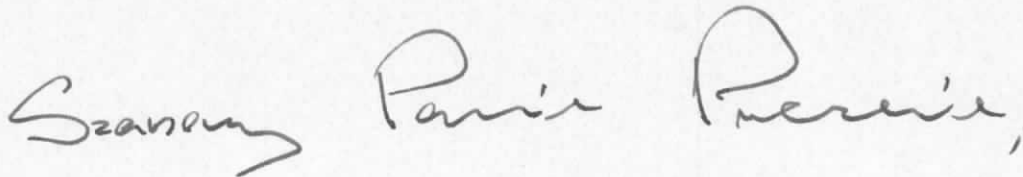


Warszawa, 27 października 2017 r.
648/PIKE/2017

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

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

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

1. Substytucyjność

PIKE zgłasza wątpliwości odnośnie do ustaleń Prezesa UKE w zakresie substytucyjności pomiędzy usługami telewizji naziemnej oraz kablowej i satelitarnej. Na stronie 12 projektu decyzji Prezes UKE wskazał, że gospodarstwa domowe, w których oprócz sygnału naziemnego odbierano telewizję poprzez platformy satelitarne lub kablowe i inne, stanowiły 10,4% ogółu gospodarstw. Z kolei na stronie 15 stwierdził, że zasięg operatorów kablowych

i innych sieci telekomunikacyjnych, za pomocą których dostarczane są do użytkowników końcowych programy telewizyjne „obejmuje [...] ok. 53,4% gospodarstw domowych, przede wszystkim w dużych miastach (obecnie usługi świadczone są do ok. 14,6% gospodarstw domowych)”. Prezes UKE nie odniósł się do niezgodności pomiędzy tymi danymi, choć powinien ją wyjaśnić.

Co więcej, trudno zrozumieć, dlaczego Prezes UKE postanowił (na stronie 14 i 15 projektu decyzji) porównywać ofertę programową naziemnej telewizji cyfrowej (NTC) ze „średniomiesięcznym kosztem” telewizji płatnych zamiast z kosztem abonamentów najtańszych. Po pierwsze, Prezes UKE powinien wskazać, które „wybrane” oferty porównywał i w jaki sposób wyliczył taki „średniomiesięczny koszt”. Ponadto wydaje się, że należy porównywać zagadnienia porównywalne – czyli ofertę NTC z abonamentami najtańszymi, ze stosunkowo węższą ofertą programową. Tym bardziej niezasadne zdaje się porównywanie oferty NTC z miesięcznym kosztem usługi wiązanej, obejmującej zarówno dostęp do dużej gamy programów telewizyjnych, jak i dostęp do szerokopasmowego internetu i rozmów telefonicznych.

Warto przy tym zwrócić uwagę, że z badań ankietowych, cytowanych na 13 stronie projektu decyzji wynika, że co czwarty widz NTC byłby skłonny zapłacić za dodatkowe programy. Ponadto, połowa respondentów deklarujących skłonność do płacenia za kanały z oferty NTC wskazała, że mogłaby płacić „zaledwie od 10 do 20 PLN za dostęp do kanałów, których im najbardziej brakuje”. Interesująca może być opinia drugiej połowy respondentów, której Prezes UKE nie zacytował. Ponadto, można przypuszczać, że kanałów, których niektórym telewidzom „najbardziej brakuje”, nie jest zbyt wiele, a zatem – ponownie – poddać analizie należałoby raczej wspomniane wyżej najtańsze abonamenty z ograniczoną ofertą programową.

Precyzyjne określenie, które usługi są substytucyjne względem NTC jest kluczowe dla zdefiniowania rynku właściwego. Wydaje się jednak, że analiza substytucyjności usług ujęta w projekcie decyzji jest przeprowadzona w sposób powierzchowny i skrótowy. Skoro z badań ankietowych, którymi posługuje się Prezes UKE, wynika, że co najmniej 25% telewidzów byłoby skłonnych zapłacić za dodatkowe programy, Prezes UKE powinien przeprowadzić bardziej szczegółową analizę ofert operatorów konkurujących z NTC.

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

W czasie uruchamiania NTC obserwowane były przypadki rezygnacji nadawców z koncesji na nadawanie naziemne i zaspokojenie potrzeb dotarcia do użytkowników końcowych przez nadawców w drodze satelitarnej, kablowej, bądź IPTV. Na zmianę zapotrzebowania nadawców rezygnujących emisji naziemnej odpowiedzieli przedsiębiorcy telekomunikacyjni prowadzący transmisje w innych technologiach. Z ustaleń Izby wynika, że nastąpił wzrost zainteresowania nadawców zaspokojeniem swoich potrzeb w drodze IPTV, za którym podążył wzrost rynku reklamowego w Internecie.

W projekcie decyzji nie zawarto analiz w powyższym zakresie. Nie przeprowadzono również żadnych rozważań na temat IPTV ani presji konkurencyjnej ze strony wideo na żądanie (VOD). W opinii PIKE analizy te są niezbędne, aby możliwe było uznanie, że rynek został właściwie zbadany.

Prezes UKE w postępowaniu winien zbadać zachowania i preferencje nadawców (badania preferencji widzów są oczywiście przydatne, jednakże nie stanowią oni uczestników analizowanego rynku), w szczególności ustalić, jaki jest poziom gotowości nadawców do uiszczenia ceny za transmisję naziemną i czy ewentualne podniesienie takiej ceny nie spowoduje u nadawcy skłonności zaspokojenia swoich potrzeb emisyjnych w innej technologii np. satelitarnej, kablowej czy IPTV. Badanie takie jest istotne dla ustalenia wskaźnika substytucyjności platform satelitarnej, naziemnej, kablowej, IPTV z punktu widzenia nadawców oraz zdefiniowania owych platform, jako szeroko rozumianego rynku telewizyjnego.

2. Argumenty, których nie przeanalizowano projektując decyzję

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

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę na str. 31, 37, 44, 50-51 projektu decyzji. We fragmentach uzasadnienia ujętych na tych stronach Prezes UKE prowadzi rozważania na temat wysokiego udziału EmiTel sp. z o.o. (EmiTel) w analizowanym rynku właściwym. Prezes UKE nie wziął jednakże przy tym pod uwagę specyfiki zarówno rynku detalicznego, jak i hurtowego, na którym działa EmiTel. Oba te rynki są rynkami przetargowymi – tzw. 'bidding market'). Na rynku detalicznym przetarg na operatora technicznego multipleksu przeprowadzany jest przez samego Prezesa UKE. Z kolei na hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, przetargi na świadczenie usług transmisji sygnału telewizyjnego w dużym zakresie podlegają reżimowi ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Na rynkach przetargowych pozycja rynkowa podmiotu wygrywającego przetarg nie jest odzwierciedleniem jego rzeczywistej pozycji, lecz skutkiem mechanizmu ustanowionego w ustawach: ustawie – Prawo telekomunikacyjne i ustawie – Prawo zamówień publicznych.

Rynek przetargowy charakteryzuje się występowaniem konkurencji w cyklach przetargowych, kiedy to po upływie kolejnego cyklu inny podmiot może wygrać przetarg lub inne postępowanie konkurencyjne¹ i zostać operatorem multipleksu lub operatorem technicznym danej usługi emisji programu i wówczas jego zadaniem będzie pokrycie swoim zasięgiem podobnego obszaru. **W przypadku rynków przetargowych nawet 100-procentowy udział w rynku nie świadczy zatem o pozycji dominującej, jeżeli procedura przetargowa lub konkursowa była w pełni konkurencyjna².** Zagadnienie rynków przetargowych jest znane w doktrynie prawa europejskiego i zostało szeroko opisane choćby w oxfordzkiej publikacji „Competition Law”, autorstwa Richarda Whisha oraz Davida Bailey'a.

W związku ze szczególnym charakterem rynków przetargowych, posiadanie wysokiego udziału w rynku przez jeden podmiot w żaden sposób nie ogranicza konkurencji, ale jest wynikiem celowego działania mechanizmów ustanowionych na poziomie ustawowym. Dodatkowe regulowanie takiego rynku nie doprowadzi do zmiany udziału w takim rynku ani do poprawienia konkurencji, stanowiąc działanie nadmiarowe, nieproporcjonalne. Konkurencja na takim rynku pojawia się bowiem wyłącznie w czasie kolejnego przetargu i nie jest wówczas niczym ograniczana, przy uwzględnieniu racjonalnych zachowań rynkowych

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

² Tamże.

uczestników, co także podlega kontroli w procedurach konkursowych lub przetargowych (choćby przez ocenę kryterium wpływu na konkurencję lub zapobieganie nieuczciwej konkurencji, np. za pomocą cen dumpingowych). **Do czasu kolejnego przetargu, niezależnie od intensywności działań regulacyjnych, udział przedsiębiorców w analizowanym rynku nie ma możliwości się zmienić.** W związku z powyższym Prezes UKE powinien również wziąć pod uwagę kalendarz obowiązywania umów, zawartych w wyniku przetargów, a zarazem i terminy kolejnych przetargów.

W opinii Izby wysoki udział EmiTela w rynku właściwym, który Prezes UKE planuje poddać regulacji, nie stanowi odzwierciedlenia jego rzeczywistego udziału w rynku, lecz jest wynikiem mechanizmów przetargowych ustanowionych w ustawie. W czasie każdego kolejnego przetargu konkurenci EmiTela są w stanie skutecznie z nim rywalizować – a gdy jeden z nich wygra przetarg, jego udział w rynku raptownie się powiększy. Prezes UKE powinien przy tym poddać analizie zróżnicowaną sytuację na rynku dostępu do obiektów wysokich (i zarazem o wysokiej mocy) oraz obiektów niskich.

3. Słupy wysokie i niskie – nieścisłości w ustaleniach faktycznych i rozważaniach prawnych

Należy zwrócić uwagę na pewne nieścisłości w zakresie uzasadnienia faktycznego, które miałyby świadczyć o pozycji EmiTela na rynku. Otóż na stronie 22 projektu decyzji stwierdzono, że „EmiTel sp. z o.o. jest «operatorem technicznym» wszystkich multipleksów o zasięgu krajowym oraz większości lokalnych”. Z kolei na stronie 50 czytamy: „Konkurencję EmiTel sp. z o.o. znajduje jedynie w ramach transmisji programów w cyfrowych multipleksach lokalnych (EmiTel sp. z o.o. obsługuje jeden z siedmiu cyfrowych multipleksów lokalnych - MUXL3)”. Pojawia się u zatem pewna niespójność w rozumowaniu: „jeden z siedmiu” multipleksów lokalnych nie stanowi „większości” multipleksów lokalnych. Prezes UKE powinien rozważyć usunięcie tej niespójności z decyzji. Jednocześnie należy podkreślić, że choć Prezes UKE dostrzegł istnienie dużej konkurencji EmiTela na rynkach lokalnych, nie uzasadnił, w jaki uwzględnił tę informację podczas wyciągania wniosków w zakresie pozycji EmiTela na rynku.

Zagadnienie multipleksów lokalnych ma o tyle istotne znaczenie, że przy obsłudze multipleksów lokalnych wykorzystywane są obiekty niższe (i zarazem o średniej lub niskiej mocy). Z rozważań ujętych na stronach 26-35, 44 i 56-59 projektu decyzji wynika, że w opinii Prezesa UKE obiekty wysokie (i zarazem o wysokiej mocy) mają kluczowe znaczenie na obszarach o zróżnicowanym ukształtowaniu terenu i przy obsłudze multipleksów krajowych. Jednakże sam Prezes UKE przyznaje również, że przy obsłudze multipleksów krajowych obiekty niższe są nadal niezbędne i pełnią ważną funkcję „doświetlania” obszarów.

Szczególnym dowodem na odmienną w zakresie realiów dostępu do obiektów niższych i wysokich są rozważania Prezesa UKE ujęte na stronach 27-28 projektu decyzji. Wynika z nich, że główny konkurent EmiTela w przetargu na operatora technicznego ósmego multipleksu (MUX8) przedstawił cenę usług wyższą niż EmiTel, ponieważ na niektórych obszarach postanowił część pokrycia zapewnić większą liczbą obiektów niższych zamiast mniejszą liczbą obiektów wysokich.

Z rozważań Prezesa UKE – biorąc pod uwagę zarówno znikomą rolę EmiTela jako operatora multipleksów lokalnych, jak również ofertę konkurenta EmiTela w przetargu na operatora MUX8 – można wysnuć dwa podstawowe wnioski. Po pierwsze – **obiekty wysokie nie są niezbędne do świadczenia usługi transmisji sygnałów telewizyjnych**, również w multipleksach krajowych. Tymczasem Prezes UKE w uzasadnieniu prowadzi rozważania niemal wyłącznie na temat takich właśnie wysokich obiektów, natomiast nie przeprowadził analizy dotyczącej obiektów niższych. Po drugie – na rynku obiektów niższych istnieje wyraźna konkurencja dla EmiTela. EmiTel dysponuje większością obiektów wysokich, jednakże dostęp

do obiektów niższych przedstawia się zgoła inaczej. Prezes UKE nie uwzględnił tych danych w uzasadnieniu – ponieważ poddał analizie niemal wyłącznie obiekty wysokie. Co więcej, na liście obiektów, które Prezes UKE uznał za „najatrakcyjniejsze” (str. 34-35), został ujęty obiekt, który już nie istnieje (RTCN Katowice/Kosztowy), niektóre przeznaczone są do rozbiórki, a połowa spośród nich nie przekracza wysokości standardowego masztu służącego do świadczenia usług telefonii komórkowej. Należałoby zatem rozważyć uzupełnienie postępowania dowodowego.

Co niezwykle istotne – nie wszystkie obiekty wykorzystywane przez podmioty należące do grupy kapitałowej EmiTela należą do tej grupy. Prezes UKE nie wziął tego pod uwagę. **Urządzenia służące do transmisji NTC mogą być umieszczane m.in. na kominach czy wysokich budynkach.** Każdy operator może podjąć starania celem zawarcia umowy z zarządcą danego obiektu. Przykładowo, Info-TV-Operator sp. z o.o., uruchamiając transmisję czwartego multipleksu, wykorzystywał do tego celu takie właśnie obiekty. Jednym z takich wysokich obiektów jest choćby Centrum LIM w Warszawie. W opinii PIKE zasadne jest **pogłębienie analizy obiektów wysokościowych.**

W związku z powyższym, Prezes UKE powinien przeprowadzić postępowanie dowodowe na okoliczność **nie tylko struktury własnościowej obiektów wysokich** (przedstawiona na str. 35 uzasadnienia decyzji), lecz również obiektów niższych.

4. Test trzech kryteriów – trzecie kryterium

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

Na stronach 37-39 projektu decyzji Prezes UKE zdaje się wychodzić z założenia, że analizowany rynek spełnia trzecie kryterium testu. Powinien jednakże poddać analizie środki przewidziane w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów i zbadać, czy środki, jakie może zastosować Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) są wystarczające dla zapewnienia konkurencyjności rynku. Prezes UKE poprzestaje niestety na wskazaniu, że Prezes UOKiK nie dysponuje takimi samymi środkami regulacyjnymi, jak Prezes UKE.

Trzeciego kryterium nie można uznać za spełnione jedynie ze względu na to, że Prezes UOKiK nie dysponuje takimi narzędziami, jak Prezes UKE. Podkreślił to również Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 marca 2017 r. (VI ACa 1626/15). Analiza spełnienia trzeciego kryterium wymaga dokładnego przyjrzenia się kompetencjom Prezesa UOKiK.

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

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

oraz metodę porównawczą (pozwalającą weryfikować, czy w kalkulacji ceny uwzględniono rozsądne koszty)".

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

Ponadto, jednym z podstawowych założeń, na jakich opierają się unijne ramy regulacyjne łączności elektronicznej, jest założenie wyrażone w art. 8 ust. 5 lit. f³ dyrektywy ramowej⁴, dodanym do tej dyrektywy dyrektywą 2009/140⁵. W motywie 5 zdanie pierwsze dyrektywy 2009/140 wskazano wyraźnie, że „**Celem jest stopniowe zmniejszanie zakresu szczególnych regulacji sektorowych ex ante** w miarę rozwoju konkurencji na rynku, aby doprowadzić do stanu, w którym łączność elektroniczna będzie podlegała wyłącznie prawu konkurencji”. Powyższy cel został przywołany również w motywie 1 zalecenia z 2014 r.⁶

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

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

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

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

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

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

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

w istocie prowadzić do dyskryminacji niektórych podmiotów i zakłócać równowagę konkurencyjną.

Skoro zatem podstawowym założeniem jest ograniczanie regulowania rynków *ex ante*, kluczowe jest zbadanie, czy inne, mniej represyjne środki, będą wystarczające dla osiągnięcia zamierzonego celu wspierania konkurencji. Takimi mniej represyjnymi środkami dysponuje Prezes UOKiK. Na podstawie projektu decyzji można mieć wątpliwości, czy takie badanie przeprowadzono.

Co więcej, na przywołanych wyżej stronach projektu decyzji zawarto argument mający przemawiać na nieskutecznością środków stosowanych przez Prezesa UOKiK. Takim argumentem miałyby być skuteczne zaskarżenie decyzji Prezesa UOKiK dotyczącej EmiTela i jej uchylenie przez sąd. Izba wyraża wątpliwości w zakresie takiego rozumowania. Skuteczne zaskarżenie decyzji Prezesa UOKiK do sądu nie świadczy o tym, że środki, jakie Prezes UOKiK jest władny zastosować, byłyby nieskuteczne, gdyby ich zastosowanie było poprzedzone prawidłowym postępowaniem dowodowym i analizą prawną, prowadzącą do ustalenia właściwych środków. Decyzja została uchylona, bowiem Prezes UOKiK popełnił błędy w toku przeprowadzonego postępowania. Podobnie zresztą poprzednia decyzja Prezesa UKE, nakładająca obowiązki na EmiTela, została uchylona przez sąd. W związku z tym **Izba nie zgadza się z zarzucaniem niejako Prezesowi UOKiK, że EmiTel skutecznie skorzystał z prawa do drogi sądowej.**

5. Równoważąca siła nabywcza

Na stronie 48 projektu decyzji poziom siły nabywczej klientów konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych jest wystarczająco wysoki, aby zrównoważyć pozycję tego lub tych przedsiębiorców jako dostawców usług na danym rynku właściwym. Jednocześnie podkreślono, że „Poziom równoważającej siły nabywczej jest wysoki, jeśli: [między innymi] - **do jednego klienta bądź grupy klientów trafia duża część produktów lub usług konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych**”. Na stronie 49 wskazano z kolei, że do oceny tego wskaźnika bierze się pod uwagę przede wszystkim stopień koncentracji sprzedaży u konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych na danym rynku właściwym, czyli **udział największych klientów w wartości sprzedaży u tego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców na rynku**.

Jednocześnie dalej na stronie 49 projektu decyzji wskazano: „Należy zwrócić uwagę, że operator o znaczącej pozycji jakim jest EmiTel sp. z o.o. posiada klientów, którymi są duże grupy kapitałowe, np.: spółki Telewizji Polskiej S.A., TVN S.A. czy Cyfrowy Polsat S.A. Wymienieni tu nadawcy, są największymi klientami EmiTela sp. z o.o., a **Spółka czerpie największe zyski z usług świadczonych na rzecz tych nadawców**”.

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

Jednocześnie należy przypomnieć, że za wybór operatora technicznego danego multipleksu cyfrowego odpowiada jego dysponent, a wszyscy nadawcy telewizyjni w ramach tego multipleksu muszą zaakceptować ten wybór. Tym bardziej oznacza to, że EmiTel, chcąc świadczyć usługi transmisji sygnałów naziemnej telewizji cyfrowej, może rozważać zawarcie umowy w tym zakresie z bardzo wąskim gronem klientów. Potwierdza to również istnienie równoważnej siły nabywczej po stronie tychże klientów.

6. Ustalenia faktyczne

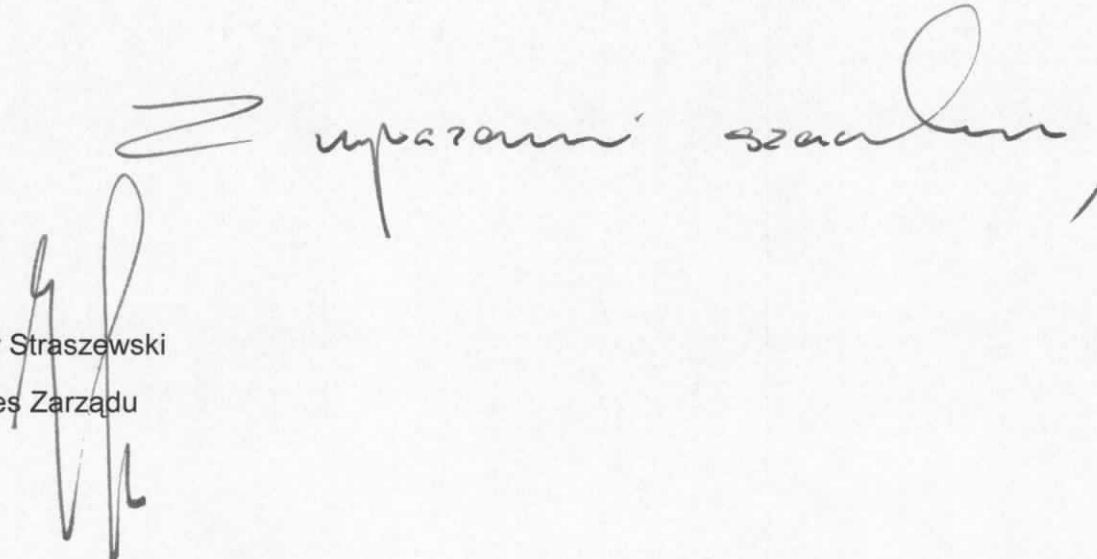
Na stronie 56 projektu decyzji wskazano, że proces uzyskiwania dostępu do infrastruktury EmiTel przez operatorów alternatywnych w ramach obowiązującej uprzednio umowy ramowej trwał od 6 do 12 miesięcy. Ze względu na warunki ustalane w ogłaszanych przez nadawców przetargach na usługę transmisji sygnału, w ocenie operatorów alternatywnych proces ten trwał zdecydowanie zbyt długo, ograniczając lub uniemożliwiając im złożenie oferty przetargowej”.

Powyższe twierdzenie stoi w jawnej sprzeczności z faktami. Skoro w przetargu na operatora technicznego MUX8 została złożona oferta alternatywna do oferty EmiTela, a w ofercie tej zakładano częściowe skorzystanie z infrastruktury EmiTela, oznacza to, że ewidentnie operatorzy alternatywni mieli możliwość uzyskiwania dostępu do infrastruktury i następnie składania ofert w przetargach. Także w przetargach organizowanych przez nadawców startowali operatorzy alternatywni. Doskonałym przykładem obrazującym ten stan jest przetarg zorganizowany przez Telewizję Polską S.A. na świadczenie ogólnopolskiej usługi transmisji sygnału telewizyjnego w MUX 3 oraz MUX 1. W postępowaniu tym Telewizja Polska SA uzyskała dwie konkurencyjne oferty spółek EmiTel Sp. z o.o. oraz PSN Sp. z o.o. (obecnie Arkena Sp. z o.o.).

Ponadto, w całym punkcie 6.3.1. i 6.3.2. projektu decyzji, nie tylko na stronie 56, zawarto szereg twierdzeń na temat rzekomych praktyk EmiTel, które nie zostały poparte żadnymi dowodami włączonymi do materiału dowodowego. Prezes UKE powołują się jedynie na „zgłaszane przez uczestników rynku problemy”. W związku z tym można odnieść wrażenie, że Prezes UKE przyjął opinie operatorów alternatywnych za własne, nie prowadząc wnikliwego postępowania dowodowego.

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

Niniejsze stanowisko zostało wysłane również na adres e-mail rynek18@uke.gov.pl.



Jerzy Straszewski
Prezes Zarządu