



TELEWIZJA POLSKA

Jacek Kurski
Prezes Zarządu

Maciej Stanecki
Członek Zarządu

TVP/MS/074-270/2017
TVP/JK-074-581/2017

Warszawa, 27 października 2017 r.

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

Wzajemny szacunek,

w związku z Obwieszczeniem Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 28 września 2017 r. w sprawie ogłoszenia rozpoczęcia postępowania konsultacyjnego dotyczącego 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 (Dz. Urz. UKE z 2017 r. poz. 154), Telewizja Polska S.A. w załączeniu przedstawia jako swoje stanowisko opinię Prof. dra hab. Michała Romanowskiego.

Z wyrazami szacunku,
Jacek Kurski
Maciej Stanecki

Telewizja Polska S.A., ul. J.P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa
T: (+48) 22 547 81 00, F: (+48) 22 547 43 20

Spółka Akcyjna zarejestrowana w Sądzie Okręgowym dla m.st. Warszawy KRS 0000100679, NIP: 521-04-12-987
Kapitał zakładowy wpłacony całkowicie w wysokości 286 596 500,00 zł



MEMORANDUM

Do: Telewizja Polska S.A.
Od: prof. dr hab. Michał Romanowski
Temat: Ocena projektu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej („Prezes UKE”) o nr DHRT.SMP.6040.3.2017 („Decyzja”)
Data: 29 października 2017 r.

I. PODSUMOWANIE

1. Analiza treści Decyzji wskazuje, że Decyzja:
 - 1) prawidłowo określa jako rynek hurtowy rynek świadczenia usług transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczenia treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, który w ujęciu produktowym sprowadza się do usługi cyfrowej transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczenia treści telewizyjnych użytkownikom końcowym,
 - 2) prawidłowo identyfikuje jako podmiot o znaczącej pozycji rynkowej na tak zdefiniowanym rynku EmiTel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Spółka”),
 - 3) prawidłowo określa zakres obowiązków, jakie powinny zostać nałożone na Spółkę w ramach stosowania regulacji typu *ex ante*.
2. Dla zwiększenia prawdopodobieństwa utrzymania się Decyzji w razie jej zaskarżenia przez Spółkę rekomenduję rozważenie uzupełnienia jej argumentacji zgodnie z poniższymi propozycjami.

II. PROPOZYCJE W ZAKRESIE UZUPEŁNIENIA DECYZJI

3. Proponuję uzupełnienie Decyzji w następującym zakresie:
 - 1) uzupełnienie pkt. 1.1 Decyzji poprzez wskazanie, że rynek właściwy oraz hurtowy powinny być definiowane zgodnie z treścią Noty Wyjaśniającej KE (zob. pkt 2.1 akapit 2 Noty Wyjaśniającej KE) (zob. pkt V.C niniejszego memorandum),
 - 2) uzupełnienie pkt. 1.2 i 1.3 Decyzji poprzez odwołanie się – na potrzeby potwierdzenia, że NTC ma charakter unikalny, a pozostałe formy transmisji nie mogą być na potrzeby ustalenia granic rynku detalicznego oraz hurtowego w wymiarze produktowym traktowane jako substytuty – do argumentów:



- (i) związanych kontekstem historycznym oraz gospodarczym NTC,
 - (ii) związanych z koniecznością identyfikowania rynków właściwych ze szczególnym uwzględnieniem perspektywy uczestników rynku detalicznego,
 - (iii) płynących z najnowszego orzecznictwa, tj. wyroku SN z 13 stycznia 2016 r., III SK 8/15,

(zob. pkt VI.D niniejszego memorandum),
- 3) proponuję uzupełnienie pkt 3.1 Decyzji poprzez:
- (i) wskazanie na istnienie bariery w postaci wysokich kosztów wejścia na rynek oraz niewielkiej (w praktyce teoretycznej) przestrzeni dla rozwoju działalności przez potencjalnych konkurentów Spółki,
 - (ii) wskazanie na istnienie bariery w postaci niewielkiej przestrzeni dla rozwoju działalności przez potencjalnych konkurentów (w praktyce teoretycznej) – znaczna skala działalności Spółki oraz znikoma zmienność popytu na usługę,
 - (iii) wskazanie na istnienie barier w postaci słabych perspektyw rozwoju rynku oraz nieatrakcyjnej stopy zwrotu z inwestycji dla potencjalnych przyszłych konkurentów Spółki,
 - (iv) wskazanie dodatkowych okoliczności przemawiających za trwałością oraz niemożnością przewyciężenia istniejących barier dla rozwoju konkurentów Spółki,

(zob. pkt VIII.B niniejszego memorandum)
- 4) proponuję uzupełnienie pkt 3.2 Decyzji poprzez:
- (i) wskazanie, że istnienie na rynku stanu podobnego do monopolu naturalnego determinuje ze swej istoty strukturę rynku niesprzyjającą osiągnięciu skutecznej konkurencji wobec Spółki,
 - (ii) wskazanie na brak podstaw do uznania, że postęp techniczny lub konwergencja produktów mogłaby prowadzić do powstania na rynku właściwym skutecznej konkurencji wobec Spółki.

(zob. pkt VIII.C niniejszego memorandum)

III. STAN FAKTYCZNY

4. Dnia 29 września 2017 r. Prezes UKE opublikował w Dzienniku Urzędowym Urzędu



Komunikacji Elektronicznej obwieszczenie w sprawie ogłoszenia rozpoczęcia postępowania konsultacyjnego dotyczącego Decyzji Prezesa UKE w sprawie: (i) określenia rynku właściwego jako krajowego hurtowego rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym; (ii) 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, (iii) 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 (iv) nałożenia na EmiTel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie obowiązków regulacyjnych.

5. Tym samym z dniem 29 września 2017 r. rozpoczęło się postępowanie konsultacyjne, dotyczące projektu Decyzji Prezesa UKE, a podmioty zainteresowane wyrażeniem swojego stanowiska wobec Decyzji Prezesa UKE zostały poproszone o składanie stanowisk w sprawie w terminie 30 dni od dnia rozpoczęcia postępowania konsultacyjnego.

IV. CEL MEMORANDUM

6. Celem niniejszego memorandum jest analiza treści Decyzji w zakresie:
 - 1) prawidłowości określenia rynku właściwego (**zob. pkt V poniżej**),
 - 2) prawidłowości określenia produktu na rynku właściwym (**zob. pkt VI poniżej**),
 - 3) prawidłowości zidentyfikowania podmiotu o znaczącej pozycji rynkowej (**zob. pkt VII poniżej**),
 - 4) prawidłowości przeprowadzenia tzw. testu trzech kryteriów (**zob. pkt VIII poniżej**),
 - 5) prawidłowości, określenia obowiązków, jakie powinny zostać nałożone na podmiot o znaczącej pozycji rynkowej (**zob. pkt IX poniżej**),
 - 6) analizy treści Decyzji pod kątem wniosków płynących z reprezentatywnego orzecznictwa (**zob. pkt X poniżej**).

V. OKREŚLENIE RYNKU WŁAŚCIWEGO

A. Uwagi ogólne

7. Zasady określania rynków właściwych, na potrzeby wydawania przez Prezesa UKE decyzji dotyczących regulacji rynku telekomunikacyjnego, określa przepis art. 22 ust. 1 pkt



1 Prawa telekomunikacyjnego¹. Zgodnie z tym przepisem rynek właściwy określany jest:

- 1) zgodnie z prawem konkurencji – rynek właściwy powinien być więc rozumiany zgodnie z przepisem art. 4 pkt 9 u.o.k.i.k. jako "rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji",
- 2) z uwzględnieniem uwarunkowań krajowych – co odnosi się przede wszystkim do konieczności uwzględnienia rynków geograficznych na terytorium danego kraju (por. pkt 6 preambuły do Zaleceń KE),
- 3) z uwzględnieniem w największym możliwym stopniu zaleceń KE i wytycznych – wytyczne i zalecenia, o którym mowa w tym przepisie to:
 - (i) wytyczne Komisji Europejskiej nr 2002/c165/03 w sprawie analizy rynkowej i oceny znaczącej pozycji rynkowej zgodnie z unijnymi ramami regulacyjnymi sieci i usług łączności elektronicznej („Wytyczne KE”),
 - (ii) zalecenia Komisji Europejskiej w sprawie właściwych rynków - Zalecenie dotyczące rynków produktowych i usług zgodnie z art. 15 ust. 1 dyrektywy 2002/21/WE z dnia 9 października 2014 r. (L 295/79) („Zalecenia KE”), z którymi to zaleceniami powiązana jest nota wyjaśniająca, tj. Dokument towarzyszący do Zalecenia Komisji w sprawie właściwych rynków produktowych i usługowych 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 („Nota Wyjaśniająca KE z 2014 r.”).

B. Cel przepisów dotyczących decyzji Prezesa UKE wydawanych w celu regulacji rynku telekomunikacyjnego (regulacje typu *ex ante*)

8. Nadrzędnym celem regulacji europejskich, a konsekwentnie krajowych, dotyczących rynku telekomunikacyjnego, jest zapewnienie dostępu do najwyższej klasy infrastruktury komunikacyjnej oraz usług telekomunikacyjnych. Celem tym jest również promowanie innowacji oraz wdrażanie w Unii Europejskiej idei społeczeństwa informacyjnego².
9. Rynki telekomunikacyjne w znacznej mierze oparte są na infrastrukturze, której stworzenie wymaga poniesienia znacznych nakładów inwestycyjnych, co utrudnia lub w niektórych wypadkach uniemożliwia funkcjonowanie tego typu rynków w warunkach

¹ T.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1907.

² Por. pkt. 1.1 Noty Wyjaśniającej KE z 2014 r.



konkurencyjnych. Jak każdy rynek tego typu (np. rynek przesyłu energii elektrycznej, rynek dystrybucji ciepła lub gazu, rynek kolejowy) rynek telekomunikacyjny w swej warstwie infrastrukturalnej narażony jest bowiem na nadużywanie pozycji dominującej przez podmioty będące właścicielem danej infrastruktury. Dotyczy to w szczególności przypadków, gdy dany podmiot jest właścicielem w zasadzie całości infrastruktury wykazującej unikalne cechy (np. w zakresie jej zasięgu oraz dostępności) **tworząc modelowy stan monopolu naturalnego**. Jest to przypadkiem szczególnie częstym w krajach, które relatywnie niedawno przeszły transformację ustrojową polegającą na przejściu z modelu własności państwowej na model własność prywatnej, skutkującej przekazaniem znaczących aktywów budowanych z udziałem środków publicznych w ręce podmiotów prywatnych, nastawionych na osiąganie zysku, czego podręcznikowym wręcz przykładem jest infrastruktura wykorzystywana w NTC kontrolowana przez Spółkę.

10. Występowanie na rynku telekomunikacyjnym podmiotów dominujących, a w szczególności wykazujących cechy monopolu naturalnych, stanowi zatem oczywiste zagrożenie dla realizacji wskazanych powyżej nadrzędnych celów regulacji związanych z rynkiem telekomunikacyjnym, prowadząc w końcowym efekcie do **naruszenia praw podstawowych użytkowników końcowych**, w tym szczególności prawa do informacji, oraz zagrażają efektywnemu wdrożeniu w Unii Europejskiej idei społeczeństwa cyfrowego. Interes użytkowników końcowych będzie bowiem chroniony tylko wtedy, gdy nadawcy będą posiadali możliwość prowadzenia działalności w warunkach konkurencyjnych. Brak konkurencyjności rynków wyższego stopnia przekłada się bowiem ostatecznie na spadek jakości treści telewizyjnych dostarczanych użytkownikom końcowym (np. z uwagi na konieczność kompensowania podwyższonych stawek opłat za usługi nadawania zmniejszeniem innych kosztów, przykładowo związanych z produkcją określonych programów).
11. Celem stosowania instrumentów typu *ex ante* jest zatem zapobieganie nadużywaniu pozycji dominującej na rynkach właściwych, co dotyczy w szczególności podmiotów funkcjonujących w warunkach monopolu naturalnego lub zbliżonych do monopolu naturalnego. Jak wskazuje bowiem Komisja Europejska, *"Każda interwencja regulacyjna ex ante ma w ostatecznym rozrachunku - poprzez trwałe zapewnienie skutecznej konkurencji na rynkach detalicznych - przynieść korzyść użytkownikom (...)"*³. **Zapobieganie nadużywaniu pozycji dominującej oraz ochrona interesu użytkowników końcowych** stanowi zatem pryzmat przez który należy patrzeć na przepisy dotyczące regulacji *ex ante*, definiując kierunek wykładni tych przepisów.

Zapobieganie nadużywaniu pozycji dominującej na rynkach właściwych przy pomocy wykorzystaniu instrumentów typu *ex ante* stanowi wyraz trafnego dostrzeżenia przez prawodawcę europejskiego i polskiego, że status naturalnego monopolisty wiąże się z bardzo wysokim stopniem prawdopodobieństwa graniczącym z pewnością, iż prowadzi to

³ Pkt 2 Zaleceń KE.



– w szczególności w przypadku przedsiębiorców prywatnych nastawionych na maksymalizację zysku – do wykorzystywania statusu monopolisty naturalnego (faktyczny brak konkurencyjnego dostawcy produktu/usługi) w celu maksymalizacji marży zysku do wysokości, która w warunkach konkurencyjnych nie byłaby możliwa do osiągnięcia, względnie do ukrywania faktycznej marży zysku ponad marżę rozsądną występującą w praktyce obrotu w kosztach wytworzenia produktu/usługi (sztuczne zawyżanie kosztów). W konsekwencji sztucznego zawyżania kosztów mamy do czynienia z marżą ukrytą, która w sensie ekonomicznym jest taką samą marżą jak marża ujawniona. Przedsiębiorca, który uzyskuje pozycję dominującą czy wręcz monopolistyczną na rynku ze względu na wyłączny lub przeważający dostęp do surowców bądź infrastruktury (a także wiedzy), dzięki uzyskaniu takiej pozycji może wytwarzać dane dobro efektywniej, a w konsekwencji taniej niż kilku przedsiębiorców dzięki wykorzystaniu zjawiska zwanego korzyścią skali (ze wzrostem produkcji spada koszt jednostkowy). Monopolista naturalny nastawiony na zysk ma naturalną skłonność do zatrzymywania efektu ekonomicznego korzyści skali jako zwiększonej marży zysku, a w razie nieefektywnego zarządzania kosztami przeliczenia ich w cenie produktów/usługi na odbiorców produktu/usługi. Opisany skrótowo powyższy mechanizm powoduje, że w szczególności w przypadkach uzasadnionych ochroną odbiorcy końcowego konieczne jest stosowanie instrumentów *ex ante*, a więc pełniących funkcję prewencyjną wobec ryzyk związanych z nadużywaniem pozycji monopolisty naturalnego w myśl powiedzenia „*lepiej zapobiegać niż leczyć*”.

C. Perspektywa rynku detalicznego jako punkt wyjścia dla oceny zasadności stosowania regulacji typu *ex ante*

12. Przedmiotem stosowania regulacji typu *ex ante* jest regulacja rynków o charakterze hurtowym. Zgodnie z pkt 7 preambuły do Zaleceń KE punktem wyjścia dla określenia rynków hurtowych, które miałyby podlegać regulacji typu *ex ante*, powinna być jednak analiza odpowiednich rynków detalicznych⁴. Właściwe określenie granic rynku detalicznego należy zatem traktować jako **punkt wyjścia dla właściwego zdefiniowania rynku hurtowego**.

Zakres produktowy

13. W treści Decyzji Prezes UKE zidentyfikował na szczeblu detalicznym rynek właściwy jako rynek nadawania telewizyjnego, którego celem jest zaopatrzenie w treść użytkowników końcowych. W zakresie produktowym Prezes UKE zidentyfikował rynek detaliczny jako rynek usług nadawania sygnału telewizyjnego poprzez jeden z systemów transmisyjnych, tj. cyfrową sieć rozsiewczą naziemną („NTC”).
14. **W zakresie produktowym, kwalifikację tę należy ocenić jako właściwą. NTC, jako unikalny na polskim rynku telekomunikacyjnym system transmisji sygnału telewizyjnego**

⁴ Pkt 2.1 Noty Wyjaśniającej KE z 2014 r.



nie posiada bowiem substytutów. Szczegółowa argumentacja w tym zakresie przedstawiona została w pkt 30 poniżej.

Zakres geograficzny

15. W zakresie geograficznym rynek detaliczny charakteryzowany jest w treści uzasadnienia do Decyzji jako rynek krajowy. Treść Decyzji nie zawiera szczegółowego uzasadnienia w tym zakresie, jednak wniosek ten wynika z faktu, że jako rynek krajowy został również zakwalifikowany rynek hurtowy (który stanowi w tym przypadku pochodną rynku detalicznego). Kwalifikację tę należy uznać za prawidłową. Rynek właściwy w wymiarze geograficznym jest pochodną danego rynku w jego wymiarze produktowym. To dany produkt poprzez swą charakterystykę determinuje bowiem zakres terytorialny, który do tego produktu powinien być odnoszony. W niniejszym przypadku za uznaniem, że rynek detaliczny, a w konsekwencji hurtowy, ma charakter krajowy, mogą przemawiać dodatkowo następujące argumenty:
- 1) **zasięg** – jeżeli NTC jest systemem transmisji ukierunkowanym na pokrycie powierzchni Polski, to przemawia to za uznaniem, że rynek ten ma zakres nie większy niż krajowy. Jednocześnie fakt, że w nieznaczącej części zasięg przekracza granice Polski lub jest od nich węższy nie powinien być traktowany jako wykluczający przyjęcie, że rynek geograficzny tożsamy jest z granicami Polski. Zasięg sieci, ze względu na swą specyfikę techniczną, nie może zostać zamknięty w sztywnych i precyzyjnych ramach (w przeciwieństwie np. do sieci gazowej, w której zasięg może zostać precyzyjnie określony zakończeniem danego odcinka sieci). Zasięg sieci może podlegać pewnym wahaniom, na które wpływ będą miały czynniki o charakterze fizycznym (np. ukształtowanie terenu, aktualne warunki pogodowe). Konsekwentnie na potrzeby określenia granic geograficznych danego rynku niezbędne jest odwołanie się do pewnych wartości ramowych (np. wyznaczonych nominalnym zasięgiem stacji), niezależnie od tego, że niektórych przypadkach zasięg ten może ulegać wahaniom. Jeżeli wartości te w przeważającej mierze są zbieżne z obszarem Polski, to stanowi to argument przemawiający za tym, że rynek detaliczny ogranicza się geograficznie do granic Polski,
 - 2) **rodzaj oferty nadawców** – czynnikiem wpływającym na określenie granic terytorialnych rynku jest również perspektywa uczestników rynku detalicznego, wyrażająca między innymi w rodzaju oferty kierowanej przez nadawców (obowiązek uwzględniania przy wyznaczaniu granic rynku właściwego perspektywy uczestników rynku detalicznego opisana została w pkt 17 poniżej). Jeżeli bowiem oferta ta kierowana jest przede wszystkim do widzów polskojęzycznych mających miejsce zamieszkania na terenie Polski, to stanowi to dodatkowy argument przemawiający za tym, że rynek detaliczny powinien być definiowany jako rynek krajowy, niezależnie od pewnych wahań w zasięgu sygnału, które omówione zostały powyżej.



D. Definicja rynku hurtowego

16. Jak zostało to wskazane powyżej, rynek detaliczny stanowi punkt wyjścia dla określenia właściwego rynku na szczeblu hurtowym, który to rynek może ewentualnie podlegać regulacji typu *ex ante*.
17. Jak wskazuje się w treści Noty Wyjaśniającej KE z 2014 r., rynek hurtowy powinien być definiowany „z uwzględnieniem substytucyjności produktu po stronie podażowej oraz popytowej z perspektywy podmiotu zamierzającego konkurować w zaspokajaniu potrzeb użytkowników końcowych”⁵. **Perspektywa służąca do identyfikowania rynku właściwego na szczeblu hurtowym jest to zatem przede wszystkim perspektywa uczestników rynku detalicznego.** Konstrukcja pojęcia rynku hurtowego tworzona jest bowiem na potrzeby zapewnienia możliwości konkurowania na rynku detalicznym (usług nadawania sygnału telewizyjnego do użytkowników końcowych), co wynika z opisanych powyżej celów przepisów wprowadzających regulacje typu *ex ante*. Możliwość prowadzenia działalności w warunkach konkurencyjnych stanowi gwarant ochrony interesów użytkowników końcowych, a tym samym gwarant realizacji podstawowych celów regulacji dotyczących rynku telekomunikacyjnego (zob. pkt 12 i n. powyżej).
18. Wskazany w treści Decyzji sposób zdefiniowania rynku hurtowego jest w pełni zgodny z przepisami Prawa telekomunikacyjnego oraz wymogami instytucji unijnych (Dyrektywa ramowa, Zalecenia KE, Wytoczne KE, Nota Wyjaśniająca KE z 2014 r.). Oprócz argumentów przywołanych w treści Decyzji, przemawiają za tym również następujące argumenty:
- 1) **perspektywa uczestników rynku detalicznego** – (por. pkt 2.1, s. 7 Noty Wyjaśniającej KE z 2014 r.) jak słusznie podkreślił Prezes UKE, z perspektywy uczestników rynku detalicznego dostępne na rynku formy transmisji sygnału telewizyjnego nie są wobec siebie substytucyjne (co zostanie szerzej omówione w pkt 31 poniżej). Z perspektywy uczestników rynku detalicznego transmisja sygnału telewizyjnego za pośrednictwem NTC jest postrzegana jako forma wyłączna i na chwilę obecną niezastępowalna (co wynika głównie z jej zasięgu, kontekstu historycznego oraz gospodarczego, a także, co do zasady, nieodpłatności),
 - 2) **perspektywa rynku detalicznego** – zarówno w zakresie produktowym jak i geograficznym rynek hurtowy wyznaczony został jako odpowiednik rynku detalicznego, definiowanego zgodnie z treścią Noty Wyjaśniającej KE z 2014 r. i Zaleceń KE. Skoro rynek detaliczny sprowadza się do nadawania sygnału telewizyjnego do użytkowników końcowych za pośrednictwem NTC, to konsekwentnie rynkiem hurtowym powinien być rynek świadczenia usług dostępu do

⁵ Pkt 2.1 Noty Wyjaśniającej KE z 2014 r. “*Having defined retail markets, it is then appropriate to identify the corresponding wholesale markets, taking into account demand-side and supply-side substitutability of products from the perspective of an operator that wishes to compete in supplying end-users*”.



tych urządzeń nadawczych. Tak zdefiniowany rynek hurtowy stanowi bowiem element konieczny do zapewnienia możliwości skutecznego prowadzenia działalności na rynku detalicznym, w tym skutecznego konkutowania, co w konsekwencji przekłada się również na jakość oraz wartość dostarczanych treści telewizyjnych. Ten sposób definiowania rynku hurtowego spójny jest zatem z celem przepisów stanowiących podstawę do stosowania regulacji *ex ante* (tj. ochrona interesów użytkowników końcowych) oraz wpisuje się wprost w ramy tego, jak pojęcie to rozumiane jest przez organy unijne (por. pkt 2.1, s. 7 Noty Wyjaśniającej KE z 2014 r.).

E. Propozycje

19. Mając na uwadze powyższe wnioski, proponuje się uzupełnienie uzasadnienia Decyzji w następującym zakresie:

- 1) proponuję uzupełnienie pkt. 1.1 Decyzji poprzez wskazanie, że rynek właściwy oraz hurtowy powinny być definiowane zgodnie z treścią Noty Wyjaśniającej KE (zob. pkt 2.1 akapit 2 Noty Wyjaśniającej KE z 2014 r.),
- 2) proponuję uzupełnienie pkt 1.4 Decyzji poprzez:
 - (i) rozbitcie opisu rynku geograficznego na rynek detaliczny oraz rynek hurtowy,
 - (ii) przywołanie danych wskazujących, że zasięg NTC pokrywa przeważającą większość terytorium Polski (przykładowo poprzez wskazanie wartości procentowych oraz mapy poglądowej),
 - (iii) uzupełnienie argumentacji o odwołanie się do rodzaju oferty kierowanej przez nadawców do użytkowników końcowych, celem wskazania, że oferta ta kierowana jest przede wszystkim do widzów polskojęzycznych, mających miejsce zamieszkania na terenie Polski.

VI. RYNEK WŁAŚCIWY W UJĘCIU PRODUKTOWYM

A. Uwagi wstępne

20. Kwestią kluczową dla określenia granic rynku detalicznego nadawania sygnału telewizyjnego dla użytkowników końcowych jest zdefiniowanie zakresu produktowego tego rynku. To produkt jest bowiem podstawą postrzegania rynku jako takiego. To produkt oferowany na danym rynku definiuje również zakres terytorialny danego rynku. W zakresie produktowym, rynek nadawania sygnału telewizyjnego dla użytkowników końcowych może sprowadzać się do:

- 1) świadczenia usług nadawania jako takich (postrzeganych w oderwaniu od sposobu



dostarczania sygnału telewizyjnego),

- 2) świadczenia usług nadawania za pośrednictwem określonego systemu transmisyjnego.
21. To czy usługi nadawania poprzez określone systemy powinny być traktowane jako odrębne rynki produktowe powinno być oceniane z uwzględnieniem ogółu okoliczności dotyczących danego rynku oraz specyfiki danego systemu. Jak wskazano w Nocie Wyjaśniającej KE z 2003 r. (zob. s. 8 Decyzji), jednymi z ważniejszych czynników, które powinny zostać wzięte pod uwagę, są takie czynniki jak: (i) zasięg; (ii) dostępność; oraz (iii) ceny (por. pkt. 4.4 Noty Wyjaśniającej KE z 2003 r.). Prezes UKE w sposób szczegółowy odniósł się w treści uzasadnienia do Decyzji do zagadnień związanych z zasięgiem poszczególnych form transmisji sygnału telewizyjnego oraz dostępności poszczególnych form dla użytkowników końcowych. Treść uzasadnienia porusza również kwestie ceny dla użytkownika końcowego związanej z korzystaniem z poszczególnych form transmisji.
 22. Wskazany powyżej katalog kryteriów, jakie należy brać pod uwagę przy ocenie substytucyjności produktu, ma charakter otwarty. Dobór kryteriów powinien bowiem zostać dostosowany do specyfiki danego rynku, a w szczególności jego warstwy produktowej. W niniejszym przypadku jako kryteria, które należy dodatkowo wziąć pod uwagę, wyróżnić można:
 - 1) kontekst historyczny oraz gospodarczy funkcjonowania NTC w Polsce,
 - 2) perspektywę uczestników rynku detalicznego (w szczególności nadawców),
 - 3) wnioski wynikające z aktualnego orzecznictwa.

B. Kontekst historyczny oraz gospodarczy NTC

23. Sieć DVB-T, tj. *Digital Video Broadcasting – Terrestrial*, czyli system naziemnej telewizji cyfrowej, zastąpiła poprzednio funkcjonującą na terenie Polski sieć analogową. Sieć DVB-T oparta została bowiem na istniejącej dotychczas infrastrukturze nadawczej oraz lokalizacjach związanych z dużymi mocami dla częstotliwości analogowych. Wdrożenie na polskim rynku sieci DVB-T wymagało podjęcia wieloletnich przygotowań, zaangażowania organów administracji państwowej najwyższego szczebla oraz podmiotów działających na rynku telekomunikacyjnym, a także wprowadzenia odpowiednich zmian w polskim prawodawstwie. Wynika to m. in. z faktu, że w okresie PRL państwo miało monopol na budowę sieci nadawczych (monopol infrastrukturalny). W przeszłości, jak i obecnie państwo posiada monopol na planowanie wykorzystania częstotliwości w powiązaniu z siecią nadawczą. Spółka jest swoistego rodzaju „spadkobiercą” monopolu infrastrukturalnego, a w konsekwencji jest obecnie jedynym beneficjentem monopolu państwa w zakresie planowania wykorzystywania częstotliwości. Monopol ten wynika z przyjęcia przez państwo polskie, w jego działaniach prawotwórczych i regulacyjnych, że



przyjęty przez Polskę model cyfryzacji telewizji naziemnej musiał zapewnić unikatową przewagę konkurencyjną posiadaczowi sieci nadawczej zbudowanej w okresie PRL-u na potrzeby telewizji analogowej i kontrolowanej przez państwo. Nieuniknioną konsekwencją rynkową tego modelu było i nadal jest petryfikacja pozycji podmiotu dominującego, co przeciwdziała powstawaniu konkurencji na rynku. W zakresie rynku NTC powtarza się zatem zjawisko znane z rynku energetycznego czy kolejowego.

Proces kształtowania się obecnego monopolu Spółki należy podzielić na trzy okresy:

- od przyjęcia w Sztokholmie w 1961 r. międzynarodowego planu podziału częstotliwości dla telewizji analogowej, wraz z wysokimi obiektami nadawczymi dużej mocy (dalej: ST61). Zbudowana w PRL przez wyłącznie państwowe instytucje sieć nadawcza oparta o plan sztokholmski, stała się w na początku lat 90. własnością Telekomunikacji Polskiej SA.⁶
- od rozpoczęcia planowania cyfryzacji (ok. 1995 r.), do przyjęcia w Genewie w 2006 r. międzynarodowego planu cyfryzacji telewizji naziemnej (dalej: GE06), który zastąpił plan ST61. Kluczowe znaczenie ma tutaj fakt, że plan GE06 zakładał oparcie się na infrastrukturze, czyli obiektach w konkretnych lokalizacjach, zbudowanych w oparciu o plan z 1961 r., a nie konieczność budowy innej infrastruktury – oraz to, że w tym okresie nastąpiła prywatyzacja Telekomunikacji Polskiej S.A.
- od przyjęcia GE06 do chwili obecnej.

Monopol Spółki jest wynikiem wieloletniego i rygorystycznie przestrzegane – w okresie PRL i gospodarki centralnie planowanej – monopolu państwa na planowanie, budowę i używanie sieci nadawczej telewizji naziemnej. Fundamentem tej sieci są bardzo wysokie (często powyżej 200 metrów) obiekty umożliwiające nadawanie sygnału telewizyjnego z najwyższą dopuszczalną mocą, do maksymalnej liczby odbiorców. Niezależnie od ówczesnych różnic ustrojowych, trzeba stwierdzić, że sieci służące do naziemnego nadawania telewizji niemal w każdym państwie budowano podobnie: bo najtańszą formułą tzw. broadcastingu jest „*high tower – high power*”. Wobec faktu, że sygnały telewizyjne podlegają wzajemnym zakłóceniom, konieczna była ich ścisła międzynarodowa koordynacja. Stąd wynikła potrzeba podpisania porozumienia sztokholmskiego z 1961 r. (ST61), w którym m.in. zapisano wszystkie już zbudowane i planowane stacje nadawcze składające się na sieć nadawczą (analogowej) telewizji w PRL, oraz dokonano stosownego przydziału częstotliwości.

Monopol Spółki jest zarazem skutkiem monopolu państwa na planowanie wykorzystania częstotliwości niezbędnych do nadawania telewizji naziemnej, i ściśle z tym związanego wyboru przez państwo modelu budowy naziemnej telewizji cyfrowej (NTC), dokonanego w trakcie przygotowań do przyjęcia porozumienia genewskiego w 2006.

⁶ Większość stacji nadawczych dużej mocy z planu ST61 zbudowało i używało Zjednoczenie „Stacje Radiowe i Telewizyjne”, będące instytucją rządową w strukturze resortu łączności, które w 1982 połączono z Państwowym Przedsiębiorstwem „Polska Poczta, Telegraf i Telefon”.



Choć teoretycznie model ten porzucił wcześniejszą zasadę narzucania, jaka sieć nadawcza będzie obsługiwała naziemną telewizję cyfrową, to w rzeczywistości w sposób zamierzony odwołuje się do istniejącej już (wysokiej) sieci nadawczej opartej o plan ST61. „W trakcie przygotowań do konferencji [genewskiej w 2006 r.] kraje uzgodniły między sobą zasady konstrukcji nowego planu. Jedną z nich była konwersja analogowo-cyfrowa stacji z planu analogowego wszędzie tam gdzie jest to możliwe, a także uwzględnienie stacji cyfrowych [...]. Pozwala to na wykorzystanie istniejących obiektów nadawczych dużej mocy i systemów antenowych na tych obiektach.”⁷

Motywacje (przytłaczającej większości) krajów, które przesądziły o kształcie porozumienia genewskiego, były różne, ale niemal wszystkie sprowadzały się do oszczędności po stronie nakładów na infrastrukturę oraz potrzebę zastosowania tzw. okresu przejściowego, w którym emisja cyfrowa odbywa się jednocześnie z analogową, nim ta ostatnia zostanie wyłączona. W konsekwencji na efekty wdrożenia planu genewskiego GE06 miały wpływ: „posiadana sieć obiektów nadawczych, morfologia terenu, tryby emisji, oczekiwania państwa i nadawców, a zwłaszcza koszty związane z budową infrastruktury sieci”⁸.

Instytucje planistyczne nie ukrywały, że „w celu prostszej implementacji DVB-T [czyli NTC] oraz łatwiejszego spełnienia warunków kompatybilności między DVB-T a TV analogową (...), zasadnicza część projektu Planu Cyfrowego [Genewa 2006] opiera się na Planie ST61”⁹ – czytaj: na infrastrukturze zbudowanej po 1961 r. Plan genewski oparty jest bowiem na tzw. *obszarach rezerwacji (allotments)*, z których każdy najprościej jest pokryć sygnałem używając do tego wysoki obiekt znajdujący się w centrum danego obszaru. Trafnie podkreśla się zatem, że „Z niemal każdym obszarem rezerwacji została związana należąca do niego stacja dużej mocy, która może być uruchomiona ze skoordynowanymi i wpisanymi do Planu parametrami emisyjnymi. Implementacja Planu w najprostszym przypadku może oznaczać uruchomienie wskazanych stacji dużej mocy z parametrami wpisanymi do Planu.”¹⁰ Posiadacz sieci takich obiektów – w Polsce: Emitel – uzyskał zatem unikalną przewagę konkurencyjną w zakresie *ekonomii lokalizacji*; miał nie tylko już zbudowaną i czynną sieć nadawczą telewizji analogowej, ale w dodatku to jego i tylko jego obiekty znajdowały się właśnie w miejscach optymalnych dla obsługi naziemnej telewizji cyfrowej.

W ten sposób wszystkie zaplanowane w Polsce ogólnopolskie multipleksy NTC oparte są o sieć Spółki.

⁷ „Stan przygotowań do wprowadzenia naziemnej telewizji cyfrowej w Polsce. Materiał przygotowany w ramach europejskiego projektu DICE (Digital Innovation through Cooperation in Europe) przez Krajową Izbę Gospodarczą Elektroniki i Telekomunikacji”, Warszawa, grudzień 2006, s. 10.

⁸ Dariusz P. Więcek „Problemy techniczne wdrażania planu sieci naziemnej telewizji cyfrowej w Polsce”, [w:] Przegląd Telekomunikacyjny rocznik LXXX i Wiadomości Telekomunikacyjne rocznik LXXVI, nr 6/2007, s. 181.

⁹ „Platforma cyfryzacji radiofonii i telewizji. Raport nr Z21/21300046/1012/06”, Instytutu Łączności, Zakład Kompatybilności Elektromagnetycznej, Warszawa-Wrocław, grudzień 2006.

¹⁰ Dariusz P. Więcek „Problemy techniczne wdrażania planu sieci naziemnej telewizji cyfrowej w Polsce”, [w:] Przegląd Telekomunikacyjny rocznik LXXX i Wiadomości Telekomunikacyjne rocznik LXXVI, nr 6/2007, s. 181.



Fakt, że wybrany przez państwo model przejścia do TV cyfrowej był nie tylko najbardziej zasadny i oszczędny finansowo i technicznie, ale także przyjęty przez większość państw sygnatariuszy umów wiążących Polskę w omawianym zakresie, nie zmienia oceny, że skutkiem takiego modelu było umożliwienie ukształtowania się monopolu naturalnego Spółki, która w sensie cywilnoprawnym sprawuje kontrolę nad infrastrukturą niezbędną do przejścia na nadawanie cyfrowe. W przypadku, gdy celem takiej spółki jest maksymalizacja zysku z prowadzonej działalności prowadzi to do zakłócenia zasad uczciwej konkurencji.

Celem wprowadzenia DVB-T było między innymi:

- 1) zapewnienie nadawcom możliwości zwiększenia oferty programowej,
 - 2) rozwiązanie problemu zasięgu nadawców [przed wprowadzeniem NTC jedynie programy TVP 1 i TVP 2 były dostępne dla odbiorców drogą naziemną praktycznie w całym kraju; programów telewizji Polsat nie mogło odbierać tą drogą ponad 20% populacji Polski, programu TVP 3 ponad 30%, a programu TVN ponad połowa; Telewizja Puls (dawniej Familijna) w erze naziemnej telewizji analogowej miała zasięg, który miał wpływ na jej oglądalność w zasadzie pomijalny dla celów dochodów reklamowych mimo możliwości nadawania drogą satelitarną oraz przy wykorzystaniu tzw. telewizji kablowej],
 - 3) zapewnienie odbiorcom bogatszej oferty programów i usług,
 - 4) lepsze wykorzystanie zasobów częstotliwości radiowych (uzyskanie tzw. „renty cyfrowej”),
 - 5) umożliwienie użytkownikom korzystania z technologii cyfrowej i szerokiego zakresu usług teleinformatycznych oraz przyspieszenie rozwoju gospodarczego.
24. Powyższy kontekst historyczny wskazuje na szczególną rolę NTC w polskiej rzeczywistości społecznej oraz gospodarczej. Cyfryzacja sieci analogowej z perspektywy polityki państwa traktowana jest bowiem jako element wdrażania **w polskim społeczeństwie elementów rewolucji cyfrowej**, która to rewolucja niezbędna jest do zapewnienia praw podstawowych (w tym w szczególności konstytucyjnego prawa do informacji) we współczesnym społeczeństwie obywatelskim. Na NTC nie należy patrzeć zatem jak na wyłącznie instrument służący do transmisji sygnału telewizyjnego dla celów komercyjnych.
25. NTC, jako efekt wieloletnich działań podejmowanych przede wszystkim przez organy państwowe najwyższego szczebla, stanowi swoisty instrument o charakterze publicznym, którego celem jest realizacja konstytucyjnych praw jednostki (w szczególności prawa do informacji). W tym kontekście NTC zakwalifikować należy jako **szczególną infrastrukturę, która stworzona została przy wiodącym udziale organów publicznych**,



nakierowaną na zaspokajanie potrzeb jednostek. W swej istocie NTC nie różni się zatem od innych szczególnych typów infrastruktury publicznej, jak na przykład:

- 1) sieci dystrybucji ciepła, które pierwotnie miały charakter państwowy, a następnie – na skutek przekształceń własnościowych – przekazywane były państwowym lub samorządowym osobom prawnym,
 - 2) autostrad budowanych w formule partnerstwa publiczno-prawnego, które następnie eksploatowane są przez podmioty prywatne,
 - 3) sieci przesyłowych powierzonych Polskim Sieciom Elektroenergetycznym S.A.
26. Należy także podkreślić, że NTC stworzone zostało w oparciu o infrastrukturę nadawczą, która również stworzona została przy wiodącym udziale sektora publicznego (Państwo działające za pośrednictwem spółek z udziałem Skarbu Państwa – tu: Telekomunikacja Polska S.A.).
27. Wspólnym mianownikiem wszystkich wskazanych powyżej typów infrastruktury oraz NTC jest zatem to, że zostały one stworzone celem zaspokajania podstawowych potrzeb społecznych. Fakt, że określony typ infrastruktury nie stanowi już własności Państwa lub podmiotów z nim powiązanych nie wpływa na jej szczególną rolę, jaka tej infrastrukturze została pierwotnie przypisana. Konsekwentnie ta szczególna rola NTC dodatkowo przemawia za zakwalifikowaniem NTC jako systemu zakreślającego ramy samodzielnego rynku detalicznego usług nadawania przekazu telewizyjnego.

C. *Perspektywa uczestników rynku detalicznego (w szczególności nadawców)*

28. Jak zostało to wskazane powyżej, rynek hurtowy powinien być definiowany również, a może nawet przede wszystkim z perspektywy uczestników rynku detalicznego, w tym w szczególności perspektywy nadawcy¹¹. Rynek hurtowy w aspekcie produktowym nie może być zatem definiowany wyłącznie z perspektywy odbiorcy końcowego. **Sama perspektywa odbiorcy końcowego nie pozwala bowiem na pełne uchwycenie istoty danego rynku w zakresie produktowym.** Gołębia pocztowego trudno traktować jako produkt zamienny wobec maila, chociaż z perspektywy adresata wiadomości efekt jest ten sam – otrzymanie wiadomości o określonej treści. Podobnie trudno traktować jako produkt zamienny samochód i samolot; maszynę do pisania i komputer; pociąg i statek; przesył gazu rurą i transport gazu tankowcami – pomimo że efekt dla odbiorcy końcowego jest w zasadzie taki sam.
29. Rynek produktowy musi być zatem postrzegany ze szczególnym uwzględnieniem perspektywy nadawcy. Celem stosowania mechanizmów regulacji typu *ex ante* jest bowiem ochrona interesów użytkownika końcowego, która możliwa jest tylko wtedy, gdy

¹¹ Por. pkt 2.1., s. 7 Noty Wyjaśniającej KE z 2014 r., pkt 23 preambuły do Zaleceń KE.



zapewniona zostanie należyta ochrona uczestników rynku detalicznego, a w szczególności nadawców. Ochrona ta nie jest natomiast możliwa, jeżeli rynek produktowy definiowany jest w oderwaniu od perspektywy tych uczestników.

30. Nie budzi wątpliwości, że z perspektywy największych nadawców sygnału telewizyjnego transmisja tego sygnału za pośrednictwem sieci NTC nie jest tym samym, co transmisja sygnału za pośrednictwem innych sieci. Korzystanie z NTC stanowi z perspektywy największych nadawców telewizyjnych podstawowy kanał "dystrybucji" sygnału telewizyjnego, **posiadający unikalne cechy, wyróżniające i odróżniające go na tle wszystkich pozostałych środków transmisji**. Unikalność ta związana jest przede wszystkim z zasięgiem NTC, jego nieodpłatnością oraz dostępnością, przyzwyczajeniami użytkowników końcowych oraz kontekstem społeczno-gospodarczym powstania oraz funkcjonowania NTC (jako następcy sieci analogowej). Unikalność ta powoduje, że pozostałe formy transmisji, jako niespełniające kompleksowo przywołanych kryteriów, nie mogą być traktowane jako substytuty NTC. Posługując się językiem prawa rzeczowego w odniesieniu do dostarczania sygnału TV satelitą, kablówką i naziemną TV cyfrową są to rzeczy oznaczone co do tożsamości a nie co do gatunku. Innymi słowy naziemne nadawanie cyfrowe to nie jest ten sam gatunek co nadawanie satelitarne czy dostawa treści telewizyjnych przy wykorzystaniu tzw. telewizji kablowych. Dominacja na rynku, w tym w warunkach zbliżonych do stanu monopolu naturalnego, w zakresie naziemnego nadawania cyfrowego w oparciu o argument, że można przecież zainstalować sobie telewizję satelitarną to tak jakby powiedzieć komuś nie musisz lecieć do Australii samolotem przecież możesz wybrać drogę naziemną lub morską. Oczywiście mogą, ale jest to jednak coś innego, mimo iż końcowy efekt, jeżeli mierzymy go dotarciem do celu, jest taki sam. Tutaj jednak kryterium nie jest dotarcie do celu, ale sposób dotarcia do celu.

D. Wnioski wynikające z aktualnego orzecznictwa

31. Wskazane powyżej tezy znajdują również potwierdzenie w stanowiskach judykatury. Jako przykład należy powołać tutaj orzeczenie SN z 13 stycznia 2016 r., III SK 8/15, w którym SN analizował między innymi możliwość uznania usług typu Mobile Instant Messaging, wymiany wiadomości za pośrednictwem portali społecznościowych oraz usług typu *push-up email* jako substytucyjnych wobec usług SMS. Pomimo że w każdej ze wskazanych usług efekt końcowy dla użytkownika jest w zasadzie ten sam (tj. użytkownik otrzymuje wiadomość tekstową od innego użytkownika), SN doszedł jednak do wniosku, że usługi te nie mogą być traktowane jako substytucyjne. Zgodnie z uzasadnieniem SN powodem tego stanu rzeczy jest przede wszystkim:
- 1) **zasięg sieci** – o ile bowiem usługa SMS dostępna jest w zasadzie na terenie całego kraju dla każdego posiadacza telefonu komórkowego, to pozostałe powołane usługi (Mobile Instant Messaging, portale społecznościowe etc.) już nie. Korzystanie z pozostałych usług wymaga bowiem dostępu do sieci Internet, który – pomimo pozornej powszechności Internetu – nie może być traktowany na równi z dostępem do



klasycznej sieci telefonicznej,

- 2) **dotatkowe funkcje techniczne telefonu komórkowego** – każdy telefon komórkowy oferuje możliwość wysyłania i odbierania SMS, a nie każdy oferuje natomiast możliwość dostępu do sieci Internet,
- 3) **łatwość dostępu** – w ocenie SN korzystanie z alternatywnych form komunikacji powinno być równie łatwe jako korzystanie z SMS. Jak wynika z powyższego – pomimo pozornej powszechności Internetu – tak jednak nie jest. Z uwagi na ograniczony względem tradycyjnej sieci zasięg Internet, konieczność posiadania telefonu wyposażonego w dodatkowe funkcje oraz kwestie dodatkowej odpłatności za dostęp do Internetu dostępność alternatywnych form komunikacji jest ograniczona względem dostępności do usługi SMS.

32. Wnioski płynące ze wskazanego orzeczenia można wprost przełożyć na grunt sprawy będącej przedmiotem Decyzji. Również w tym przypadku zasięg oraz dostępność NTC (rozpatrywane kompleksowo) są nieporównywalne w stosunku do zasięgu oraz dostępności oferowanych przez alternatywne formy transmisji sygnału telewizyjnego. Wynika to przede wszystkim z ograniczonego zasięgu terytorialnego, odpłatności lub konieczności poniesienia dodatkowych kosztów związanych z zainstalowaniem urządzeń niezbędnych do odbioru alternatywnych form transmisji. Potwierdza to zatem prawidłowość przyjętej powyżej tezy, że unikalne cechy danego środka transmisji powodują, że środek ten powinien być traktowany jako zakreślający ramy produktowe danego rynku.

E. Propozycje

33. Mając na uwadze powyższe wnioski, proponuje się uzupełnienie uzasadnienia Decyzji w następującym zakresie:
 - 1) proponuję uzupełnienie pkt. 1.2 i 1.3 Decyzji poprzez odwołanie się – na potrzeby potwierdzenia, że NTC ma charakter unikalny, a pozostałe formy transmisji nie mogą być na potrzeby ustalenia granic rynku detalicznego oraz hurtowego w wymiarze produktowym traktowane jako substytuty – do argumentów:
 - (i) związanych kontekstem historycznym oraz gospodarczym NTC,
 - (ii) związanych z koniecznością identyfikowania rynków właściwych ze szczególnym uwzględnieniem perspektywy uczestników rynku detalicznego,
 - (iii) płynących z najnowszego orzecznictwa, tj. wyroku SN z 13 stycznia 2016 r., III SK 8/15.

VII. PRAWIDŁOWOŚĆ USTALENIA I WYZNACZENIA PRZEDSIĘBIORCY



TELEKOMUNIKACYJNEGO O ZNACZĄCEJ POZYCJI RYNKOWEJ NA RYNKU WŁAŚCIWYM

34. Ustalenie, że na danym rynku właściwym występuje przedsiębiorca lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni o znaczącej pozycji rynkowej stanowi przesłankę do wydania przez Prezesa UKE decyzji, o której mowa w art. 24 Prawa Telekomunikacyjnego.
35. Zgodnie z art. 25a ust. 1 Prawa Telekomunikacyjnego przedsiębiorca telekomunikacyjny zajmuje znaczącą pozycję rynkową, jeżeli na rynku właściwym samodzielnie posiada pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego. Przepisy prawa wspólnotowego, o których mowa w tym przepisie, to przede wszystkim art. 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹² odnoszący się do pojęcia pozycji dominującej, definiowanej w orzecznictwie TSUE jako pozycja siły ekonomicznej pozwalająca na skuteczne powstrzymanie konkurencji na danym rynku¹³. Należy również przywołać przepis art. 14 ust. Dyrektywy ramowej, zgodnie z którym *„Uznaje się, że przedsiębiorstwo posiada znaczącą pozycję rynkową, jeżeli samodzielnie lub wspólnie z innymi ma pozycję równoważną pozycji dominującej, tj. tak silną pozycję ekonomiczną, że uprawnia go ona do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów”*.
36. Jak wynika z natomiast z art. 25a ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, Prezes UKE przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na rynku właściwym bierze pod uwagę kryteria wymienione w Wytycznych KE. Zgodnie z Wytycznymi KE krajowe organy regulacyjne powinny opierać się na zasadach prawa konkurencji, metodologiach służących definiowaniu rynków, podlegających regulacji *ex ante* oraz określeniu czy przedsiębiorstwo posiada znaczącą pozycję rynkową na tych rynkach. To krajowe organy regulacyjne decydują jednak, które kryteria są najbardziej odpowiednie w konkretnej sytuacji.
37. Nie powielając w tym miejscu wyводу przedstawionego w treści Decyzji, należy jedynie wskazać, że stanowisko zajęte przez Prezesa UKE w zakresie identyfikacji Spółki jako podmiotu posiadającego znaczącą pozycję rynkową zasługuje na pełne poparcie. Z treści Decyzji wynika bowiem, że Spółka prowadzi (samodzielnie lub przez podmioty powiązane) 490 emisji DVB-T, co daje łącznie 99,6% wszystkich emisji tego typu (NTC). Ponadto w ciągu ostatnich 6 lat spółka posiadała ponad 90% udziału w rynku świadczenia usług transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczenia treści telewizyjnych liczonego względem osiąganych przychodów. Jak zostanie to natomiast wskazane w dalszej części niniejszego memorandum:
- 1) na rynku właściwym, na którym funkcjonuje Spółka, występują trudne do przewyciężenia i niemające przejściowego charakteru bariery strukturalne oraz

¹² Dz.Urz.UE.C 2012 Nr 326, s. 47.

¹³ Por. wyrok ETS z 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76 United Brands Company and United Brands Contineaal BV przeciwko Komisji - Chiquita Bananas.



prawno-regulacyjne w dostępie do rynku,

- 2) brak jest argumentów przemawiających za tym, że istniejąca struktura rynku właściwego może ulec zmianie w przewidywalnej przyszłości.
38. Powyższe argumenty w pełni uzasadniają tezę, zgodnie z którą pozycja Spółki na rynku hurtowym jest na tyle silna, że Spółka posiadała możliwość działania na tym rynku według swego uznania, nie uwzględniając sytuacji konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów (użytkowników końcowych). Uzasadnia to zatem wniosek, że Spółka spełnia przesłanki do zakwalifikowania jej jako podmiotu posiadającego znaczącą pozycję rynkową.

VIII. TEST TRZECH KRYTERIÓW

A. Uwagi ogólne

39. W uproszczonym ujęciu rynek jest miejscem spotkania podaży i popytu. Prawidłowo funkcjonujący rynek powinien rządzić się pewnymi uniwersalnymi regułami. O mechanizmie rynkowym można powiedzieć, że funkcjonuje prawidłowo w sytuacji, gdy funkcjonuje w warunkach **konkurencji doskonałej**. Należy przez to rozumieć sytuację, gdy siły rynkowe działają w sposób w pełni efektywny. W świecie rzeczywistym nie istnieją rynki doskonale konkurencyjne, tym niemniej możliwe jest wskazanie na pewne założenia, które taki rynek powinien spełniać.
40. Przyjmuje się, że za rynek doskonale konkurencyjny można uznać rynek na którym:
- 1) **współwystępuje wielu kupujących i sprzedających** – na rynku działa wielu współuczestników, a siła oddziaływania pojedynczego z nich jest znikoma. Oznacza to, że żaden z nich nie ma wpływu na cenę, po jakiej transakcje na tym rynku są zawierane,
 - 2) **oferowany jest identyczny produkt** – wszyscy sprzedający oferują produkt o tych samych cechach,
 - 3) **istnieje swoboda wejścia na rynek oraz wyjścia z niego** – na rynku doskonale konkurencyjnym nie ma żadnych instytucjonalnych lub technicznych barier utrudniających wejście zainteresowanym przedsiębiorcom na rynek lub wyjście z niego,
 - 4) **istnieje równowaga w zakresie informacji** – wszyscy uczestnicy rynku doskonale konkurencyjnego mają pełną informację dotyczącą wszystkich aspektów prowadzonej działalności.
41. Powyżej wskazane założenia mogą posłużyć do oceny konkretnego rynku pod kątem



stopnia jego konkurencyjności, a więc i prawidłowości jego działania.

42. Jeżeli jakiegokolwiek przedsiębiorstwo ma możliwość wpływania w odczuwalny sposób na cenę rynkową swoich produktów, można uznać, że działa ono w warunkach **konkurencji niedoskonałej**. W konsekwencji konkurencja niedoskonała występuje na takim rynku, na którym sprzedawca ma jakiś stopień kontroli nad ceną swoich produktów, przy czym dla stwierdzenia niedoskonałości konkurencji nie jest konieczne by posiadał on pełną władzę dyskrecyjną nad ceną rynkową.¹⁴
43. Najbardziej skrajnym przykładem konkurencji niedoskonałej jest **monopol**, kiedy pojedynczy sprzedawca sprawuje pełną kontrolę nad danym rynkiem. Jest on jedynym sprzedawcą aktywnym na danym rynku, zaś w ramach żadnego innego rynku nie są wytwarzane substytuty produktu/usługi monopolisty. Mniej skrajne sytuacje, kiedy to na danym rynku działa niewielu sprzedawców, przy czym każdy z nich ze względu na swój udział w rynku może wpływać na poziom ceny rynkowej, określa się jako **oligopol**. Jako główne przyczyny niedoskonałości rynku wskazuje się występowanie znacznych korzyści w przypadku produkcji na wielką skalę i związanych z tym malejących kosztów jednostkowych produktu czy też istnienie tzw. „barier wejścia” na dany rynek, którymi mogą być np. istniejące regulacje prawne czy też po prostu zbyt wysokie koszty rozpoczęcia produkcji danego produktu¹⁵.
44. Rynek świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym nie został wymieniony w obowiązującym załączniku do Zaleceń KE. W związku z powyższym określenie czy powinien on podlegać regulacji *ex ante* (a zatem czy może on zostać uznany za rynek o charakterze niekonkurencyjnym) wymaga przeprowadzenia tzw. testu trzech kryteriów, co wynika z Zaleceń KE. W przypadku łącznego spełnienia tych kryteriów regulacja *ex ante* rynku będzie mogła zostać uznana za uzasadnioną.
45. Kryteria te obejmują:
 - 1) występowanie trudnych do przewyciężenia i niemających przejściowego charakteru barier strukturalnych lub prawno-regulacyjnych w dostępie do rynku („**Pierwsze Kryterium**”),
 - 2) istnienie struktury rynku, która nie sprzyja osiągnięciu skutecznej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym, przy uwzględnieniu stanu konkurencji infrastrukturalnej i innych rodzajów konkurencji z pominięciem barier w dostępie do rynku („**Drugie Kryterium**”),
 - 3) niewystarczalność przepisów prawa konkurencji do odpowiedniego zaradzenia

¹⁴ P.A. Samuelson, W.D. Nordhaus, *Ekonomia* tom 1, Wydanie II, s. 259 i n.

¹⁵ *Ibidem*.



stwierdzonym nieprawidłowościom w funkcjonowaniu rynku („Trzecie Kryterium”).

B. Kryterium 1 – występowanie trudnych do przewyciężenia i niemających przejściowego charakteru barier strukturalnych lub prawno-regulacyjnych w dostępie do rynku

46. Pierwsze z kryteriów wyrażonych w Zaleceniach KE odwołuje się do istnienia barier w dostępie do rynku. Bariery takie mogą mieć charakter strukturalny lub prawno – regulacyjny. Ponadto powinny one być trudne do przewyciężenia i charakteryzować się trwałością – w toku prognostycznej analizy należy więc uwzględnić i przeanalizować możliwość likwidacji takich barier w odpowiednim horyzoncie czasowym.
47. Jak wskazano w Zaleceniach KE strukturalne bariery w dostępie do rynku wynikają z początkowej sytuacji po stronie kosztów lub początkowych warunków po stronie popytu, prowadzących do asymetrycznych warunków dla operatorów zasiedziałych i dla nowych podmiotów, utrudniając lub uniemożliwiając tym ostatnim dostęp do rynku. Istnienie trudnych do przewyciężenia barier strukturalnych można na przykład stwierdzić, jeżeli na rynku występują takie zjawiska, jak przewaga w zakresie kosztów bezwzględnych, znaczne korzyści skali lub zakresu, ograniczenia przepustowości i wysokie koszty utopione. Powiązana bariera strukturalna może także występować tam, gdzie świadczenie usługi wymaga elementu sieci, który nie może zostać technicznie powielony albo może zostać powielony wyłącznie po poniesieniu kosztów sprawiających, że staje się to nieopłacalne dla konkurentów.
48. Z kolei - bariery prawno-regulacyjne nie są uwarunkowane ekonomicznie, ale są wynikiem środków legislacyjnych lub administracyjnych bądź innych środków, które mają bezpośredni wpływ na warunki dostępu do rynku lub na pozycję operatorów na rynku właściwym. Przykładem bariery prawno-regulacyjnej utrudniającej lub uniemożliwiającej dostęp do rynku jest ograniczenie liczby przedsiębiorstw mających dostęp do częstotliwości na potrzeby świadczenia podstawowych usług. Inne przykłady barier prawno-regulacyjnych to kontrole cen lub inne środki związane z cenami, nakładane na przedsiębiorstwa, które mają wpływ nie tylko na warunki dostępu do rynku, lecz także na pozycję przedsiębiorstw na rynku. Barier prawno-regulacyjnych, które prawdopodobnie zostaną usunięte w odpowiednim horyzoncie czasowym, nie powinno się normalnie uznawać za stanowiące barierę w dostępie do rynku spełniającą pierwsze kryterium.
49. W odniesieniu do kwestii istnienia na rynku **barier strukturalnych po stronie kosztowej**, w Projekcie decyzji Prezes UKE wskazał na ryzyko związane z tzw. **kosztami utopionymi**, które określił jako koszty nie do odzyskania w przypadku wycofania się z działalności na danym rynku. Przedstawił przy tym kalkulacje obejmujące przewidywane koszty budowy podstawowych elementów infrastruktury koniecznych do prowadzenia działalności na tym rynku oraz podkreślił brak możliwości wykorzystania tej infrastruktury na inne cele.



50. Uzupełniając trafne stanowisko organu w powyższym zakresie można wskazać, że z punktu widzenia istnienia barier o charakterze strukturalnym za istotny czynnik blokujący dostęp do rynku należy uznać również bardzo wysokie **koszty wejścia na rynek** świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym. Uwzględniając perspektywę uczestników rynku detalicznego w postaci nadawców, obejmującą w zasadzie grupę kilku dużych podmiotów, dążących do tego, aby ich sygnał nadawany był nad jak największą częścią terytorium kraju, jak również okoliczność, że podmioty takie wejdą we współpracę wyłącznie z kontrahentem, który taki zasięg będzie w stanie im zapewnić, wejście nowego podmiotu na rynek wymaga poczynienia ogromnych inwestycji infrastrukturalnych we wstępnej fazie projektu, tak by w ogóle móc rozpocząć konkurować o klienta, a więc funkcjonować na tak określonym rynku.
51. W tym kontekście należy również stwierdzić, że nie bez znaczenia pozostaje również skala oraz zakres prowadzonej przez Spółkę działalności. Dane zawarte w Decyzji w sposób jednoznaczny wskazują, że Spółka w chwili obecnej w sposób samodzielny może zaspokajać cały popyt na usługi oferowane na omawianym rynku, pozostawiając tym samym niewiele przestrzeni dla rozwoju potencjalnej konkurencji.
52. Powyższe okoliczności stanowią istotne czynniki ryzyka zniechęcające potencjalnych konkurentów i stawiające w znacząco uprzywilejowanej pozycji samą Spółkę.
53. W pełni należy się również zgodzić ze stanowiskiem i argumentacją organu przedstawioną w odniesieniu do **infrastruktury trudnej do powielenia**. Niewątpliwie mamy w tym przypadku do czynienia z sytuacją, w której świadczenie usługi wymaga elementów sieci których powielenie byłoby możliwe wyłącznie po poniesieniu kosztów sprawiających, że staje się to nieopłacalne dla konkurentów a w pewnych przypadkach – wręcz niemożliwe. Podobnie, zgodzić się należy z uwagami odnoszącymi się do długiego okresu czasu, jaki jest potrzebny na przygotowanie i sfinalizowanie inwestycji niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usług.
54. Jednocześnie wskazać należy, że wymienione powyżej bariery strukturalne występujące po stronie kosztowej w żaden sposób nie są równoważone czynnikami występującymi po stronie przychodowej. Co więcej, można stwierdzić, że analiza tych czynników jeszcze pogłębia przekonanie o trwałości i intensywności stwierdzonych barier. Powyższe wiąże się ze szczególnym asortymentem produktowym oraz szczególną stroną popytową tego rynku.
55. W szczególności wskazać należy, że nawet w przypadku zwiększenia podaży usług na rynku wątpliwym jest aby popyt na usługi uległ istotnej zmianie (rodzaj usługi sprawia, że popyt na nią jest względnie stały). Powyższe wiąże się z faktem, że rynek świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym od strony popytowej zasadniczo jest w pełni zaspokajany i



- wątpliwym jest by zwiększenie podaży doprowadziło do zwiększenia się liczby podmiotów, które byłyby zainteresowane zakupem stosownej usługi.
56. Niewątpliwie presja ze strony podażowej nie będzie skutkować wzrostem po stronie popytowej rynku, a w konsekwencji nowe podmioty, które zaczęłyby działać na tym rynku zmuszone byłyby w celu zdobycia klientów (a właściwie ich przejęcia od operatora zasiedziałego) obniżać ceny, co miałyby istotny wpływ na przychody całego sektora i stopę zwrotu z inwestycji. Perspektywa możliwości uzyskania jedynie częściowego udziału w rynku przy ostrej walce cenowej oraz z uwzględnieniem wysokich kosztów wejścia na rynek niewątpliwie zniechęca potencjalne podmioty, które mogłyby rozważać wejście na rynek tych usług.
 57. Istotne znaczenie ma również okoliczność, że w ramach rynku detalicznego działa **niewielka grupa podmiotów w ramach której nie należy spodziewać się istotnych zmian w zakresie ich liczebności (nadawców)**, zaś podmioty już działające związane są z reguły z dostawcą usług wieloletnimi umowami na obsługę techniczną transmisji sygnału telewizyjnego. Podmioty te będąc związane wieloletnimi umowami **nie mają pełnej swobody w zakresie zmiany dostawcy usług**, tym samym przedsiębiorca rozważający wejście na ten rynek podejmuje istotne ryzyko, że w dłuższej perspektywie czasu pomimo dużych inwestycji w infrastrukturę może nie uzyskać żadnego klienta zainteresowanego świadczonymi przez niego usługami, nawet w przypadku zaoferowania konkurencyjnych warunków. Ewentualna stopa zwrotu z inwestycji, w związku z warunkami istniejącymi na rynku, nie dość, że byłaby skrajnie niska (o ile w ogóle została wygenerowana), to również osiągnięcie jakichkolwiek przychodów związanych z zaangażowanymi środkami byłoby najpewniej znacznie odłożone w czasie. Powyższe sprawia, że ryzyka związane z inwestycją w znacznym stopniu przewyższają ewentualne benefity.
 58. Biorąc pod uwagę powyższe, istniejące strukturalne bariery w dostępie do rynku wynikające z początkowej sytuacji po stronie kosztów oraz początkowych warunków po stronie popytu niewątpliwie prowadzą do asymetrycznych warunków dla operatorów zasiedziałych i dla nowych podmiotów, w znacznym stopniu utrudniając a nawet uniemożliwiając tym drugim wejście na rynek świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.
 59. Odnosząc się do istniejących barier prawno-regulacyjnych należy w pełni podzielić stanowisko i argumentację zaprezentowaną w Decyzji przez Prezesa UKE, z których wynika, że bariery te w znacznym stopniu ograniczają działalność tych operatorów, którzy zamierzaliby wejść albo zwiększyć znacząco swój udział w rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.
 60. Niewątpliwie wskazane powyżej oraz w Decyzji bariery o charakterze strukturalnym oraz prawno-regulacyjnym są trudne do przewyciężenia oraz nie mają charakteru



przejściowego. O trudnościach w ich przewyciężeniu dobitnie świadczą już **niebagatelne koszty wejścia na ten rynek oraz niewielka zmienność po stronie nadawców**. Na trwałość tych barier wskazuje natomiast chociażby długość szacowanego czasu jaki byłby wymagany dla faktycznego „wejścia” na ten rynek przez podmiot zewnętrzny. W tym zakresie istotne znaczenie ma również okoliczność braku technicznych możliwości świadczenia usług, które są przedmiotem świadczenia na tym rynku w oparciu o inne, alternatywne, technologie, niewymagające takich nakładów inwestycyjnych.

61. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności – uznać należy, iż w zakresie Pierwszego Kryterium istnieje przekonująca argumentacja potwierdzająca konieczność wprowadzenia regulacji *ex ante* rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.
- C. *Kryterium 2 – istnienie struktury rynku, która nie sprzyja osiągnięciu skutecznej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym, przy uwzględnieniu stanu konkurencji infrastrukturalnej i innych rodzajów konkurencji z pominięciem barier w dostępie do rynku*
62. Istnienie barier na rynku nie przesądza jeszcze o konieczności wprowadzenia regulacji *ex ante* danego rynku.
63. Zgodnie z Zaleceniami KE nawet jeżeli rynek charakteryzuje się trudnymi do przewyciężenia barierami w dostępie do niego, to pozostałe czynniki strukturalne na tym rynku mogą jednak przesądzać o tym, że mimo wszystko sprzyja on osiągnięciu skutecznej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym. Sprzyjanie osiągnięciu skutecznej konkurencji oznacza, że rynek albo osiągnie status rynku o skutecznej konkurencji przy braku regulacji *ex ante* w okresie objętym analizą, albo osiągnie ten status później, pod warunkiem że dostępne są wyraźne dowody na pozytywny rozwój rynku w okresie objętym analizą. Przyczyną rozwoju rynku może być na przykład postęp techniczny lub konwergencja produktów i rynków, która może prowadzić do presji konkurencyjnej między operatorami działającymi na różnych rynkach produktów. Może tak być również w przypadku rynków o ograniczonej – lecz wystarczającej – liczbie przedsiębiorstw posiadających odmienne struktury kosztów oraz mających do czynienia z elastycznym cenowo popytem. Na rynku może również wystąpić nadwyżka przepustowości, co w normalnych warunkach umożliwiłoby konkurującym przedsiębiorstwom bardzo szybkie zwiększenie podaży w odpowiedzi na wzrost cen. Na takich rynkach udziały rynkowe mogą z czasem ulec zmianie lub zaobserwować można spadek cen.
64. Należy zauważyć, że większość z wyrażonych powyżej przesłanek należy uznać za nierealne już tylko z tej przyczyny, że na rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym działa zasadniczo jeden podmiot, który jest w stanie świadczyć usługę zgodną z wymogami tego rynku, zaś okoliczność ta w odpowiedniej perspektywie czasu nie ulegnie zmianie



(choćby ze względu na wspomniane powyżej strukturalne bariery dostępu do rynku, w szczególności czas i koszty związane z rozwinięciem takiej działalności). Powyższe w sposób jednoznaczny wynika z danych przedstawionych w pkt 3.2.1. oraz pkt 3.2.2. Decyzji, informacji dotyczących udziału poszczególnych operatorów w rynku właściwym oraz rozkładu pomiędzy tych operatorów kontroli nad infrastrukturą trudną do powielenia.

65. Z tego powodu nie można więc twierdzić, że czynniki strukturalne istniejące na tym rynku mogą sprzyjać osiągnięciu skutecznej konkurencji w okresie objętym analizą – fakt, że na rynku działa co do zasady jeden podmiot (działalność pozostałych ma charakter marginalny), zaś jego status wynika ze stanu zbliżonego do monopolu naturalnego (jest dysponentem prawie całej infrastruktury) sprawia, że czynniki, które typowo można by rozważać jako prowadzące do powstania skutecznej konkurencji bez interwencji ze strony państwa tracą na znaczeniu. Istniejący stan konkurencji infrastrukturalnej, w którym jeden podmiot jest w zasadzie dysponentem całej istniejącej infrastruktury sprawia, że istotnie utrudnione czy nawet niemożliwe jest osiągnięcie stanu skutecznej konkurencji wyłącznie z wykorzystaniem mechanizmów rynkowych.
66. Z przedstawionych w Zaleceniach KE okoliczności, które realnie mogłyby być rozważane jako czynnik mogący w przyszłości wpłynąć na powstanie skutecznej konkurencji na tym rynku, ewentualne znaczenie mogłyby mieć podstawy odwołujące się do postępu technicznego czy konwergencji produktów.
67. Tym niemniej w rozsądnej perspektywie czasu nie należy oczekiwać by ewentualny postęp techniczny doprowadził do zniwelowania istniejących barier w wejściu na ten rynek nowych podmiotów (ewentualnie rozszerzenia działalności przez te, które działają już po stronie podażowej, jednak mają w praktyce marginalną rolę). Podstawowa bariera wiąże się bowiem z bardzo wysokimi kosztami powielenia infrastruktury, na horyzoncie brak natomiast perspektywy wprowadzenia rozwiązań technologicznych, które z jednej strony pozwoliłyby na zapewnienie produktu będącego substytutem dla obecnie oferowanego, z drugiej natomiast – zastosowanie tych rozwiązań nie napotykałoby na podobne bariery o charakterze strukturalnym czy prawno-regulacyjnym.
68. Jednocześnie, wskazać należy, że w rozsądnej perspektywie czasu nie należy spodziewać się, by produkty oferowane na innych rynkach mogły zacząć wypełniać zasadnicze funkcje produktu oferowanego na rynku do którego odnosi się Decyzja. W szczególności podkreślenia wymaga, iż w analizowanej perspektywie czasu funkcji takiej nie będą wypełniać inne metody transmisji sygnału np. drogą satelitarną, siecią kablową czy inną siecią telekomunikacyjną. Przyczyn takiego stanu rzeczy należy upatrywać w okolicznościach, które legły u podstaw określenia zakresu rynku właściwego (pkt 1.1 oraz 1.2 Decyzji). W szczególności można wskazać na ograniczony zakres odbiorców końcowych, do których takie transmisje mogą dotrzeć, ograniczony zasięg terytorialny sieci, braki w istniejącej infrastrukturze, a także stosunkowo wysokie koszty takich usług.



69. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności – uznać należy, iż w zakresie Drugiego Kryterium istnieje przekonująca argumentacja potwierdzająca konieczność wprowadzenia regulacji *ex ante* rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.
- D. Kryterium 3 – niewystarczalność przepisów prawa konkurencji do odpowiedniego zaradzenia stwierdzonym nieprawidłowościom w funkcjonowaniu rynku**
70. Trzecie z kryteriów wyrażonych w Zaleceniach KE nakazuje przeprowadzenie analizy, w której rozstrzygnięte zostanie, czy dostępne instrumenty ochrony konkurencji wynikające z przepisów są wystarczające dla przeciwstawienia się i skorygowania nieprawidłowości występujących na określonym rynku właściwym, którym w niniejszej sprawie jest rynek świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych za pośrednictwem NTC w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.
71. Wprowadzenie regulacji *ex ante* danego rynku wymaga więc, by w wyniku takiej oceny stwierdzono, że istniejące instrumenty są niewystarczające dla przewyciężenia nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku.
72. W konsekwencji Trzecie Kryterium wskazuje na dwa zasadnicze elementy, które stanowią podstawę do dokonania takiej oceny:
- 1) pierwszym jest całokształt instrumentów przewidzianych w przepisach prawa konkurencji, które służą do korygowania negatywnych zjawisk i nieprawidłowości na rynku,
 - 2) drugie stanowi natomiast okoliczność istnienia określonych nieprawidłowości na rynku (przy czym Komisja Europejska w wydanych zaleceniach nie precyzuje co należy rozumieć pod pojęciem takich nieprawidłowości).
73. Ze swej istoty niedoskonałość konkurencyjna określonego rynku, a więc i jego nieprawidłowość **ma charakter stopniowalny**. Ewentualną interwencję na danym rynku czy też ingerencję w mechanizmy jego funkcjonowania należy uznać za uzasadnioną w sytuacji, gdy stopień istniejących nieprawidłowości czy naruszeń jest na tyle istotny, że zagraża prawidłowemu funkcjonowaniu danego rynku.
74. W tym zakresie w ogólnym wachlarzu narzędzi służących korygowaniu nieprawidłowości na danym rynku wyróżnić można **działania *ex post*** stanowiące co do zasady odpowiedź na konkretne naruszenie, które w przeszłości już miało miejsce i których skutek nakierowany jest na ukaranie podmiotu naruszającego zasady konkurencji. Z drugiej strony wyróżnić można **działania *ex ante***, których zasadniczym celem pozostaje stworzenie takiego systemu mechanizmów w ramach danego rynku, który ma za zadanie równoważyć albo przeciwdziałać istniejącym na danym rynku nieprawidłowościom. Skutek tych działań ma więc charakter wyłącznie prospektywny i nie wiąże się z faktem stwierdzenia konkretnego



naruszenia na danym rynku, ale z istniejącym na danym rynku stanem rzeczy, który sam w sobie sprawia, że konkurencja na tym rynku przebiega w sposób nieprawidłowy, sprzeczny ze wskazanymi na wstępie założeniami działania mechanizmu rynku doskonałego. Korygowanie mechanizmów rynkowych poprzez wprowadzanie sektorowych regulacji *ex ante* jest wpisane w naturę tych rynków, na których określone podmioty działają w **warunkach monopolu czy też oligopolu (zob. uwagi w pkt. V.B.10)**, wywołanych w szczególności czynnikami takimi jak istnienie określonych barier wejścia, które znacząco utrudniają albo uniemożliwiają wejście na dany rynek innym podmiotom.

75. W powyższym kontekście Trzecie Kryterium służy rozstrzygnięciu czy dostępne w ramach prawa konkurencji działania o charakterze *ex post* są wystarczające do skorygowania występujących na danym rynku nieprawidłowości w jego funkcjonowaniu, czy też cel ten może być wyłącznie zrealizowany przy wykorzystaniu **działań o charakterze *ex ante***, a więc poprzez nałożenie na konkretnego przedsiębiorcę określonych dodatkowych obowiązków.
76. Powyższe znajduje potwierdzenie w Zaleceniach KE, w których wskazano, że trzecie kryterium służy ocenie adekwatności środków naprawczych, które mogą zostać nałożone zgodnie z prawem konkurencji w celu zlikwidowania stwierdzonych i utrzymujących się nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku, w szczególności zważywszy na fakt, że obowiązki wynikające z regulacji *ex ante* mogą skutecznie zapobiec naruszeniom prawa konkurencji. Interwencje na mocy prawa konkurencji mogą być niewystarczające, jeżeli na przykład zlikwidowanie utrzymujących się nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku wymaga podjęcia rozbudowanych środków korygujących lub jeżeli niezbędne są częste lub szybkie interwencje. W związku z tym regulację *ex ante* należy uznawać za właściwe uzupełnienie prawa konkurencji, jeżeli zastosowanie wyłącznie prawa konkurencji nie jest wystarczające do zlikwidowania stwierdzonych i utrzymujących się nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku.
77. W kontekście przedstawionych w Decyzji oraz w niniejszym memorandum okoliczności nie może być wątpliwości, że na rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych za pośrednictwem NTC w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym istnieje **wręcz modelowy stan monopolu naturalnego (zob. też uwagi w pkt. VI.B.25)**. Istniejące bariery, w szczególności te o charakterze infrastrukturalnym, kosztowym i regulacyjnym sprawiają, że **Spółka ma pełną kontrolę nad cenami świadczonych przez nią usług**. Brak bowiem jakiegokolwiek podmiotu, który mógłby zapewnić transmisję sygnału telewizyjnego na podobnych warunkach. Przedstawione w Decyzji okoliczności potwierdzają również, że oferowany przez Spółkę produkt nie posiada obecnie substytutu oraz, że stan ten w perspektywie najbliższych kilku lat się nie zmieni. W konsekwencji należy uznać, że tak zakreślony rynek funkcjonuje w sposób nieprawidłowy. Nie wypełnia on bowiem podstawowych założeń rynku doskonałego. Gdyby było inaczej stan skutecznej konkurencji mógłby zostać osiągnięty z wykorzystaniem mechanizmów o charakterze rynkowym.



78. Biorąc pod uwagę powyższe, rozstrzygnięcie czy Trzecie Kryterium można uznać za spełnione wymaga analizy czy stwierdzone nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku mogą zostać skorygowane w oparciu o dostępne w prawie konkurencji instrumenty o charakterze *ex post*.
79. W pkt 3.3 Decyzji dotyczącym oceny spełnienia przesłanek Trzeciego Kryterium, Prezes UKE dokonał przeglądu regulacji prawnych określających uprawnienia (instrumenty) organu antymonopolowego w zakresie ochrony konkurencji.
80. Jak było podkreślone, istota instrumentów *ex post* polega na tym, że działanie to skierowane jest na ukaranie określonych podmiotów w przypadku, gdy określone naruszenie zostało już zidentyfikowane w sposób niebudzący wątpliwości. W żadnym zakresie nie odnosi się natomiast do kwestii istniejących na danym rynku nieprawidłowości w jego funkcjonowaniu, które stanowią źródło takich naruszeń. W tym aspekcie instrumenty *ex post* można oceniać wyłącznie jako element potencjalnie odstrasżający, tym niemniej nawet w tym przypadku efekt ten pozostaje wątpliwy jeżeli uwzględnimy to z jak specjalistycznym i hermetycznym rynkiem w niniejszej sprawie mamy do czynienia. Nabiera to szczególnego znaczenia, gdy uwzględnimy ograniczony zakres uprawnień przysługujących organom kontroli oraz ich brak specjalistycznego przygotowania do prowadzenia skomplikowanych analiz rynkowych pod kątem stwierdzenia działań antykonkurencyjnych po stronie Spółki.
81. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności – uznać należy, iż w zakresie Trzeciego Kryterium istnieje przekonująca argumentacja potwierdzająca konieczność wprowadzenia regulacji *ex ante* rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych za pośrednictwem NTC w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

E. Propozycje

82. Mając na uwadze powyższe wnioski, proponuje się uzupełnienie uzasadnienia Decyzji w następującym zakresie:
- 1) proponuję uzupełnienie pkt 3.1 Decyzji poprzez:
 - (i) wskazanie na istnienie bariery w postaci wysokich kosztów wejścia na rynek oraz niewielkiej przestrzeni dla rozwoju działalności przez potencjalnych konkurentów (por. pkt. 50 oraz 51 niniejszego memorandum),
 - (ii) wskazanie na istnienie bariery w postaci niewielkiej przestrzeni dla rozwoju działalności przez potencjalnych konkurentów – znaczna skala działalności Spółki oraz znikoma zmienność popytu na usługę (por. pkt. 51 oraz 53 niniejszego memorandum),



- (iii) wskazanie na istnienie barier w postaci słabych perspektyw rozwoju rynku oraz znikomej stopy zwrotu z inwestycji (por. pkt 57 niniejszego memorandum),
 - (iv) wskazanie dodatkowych okoliczności przemawiających za trwałością oraz niemożnością przewyciężenia istniejących barier (por. pkt 60 niniejszego memorandum),
- 2) proponuję uzupełnienie pkt 3.2 Decyzji poprzez:
- (i) wskazanie, że istnienie na rynku stanu podobnego do monopolu naturalnego ze swej istoty tworzy strukturę niesprzyjającą osiągnięciu skutecznej konkurencji (por. pkt 64 oraz 65 niniejszego memorandum),
 - (ii) wskazanie na brak podstaw do uznania, że postęp techniczny lub konwergencja produktów mogła by prowadzić do powstania na rynku właściwym skutecznej konkurencji (por. pkt 67 oraz 68 niniejszego memorandum).

IX. OKREŚLENIE OBOWIĄZKÓW REGULACYJNYCH NAKŁADANYCH NA PRZEDSIĘBIORCĘ DOMINUJĄCEGO

83. Posiadanie pozycji dominującej w warunkach monopolu naturalnego niesie za sobą szereg zagrożeń dla kontrahentów działających na danym rynku. Zagrożenia te sprowadzają się przede wszystkim do:
- 1) narzucania nieuczciwych cen,
 - 2) utrudniania dostępu do rynku,
 - 3) dyskryminacji wybranych podmiotów działających na rynku np. poprzez stosowanie w podobnych umowach z innymi podmiotami zasadniczo odmiennych warunków,
 - 4) narzucaniu uciążliwych warunków umów.
84. Wskazane powyżej zagrożenia mogą zostać zmitygowane poprzez zastosowanie regulacji typu *ex ante*. Na gruncie Prawa telekomunikacyjnego, Prezes UKE może nałożyć na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej obowiązki regulacyjne wymienione w art. 34, art. 36-40 i art. 42 Prawa telekomunikacyjnego (a w szczególnych wypadkach także inne obowiązki niewymienione w tych przepisach). Powyższe przepisy przewidują możliwość nałożenia następujących obowiązków:
- 1) obowiązek uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących,
 - 2) obowiązek równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie



- dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowanie usług oraz udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa, lub w stosunkach z podmiotami zależnymi,
- 3) obowiązek ogłaszania lub udostępniania informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, dotyczących informacji księgowych, specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat - przy czym stopień szczegółowości informacji, ich formę, miejsce i terminy ogłaszania lub udostępniania określa Prezes UKE w decyzji,
 - 4) obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej w sposób umożliwiający identyfikację przepływów transferów wewnętrznych związanych z działalnością w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, zgodnie z przepisami art. 49-54 Prawa telekomunikacyjnego,
 - 5) obowiązek kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego oraz stosowania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów przedsiębiorcy telekomunikacyjnego,
 - 6) obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty,
 - 7) obowiązek przygotowania i przedstawienia w określonym terminie projektu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym – stopień szczegółowości oferty określa Prezes UKE w decyzji.
85. Porównując obowiązki regulacyjne wymienione powyżej z obowiązkami regulacyjnymi, które zostały nałożone na Spółkę w Decyzji, należy uznać, iż wszystkie obowiązki, które zostały nałożone na Spółkę są dopuszczalne w świetle Prawa telekomunikacyjnego. Jednocześnie, należy uznać iż Decyzja jest dostatecznie precyzyjna w zakresie nakładanych obowiązków, gdyż w sposób szczegółowy określa sposób ich realizacji.
86. Analiza zawartych w treści Decyzji obowiązków wskazuje również, że pozwalają one na mitygację wskazanych powyżej ryzyk związanych z nadużywaniem pozycji dominującej na rynku właściwym. Obowiązki przewidziane w treści Decyzji obejmują bowiem przede wszystkim obowiązek ustalania cen w oparciu o ponoszone koszty oraz związany tym obowiązek przedstawienia oferty ramowej. Dodatkowo, celem urzeczywistnienia możliwości wyegzekwowania tego obowiązku Spółka zobowiązana została do prowadzenia rachunkowości regulacyjnej w sposób umożliwiający identyfikację przepływów transferów wewnętrznych, związanych z działalnością w zakresie dostępu telekomunikacyjnego. Ponadto Decyzja nakłada na Spółkę obowiązek zachowania transparentności, sprowadzający się w szczególności do publikowania informacji w



sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego oraz informacji dotyczących opłat. W ocenie Kancelarii zakres obowiązków nałożonych na Spółkę mocą Decyzji należy uznać za wystarczający dla zrealizowania celu w postaci ochrony konkurencji na rynku właściwym.

X. SKRÓCONE WNIOSKI Z REPREZENTATYWNEGO ORZECZNICTWA

87. Analiza orzecznictwa związanego z przedmiotem niniejszego memorandum pozwala na zidentyfikowanie następujących kluczowych, powiązanych z tym przedmiotem, orzeczeń:

A. Wyrok SN z dnia 13 stycznia 2016 r., III SK 8/15

88. Zgodnie ze wskazanym orzeczeniem:

- 1) przepis art. 21 Prawa telekomunikacyjnego nie nakłada obowiązku poprzedzenia postępowania z art. 22 Prawa telekomunikacyjnego sformalizowaną analizą rynku telekomunikacyjnego w ogólności. Celem tego przepisu jest umożliwienie Prezesowi UKE zorientowanie się w sytuacji rynkowej oraz identyfikacji rzeczywistych lub potencjalnych tendencji jego rozwoju, tak aby odpowiednio realizować politykę regulacyjną,
- 2) przeprowadzenie analizy rynku w sposób określony w art. 21 Prawa telekomunikacyjnego nie zwalnia z obowiązku dokonywania analizy rynku właściwego zgodnie z art. 22 Prawa telekomunikacyjnego,
- 3) przy dokonywaniu analizy rynku substytucyjność usług należy oceniać biorąc pod uwagę łatwość dostępu, co oceniane jest przede wszystkim z uwzględnieniem zasięgu ich dostępności, konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów, czy też konieczności posiadania dodatkowego wyposażenia technicznego, umożliwiającego korzystanie z danej usługi.

89. Jak wynika z treści uzasadnienia Decyzji Prezes UKE przeprowadził szczegółową analizę rynku telekomunikacyjnego w zakresie produktowym oraz geograficznym. Analiza ta obejmowała w szczególności ocenę substytucyjności produktu. Należy zatem uznać, że Decyzja spełnia wymagania wynikające z treści wskazanego orzeczenia SN.

B. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 marca 2017 r., VI ACa 1626/15

90. We wskazanym orzeczeniu Sąd Apelacyjny podkreślił wagę należytego uzasadnienia konieczności zastosowania przez Prezesa UKE regulacji typu *ex ante*. Jak zostało podkreślone w treści uzasadnienia, objęcie danej sfery stosunków gospodarczych regulacją typu *ex ante* oznacza ograniczenie prawa własności, swobody gospodarczej i swobody umów. Nie może być więc ono akceptowane, jeżeli nie znajduje uzasadnienia w potrzebie realizacji odmiennych wartości. Koniecznym jest zatem, aby organ regulacyjny



wykazał, że dana sfera działalności może zostać objęta regulacją typu *ex ante*.

91. Jak wynika z treści uzasadnienia Decyzji Prezes UKE przeprowadził szczegółową analizę możliwości zastosowania regulacji typu *ex ante*. Analiza ta obejmowała przede wszystkim realizację tzw. testu trzech kryteriów. Przeprowadzona przez Prezesa UKE analiza prowadzi do wniosku, że w stanie faktycznym będącym przedmiotem Decyzji test ten został spełniony, co uzasadnia zastosowanie regulacji typu *ex ante*. Należy zatem uznać, że Decyzja spełnia wymagania wynikające z treści wskazanego orzeczenia Sądu Apelacyjnego.

prof. dr hab. Michał Romanowski

radca prawny