EmiTel pozwala wygenerować jedynie co drugą polską emisję telewizyjną, a infrastruktura EmiTela co trzecią?
- jaka jest podstawa do ustalenia pozycji przedsiębiorców telekomunikacyjnych z grupy kapitałowej EmiTel na rynku hurtowym skoro postępowanie było wszczęte jedynie w odniesieniu do EmiTel,
- dlaczego Prezes UKE skierował obowiązki dostępowe do infrastruktury grupy kapitałowej EmiTel, skoro na rynku są podmioty, których infrastruktura jest zaangażowana do emisji telewizyjnych w większym rozmiarze,
- dlaczego i w oparciu o jakie przepisy Prawa telekomunikacyjnego toczy się postępowanie prowadzone przez Prezesa UKE, które dotyczy infrastruktury będącej własnością innych podmiotów niż EmiTel? Czy podmioty te zostały poinformowane o tym postępowaniu? Czy otrzymały projekt decyzji UKE, której efektem może być nałożenie obowiązków regulacyjnych, które będą dotyczyć ich infrastruktury?

Ostatecznie z analizy dokonanej przez Prezesa UKE nie można się dowiedzieć, jakie podmioty działają po stronie podażowej rynku, jakie uzyskują one przychody oraz jakie sieci telekomunikacyjne są wykorzystywane do świadczenia usług emisji programów telewizyjnych, co jest kolejnym argumentem za przyjęciem tezy, że analiza ta nie została przeprowadzona w sposób prawidłowy. Z powodu powyższych zaniechań Prezesa UKE zawarte w Decyzji wnioski są dowolne, a co za tym idzie błędne. Z uwagi na to EmiTel wnioskuje o przeprowadzenie powtórnej analizy przez Prezesa UKE z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie wskazane powyżej.

Rynek udostępniania infrastruktury obiektów wysokościowych jest niezwykle atrakcyjny dla inwestorów i cieszy się w ostatnich latach dużym zainteresowaniem⁸. Dzieje się tak m.in. z powodu silnego rozwoju infrastruktury telekomunikacyjnej budowanej na potrzeby operatorów telefonii komórkowej. Działają na tym rynku także firmy, które skupują oraz budują obiekty wysokościowe w danym regionie lub na terenie całej Polski, takie jak: Electronic Control Systems⁹, e-Signals¹⁰ lub Airtel Systems Sp. z o.o.¹¹. Działają również samorządy i operatorzy telefonii komórkowej.

Aby prawidłowo ocenić bariery wejścia należy uwzględnić dostępność infrastruktury potrzebnej do świadczenia usług na rzecz nadawców telewizyjnych. Prezes UKE winien wziąć pod uwagę, że na rynku dostępnych jest 15000 obiektów wysokościowych. Liczba tych obiektów cały czas rośnie. W ocenie EmiTel dostępność infrastruktury obiektów wysokościowych na polskim rynku, umożliwiającą uruchomienie emisji dużej mocy, kształtuje się na poziomie 1500 obiektów. Użytkownicy tych obiektów są zainteresowani nawiązywaniem współpracy infrastrukturalnej. Dla przykładu operator telefonii komórkowej Orange opublikował ofertę ramową obejmującą 2000 obiektów wysokościowych.

Duża podaź infrastruktury obiektów wysokościowych na rynku powoduje, że rynek hurtowy wykazuje cechy aktywnej i zrównoważonej konkurencji.

RYNEK GEOGRAFICZNY

Z projektu opublikowanej decyzji wynika, że Prezes UKE nie dokonał oceny rynku w zakresie geograficznym z punktu widzenia dostępności infrastruktury wykorzystywanej do świadczenia usług emisji na rzecz nadawców, w tym bez uwzględnienia specyfiki dotyczącej poszczególnych obszarów Polski. Brak jest bowiem w dokonanej analizie informacji gdzie zlokalizowane są obiekty wysokościowe będące własnością EmiTel (łącznie 91), innych przedsiębiorców z grupy kapitałowej EmiTel (łącznie 41) oraz gdzie znajdują się obiekty wysokościowe podmiotów trzecich (łącznie 176). Brak jest też dowodu, że jedynie z wykorzystaniem obiektów wysokościowych EmiTela możliwe jest uzyskanie pokrycia ogólnopolskiego, skoro z wykorzystaniem obiektów podmiotów trzecich uzyskuje się więcej emisji telewizyjnych aniżeli z

⁸ <http://www.rp.pl/Rpkom/304299971-Przybywa-chetnych-na-komorkowe-maszty.html>

⁹ <https://www.ecs.com.pl/oferta/telekomunikacja/>

¹⁰ <http://e-signals.pl/maszty-i-wieze/>

¹¹ <http://www.airtel.com.pl/oferta/produkty/maszty-aluminiowe.html>

obiektów EmiTel. Powyższe stanowi o wadliwości projektowanej decyzji. W związku z tym Prezes UKE powinien przeprowadzić wskazaną analizę gromadząc uprzednio konieczne dowody, a następnie skorygować projektowaną decyzję o otrzymane na podstawie analizy wnioski.

Prezes UKE pominął w swojej analizie fakt, że są takie obszary w Polsce, które nie mogą być obsłużone wyłącznie siecią telekomunikacyjną EmiTel, bowiem EmiTel nie jest właścicielem żadnego obiektu wysokościowego na tych obszarach. Niewątpliwie na takich obszarach zachodzą odmienne warunki konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami, którzy starają się pozyskać obiekty wysokościowe.

Dodatkowo Prezes UKE nie przeprowadził dowodu z bazy danych krajowej GESUD celem ustalenia dostępności obiektów wysokościowych możliwych do wykorzystania w prowadzeniu emisji telewizyjnych bądź mapy zasadniczej danego powiatu. Nie jest więc jasne dlaczego z 15000 masztów / wież telekomunikacyjnych dostępnych w Polsce należących do różnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, 91 masztów EmiTela jest pod jakimś względem wyjątkowych, co w konsekwencji uzasadniło nałożenie obowiązków regulacyjnych na EmiTel.

Kolejną tezą nie znajdującą uzasadnienia w stanie faktycznym jest teza zgodnie z którą, EmiTel jest właścicielem obiektów nadawczych, które nie mogą być zduplikowane. W toku analiz prowadzonych przez Prezesa UKE, EmiTel **przedstawił występującą na rynku alternatywę wobec każdego obiektu własnego**. Mimo to, okoliczności te nie zostały zbadane przez Prezesa UKE w toczącym się postępowaniu. Powinno to zostać uzupełnione, a projektowana decyzja skorygowana w oparciu o wnioski z analizy. Prezes UKE nie wyjaśnił także wystarczająco przyjętego założenia o ogólnopolskim rynku i nie uwzględnił w analizie rynków lokalnych. Niewątpliwie odmienne warunki konkurencji obowiązują w dużych miastach lub aglomeracjach, w których jest duża dostępność obiektów wysokościowych np. budynków, a inne warunki konkurencji dotyczą obszarów nieurbanizowanych, gdzie działalność emisyjna musi być oparta o pozyskanie obiektu wysokościowego spółek użyteczności publicznej np. elektrociepłowni bądź przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Przedsiębiorcy telekomunikacyjni nabywają powierzchnie masztów jedynie w miejscach, gdzie chcą uzupełnić własne sieci obiektów wysokościowych. EmiTel nie spotkał się z taką praktyką rynkową, (którą Prezes UKE zawarł w projektowanej decyzji), by przedsiębiorcy telekomunikacyjni nabywali powierzchnie masztów na obszarze całego kraju i tego także Prezes UKE nie wykazał. Powszechnie jest bowiem zamawianie usług dostępu do masztu w konkretnej lokalizacji.

STRUKTURA PODMIOTOWA RYNKU WŁAŚCIWEGO

Prezes UKE w odniesieniu do struktury podmiotowej **ryнку właściwego** ustalił: *„Na analizowanym rynku po stronie podaży działają przedsiębiorcy telekomunikacyjni posiadający infrastrukturę, za pomocą której mogą oni świadczyć na rzecz nadawców telewizyjnych usługę transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym. Na podstawie zebranych przez Prezesa UKE danych i wykonanej analizy można stwierdzić, że na analizowanym rynku właściwym można wskazać podmioty o największym w nim udziale:*

- 1. EmiTel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,*
- 2. Info-TV-FM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,*
- 3. Bcast sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.”*

W swoich rozważaniach, Prezes UKE nie uwzględnił specyfiki rynku, którego dotyczy postępowanie. Wprawdzie jest to rynek, na którym świadczone są usługi przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych na rzecz nadawców, to jednak bardzo istotna dla funkcjonowania tego rynku jest dostępność infrastruktury wysokościowej. W konsekwencji, konieczne jest uwzględnienie nie tylko przedsiębiorców obecnych na tym rynku, ale również wpływu na funkcjonowanie tego rynku przedsiębiorców dysponujących infrastrukturą (obiektami wysokościowymi). **Na rynku działa ok. 200 podmiotów dysponujących taką infrastrukturą. Należą do nich przedsiębiorcy telefonii komórkowej, samorządy, operatorzy infrastruktury użyteczności publicznej tacy jak np. spółki energetyczne.**

Zwrócić należy uwagę, że większość obiektów wykorzystywanych przez EmiTel nie jest własnością EmiTela, czy też podmiotów z grupy kapitałowej. Oznacza to, że w celu świadczenia usług na rzecz nadawców EmiTel musi korzystać z obiektów takich podmiotów. 55% emisji zapewnianych przez EmiTel jest

realizowana z wykorzystaniem obiektów innych podmiotów. W tym zakresie sytuacja EmiTel nie różni się od sytuacji wszystkich działających konkurentów EmiTel, jak i potencjalnych jego konkurentów.

Prezes UKE nie wyjaśnił także w oparciu o jakie przepisy prawa przyjmuje, że w analizie rynku należy traktować jako infrastrukturę EmiTela, infrastrukturę, której właścicielem są inne podmioty, niż EmiTel.

TEST TRZECH KRYTERIÓW

TRUDNE DO PRZEZWYCIĘŻENIA I NIE MAJĄCE PRZEJŚCIOWEGO CHARAKTERU BARIERY WEJŚCIA NA RYNEK

Prezes UKE rozważania dotyczące trudnych do przewyciężenia i nie mających przejściowego charakteru barier wejścia na rynek poprzedził uwagą że „Potencjalne zagrożenie, że strony nowych konkurentów powstrzymuje przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających na danym rynku właściwym przed niezasadnionym podnoszeniem cen. Istnienie barier wejścia na rynek ogranicza tę presję i umożliwia operatorom już na nim obecnym podnoszenie cen i osiąganie przez dłuższy czas niezasadnionych, dodatkowych zysków wynikających z braku skutecznej konkurencji.” Przypomnieć w tym miejscu należy, że ceny za świadczenie usług na poziomie detalicznym rynku ustalone zostały w drodze postępowań konkursowych i przetargowych. Brak jest więc jasności, w jaki sposób Prezes UKE ustalił, iż możliwe mogłoby być podniesienie ceny ustalonej np. w toku przetargu publicznego trybu nieograniczonego w świetle ustawowych zakazów - płynących z ustawy prawo zamówień publicznych - zmiany umowy o zamówienie publiczne po otwarciu oferty. Przypomnieć należy, że zastosowanie owego mechanizmu zakazu zmiany parametrów świadczenia usługi zamówionej w toku prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne jest emanacją ochrony innych uczestników postępowań przetargowych, których oferty nie zostały wyłonione w tym postępowaniu. Przypomnieć więc wypada, że analizowany przez Prezesa UKE rynek detaliczny jest rynkiem przetargowym. Jednocześnie EmiTel opisał każdy konkurs i przetarg, jaki miał miejsce na poziomie detalicznym rynku, oraz konkurentów którzy konkurowali z EmiTel.

Prezes UKE nie wykazał również w postępowaniu, by istniały jakiekolwiek bariery w dostępie do rynku skoro w każdym zorganizowanym przetargu bądź konkursie, EmiTel spotkał się z kontrofertą innego przedsiębiorcy konkurującego. Bariery w złożeniu oferty na świadczenie usług emisji o zasięgu ogólnopolskim nie napotkały np.

- Arkena Sp. z o.o. składając ofertę na świadczenie usługi emisji ogólnopolskiej MUX1 i MUX3
- Mobile TV Sp z o.o. (którego udziałowcem jest T-Mobile SA, P4 SA, Polkomtel SA oraz Orange Polska SA) oraz Info-TV-FM Sp. z o. składając ofertę w konkursie na świadczenie emisji ogólnopolskiej MUX4,
- TIME S.A. Polski Operator Telewizyjny Sp. z o.o. Telewizja Polska S.A. składają ofertę w konkursie na świadczenie emisji ogólnopolskiej MUX8,
- INFO-TV-FM Sp z o.o., RSTV S.A., Polski Operator Telewizyjny Sp. z o.o. składając oferty w przetargu na świadczenie emisji ogólnopolskich MUX2.

Skoro przedsiębiorstwa te były gotowe uruchomić ogólnopolskie zasięgi sieci, to jakiekolwiek bariery, które jeszcze dodatkowo mogłyby być trudne do przewyciężenia, nie istnieją. Wynika to głównie z tego, że na poziomie hurtowym rynku występuje duża podaż obiektów wysokościowych, co umożliwia pozyskanie powierzchni takiego obiektu na potrzeby uruchomienia emisji telewizyjnych.

Prezes UKE nie podał żadnego przykładu sytuacji odmiennej. Nie jest to jednak dziwne, bo sytuacji takich nie było i nie ma.

BARIERY STRUKTURALNE

Prezes UKE wymienił szereg trudności dotyczących wejścia na rynek właściwy przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Szczególny nacisk w argumentacji Prezesa UKE został położony na wysokie koszty poniesione na budowę i rozbudowę masztów telekomunikacyjnych. Prezes UKE pominął jednak fakt, iż rocznie przedsiębiorcy telekomunikacyjni budują ok. 1000 masztów i wież telekomunikacyjnych. W tym świetle budowa bądź koszt budowy 55 masztów dla prowadzenia emisji telewizyjnych z pewnością nie może być uznana za barierę strukturalną. Wskazać w tym miejscu należy, że sam EmiTel realizuje obecnie

plan budowy kilkuset masztów telekomunikacyjnych na potrzeby telefonii mobilnej i nie napotyka ustalonych przez Prezesa UKE trudności z realizacją takiej infrastruktury.

Kolejnym twierdzeniem nieznanym potwierdzenia w praktykach rynkowych jest to, iż zasadniczą metodą działania przedsiębiorców celem uruchomienia usługi emisji programu telewizyjnego jest uprzednia budowa masztu telekomunikacyjnego.

Na analizowanym przez Prezesa UKE rynku występuje duża podaż obiektów wysokościowych, a więc – wbrew twierdzeniom Prezesa UKE – **zasadniczym modelem realizacji emisji telewizyjnych jest pozyskanie istniejącego obiektu nadawczego w drodze najmu bądź dzierżawy a następnie instalacja anten i urządzeń nadawczych celem rozpowszechniania programu telewizyjnego.** Prezes UKE nie może w swojej analizie abstrahować od tego, że 2/3 emisji telewizyjnych prowadzonych jest w takim modelu. W świetle tych faktów, ryzyko wystąpienia kosztów utopionych jest w sposób oczywisty marginalne (o czym najlepiej świadczy konkurencyjność dotychczas prowadzonych postępowań przetargowych). Po zakończeniu stosunku umownego pomiędzy nadawcą a przedsiębiorcą telekomunikacyjnym o świadczenie usługi emisji sprzęt nadawczy z takiego obiektu najmowanego jest po prostu demontowany.

Kolejnym podnoszonym przez Prezesa UKE argumentem jest rzekoma kontrola przez EmiTel trudnej do powielenia infrastruktury. Rozumieć przy tym należy, że chodzi głównie o zidentyfikowaną przez Prezesa UKE infrastrukturę kluczową opisaną na stronie 34 – 35 projektu decyzji. W przypadku bowiem 176 obiektów wykorzystywanych do prowadzenia emisji telewizyjnych kontrolę operatorską nad tymi obiektami pełnią ich właściciele będący innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi.

W pierwszej kolejności Prezes UKE podnosi kwestię ewentualnego kosztu powielenia takich obiektów, nie wskazując przy tym, jakiej wielkości jest to koszt. Trudno racjonalnie odnosić się do takiej argumentacji, która nic nie wnosi do postępowania prócz twierdzeń Prezesa UKE.

Prezes UKE twierdzi również, że kluczowa infrastruktura EmiTel zlokalizowana jest w parkach narodowych, co czyni ją trudną do powielenia. Tymczasem, z ustalonych na stronie 34-35 przez Prezesa UKE obiektów kluczowych, jedynie 3 z 55 tam wymienionych są zlokalizowane w parkach narodowych, co przeczy możliwości uznania tej okoliczności za istotną. Nie jest również prawdą, iż nie ma możliwości budowy obiektu telekomunikacyjnego w granicach parków narodowych. W ostatnich latach EmiTel przeprowadził takie inwestycje m.in. polegające na rozbudowie istniejących w parkach obiektów telekomunikacyjnych na potrzeby uruchomienia kolejnych emisji telewizyjnych multipleksów cyfrowych. Tego typu argumentacja, budzić musi poważne zastrzeżenia pod kątem rzetelności przeprowadzonej analizy, zwłaszcza gdy nie powołano na ich poparcie żadnych dowodów lub przykładów.

Prezes UKE winien również wyjaśnić, czego jednak nie uczynił, jaka jest potrzeba techniczna powielenia obiektów dużej mocy, których właścicielem jest EmiTel, skoro taki sam efekt emisyjny uzyskać można z uruchomienia dwóch lub więcej obiektów małej mocy? Podkreślić należy, że w takim przypadku różnica kosztów emisji nie stanowi istotnej okoliczności, a może wypadać na korzyść kilku emisji niższej mocy, przy jednoczesnych korzyściach w zakresie parametrów pokrycia. Prosta konsekwencją tego stanowiska jest uznanie, że efekt emisji z obiektu wysokiego dużej mocy, którego koszt Prezes UKE estymował na kwotę 1.244.100 zł (str. 25 decyzji), jest możliwy do uzyskania w drodze budowy dwóch obiektów niskich o małej mocy, przy czym budowa takiego obiektu stanowi wydatek 532.000 zł (str. 25 decyzji). Doskonałym przykładem takiego stanu jest rezygnacja klienta EmiTel tj. Telewizji Łużyce z usługi EmiTela świadczonej z jednego obiektu z dużą mocą oraz samodzielne uruchomienie emisji telewizyjnej z dwóch obiektów małej mocy, które dodatkowo poprawiły zasięg programu tego przedsiębiorcy. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że niejednokrotnie duża moc emisyjna może być również uruchomiona z obiektu niskiego. Tym samym z taką samą skutecznością można prowadzić emisje wykorzystując zarówno małe jak i duże moce i do wniosku tego prowadzi również analiza uzasadnienia decyzji Prezesa UKE.

Odnosząc się do twierdzenia jakoby w Polsce nie było możliwości budowy obiektu telekomunikacyjnego dużej mocy, EmiTel chciałby wskazać na fakt realizacji rozbudowy licznych obiektów istniejących EmiTela na potrzeby uruchomienia multipleksów MUX8, MUX3, MUX2, MUX1 oraz MUX4 dowodzący bezpodstawności takiego twierdzenia. Prezes UKE posiada taką wiedzę choćby na podstawie udzielanych przez Prezesa UKE pozwoleń radiowych.

Prezes UKE stwierdził, iż obiekty EmiTel nie posiadają realnej alternatywy. Jednakże nie odniósł się do danych przedstawionych przez EmiTel w toku analizy obejmujących informacje o obiektach alternatywnych występujących na rynku. Należy zaznaczyć, że wątpliwe jest również, czy Prezes UKE w dokonanej przez siebie analizie oparł się na danych o infrastrukturze sieci wszystkich realnych konkurentów EmiTel tj. wszystkich podmiotów i ich grup kapitałowych, którzy rywalizowali o możliwość prowadzenia emisji telewizyjnych w ramach multipleksów. Nie jest również jasne, które z 15000 obiektów wysokościowych możliwych do pozyskania na rynku hurtowym, zostały zakwestionowane przez Prezesa UKE z powodu ograniczeń, do jakich Prezes UKE zaliczył: brak dostępu do obiektu, brak możliwości zainstalowania anten, ograniczenia nośności, brak zasilania energetycznego, brak monitoringu. Jedyny dowód jaki może posłużyć Prezesowi UKE do rozwiania takiej wątpliwości, to oględziny takich obiektów alternatywnych, jednak Prezes UKE nie skorzystał z takiej możliwości. Tym samym teza Prezesa UKE pozostaje nieudowodniona. Poza tym, już sam fakt, że EmiTel pozyskał na rynku 176 obiektów wysokościowych i uruchomił z nich emisje telewizyjne przeczy tezie podniesionej przez Prezesa UKE. Przeczy również takiej tezie fakt, że spółka INFO-TV-FM Sp. z o.o. uruchomiła ogólnopolską sieć MUX4, z jednym wyjątkiem bez wykorzystania obiektów EmiTel. Jest więc oczywiste, że możliwe jest pozyskanie obiektów na rynku hurtowym i uruchomienie ogólnopolskiej emisji telewizyjnej bez wykorzystania obiektów EmiTel w sposób efektywny. Podnieść w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy działający na rynku hurtowym są zainteresowani nawiązywaniem współpracy i udostępnianiem obiektów wysokościowych, m.in. ze względu na niskie koszty z nimi związane, niewielkie zaangażowanie pracowników, uzyskanie korzyści wskutek ekonomii zakresu – dowodzi tego choćby publiczna oferta Orange Polska SA w zakresie udostępniania infrastruktury wysokościowej.¹²

Co się tyczy ustalenia Prezesa UKE, w zakresie budowy przez konkurencyjną spółkę TIME SA sieci MUX8 bez wykorzystania obiektów EmiTel to podnieść należy, że Prezes UKE skupia się przede wszystkim na przypomnieniu, że konkurent ten zaoferował w konkursie mniejszą kwotę za wykorzystanie częstotliwości aniżeli EmiTel, co w opinii Prezesa UKE związane było z tym, że przyjął założenie wykorzystania 109 obiektów, natomiast EmiTel przyjął założenie bardziej efektywne wykorzystania 74 obiektów. Argument ten wydaje się prowadzić Prezesa UKE do wniosku, że jest możliwe zbudowanie sieci alternatywnej (pomimo że w poprzednim akapicie projektu decyzji takiej możliwości nie przyjmował) ale nie tak efektywnie jak to zrobił EmiTel, a skoro tak, to należy wyrównać szansę pomiędzy EmiTel i jego konkurentem. Odnośnie twierdzenia Prezesa UKE, jakoby EmiTel wykorzystując obiekty własne mógł efektywniej świadczyć usługi i prowadzić transmisje telewizji naziemnej należy zaznaczyć, iż wyższa efektywność EmiTel jako przedsiębiorcy działającego na rynku i korzystającego z wypracowanego przez lata doświadczenia organizacyjnego nie może stanowić samodzielnego uzasadnienia do jego regulacji, albowiem nie wskazuje na spełnienie żadnego z elementu testu trzech kryteriów, ani nie stanowi dowodu niepożądanego praktyki rynkowej, wymagającej interwencji regulacyjnej.

Mając powyższe na względzie nie ma barier strukturalnych występujących na rynku hurtowym. Jak już wskazywał EmiTel, rocznie buduje się w Polsce ok. 1000 obiektów masztowych, bądź wieżowych. Prezes UKE nie wykazał, że obiekty wysokościowe już istniejące lub budowane, którymi dysponują inne niż EmiTel podmioty, nie mogą być wykorzystane do świadczenia usług nadawczych w zakresie naziemnej telewizji cyfrowej.

Wszystkie wskazane wyżej argumenty wskazują wyraźnie na fakt, iż na rynku hurtowym brak jest w chwili obecnej barier strukturalnych a rozważania Prezesa UKE w tej mierze, w większości przypadków, nie znajdują oparcia w stanie faktycznym, nie zostały poparte prawidłowo przeprowadzoną analizą tegoż stanu faktycznego

BARIERY PRAWNE I REGULACYJNE

Wbrew temu, co Prezes UKE przyjął w projekcie decyzji, wymogi prawne dla wszystkich przedsiębiorców działających na rynku są takie same i nie powinny być traktowane jako bariery w świetle przeprowadzanego testu trzech kryteriów.

¹² <http://www.hurt-orange.pl/operatorzy-krajowi/uslugi/infrastrukturalne/wieze-maszy-i-powierzchnie-nietechniczne/>

W art. 17 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych ustanowiony został obowiązek zapewnienia otwartego dostępu do elementów sieci przedsiębiorców użyteczności publicznej, jak np. spółki energetyczne, których kominy i słupy energetyczne można wykorzystać do uruchomienia emisji. Wprowadzenie tego rodzaju unormowań wynikało z przekonania, że infrastruktura techniczna, której dysponentami są podmioty wykonujące zadania z zakresu użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy, została zbudowana ze środków publicznych i bez przeszkód może być wykorzystywana na potrzeby realizowania inwestycji telekomunikacyjnych, co pozwoli na osiągnięcie synergii w zakresie infrastruktury (np. współkorzystanie ze słupów, masztów). Z uzasadnienia projektu ustawy wynika ponadto, że nie bez znaczenia była okoliczność, iż podmioty wykonujące zadania z zakresu użyteczności publicznej posiadają bogate doświadczenie w zakresie prowadzenia inwestycji w ramach swojej podstawowej działalności, a przy tej okazji mogą jednocześnie realizować inwestycje na potrzeby telekomunikacji.

Z tych możliwości skorzystać może każdy przedsiębiorca, co oznacza, że nie mamy do czynienia wyłącznie z barierami regulacyjnymi w prowadzeniu działalności telekomunikacyjnej, ale także z licznymi jej ułatwieniami.

ISTNIENIE STRUKTURY RYNKU, KTÓRA SPRZYJA OSIĄGNIĘCIU SKUTECZNEJ KONKURENCJI W ODPOWIEDNIM HORYZONCIE CZASOWYM, PRZY UWZGLĘDNIENIU STANU KONKURENCJI INFRASTRUKTURALNEJ I INNYCH RODZAJÓW KONKURENCJI

Analiza przedstawiona w projektowanej decyzji nie zawiera ustaleń dotyczących perspektywy rozwoju poziomu detalicznego rynku w szczególności rozwoju telewizji cyfrowej, ewentualnych wygaszeń emisji DVB-T i przejścia na nadawania DVB-T2, co nie pozwala ustalić czy Prezes UKE zaproponował zastosowanie środków regulacyjnych w odpowiednim horyzoncie czasowym.

TRENDY CENOWE

Wbrew twierdzeniom zawartym w projektowanej decyzji, cena na rynku detalicznym ukształtowana została w warunkach pełnej konkurencji oraz wykonania obowiązków regulacyjnych nałożonych na EmiTel w wydanych przez Prezesa UKE decyzjach regulacyjnych, opartych na modelach zaudytowanych przez biegłych wyłonionych przez Prezesa UKE.

Należy przypomnieć, że w zakresie stosowania przez EmiTel cen na rynku Prezes UKE prowadził na przestrzeni ostatnich lat trzy kontrole, **które nie wykazywały jakichkolwiek nieprawidłowości**. Kontrole te nie doprowadziły również do nałożenia na EmiTel jakichkolwiek kar administracyjnych bądź środków zaradczych, którymi dysponuje Prezes UKE.

Pamiętać również należy, że w poprzednich cyklach regulacyjnych Prezes UKE nałożył na EmiTel kilkanaście decyzji regulacyjnych, które miały przełożenie na stosowane ceny na rynku detalicznym (skoro powyżej wzmiankowane kontrole Prezesa UKE nie wykazywały istnienia praktyki zawężania marży po stronie EmiTel), a zatem obecny kształt rynku jest efektem regulacji ex-ante, mimo że w następstwie kontroli sądowej decyzje regulacyjne były pozbawiane wykonalności lub uchylane.

PRZEPISY PRAWA KONKURENCJI SĄ WYSTARCZAJĄCE DO ODPOWIEDNIEGO ZARADZENIA STWIERDZONYM NIEPRAWIDŁOŚCIOM W FUNKCJONOWANIU RYNKU

Prezes UKE, podając tezę o „niewystarczalności prawa konkurencji” stwierdził, że narzędzia jakimi posługuje się Prezes UOKiK są niewystarczające bowiem Prezes UOKiK nie prowadzi bieżącej analizy rynku.

W ocenie EmiTel nie ma przeszkód, aby Prezes UKE przekazywał Prezesowi UOKiK informacje pozyskane w toku analiz rynkowych.

Również za podstawę regulacji nie może być uznane stwierdzenie, iż jedynie regulacja umożliwi poddanie EmiTel rozstrzygnięciu sporów międzyoperatorskich. Spory takie mogą być bowiem rozstrzygane w drodze zapewnienia dostępu do infrastruktury bez nakładania obowiązków regulacyjnych, co gwarantuje tzw. megaustawa, czyli ustawa z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (tj. Dz. U. z 2016, poz. 1537 ze zm.).

Jak już było podnoszone, modele cenowe obowiązujące w EmiTel ukształtowane zostały podjętymi

regulacjami przez Prezesa UKE oraz Prezesa UOKiK w latach poprzednich, dlatego też dziwić może stwierdzenie, że wprowadzenie nowego modelu regulacyjnego jest potrzebne. Prezes UKE nie zestawia więc realnego stanu gospodarczego w którym działa EmiTel z testem trzech kryteriów.

Na marginesie powyższego wyводу stwierdzić należy, że uchylene w drodze procesu sądowego nałożonych obowiązków *ex post* przez Prezesa UOKiK nie tylko nie przemawia za potrzebą regulacji EmiTel, ale przeciwnie uwidacznia zbędność regulacji.

Warto w tym miejscu wskazać, że decyzja Prezesa UOKiK z dnia 25 października 2007 Nr DOK 95/07 na skutek odwołania TP EmiTel uchylona została w całości przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie, wyrokiem z dnia 19 października 2009 roku. Prezes UOKiK oraz Związek Pracodawców Mediów Publicznych wniosły apelacje, na skutek których 13 maja 2010 roku Sąd Apelacyjny w Warszawie uchylił wyrok SOKiK i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. W dniu 18 grudnia 2012 roku SOKiK na skutek ponownego rozpoznania sprawy wydał wyrok uchylający zaskarżoną decyzję w całości. Następnie, wyrokiem z dnia 15 maja 2014 roku Sąd Apelacyjny w Warszawie oddalił apelację EmiTel oraz Prezesa UOKiK, utrzymując tym samym wyrok uchylający zaskarżoną decyzję w całości. Zarówno EmiTel jak i Prezes UOKiK złożyli skargi kasacyjne od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie.

W dniu 5 listopada 2015 roku Sąd Najwyższy w Warszawie wydał wyrok (sygn. akt III SK 7/15), w którym:

- 1) oddalił skargę kasacyjną wniesioną przez Prezesa UOKiK,
- 2) uwzględnił skargę kasacyjną wniesioną przez EmiTel, uchylając w całości wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 maja 2014 roku oraz zmieniając wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 18 grudnia 2012 r., sygn. XVII Ama 172/10 w taki sposób, że zmienia zaskarżoną decyzję Prezesa UOKiK **stwierdzając, że EmiTel nie nadużywał pozycji dominującej.**

Fakt, iż EmiTel nie nadużywał pozycji dominującej nie może uzasadniać tezy, że narzędzia prawa konkurencji nie są skuteczne. Tezy o nieskuteczności narzędzie regulacyjnych nie może także uzasadniać to, że decyzja Prezesa UOKiK została uchylona przez Sąd. Nie można wywodzić dla EmiTela niekorzystnych skutków, że skorzystał z możliwości sądowej weryfikacji decyzji Prezesa UOKiK, zwłaszcza gdy Sąd podzielił stanowisko EmiTela co do wadliwości decyzji Prezesa UOKiK.

Zupełnie przy tym pominięto, że decyzja Prezesa UOKiK z dnia 25 października 2007 Nr DOK 95/07 w części, w której Prezes UOKiK uznał działanie TP EmiTel Sp. z o.o. w Krakowie, polegające na stosowaniu w podobnych umowach z innymi kontrahentami niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym kontrahentom korzystniejsze warunki konkurencji, poprzez bezzasadne różnicowanie stawek za usługi emisji sygnału programu radiowego i telewizyjnego dla poszczególnych nadawców radiowych i telewizyjnych na krajowym rynku usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej, za nadużycie pozycji dominującej, o którym mowa w art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i nakazał zaniechanie jej stosowania, podlegała natychmiastowemu wykonaniu i mimo, że została później uchylona – faktycznie wpłynęła na praktykę kontraktową TP EmiTel oraz nadawców, albowiem EmiTel – mimo że kwestionował decyzję – musiał się do nakazu zawartego w decyzji zastosować.

Twierdzenie więc, że dotychczasowe środki prawa konkurencji są niewystarczające na tej podstawie, że jedna decyzja Prezesa UOKiK została uchylona przez Sąd jako wadliwa, a druga w pełni wykonana przez EmiTel, jest całkowicie nieuzasadnione i ocenić można w kategoriach błędnej interpretacji kryterium w postaci niewystarczających narzędzi prawa konkurencji.

ANALIZA RYNKU POD KĄTEM WYSTĘPOWANIA PRZEDSIĘBIORCY O ZNACZĄCEJ POZYCJI RYNKOWEJ

OGÓLNE ZAŁOŻENIA

Oceniając rzeczywistą siłę rynkową EmiTel, Prezes UKE powinien wziąć pod uwagę specyfikę rynku właściwego. Jak już wyjaśniono, kluczowe znaczenie dla tego rynku ma dostępność obiektów wysokościowych. EmiTel jest właścicielem tylko niewielkiej liczby takich obiektów (nie więcej niż 4% obiektów, które pozwalają uruchomić nadajniki dużych mocy oraz nie więcej niż 1% w ogólnej liczbie obiektów wysokościowych nadających się do wykorzystania w celu świadczenia usług emisji na rzecz nadawców). W rezultacie przedsiębiorcy telekomunikacyjni zamierzający świadczyć usługi na rzecz nadawców mają możliwość korzystania z obiektów innych podmiotów. Te podmioty nie są obecne na rynku

właściwym świadczenia usług na rzecz nadawców telewizyjnych. *A priori* można zatem założyć, że nie utrudniają oni dostępu do swoich obiektów przedsiębiorcom zamierzającym świadczyć usługi na rzecz nadawców telewizyjnych. Przeciwnie, w ich interesie, w celu uzyskania dodatkowych korzyści jest udostępnianie swojej infrastruktury.

EKONOMIA SKALI

Jednocześnie bezpodstawnym jest twierdzenie zgodnie z którym, obiekty własne EmiTel pozwalały na wykorzystanie zjawiska ekonomii skali.

Sieć EmiTel została zaprojektowana i wybudowana w większości w latach 70 dla potrzeb świadczenia usług w technologii analogowej, co potwierdził Prezes UKE w analizie. W konsekwencji infrastruktura jest przewymiarowana w stosunku do potrzeb dzisiejszych głównie cyfrowych technologii (duże, częściowo bądź w całości puste budynki, przewymiarowane działki ze zbyt dużą ilością konstrukcji). W efekcie EmiTel ponosi wysokie koszty podatków (konstrukcje, budynki), utrzymania infrastruktury, w tym remontów (elewacja, dach, cykliczna wymiana lin odciągowych, przeglądy, itp.), ogrzewania, ochrony fizycznej i wielu innych. Większość przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających na obcej infrastrukturze nie posiada takiego „bagażu” nadmiarowej infrastruktury, może realizować projekty budując optymalną, dopasowaną do konkretnego projektu kosztowo infrastrukturę (np. kontenery vs duże budynki). Konkurencyjni operatorzy mają możliwość wykorzystania obcych (istniejących) konstrukcji na czas realizacji usługi emisji bez potrzeby ciągłego ponoszenia kosztów utrzymania, modernizacji i remontu posiadanej infrastruktury. Dzięki temu operator, który ma możliwość zawarcia krótkoterminowych umów na najem i ich wypowiedzenia po zakończeniu kontraktu obniża ryzyko inwestycji do minimum.

Istniejąca infrastruktura obca, t.j. obiekty komórkowe i kominy zlokalizowane na terenie miast, pozwalają nie tylko na optymalne pokrycie obszarów z dużą populacją ale również pozyskanie i uruchomienie niedrogiej sieci transmisyjnej, co wiąże się z możliwością wypowiedzenia umów wraz z ewentualną utratą emisji bez dodatkowych długoterminowych kosztów utrzymania łącz i urządzeń transmisyjnych. Natomiast EmiTel posiada własne obiekty, położone głównie poza dużymi miastami, co wymaga budowy i utrzymania kosztownej sieci transmisyjnej. Są one również obciążone usterkami związanymi z długoletnim okresem eksploatacji. Były one budowane na potrzeby telewizji analogowej, przez co często znajdują się w nieoptymalnych z punktu widzenia świadczonych obecnie usług lokalizacjach. W konsekwencji EmiTel musi ponosić koszty wyburzeń infrastruktury. Stan ten wymusza na EmiTel prowadzenie działań modernizacyjnych i optymalizacyjnych infrastruktury, co równoważy korzyści wynikające z faktu jej posiadania.

Posiadanie szerokiego zakresu usług wymusza na EmiTel ponoszenie dodatkowych kosztów po stronie organizacji przedsiębiorstwa, w tym konieczność utrzymywania własnego planowania radiowego, zespołu odpowiedzialnego za przygotowanie oraz utrzymanie infrastruktury, zespołów utrzymania ogólnopolskich sieci nadawczych, systemów antenowych bądź zasobów niezbędnych do wykonywania zadań i obowiązków dotyczących obronności i bezpieczeństwa Państwa.

Ponadto charakterystyka tego rynku, gdzie koszty generują głównie utrzymanie obiektów wysokościowych oraz nabycia nadajników, powoduje, że przedsiębiorca prowadzący działalność na większą skalę, nie uzyskuje korzyści względem przedsiębiorcy prowadzącego działalność w ograniczonym zakresie.

Mając powyższe na względzie EmiTel nie uzyskuje korzyści ze zjawiska ekonomii skali.

EKONOMIA ZAKRESU

W projekcie decyzji stwierdza się, że EmiTel uzyskuje korzyści wskutek ekonomii zakresu. Prezes UKE uzasadnia swój wniosek bardzo lakonicznie. Ogranicza się głównie do wskazania, że EmiTel ma najbardziej rozbudowaną infrastrukturę, a dodatkowo jest operatorem multipleksu MUX8. **Żaden z tych czynników nie ma wpływu na zjawisko ekonomii zakresu.**

Działalność EmiTel jest zasadniczo bardzo homogeniczna. Natomiast wielu aktualnych i potencjalnych konkurentów EmiTel może uzyskiwać korzyści ze względu na ekonomię zakresu, w szczególności w związku ze świadczeniem (najczęściej w ramach grupy kapitałowej) jednocześnie usług rozpowszechniania programów telewizyjnych, jak również ich produkcji, a także ich rozprowadzania z wykorzystaniem innych

platform technologicznych.

W projekcie decyzji wskazuje się, że EmiTel w oparciu o infrastrukturę wykorzystywaną do świadczenia usług na analizowanym rynku może również świadczyć usługi transmisji programów radiowych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym. Odnosząc się do powyższego, podnieść należy, że ze swojej istoty obiekty wysokościowe mogą być wykorzystane do emisji sygnałów telewizyjnych, jak i radiowych. Oczywiście ta zasada nie dotyczy wszystkich obiektów, gdyż w każdym przypadku należy uwzględnić potrzeby danego nadawcy, ograniczenia terenowe, itp. Należy jednak mieć na uwadze, że każdy aktualny i potencjalny konkurent EmiTel ma możliwość wykorzystywania obiektów wysokościowych w tych celach. Co więcej, należy przyjąć, że ze względu na wyżej opisaną możliwość wykorzystania infrastruktury, każdy racjonalnie działający przedsiębiorca dążyć będzie do świadczenia usług na rzecz nadawców telewizyjnych i radiowych. Oznacza to, że w tym przypadku, ze względu na relatywną łatwość wykorzystania tej samej infrastruktury, do świadczenia usług na rzecz nadawców telewizyjnych i radiowych, EmiTel nie uzyskuje korzyści z ekonomii zakresu. Ten sam efekt dotyczy bowiem innych przedsiębiorców.

BŁĘDY W ZAKRESIE USTALENIA DOTYCZĄCEGO SKUTKÓW PIONOWEGO I POZIOMEGO ZINTEGROWANIA PRZEDSIĘBIORCY

Odnosząc się do tezy o przewadze konkurencyjnej EmiTel ze względu na poziome zintegrowanie, a w konsekwencji na możliwość utrudniania przez EmiTel wejścia na rynek innym przedsiębiorcom, wskazać należy dwa argumenty, które prowadzą do odmiennych wniosków.

Po pierwsze, na rynku dostępne są obiekty wysokościowe, które umożliwiają przedsiębiorcom telekomunikacyjnym świadczenie usług na rzecz nadawców telewizyjnych. Nawet obiekty wykorzystywane przez EmiTel w większości przypadków nie należą do EmiTel. Oznacza to, że w większości przypadków EmiTel znajduje się w takiej samej sytuacji jak inni przedsiębiorcy.

Po drugie, nadawcy telewizyjni nabywają usługi emisji od przedsiębiorców telekomunikacyjnych organizując przetargi lub konkursy. Obok parametrów jakościowych, które są jednolite, najistotniejszym kryterium wyboru dostawcy jest cena.

Oba te czynniki powodują, że poziome zintegrowanie EmiTel nie wpływa na warunki konkurencji.

W dalszej części wywodu zawartego w projekcie decyzji stwierdza się, że również zintegrowanie pionowe ma stanowić o przewadze konkurencyjnej EmiTel. Ponownie, analogicznie jak w przypadku ekonomii zakresu, zdaniem Prezesa UKE, EmiTel uzyskuje przewagę ze względu na świadczenie usług transmisji programów radiowych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym. Jak już wyjaśniono, zjawisko jednoczesnego świadczenia takich usług wynika z charakterystyki wykorzystywanej infrastruktury i nie jest ono ograniczone do EmiTel. Wydaje się, że Prezes UKE dostrzega ten czynnik. Jednak w ocenie Prezesa UKE, znaczenie zintegrowania pionowego ma wynikać z posiadania przez EmiTel sieci stacji nadawczych służących do transmisji programów radiowych o zasięgu ogólnopolskim (w przeciwieństwie do swoich konkurentów). Według Prezesa UKE, EmiTel obsługuje wszystkich nadawców radiowych, których programy mają taki zasięg. Ustalenie Prezesa UKE nie jest precyzyjne. Przykładowo EmiTel zapewnia dla Polskiego Radia 160 emisji, a pozostałe emisje (z ponad 200 ogółem) są zapewniane przez innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, lub samodzielnie przez Polskie Radio. W przypadku Radia Maryja EmiTel zapewnia 50 emisji spośród około 125. Analogiczna sytuacja dotyczy świadczenia usług w celu emisji pozostałych ogólnopolskich programów radiowych. Powyższe wskazuje na to, że zintegrowanie pionowe nie wpływa na potencjał na rynku właściwym będącym przedmiotem oceny.

BŁĘDNE USTALENIE BRAKU LUB NIEWIELKIEGO UDZIAŁ RÓWNOWAŻĄCEJ SIŁY NABYWCZEJ

W badaniu SMP 2006 oraz 2010 Prezes UKE ustalił występowanie równoważącej siły nabywczej po stronie nadawców. Brak jest wyjaśnienia, dlaczego w ocenie Prezesa UKE takie zjawisko nie występuje w toku obecnego badania rynkowego.

W decyzji z dnia 12 października 2010 r. nr DART-SMP-6040-8/09 (62) stwierdzono, że:

„Operator o znaczącej pozycji również posiada klientów o silnej pozycji negocjacyjnej. Są to spółki publicznego radia (Polskie Radio S.A.) oraz publicznej telewizji (TVP S.A.), które ze względu na ogólnopolski zasięg rozpowszechnianego programu mogą negocjować wysokość cen, gdyż do świadczenia im usług transmisji sygnałów radiofonicznych i telewizyjnych TP Emitel wykorzystuje dużą część posiadanej infrastruktury technicznej. To z kolei może powodować, że wobec pozostałych klientów TP

Emitel stosuje wyższe stawki za transmisję, mające na celu zrekompensowanie zbyt niskich stawek wynegocjowanych przez nadawców publicznych. Niemniej jednak odejście takich klientów do innego przedsiębiorcy jest w praktyce bardzo utrudnione. Tylko TP Emitel posiada obecnie infrastrukturę pozwalającą mu na samodzielne, nie uzależnione od innych podmiotów, świadczenie usług na terenie całego kraju. Nie ulega wątpliwości, iż fakt ten znacząco osłabia siłę negocjacyjną takich klientów tego operatora, jak publiczne radio czy telewizja.”

Obecnie warunki rynkowe kształtują się bardzo podobnie, z tą różnicą, że rozpowszechnianie programów lokalnych zostało bardzo ograniczone, a w konsekwencji również negatywne efekty rynkowe, które wówczas zostały dostrzeżone przez Prezesa UKE są obecnie ograniczone.

Ze względu na to, że aktualnie istnieje ogromna dominacja programów ogólnopolskich, zasadniczo negocjacje są prowadzone wyłącznie z nadawcami je rozpowszechniającymi.

Istnienie klientów o silnej pozycji negocjacyjnej zdolnych do samodzielnego prowadzenia emisji telewizyjnych ma istotny wpływ na warunki konkurencyjności na rynku i ogranicza zdolność EmiTel do działań niezależnych. Ze względu na pozycję nadawców niewątpliwie można im przypisać równoważącą siłę nabywczą. Wydaje się, że Prezes UKE żadnego postępowania dowodowego w tym zakresie nie przeprowadził, mimo że istnienie wśród klientów EmiTela podmiotów należących do dużych grup kapitałowych jest informacją powszechnie dostępną.

Pojęcie siły równoważącej (przeciwważnej) (ang. countervailing power) zostało wprowadzone przez Johna K. Galbraitha w 1952 r. w pracy pt. *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power*. Odnosi się ono do siły wykorzystywanej przez grupę nabywców w odpowiedzi na siłę wywieraną przez grupę sprzedawców [Galbraith 1973].

W badaniach z teorii organizacji rynku wykorzystuje się wówczas często pojęcie siły równoważącej kupujących i korzysta z miar koncentracji po stronie popytowej (np. wskaźnika siły przetargowej nabywców – ang. Buyer Power Index) [Church i Ware 2000]. Siła ta istnieje, gdy dany nabywca dobra lub usługi jest na tyle ważny dla swojego dostawcy, że może wywierać wpływ na cenę pobieraną za to dobro lub usługę (np. poprzez groźbę rezygnacji z zakupu). Klientami EmiTel są podmioty mające silną pozycję negocjacyjną, są to m.in. spółka publicznej telewizji Telewizja Polska SA oraz nadawcy komercyjni, np. Grupa ZPR, Grupa Cyfrowy Polsat, zarówno ze względu na duży wolumen obrotu w ww. podmiotami jak i wysoką ich zdolność do samodzielnego działania. Jeżeli uwzględniony zostanie fakt, że na rynku hurtowym istnieje duża dostępność infrastruktury, to nie powinno ulegać wątpliwości, iż nadawcy mają bardzo dużą siłę negocjacyjną. Nadmienić w tym miejscu należy, że wielu nadawców nabywa u EmiTel usługi na przedstawianych przez siebie zasadach, często narzucając własne wzorce umowne (regulaminy świadczenia usług emisyjnych). Prezes UKE nie przeprowadził w tym zakresie postępowania dowodowego. EmiTel pragnie dodatkowo zwrócić uwagę, iż o przewadze negocjacyjnej nadawców świadczy również to, że dysponują zarówno częstotliwościami, jak i skupionymi w swoich rękach zasobami infrastruktury telekomunikacyjnej. Nadawcy łączą również popyt na różnych alternatywnych platformach usługowych, tj. streamingu IP, satelitarnej, naziemnej bądź kablowej.

Analiza rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzi do konstatacji, że najwięksi klienci EmiTel są dobrze poinformowani o alternatywnych możliwościach prowadzenia emisji telewizyjnych - często sami posiadają status przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Dla przykładu:

- nadawca Telewizja Polska SA jest wpisany do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych pod numerem 68,
- spółka POT Sp z o.o. została utworzona przez dwóch nadawców

Oczywiste jest również, że EmiTel nie jest jedynym podmiotem na rynku hurtowym, który jest w stanie dostarczyć obiekty na potrzeby emisji telewizyjnych, skoro co druga emisja telewizyjna, jaka ma miejsce w Polsce jest realizowana z obiektów podmiotów trzecich, innych aniżeli EmiTel. Zastrzec w tym miejscu należy, że właścicielami tej infrastruktury są głównie samorządy, spółki energetyczne oraz operatorzy telefonii komórkowej, dla których udostępnienie obiektu wysokościowego stanowi dodatkowy przychód w działalności. W związku z powyższym chętnie udostępniają taką infrastrukturę. W ocenie EmiTel nie istnieją jakiegokolwiek bariery w dostępie do takiej infrastruktury, a jej ilość ulega stałemu wzrostowi. Koszt pozyskania infrastruktury alternatywnej nie podlega również presji bądź wycenie przez EmiTel, bowiem EmiTel nie pozyskuje obiektu na rynku hurtowym, jeżeli nie ma klienta, któremu mógłby świadczyć emisję z jego wykorzystaniem. EmiTel nie ma wiedzy, że dany nadawca pozyskuje obiekt na rynku hurtowym, i następnie z tego obiektu uruchamia własną emisję.

Nie są również znane EmiTel przypadki, w których zapotrzebowanie nadawcy lub przedsiębiorcy alternatywnego na rynku hurtowym nie zostało zaspokojone w sytuacji, w której poszukują oni dostępu do obiektów wysokościowych – Prezes UKE także żadnego dowodu na taką okoliczność nie przedstawił. Przedsiębiorcy działający na rynku hurtowym dysponują obiektami umożliwiającymi prowadzenie emisji pokrywających całą Polskę. W toku prowadzonej przez Prezesa UKE analizy rynku EmiTel dostarczył Prezesowi UKE dane o obiektach alternatywnych w formie zestawienia. Wykaz ten zawiera informacje o obiektach należących do podmiotów trzecich, które stanowią istniejącą i dostępną alternatywę dla obiektów, których EmiTel jest właścicielem.

Z doświadczenia EmiTel związanego z negocjowaniem umów o świadczenie usług emisyjnych wynika, iż siły EmiTel i jego klientów równoważą się. Wynika to z tego, że w przypadku, w którym EmiTel nie zaakceptuje przedstawionej lub oczekiwanej przez nadawcę ceny świadczenia usługi transmisji telewizyjnych, nadawca rezygnuje ze zlecenia usługi EmiTel i prowadzi ją samodzielnie. Doskonałym przykładem obrazującym to zjawisko było prowadzenie przez EmiTel negocjacji z nadawcą Telewizja Łużyce. Brak osiągnięcia przez strony porozumienia co do warunków cenowych spowodował, że nadawca uruchomił własne emisje telewizyjne. Prezes UKE z urzędu dysponuje w tym zakresie wiedzą na podstawie udzielonych pozwoleń radiowych.

Prezes UKE winien również zbadać wpływ współpracy (integracji poziomej) nadawców bądź grup nadawców, bowiem współpraca taka zwiększa siłę negocjacyjną tych podmiotów. Nadawcy tworzą bowiem grupy zakupowe w obrębie danego multipleksu.

BŁĘDNE USTALENIE BRAKU KONKURENCJI – POTENCJALNEJ I REALNEJ

Multipleksacja spowodowała, że w ramach ograniczonych zasobów częstotliwości świadczonych jest więcej programów telewizyjnych, ale jednocześnie operatorem sieci dla danego multipleksu może być tylko jeden przedsiębiorca. Liczba multipleksów jest bardzo ograniczona. W konsekwencji wygranie nielicznych przetargów i konkursów przez EmiTel skutkuje sytuacją, w której EmiTel jest jedynym podmiotem świadczącym usługi ogólnopolskie. Sytuacja taka nie jest jednak niczym wyjątkowym dla rynków przetargowych, co zostało już wyjaśnione w treści niniejszego stanowiska.

W przypadku kolejnego przetargu lub konkursu dotyczącego danego multipleksu ponownie zaistnieje możliwość pojawienia się konkurencji. Zwrócić należy uwagę na charakter rzeczywistych i potencjalnych konkurentów EmiTel. Np. POT sp. z o.o. jest wspólnym przedsięwzięciem grupy kapitałowej Cyfrowego Polsatu (w skład tej grupy wchodzi m.in. nadawca telewizji, operator infrastrukturalny) oraz III (m.in. nadawca telewizyjny). Potencjał tego podmiotu opiera się zatem na silnej pozycji swoich udziałowców, którzy zapewniają w dużej mierze również dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej.

Dodatkowo, co już wielokrotnie podkreślano, na rynku dostępne są obiekty wysokościowe, które pozwalają na świadczenie tych samych usług, które oferuje EmiTel, przy podobnym poziomie kosztów. Co więcej, uzyskanie dostępu do tej infrastruktury nie jest związane z dużymi ograniczeniami. W istocie, w tym celu, wymagany jest głównie wysiłek organizacyjny, natomiast koszty są analogiczne do tych, które ponosi EmiTel.

ISTNIENIE BARIER DLA DALSZEGO ROZWOJU PRZEDSIĘBIORCY ORAZ RYNKU WŁAŚCIWEGO

W ostatnich latach obserwuje się wzrost ilości obiektów wysokościowych dostępnych dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Wbrew stanowisku Prezesa UKE, nie jest prawdą, że wystąpi zjawisko bariery zaspokojonego popytu. Umowy dotyczące obsługi multipleksów są zawierane na czas określony i operatorzy multipleksów w przyszłości będą ponownie dokonywać wyboru przedsiębiorców zapewniających usługi transmisji.

RZEKOMA MOŻLIWOŚĆ STOSOWANIA PRAKTYK ANTYKONKURENCYJNEGO ZAWĘŻANIA MARŻY (MARGIN SQUEEZE) ORAZ SUBSYDIOWANIA SKROŚNEGO PRZEZ EMITEL

Postępowanie dowodowe w przedmiotowej sprawie powinno koncentrować się w szczególności na ocenie istnienia barier wejścia na rynek. Ze względu na charakterystykę rynku, wbrew wywodom zawartym w projekcie decyzji, bariery wejścia nie są wysokie. Dostępna jest infrastruktura potrzebna do świadczenia usług na rzecz nadawców. Nakłady związane z wejściem na rynek nie są wysokie. Co do zasady, nie jest wymagana budowa własnych obiektów. W rezultacie zjawisko kosztów utopionych jest marginalne. Konkurenci EmiTel (podobnie jak EmiTel) mogą dzierżawić obiekty lub powierzchnię na obiektach od innych podmiotów, co ogranicza poziom początkowych inwestycji, a wydatki rozkłada w czasie.

W takiej sytuacji możliwość stosowania przez EmiTel praktyk antykonkurencyjnego zawężania marży (margin squeeze) oraz subsydiowania skrośnego przez EmiTel nie wystąpi. Konkurenci EmiTel mogą bowiem działać na rynku bez wykorzystania infrastruktury eksploatowanej przez EmiTel.

OBOWIĄZKI REGULACYJNE NAŁOŻONE NA KRAJOWYM HURTOWYM RYNKU ŚWIADCZENIA USŁUGI TRANSMISJI PROGRAMÓW TELEWIZYJNYCH W CELU DOSTARCZANIA TREŚCI TELEWIZYJNYCH UŻYTKOWNIKOM KOŃCOWYM

Załącznik nr 1

Poniższe uwagi, dotyczące obowiązków regulacyjnych zawartych w projektowanej decyzji, mają charakter ostrożnościowy i poczynione zostały z zastrzeżeniem stanowiska EmiTel przedstawionego powyżej, zgodnie z którym nie zostały spełnione ani wykazane przez Prezesa UOKiK przesłanki regulacji ex ante, a zatem brak jest podstaw, aby nakładać na EmiTel jakiegokolwiek obowiązki regulacyjne.

Zakres oferowanych przez EmiTel usług nie jest jasny. Prezes UKE w pkt. V proponowanego zakresu oferty ramowej zaproponował zasady rozliczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczonych usług (z uwzględnieniem kar umownych i bonifikat). Wnosimy o uwzględnienie ograniczenia odpowiedzialności Stron z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy o dostępie telekomunikacyjnym do wartości opłaty z umowy o dostępie za 24 miesiące jej obowiązywania. Wprowadzenie takiego ograniczenia jest niezbędne dla uporządkowania zasad odpowiedzialności stron umowy o dostępie telekomunikacyjnym. Jednocześnie niezasadne jest ustalanie kar umownych oraz bonifikat przysługujących wyłącznie przedsiębiorcy korzystającemu. Oferta ramowa powinna określać również negatywne konsekwencje na wypadek nienależytego wykonywania umowy przez przedsiębiorcę korzystającego.

Opis punktu VIII pozostawia zbyt duży margines uznaniowy. Prezes UKE wymaga bowiem określenia warunków dostępu na potrzeby programów telewizyjnych.

Dodatkowo Prezes UKE wymaga określenia „*Liczba i lokalizacja punktów dostępu powinny pozwolić uwzględnić uzasadnione wnioski przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy pragną przyłączyć się do sieci EmiTel. EmiTel udostępni w szczególności istniejące punkty dostępu z co najmniej ich dotychczasową funkcjonalnością usługową.*” Wymóg ten skopiowany z innych decyzji regulacyjnych jest nieczytelny z tej perspektywy, że EmiTel w niniejszym postępowaniu nie będzie udzielał dostępu do sieci, ale konkretnej infrastruktury opisanej w pkt. III.

Wnioskujemy, by w pkt. VIII Prezes UKE wpisał wszystkie obiekty EmiTel, w odniesieniu do których EmiTel winien realizować obowiązek dostępu. Obiekty te Prezes UKE ustalił w toku postępowania. Opisanie w taki sposób wymogów dostępu pozwoli na jasne poznanie przyszłych obowiązków EmiTel.

POSTĘPOWANIE DOWODOWE

Z uzasadnienia projektu decyzji wynika, że Prezes UKE przeprowadził bardzo ograniczone i niewystarczające postępowanie dowodowe. Oceniając, że istnieją bariery wejścia na rynek Prezes UKE ogranicza się głównie do powoływania stanowisk konkurentów EmiTel. Zwrócić należy uwagę, że oczywistym z punktu widzenia ich interesów działaniem tych przedsiębiorców jest dążenie do nałożenia obowiązków regulacyjnych na EmiTel. Wskutek takich działań uzyskują oni możliwość prowadzenia działalności w szerszym zakresie, tyle że bezprawnie stanie się to kosztem EmiTel. Nie będą musieli zajmować się rozwojem własnej sieci (pozyskaniem obiektów). Natomiast przedsiębiorcy ci będą mogli bazować na potencjale EmiTel, nie musząc tworzyć ani rozwijać własnego.

Z tych względów, organ powinien sceptycznie oceniać stanowiska konkurentów EmiTel. Powinny one jedynie być traktowane jako sygnalizacja potrzeby weryfikacji określonych okoliczności.

Oznacza to, że stan faktyczny powinien być ustalany w oparciu o rzetelne postępowanie dowodowe, w tym oględziny obiektów czy też analizę publicznie dostępnych baz o infrastrukturze prowadzonych przez organy administracji publicznej.

Nie przedstawiono również przyczyn, dla których Prezes UKE uznał, że wskazane przez EmiTel maszty nie stanowią rzeczywistej alternatywy dla infrastruktury, która zdaniem Prezesa UKE jest najatrakcyjniejsza. Niewątpliwie w tym zakresie postępowanie dowodowe wymaga uzupełnienia.

Prezes UKE nie wykonał również jakichkolwiek badań ekonomicznych niezbędnych do wykazania, iż EmiTel jest przedsiębiorcą o znaczącej pozycji rynkowej. Testem takim mógłby być test SSNIP (small but significant and non-transitory increase in price).

Prezes UKE stronie 55-59, opisał szereg praktyk których rzekomo miał się dopuścić EmiTel (związanych z utrudnianiem dostępu telekomunikacyjnego przez EmiTel), jednak które nie zostały poparte przez Prezesa UKE żadnymi dowodami. Przypomnieć w tym miejscu należy że w okresie gdy EmiTel poddawany był regulacji sektorowej prowadzone były przez Prezesa UKE trzy kontrole realizacji przez EmiTel obowiązków dostępowych i żadna z tych kontroli nie wykazała nieprawidłowości.

EmiTel w ramach nałożonych obowiązków regulacyjnych zawarł trzy umowy dostępowe dotyczące emisji radiofonicznej: (1) pierwsza dnia 4 sierpnia 2009 roku na podstawie złożonego wniosku o zapewnienie dostępu z dnia 16 czerwca 2009 roku, (2) druga dnia 4 września 2009 roku na podstawie złożonego wniosku o zapewnienie dostępu z dnia 13 sierpnia 2009 roku (3) trzecia dnia 20 października 2009 roku na podstawie złożonego wniosku o zapewnienie dostępu z dnia 29 września 2009 roku. Tym samym od złożenia wniosku do zawarcia umowy o dostępie upływało odpowiednio (1) 49 dni (2) 22 dni (3) 21 dni. Mając na względzie odbycie procesu negocjacyjnego, dokonanie wywiadów technicznych i ekspertyz, uzgodnień przerw w emisji z innymi nadawcami są to terminy adekwatne do tego typu czynności. Podkreślić również należy, że EmiTel nigdy nie zawierał umowy o dostępie po upływie przeznaczonego w tym zakresie terminu.

Mając powyższe na względzie wnosimy by w zakresie praktyk dotyczących realizacji przez EmiTel wniosków o zapewnienie dostępu Prezes UKE opierał się na materiale dowodowym włączonym do akt postępowania i szczegółowo dokumentował dowodowo przytoczane twierdzenia.

KONTROLA INFRASTRUKTURY TRUDNEJ DO POWIELENIA

W projekcie decyzji założono, że powielenie infrastruktury (masztów) potrzebnej do świadczenia usług na rzecz nadawców telewizyjnych, jest możliwe wyłącznie poprzez budowę nowych masztów. Szczegółowo opisano trudności związane z tego rodzaju inwestycjami, które oddziałują na wysokie koszty oraz długi czas potrzebny do rozpoczęcia świadczenia usług.

Z przyczyn niezrozumiałych Prezes UKE pominął zupełnie możliwość wykorzystania do świadczenia usług transmisji na rzecz nadawców istniejących obiektów wysokościowych, które są wykorzystywane na inne cele (m.in. maszty operatorów komórkowych, kominy, wysokie budynki i budowle). Ocena dostępności takich obiektów nie została przeprowadzona.

Podkreślić należy, że EmiTel przekazał Prezesowi UKE szczegółowe informacje o takiej infrastrukturze (m.in. rodzaj obiektu, długość i szerokość geograficzna, wysokość lokalizacji obiektu nadawczego oraz wysokość obiektu nadawczego).

POTRZEBA ZBADANIA POTENCJAŁU RYNKU.

W postępowaniu administracyjnym istnieje potrzeba powtórnego przeprowadzenia oceny potencjału rynku (oceny potencjalnej konkurencji). Dotychczas Prezes UKE przeprowadził ocenę wyłącznie przy założeniu, że do świadczenia usługi transmisji na rzecz nadawców telewizyjnych wymagana jest budowa nowych masztów (obiektów wysokościowych). Konieczne jest natomiast przeprowadzenie takiej analizy z uwzględnieniem możliwości wykorzystania istniejącej infrastruktury (m.in. masztów operatorów komórkowych, kominów, wysokich budynków i budowli).

RYNEK PRODUKTOWY

W projekcie decyzji wymieniono 55 obiektów wysokościowych, które w ocenie Prezesa UKE są najatrakcyjniejsze z punktu widzenia świadczenia usługi transmisji sygnału telewizyjnego i efektywnego pokrycia całego kraju. Według Prezesa UKE są to jednocześnie obiekty, których zastąpienie innymi jest w praktyce bardzo trudne.

Z takiego stanowiska należy wnioskować wprost, iż zdaniem Prezesa UKE opisane w projekcie bariery i problemy rynkowe dotyczą konkretnych (zidentyfikowanych) obiektów spełniających określone warunki.

W tych okolicznościach nieuzasadnione jest uwzględnianie w ramach rynku właściwego innych obiektów, które nie spełniają tych wymogów.

OBOWIĄZKI REGULACYJNE

Nawet jeżeli uznać, że rynek produktowy powinien obejmować również inne obiekty niż te, których zastąpienie innymi jest w praktyce bardzo trudne (55 obiektów), to ta okoliczność powinna oddziaływać na nakładane obowiązki regulacyjne.

Brak uzasadnienia dla uznania, że obowiązek uwzględniania uzasadnionych wniosków o zapewnienie dostępu telekomunikacyjnego (i inne obowiązki bezpośrednio powiązane z tym obowiązkiem) do obiektów innych niż wymienione 55 obiektów jest proporcjonalny i adekwatny do stwierdzonych problemów rynkowych.

DOSYŁ

W projekcie decyzji z jednej strony stwierdza się, że usługa dosyłu nie wchodzi w skład rynku właściwego.

Z drugiej jednak strony wskazuje się na możliwość utrudniania przez EmiTel innym operatorom dostępu do rynku poprzez utrudnianie świadczenia usługi dosyłu. W projekcie decyzji wyjaśniono, że zdaniem Prezesa UKE usługa dosyłu ma komplementarny charakter wobec usługi emisji (rozpowszechniania) sygnału, stanowiąc niezbędny element świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym. W projekcie stwierdza się, że aby przeprowadzić emisję sygnału do odbiorców końcowych, niezbędne jest wcześniejsze przesłanie tego sygnału do obiektu nadawczego.

W konsekwencji w ramach obowiązku uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego na EmiTel ma ciążyć obowiązek zapewnienia dostępu do usługi dosyłu do sieci telekomunikacyjnej EmiTel.

Zakładając, że w przedmiotowym postępowaniu Prezes UKE uzna(w ocenie EmiTel bezpodstawnie), że na rynku nie występuje skuteczna konkurencja i EmiTel zostanie wyznaczony jako przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej, to obowiązki regulacyjne powinny zostać ograniczone do usług świadczonych na rynku właściwym.

Ponadto podkreślić należy, EmiTel zapewnia sobie usługę dosyłu nabywając usługi transmisji danych od innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych (np. Orange Polska, Exatel, Netia).

Jeżeli nawet zdaniem Prezesa UKE, w celu efektywnego świadczenia usług na rynku właściwym, będzie konieczne usunięcie barier w zapewnieniu dosyłu, to w tym zakresie obowiązek regulacyjny powinien zostać ograniczony do zakazu utrudniania doprowadzenia dosyłu do obiektów wykorzystywanych do świadczenia usługi podstawowej (usługi świadczonej na rynku właściwym). W ramach takiego obowiązku przedsiębiorca telekomunikacyjny nie powinien napotykać barier w doprowadzeniu dosyłu do obiektów EmiTel. Jednak EmiTel nie powinien być obowiązany do świadczenia usługi dosyłu. Nałożenie takiego obowiązku nie będzie proporcjonalne do stwierdzonych problemów.



Jarosław Niechcielski

Pełnomocnik

Otrzymują:

1) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej

2) a/a