

ZWIĄZEK PRACODAWCÓW MEDIÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, 27 października 2017 r.

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

Z P M P

ZARZĄD

Maciej Stanecki - Prezes
Przemysław Bolechowski - Wiceprezes
Jacek Kurski
Mariusz Staniszewski

CZŁONKOWIE

Telewizja Polska S.A.
Polskie Radio S.A.
Radio Białystok S.A.
Radio PiK S.A. Bydgoszcz
Radio Gdańsk S.A.
Radio Katowice S.A.
Radio Kielce S.A.
Radio Koszalin S.A.
Radio Kraków S.A.
Radio Lublin S.A.
Radio Łódź S.A.
Radio Poznań S.A.
Radio Olsztyn S.A.
Radio Opole S.A.
Radio Rzeszów S.A.
Radio Szczecin S.A.
Radio dla Ciebie S.A.
Radio Wrocław S.A.
Radio Zachód S.A.

BIURO

Marcin Olszówka
Dyrektor Biura
tel. 22 547 52 83
fax 22 547 52 84
kom. 505 222 066

biuro@zpmp.pl

www.zpmp.pl

Szanowny Panie Prezesie,

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), Związek Pracodawców Mediów Publicznych w załączeniu przedstawia swoje stanowisko do konsultowanego projektu decyzji.


.....
Maciej Stanecki
Prezes Zarządu


.....
Jacek Kurski
Członek Zarządu

Warszawa, 27 października 2017 r.

Stanowisko ZWIĄZKU PRACODAWCÓW MEDIÓW PUBLICZNYCH

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

Wstęp

Na wstępie pragniemy zaznaczyć, że Związek Pracodawców Mediów Publicznych (zwany dalej „Związkiem”) zdecydowanie popiera inicjatywę Prezesa UKE zmierzającą do prokonkurencyjnej regulacji rynku usług transmisji sygnałów radiodfuzyjnych drogą rozsiewczą naziemną.

Zastosowanie środków regulacyjnych *ex ante* wydaje się uzasadnione i niezbędne do stworzenia warunków sprzyjających konkurencji na przedmiotowym rynku, by następnie w miarę jej rozwoju i proporcjonalnego ograniczania podjętej interwencji osiągnąć cel, o którym mowa w motywie 1 Zalecenia Komisji Europejskiej z 2014 r.¹, tj. „stan, w którym łączność elektroniczna będzie podlegała wyłącznie prawu konkurencji”.

¹ 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), zwane dalej „Zaleceniem z 2014 r.”.

Za regulacją hurtowego rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych przemawia szereg uwarunkowań, które wpłynęły na sposób cyfryzacji telewizji w Polsce i które wymagały oraz – ze względu na brak regulacji – nadal wymagają działań Państwa tworzących warunki równoprawnej i skutecznej konkurencji na tym rynku. Do uwarunkowań tych należy zaliczyć oparcie planu cyfryzacji telewizji, przyjętego na Regionalnej Konferencji Radiokomunikacyjnej Międzynarodowego Związku Telekomunikacyjnego w Genewie w 2006 r. na dotychczasowej strukturze obszarów rezerwacji na potrzeby telewizji analogowej, ustalonej w porozumieniu przyjętym w Sztokholmie w 1961 r. Oznacza to zarazem oparcie uzgodnionego międzynarodowo planu cyfryzacji na infrastrukturze (głównie stacjach dużej mocy) wybudowanej w najważniejszej części przez Państwo, którą obecnie dysponuje Spółka EmiTel Sp. z o.o. Powstała w ten sposób ogromna i trwała przewaga konkurencyjna Spółki EmiTel Sp. z o.o. w świadczeniu przedmiotowych usług nie może zostać zrównoważona aktywnością innych przedsiębiorców, a panującym na rynku nieprawidłowościom nie są w stanie zaradzić środki prawa konkurencji.

1. Rynek właściwy

W ocenie Związku prawidłowe jest wyłączenie w konsultowanym projekcie decyzji Prezesa UKE (zwanym dalej „projektem decyzji”) z zakresu produktowego rynków detalicznego oraz hurtowego, transmisji programów telewizyjnych za pośrednictwem platform satelitarnych oraz sieci telekomunikacyjnych, w tym sieci kablowych. Z perspektywy nadawcy, a przynajmniej nadawcy publicznego, przemawiają za tym dwie argumentacje: pierwsza dotycząca relacji „nadawca - użytkownik końcowy (telewidz)”, druga dotycząca relacji „nadawca - operator transmisji programów” i argumenty te zostaną w tej kolejności przedstawione.

Biorąc pod uwagę relację „nadawca - użytkownik końcowy (telewidz)” różne sposoby transmisji programów nie są względem siebie substytucyjne (zamiennie), lecz uzupełniające (komplementarne), dlatego, że docierają do różnych grup widzów. W przeważającej liczbie przypadków poszczególni widzowie mają dostęp do jednego sposobu transmisji programów, tj. albo w ramach naziemnej telewizji cyfrowej, albo w ramach sieci telekomunikacyjnej (w tym kablowej), albo w ramach platformy satelitarnej. Każdy z tych sposobów transmisji dociera tylko do ograniczonej liczby odbiorców (aspekt ilościowy), a ponadto odbiorcy poszczególnych sposobów transmisji prezentują odmienny

profil widza (aspekt jakościowy – różnice m.in. w zakresie wieku, miejsca zamieszkania, dochodów, wykształcenia, zawodu). Nadawca tworzący program, którego treść dedykowana jest do określonego profilu widza, powinien – w celu pozyskania widza o tym właśnie profilu – korzystać z takiego samego sposobu transmisji programów, z którego korzystają, jako odbiorcy, preferowani widzowie. Poszczególne sposoby transmisji programów przedstawiają dla nadawcy odmienne walory ilościowe (oglądalność) i jakościowe (specyficzny profil widza) i dlatego nie mogą być traktowane jako substytucyjne (zamienne).

W przypadku nadawcy publicznego realizującego misję publiczną, której jedną z zasad jest powszechność dostępu, poszczególne sposoby transmisji programów muszą być traktowane jako uzupełniające środki oferowania programów i usług „całemu społeczeństwu i poszczególnym jego częściom” (art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2017 r. poz. 1414)), a transmisja programów drogą rozsiewczą naziemną, jako przewidziana ustawą (art. 26 ust. 5 i 6 cyt. ustawy o radiofonii i telewizji), nie może być zastąpiona przez inny sposób transmisji.

Jeśli chodzi o relację „nadawca – operator transmisji programów”, to warto zauważyć, że nadawcy telewizyjni występują po stronie popytowej tylko w przypadku nadawania naziemnego, wymagającego nabycia przez nadawcę od operatora sieci nadawczej usługi transmisji sygnałów radiodfuzyjnych, za którą nadawca uiszcza wynagrodzenie. Natomiast w przypadku współpracy z operatorami sieci telekomunikacyjnych (w tym sieci kablowych) oraz platform satelitarnych, nadawcy telewizyjni występują po stronie podażowej, udzielając licencji do nadań własnych programów na polu reemisji, za którą to nadawcy zwykle otrzymują wynagrodzenie. W ramach tej współpracy nadawcy nie nabywają usługi transmisji sygnałów (w sieciach lub za pośrednictwem platform). Skoro zatem spośród wymienionych operatorów, jedynie operator sieci nadawczej (nadawania naziemnego) świadczy usługę na rzecz nadawcy, nie można rozważać – przynajmniej z punktu widzenia nadawcy - substytucyjności tej usługi względem przedmiotu umów zawieranych pomiędzy nadawcą a operatorem sieci telekomunikacyjnej, czy operatorem platformy satelitarnej.

Niezależnie od wspomnianej specyfiki współpracy nadawców z poszczególnymi operatorami, transmisje satelitarna oraz w sieciach telekomunikacyjnych, zostały wyłączone z zakresu produktowego rynku także w niedawnych przeglądach rynków dokonanych przez regulatora brytyjskiego - Ofcom (analiza z 10 listopada 2016 r.; pkt 3.21, 3.34, 3.35) i irlandzkiego - ComReg (analiza z 26 lipca 2013 r.; 4.97, 4.131).

Związek uważa ponadto że wyznaczenie odrębnych rynków właściwych dotyczących transmisji sygnałów radiowych oraz transmisji sygnałów telewizyjnych, a także wyłączenie z zakresu produktowego rynku usługi dosyłu jest właściwe, zwłaszcza przy uwzględnieniu wniosków płynących z orzecznictwa polskich sądów.

Natomiast wyznaczenie rynku właściwego w oparciu o dalej posunięte zawężenia – dalszą segmentację produktową, bądź terytorialną byłoby już zabiegiem nieprawidłowym.

2. Test trzech kryteriów i wyznaczenie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej

W opinii Związku w projekcie decyzji trafnie stwierdzono spełnienie trzech kryteriów uzasadniających objęcie przedmiotowego rynku regulacją *ex ante*.

Występowanie trudnych do przezwyciężenia i trwałych barier w dostępie do rynku wiąże się przede wszystkim z zasadniczą barierą o charakterze strukturalnym, tj. dysponowaniem przez jednego przedsiębiorcę (EmiTel Sp. z o.o.) infrastrukturą, której znaczna część powstała jako państwowy monopol naturalny w czasach przed prywatyzacją i która posiada trudne do powielenia właściwości (np. najbardziej równomierne rozmieszczenie, zróżnicowanie i rozbudowa², odpowiednia liczba nadajników o wysokiej mocy) - optymalne do świadczenia usług ogólnokrajowej transmisji programów. Bariery tej jak dotychczas nie udało się przełamać samym przedsiębiorcom, którzy nie są w stanie efektywnie zaoferować oraz wykonać, na odpowiednim poziomie jakościowym, usług transmisji konkurencyjnych wobec tych świadczonych przez Spółkę EmiTel Sp. z o.o., a więc usług opartych o inne obiekty infrastrukturalne (np. telefonii komórkowej). Cechy tej bariery świadczą o jej trwałym charakterze, nieusuwalnym „w odpowiednim horyzoncie czasowym”. W związku z powyższym uzasadniona i konieczna jest odpowiednia interwencja regulacyjna *ex ante*, do której zmierza Prezes UKE w drodze projektowanej decyzji, zapewniająca dostęp innym przedsiębiorców do niezbędnych zasobów Spółki EmiTel Sp. z o.o.

Struktura rynku nie sprzyja także „osiągnięciu skutecznej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym”. Jak trafnie zauważono w literaturze,

² E. D. Sage, *Hurtowy rynek transmisji programów radiowych i telewizyjnych* [w:] *Regulacja rynków telekomunikacyjnych*, red. S. Piątek, Warszawa 2007, s. 163 i 160.

nawet pojawienie się, pomimo istniejących poważnych trudności, konkurencji może zostać dość łatwo wyeliminowane przez operatora zasiedziałego, nie tylko w drodze przejścia konkurenta:

„O braku potencjalnej konkurencji można mówić w szczególności dlatego, że potencjalny nowy podmiot musiałby stosować ceny odzwierciedlające ogromne koszty jednorazowej inwestycji w nową infrastrukturę. Jednakże, spółka Emitel nie dokonuje porównywalnych inwestycji, ponieważ zasadnicza część jej infrastruktury powstała przed prywatyzacją. Hipotetycznie więc, spółka Emitel mogłaby obniżyć swoje ceny, gdyby jej pozycja rynkowa została zagrożona przez nowego konkurenta.”³.

O pojawieniu się konkurencji nie świadczą też jedynie oferty składane w postępowaniach konkurencyjnych (przetargach, konkursach, itp.). Choć warunki tych postępowań różnią się od siebie, to najczęściej składanie ofert służy jedynie selekcji podmiotów zainteresowanych uzyskaniem danego dobra (zamówienia, koncesji lub innego publicznego prawa podmiotowego), a finalne uzyskanie tego dobra wymaga od podmiotu, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, podjęcia dodatkowej czynności (np. zawarcia umowy, złożenia wniosku o wszczęcie postępowania administracyjnego), od której to czynności podmiot ten może się uchylać i sytuacje takie są uregulowane w prawie (np. art. 24aa ust. 2, art. 94 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), art. 118b ust. 2 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2017 r. poz. 1907)). Nawet jednak w razie zawarcia umowy czy uzyskania publicznego prawa podmiotowego, wykonawca zamówienia czy podmiot uprawniony może nie wykonywać ciężących na nim obowiązków lub nie korzystać z przysługujących mu uprawnień, dlatego o istnieniu realnej konkurencji można wnioskować nie z faktu składania ofert, zawierania umów, czy uzyskiwania praw w drodze decyzji administracyjnych, lecz dopiero z faktu pełnego wykonania umów (zamówień), praw i obowiązków zgodnie z ich treścią.

Należy również stwierdzić, że zastosowanie wyłącznie przepisów prawa konkurencji jest niewystarczające, by wyeliminować nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku. W literaturze trafnie zauważa się, że prawo konkurencji można uznać za skuteczny instrument zabezpieczania istniejącej już konkurencyjności rynków, a nie całościowego stworzenia warunków skutecznej konkurencji, a także że warunkiem regulacji sektorowej jest jedynie stwierdzenie braku skutecznej konkurencji, natomiast przesłanką interwencji publicznej na

³ Tamże, s. 160.

mocy prawa konkurencji jest zaś aż udowodnienie nadużycia władzy rynkowej (dominacji)⁴.

Dotychczasowe doświadczenia w stosowaniu prawa konkurencji na krajowym dawnym tzw. rynku 18 wręcz dowodzą jego niewystarczalności w eliminowaniu rynkowych nieprawidłowości. W tym zakresie należy wskazać na:

- brak, ewentualnie nieskuteczność czynności podejmowanych przez Prezesa UOKiK z urzędu na przestrzeni kilkunastu lat, w trakcie których EmiTel Sp. z o.o. nie tylko był podejrzewany o praktyki ograniczające konkurencję, ale również przejmował kontrolę nad innymi przedsiębiorcami działającymi na tym samym rynku, umacniając swoją i tak już dominującą siłę rynkową,
- długotrwałość postępowań administracyjnych i sądowych w sprawach antymonopolowych (np. w sprawie objętej Decyzją Prezesa UOKiK Nr DOK 95/07 z dnia 25 października 2007 r., zawiadomienie do Prezesa UOKiK wpłynęło w dniu 12 grudnia 2005 r., a ostateczny wyrok w tej sprawie wydał Sąd Najwyższy w dniu 5 listopada 2015 r., III SK 7/15), która poważnie utrudnia, o ile nie wyklucza częste i szybkie interwencje, o których mowa w motywie 16 Zalecenia z 2014 r.,
- ogromne trudności w egzekwowaniu prawa konkurencji na drodze prywatnej wynikające m.in. z dużych trudności dowodowych na jakie napotykają podmioty prywatne, w tym braku dostępu do narzędzi badania rynku, którymi dysponują organy administracji, a także z długotrwałości postępowań, wysokich kosztów dochodzenia praw.

3. Obowiązki regulacyjne

W ocenie Związku obowiązki regulacyjne, których nałożenie przewiduje projekt decyzji są adekwatne i proporcjonalne do stwierdzonych nieprawidłowości rynkowych. Co więcej skala i długotrwałość zaburzeń konkurencji występujących na przedmiotowym rynku oraz nieefektywność dotychczas podejmowanych środków uzasadnia rozważenie nałożenia dodatkowych obowiązków w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, o których mowa w art. 44 cyt. ustawy Prawo telekomunikacyjne. Tak silna interwencja regulacyjna w połączeniu z efektywnym monitoringiem rynku i egzekwowaniem nałożonych obowiązków stanowiłaby

⁴ Tamże, s. 156.

mocny impuls do rozwoju konkurencji. Oczywiście „w miarę rozwoju konkurencji” Regulator „stopniowo zmniejszałby zakres szczególnych regulacji sektorowych *ex ante*”, poddając tym samym rynek prawu konkurencji, co stanowiłoby wypełnienie celów ram regulacyjnych, o których mowa w motywie 1 Zalecenia z 2014 r.

4. Pozostałe uwagi

W pkt 3.2.1. *Udziały operatorów na rynku właściwym* (s. 31 projektu decyzji), zdanie „Podsumowując - łącznie z obiektów własnych i dzierżawionych EmiTel sp. z o.o. prowadzi 490 emisji DVB-T, co daje łącznie 99,6%” powinno chyba zostać uzupełnione o wyrazy „wszystkich emisji tego typu” dodane przed nawiasem, analogicznie jak w zdaniu wcześniejszym.

W pkt 4.7. *Pionowe i poziome zintegrowanie przedsiębiorcy* (s. 48 projektu decyzji) fragment zdania „W ocenie Prezesa UKE, tak określony detaliczny” powinien być uzupełniony o wyraz „rynek”.

W pkt 6.4.3. *Obowiązek przejrzystości, o którym mowa w pkt. IV ust. 3 sentencji niniejszej decyzji* (s. 64 projektu decyzji) we fragmencie zdania „Nadawcy telewizyjni będą lepiej poinformowani o ofercie w zakresie korzystania z usług transmisji programów radiowych przez EmiTel,” powinno chyba być „transmisji programów telewizyjnych” a nie „radiowych”.