



**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

DR.SMP.6041.2.2020

Orange Polska S.A.
Aleje Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa

DECYZJA

Na podstawie art. 23 ust. 1 pkt 2 oraz art. 23 ust. 2, w związku z art. 22 ust. 1 oraz art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 2460, ze zm., dalej „ustawa Prawo telekomunikacyjne” lub „Pt”), w związku z art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r., poz. 256, ze zm., dalej „kpa”),

- I. określám rynek właściwy, jako krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie (dalej również „rynek HQA”, lub „rynek 4”);
- II. ustalám, że na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, nie występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej, ani przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą;
- III. stwierdzám, że na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie występuje skuteczna konkurencja;
- IV. uchylám, wszystkie obowiązki regulacyjne nałożone decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej także „Prezes UKE” lub „Regulator”) z dnia 16 września 2015 r., znak: DART.SMP.6040.1.2015.51 (dalej „Decyzja SMP 2015”) określone w pkt IV sentencji Decyzji SMP 2015, na Orange Polska S. A. z siedzibą w Warszawie (dalej także „Orange Polska”, „Orange” lub „OPL”);
- V. określám termin uchycenia obowiązków regulacyjnych, o których mowa w pkt IV sentencji niniejszej decyzji, na okres 180 dni od dnia doręczenia Orange Polska niniejszej decyzji, z wyjątkiem obowiązku, o którym mowa w pkt IV ppkt 1 Decyzji SMP

2015, który w odniesieniu do uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego do usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, złożonych po doręczeniu OPL niniejszej decyzji, podlega uchyleniu z dniem doręczenia OPL niniejszej decyzji.

- VI. Załącznik nr 1 – odniesienie się Prezesa UKE do stanowisk zgłoszonych przez uczestników postępowania konsultacyjnego, jakie zostało przeprowadzone w dniach od dnia do dnia r., stanowi integralną część niniejszej decyzji.
- VII. Decyzja niniejsza, stosownie do art. 206 ust. 2aa Pt w związku z art. 206 ust. 2 pkt 2 Pt, podlega natychmiastowemu wykonaniu.

UZASADNIENIE

1. Przebieg postępowania

- 1.1 W związku z rozpoczęciem analizy rynku 4 od dnia 28 lutego 2020 r Prezes UKE zwracał się do wybranych przedsiębiorców telekomunikacyjnych o przekazanie niezbędnych danych i informacji.
- 1.2 Po przeprowadzeniu analizy rynku 4, pismem z dnia 25 września 2020 r. Prezes UKE zawiadomił Orange Polska o wszczęciu postępowania mającego na celu:
 - a) określenie rynku właściwego, zgodnie z prawem konkurencji, uwzględniając uwarunkowania krajowe oraz w największym możliwie stopniu zalecenie Komisji i wytyczne, o których mowa w art. 19 ust. 3 Pt, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych, zwanego dalej „rynkiem właściwym”,
 - b) ustalenie, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą,
 - c) wyznaczenie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą obowiązków regulacyjnych,
 - d) utrzymanie, zmianę albo uchylenie obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Prezes UKE zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 206 ust. 1 Pt postępowanie przed Prezesem UKE prowadzone jest na podstawie kpa ze zmianami wynikającymi z Pt oraz ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 poz. 2410, z późn. zm., dalej „Megaustawa”).

Zgodnie z art. 21 ust. 1 Pt Prezes UKE przeprowadza analizę rynku w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 Pt po przeprowadzeniu analizy, o której mowa w art. 21 ust. 1 Pt, Prezes UKE przeprowadza postępowanie w celu:

1. określenia rynku właściwego, zgodnie z prawem konkurencji, uwzględniając uwarunkowania krajowe oraz w największym możliwie stopniu Zalecenie Komisji i wytyczne, o których mowa w art. 19 ust. 3 Pt, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych,
2. ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą,
3. wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą obowiązków regulacyjnych,
4. utrzymania, zmiany albo uchylecia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku.

Przepis art. 22 ust. 2 Pt stanowi natomiast, że przez obowiązek regulacyjny rozumie się obowiązek, o którym mowa w art. 34, art. 36-40, art. 42, art. 44, art. 44b, art. 45, art. 46 lub art. 72 ust. 3 Pt.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 pkt 2 lit. a - c Pt, jeżeli po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 22 ust. 1 Pt, Prezes UKE ustali, że na danym rynku właściwym nie występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, Prezes UKE wydaje decyzję, w której:

- a) określa rynek właściwy w sposób określony w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pt,
- b) stwierdza, że na tym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja,
- c) oraz uchyla nałożone obowiązki regulacyjne,

- jeżeli na tym samym rynku właściwym występował przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, którzy utracili tę pozycję.

Jednocześnie, zgodnie z art. 23 ust. 2 Pt, Prezes UKE w decyzji, o której mowa powyżej, określa termin uchylecia obowiązków regulacyjnych, uwzględniając sytuację działających na rynku przedsiębiorców telekomunikacyjnych objętych tą decyzją.

Zgodnie z przepisem art. 25a ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, przedsiębiorca telekomunikacyjny zajmuje znaczącą pozycję rynkową, jeżeli na rynku właściwym samodzielnie posiada pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego. Z kolei zgodnie z art. 25a ust. 2 Pt, Prezes UKE przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na rynku właściwym bierze pod uwagę

kryteria wymienione w Wytycznych Komisji w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej, w ich aktualnym brzmieniu, o których mowa w art. 19 ust. 3 Pt.

Aktualnie obowiązującymi są Wytyczne Komisji Europejskiej nr 2018/C 159/01 dotyczące analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej na podstawie unijnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE z 7 maja 2018, C 159, str. 1–15, dalej „Wytyczne” lub „Wytyczne Komisji”). Zgodnie z Wytycznymi Komisji (motyw 54) rozpatrując pozycję rynkową przedsiębiorstwa, ważne jest, aby uwzględnić jego udział w rynku oraz jego konkurentów, jak również presję wywieraną przez konkurentów w perspektywie średnioterminowej. Udział w rynku może stanowić dla krajowych organów regulacyjnych pierwszą użyteczną informację na temat struktury rynku i względnego znaczenia różnych działających na nim przedsiębiorstw.

Do przykładowych kryteriów wymienianych przez Komisję Europejską w Wytycznych (motyw 58), które mogą służyć ocenie zdolności przedsiębiorstwa do zachowania w znacznym stopniu w sposób niezależny od konkurencji, klientów i konsumentów, należą m.in.:

- bariery wejścia na rynek,
- bariery ograniczające ekspansję,
- bezwzględna i względna wielkość przedsiębiorstwa,
- kontrola infrastruktury, której nie da się łatwo powielić,
- atuty technologiczne i handlowe lub przewaga technologiczna i handlowa,
- brak wyrównawczej siły nabywczej lub jej niski poziom,
- ułatwiony lub uprzywilejowany dostęp do rynków kapitałowych/zasobów finansowych,
- zróżnicowanie produktów/usług (na przykład łączenie produktów lub usług w pakiety),
- korzyści skali,
- korzyści zakresu,
- bezpośrednie i pośrednie efekty sieciowe,
- integracja pionowa,
- wysoko rozwinięta sieć dystrybucji i sprzedaży,
- zawarcie długoterminowych i trwałych porozumień o dostępie,
- nawiązanie stosunków umownych z innymi uczestnikami rynku, które mogą doprowadzić do zamknięcia dostępu do rynku,
- brak potencjalnej konkurencji.

Zgodnie z motywem 58 Wytycznych Komisji źródłem pozycji dominującej może być kombinacja kryteriów wymienionych powyżej¹. Oznacza to, że pozycja dominująca nie musi opierać się wyłącznie na kryteriach wymienionych w Wytycznych Komisji, ani na stwierdzeniu łącznego występowania wszystkich kryteriów wymienionych w Wytycznych Komisji.

W myśl art. 25a ust. 4 Pt, Prezes UKE przy ustalaniu, czy dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmuje kolektywną znaczącą pozycję na rynku właściwym ocenia

¹ Wytyczne Komisji (motyw 58): „Jeśli powyższe kryteria uwzględni się osobno, niekoniecznie muszą one decydować o ustaleniu znaczącej pozycji rynkowej. Takie ustalenie musi opierać się na kombinacji czynników.”.

cechy rynku właściwego, w szczególności udział przedsiębiorców w tym rynku oraz jego przejrzystość.

Jednocześnie, zgodnie z przepisem art. 25a ust. 5 Pt, jeżeli ocena nie wskazuje na brak kolektywnej pozycji znaczącej dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych, dodatkowo stosuje się w szczególności następujące kryteria:

- niską elastyczność popytu,
- podobne udziały rynkowe,
- wysokie prawne lub ekonomiczne bariery dostępu do rynku,
- integrację pionową, której towarzyszy zbiorowa odmowa dostaw,
- brak równoważącej siły nabywczej,
- brak potencjalnej konkurencji

które nie muszą być spełnione łącznie.

Wytyczne Komisji w kontekście pozycji kolektywnej odwołują się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wskazując, że:

„(67) Sąd uznał w sprawie *Airtours*, że do ustalenia zbiorowej pozycji dominującej niezbędne jest spełnienie następujących trzech łącznych warunków:

- po pierwsze, każdy z uczestników dominującego oligopolu musi mieć możliwość dowiedzenia się, w jaki sposób zachowują się pozostali członkowie, aby móc monitorować, czy przyjmują jednakową linię postępowania. Nie wystarczy, by wszyscy uczestnicy dominującego oligopolu byli świadomi tego, że współzależne zachowanie na rynku jest korzystne dla każdego z nich, ale każdy uczestnik musi również mieć możliwość dowiedzenia się, czy pozostali operatorzy przyjmują taką samą strategię i czy się jej trzymają. Zatem rynek powinien być dostatecznie przejrzysty dla wszystkich członków dominującego oligopolu, aby mogli oni dowiedzieć się wystarczająco dokładnie i szybko o zmianach w zachowaniach rynkowych każdego z pozostałych członków;
- po drugie, sytuacja, w której ma miejsce cicha koordynacja, musi być stabilna na przestrzeni czasu, tj. musi istnieć bodziec do trwałego stosowania jednakowej linii postępowania na rynku. Wszyscy uczestnicy dominującego oligopolu mogą skorzystać tylko wówczas, gdy wszyscy postępują podobnie. Pojęcie odwetu za zachowania odbiegające od przyjętej jednakowej linii postępowania jest więc nierozzerwalnie związane z taką sytuacją. Aby zbiorowa pozycja dominująca była trwała, muszą istnieć odpowiednie środki zniechęcające, które zapewniają długoterminowy bodziec trwałego stosowania jednakowej linii postępowania, co oznacza, że każdy z uczestników dominującego oligopolu musi mieć świadomość, że każde jego działanie o charakterze ostro konkurencyjnym mające na celu zwiększenie udziału w rynku spowoduje identyczne działania ze strony pozostałych, tak że nie odniesie żadnych korzyści ze swojego posunięcia;
- po trzecie, aby wykazać istnienie pozycji dominującej w sposób wystarczający z prawnego punktu widzenia, należy również ustalić, że dające się przewidzieć reakcje obecnych i przyszłych konkurentów, a także klientów, nie zaszkodzą wynikom, których oczekuje się w ramach stosowania jednakowej linii postępowania.

(68) W sprawie *Impala II* Trybunał Sprawiedliwości potwierdził, że te kryteria pozwalają wskazać warunki, w obecności których istnieje zwiększone prawdopodobieństwo

wystąpienia cichej (milczącej) koordynacji. Według Trybunału Sprawiedliwości taka cicha zmowa jest bardziej prawdopodobna, jeżeli konkurenci mogą łatwo dojść do wspólnego rozumienia, w jaki sposób powinna funkcjonować koordynacja, w szczególności w zakresie elementów, które mogą stanowić centralny punkt planowanej koordynacji. Jednocześnie Trybunał wskazał, że należy unikać mechanicznego działania polegającego na oddzielnym sprawdzaniu każdego kryterium z osobna, bez uwzględnienia ogólnego mechanizmu ekonomicznego hipotetycznej cichej koordynacji. Cechy rynku muszą zostać ocenione poprzez odniesienie się do tego mechanizmu hipotetycznej koordynacji”. (...)

„(78) Jak stwierdził Trybunał Sprawiedliwości w sprawie Impala II, struktura rynku sprzyjająca powstaniu cichej zmowy może się charakteryzować nie tylko przejrzystością rynku, ale także koncentracją na rynku i jednorodnością produktów. W drodze ekstrapolacji można na podstawie orzecznictwa lub wcześniejszych decyzji regulacyjnych ustalić inne cechy, które mogą prowadzić do tych samych wniosków. Niewyczerpujący wykaz cech rynku, które krajowe organy regulacyjne mogą wziąć pod uwagę podczas dokonywania oceny poszczególnych przypadków, zawiera przykładowo udziały w rynku, elastyczność popytu, integrację pionową, zgodność kosztów i wyników, całościowy zasięg sieci, rentowność oraz poziomy średniego przychodu na użytkownika, względną symetrię operatora i powiązane podobieństwo działalności detalicznej. Nie proponuje się jednak żadnego wyczerpującego wykazu. Znaczenie tych parametrów należy ponadto ustalić i ocenić indywidualnie dla każdego przypadku, uwzględniając okoliczności występujące w danym państwie. Jeżeli krajowe organy regulacyjne chcą wykorzystać pewne parametry, czerpiąc inspirację z wyników przeglądu *ex post* praktyk konkurencyjnych i połączeń, powinny to uczynić uwzględniając specyfikę regulacji *ex ante* w sektorze łączności elektronicznej w celu określenia w danych okolicznościach, czy cechy charakterystyczne rynku właściwego są takie, że każdy z uczestników danego dominującego oligopolu będzie uważał za możliwe, ekonomicznie racjonalne, a zatem wskazane, przyjąć – w sposób trwały – jednakową linię postępowania na rynku.”

Jak wskazują Wytyczne Komisji (motyw 13), wykonując analizę rynku zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dalej także „dyrektywa ramowa”), krajowe organy regulacyjne prowadzą perspektywiczne, strukturalne oszacowanie rynku właściwego w stosownym okresie. Z założenia regulacja *ex-ante* ma doprowadzić do wykreowania konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego i zapobiegać potencjalnym zniekształceniom konkurencji w przyszłości, jak również wspierać efektywne inwestowanie w nową i ulepszoną infrastrukturę oraz dostęp do niej.

Stosownie do normy art. 25c pkt 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, rozstrzygnięcia, o których mowa w art. 23 ust. 1 Pt wydawane są przez Prezesa UKE po zasięgnięciu opinii Prezesa UOKiK wydanej w formie postanowienia. Natomiast zgodnie z art. 25c pkt 2 Pt ww. rozstrzygnięcia ogłasza się na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Ponadto zgodnie z art. 25c pkt 3 Pt wspomniane rozstrzygnięcia powinny w jak największym stopniu uwzględniać opinie i wspólne stanowiska przyjmowane przez BEREC (ang. *Body of European Regulators for Electronic Communications*). Na dzień wydania niniejszej decyzji BEREC nie wydał jednakże żadnych opinii i wspólnych stanowisk, które mogłyby zostać uwzględnione w niniejszym postępowaniu.

Wskazać także należy, że w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 grudnia 2018 r. opublikowane został oficjalny tekst dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej (dalej także „EKŁE”). Wszedł on w życie 20 grudnia 2018 r. Od tej daty liczy się również 2 letni termin implementacji, przez państwa członkowskie Unii Europejskiej, tej dyrektywy.

Jednakże na dzień wydania niniejszej decyzji, zapisy EKŁE nie zostały jeszcze wdrożone do polskiego porządku prawnego, a tym samym podstawą przeprowadzenia niniejszego postępowania są przepisy Pt w ich aktualnym brzmieniu, które stanowią implementację m.in. dyrektywy ramowej, czy dyrektywy o dostępie.

Szczegółowe uzasadnienie zastosowania wyżej wymienionych przepisów w sprawie znajduje się w następujących rozdziałach.

2. Definicja rynku właściwego

2.1 Prawne podstawy dla analizy rynków właściwych

Przez „rynek właściwy” rozumie się zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj.Dz.U. z 2020 r. poz. 1076, ze zm.), dalej „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów”), rynek towarów (w tym rzeczy i usług na podstawie art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty. Dodatkowo, towary te 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.

Rynki właściwe podlegające analizie i regulacji określa Prezes UKE stosownie do dyspozycji art. 22 ust. 1 Pt zgodnie z prawem konkurencji, uwzględniając uwarunkowania krajowe oraz w największym możliwym stopniu zalecenie Komisji i wytyczne, o których mowa w art. 19 ust. 3 Pt, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych.

Wytyczne Komisji², którymi, zgodnie z art. 19 ust. 3 ustawy Prawo telekomunikacyjne, powinien kierować się Prezes UKE przy analizie rynków właściwych i ustalaniu pozycji znaczącej, przewidują, iż zgodnie z ramami regulacyjnymi definicja rynków właściwych i ocena znaczącej pozycji rynkowej powinna opierać się na tych samych metodach, jak to ma miejsce w przypadku unijnego prawa konkurencji.

Natomiast obecnie obowiązującym zaleceniem Komisji Europejskiej, które Prezes UKE obowiązany jest uwzględnić, dotyczącym właściwych rynków produktów i usług zgodnie z art. 15 ust. 1 dyrektywy ramowej jest Zalecenie 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 (Dz. Urz. UE L 295, dalej: „Zalecenie 2014”).

² Wytyczne Komisji (pkt 1.2.)

Rynek będący przedmiotem analizy w niniejszym postępowaniu zdefiniowany został w Zaleceniu 2014 jako hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji (dalej rynek 4/2014).

Uwzględniając obecnie obowiązujące regulacje należy wskazać na następujące okoliczności. W Decyzji SMP 2015 Prezes UKE określił rynek 4/2014 jako krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie bez względu na zastosowaną technologię.

W Postanowieniu³ (dalej „Postanowienie 2015”), Prezes UKE określił rynek 4/2014 jako krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s. Jednocześnie, Prezes UKE stwierdził, że na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, nie występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej, ani przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą. Rynek ten został uznany za konkurencyjny.

Rozdzielenie krajowego hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji na dwa oddzielne rynki: o przepływności do 2 Mb/s włącznie oraz powyżej 2 Mb/s wynikało z faktu znacząco różnych warunków konkurencji na tych rynkach. Siła ekonomiczna i udział Orange w krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie uzasadniały podział hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji wskazanego w Zaleceniu 2014 na dwa ww. subrynki. Na rynku 4 do 2 Mb/s włącznie Orange został uznany jako przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej oraz zostały na niego nałożone obowiązki regulacyjne.

Przechodząc do uzasadnienia sposobu określenia rynku właściwego w niniejszym postępowaniu Prezes UKE wskazuje, że zgodnie z przypisem 18 do pkt 24 Wytycznych Komisji użycie terminu „rynek właściwy” oznacza opisywanie produktów lub usług, z których składa się taki rynek, oraz ocenę obszaru geograficznego tego rynku. Rynek składa się zatem z produktów lub usług, przy czym pojęcia te są stosowane zamiennie.

Zgodnie z Zaleceniem Komisji (motyw 7) zarówno dla Komisji, jak i dla krajowych organów regulacyjnych punktem wyjścia dla określenia rynków hurtowych, które miałyby podlegać regulacji ex ante, jest analiza odpowiadających im rynków detalicznych. Analizy tej dokonuje się poprzez rozpatrzenie, w ujęciu prognostycznym i dla danego horyzontu czasowego, substytucyjności po stronie popytu oraz, w stosownych przypadkach, po stronie podaży.

Po dokonanej analizie rynkowej, Prezes UKE przeprowadza, zgodnie z art. 22 Pt, postępowanie administracyjne. W przypadku ustalenia przez Prezesa UKE, że na rynku właściwym nie występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą - Prezes UKE zobligowany jest do wydania:

- postanowienia (na podstawie art. 23 ust 1 pkt 1 Pt), w którym określa rynek właściwy oraz stwierdza, że na tym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja - jeżeli na tym samym rynku właściwym nie występował przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą

³ Postanowienie z dnia 16 września 2015 r., sygn. sprawy: DART.SMP.6040.2.2015.422

- decyzji (na podstawie art. 23 ust 1 pkt 2 Pt), w której określa rynek właściwy oraz stwierdza, że na tym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja - jeżeli na tym samym rynku właściwym występował przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, którzy utracili tę pozycję.

Uwzględniając powyższe, Prezes UKE przeprowadził analizę hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji, której celem było wykazanie, czy istnieją podstawy do interwencji regulacyjnej Prezesa UKE. Analiza wykazała, że na ww. rynku, zarówno o przepływności do 2 Mb/s włącznie jak i powyżej 2 Mb/s występuję skuteczna konkurencja oraz żaden z przedsiębiorców telekomunikacyjnych nie posiada znaczącej pozycji rynkowej (samodzielnie, ani kolektywnie). Tym samym, rynek będący przedmiotem regulacji z Decyzji SMP 2015 powinien zostać zderegulowany, rynek będący przedmiotem rozstrzygnięcia z Postanowienia 2015 nadal nie powinien być regulowany.

Uwzględniając przepisy art. 23 ust. 1 pkt 1 oraz 2 Pt Prezes UKE w niniejszej sprawie zobligowany jest do wydania dwóch rozstrzygnięć – postanowienia oraz decyzji.

Mocą Decyzji SMP 2015 Orange został wyznaczony jako przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej. W wyniku obecnej analizy rynkowej, Prezes UKE stwierdził, że na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji, bez względu na przepływność, nie występuje przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej. W takim przypadku, zgodnie z przytoczonym powyżej art 23 ust. 1 pkt 2 Pt, Prezes UKE wydaje decyzję, w której określa rynek właściwy w sposób określony w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pt, stwierdza, że na tym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja oraz uchyla nałożone obowiązki regulacyjne.

Niniejsza decyzja obejmuje rynek właściwy jako krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, na którym Decyzją SMP 2015 Orange został wyznaczony jako przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej. W wyniku obecnie przeprowadzonej analizy rynkowej stwierdza, że żaden przedsiębiorca telekomunikacyjny nie jest podmiotem o znaczącej pozycji rynkowej. Jednocześnie, zostają uchylone obowiązki regulacyjne nałożone Decyzją SMP 2015 - zgodnie z pkt. IV oraz V sentencji niniejszego rozstrzygnięcia.

Mając na względzie powyższe, Prezes UKE uznał za celowe przeanalizowanie w szczególności, jakie usługi i produkty wchodzi w skład hurtowego rynku 4, objętego niniejszą decyzją, zarówno na poziomie detalicznym, jak i hurtowym.

2.2 Rynek produktowy na szczeblu detalicznym

Zgodnie z Wytycznymi Komisji właściwy rynek produktów i usług składa się z tych produktów i usług, które są w sposób wystarczający wymienne lub zastępowalne, nie tylko ze względu na ich obiektywne cechy, za pomocą których są one szczególnie dogodnie dla zaspokojenia stałych potrzeb konsumentów, ze względu na ich ceny lub zamierzony cel użytkowania, lecz również ze względu na warunki konkurencji i/lub strukturę podaży i popytu na danym rynku.

Produkty lub usługi, które są tylko w małym lub względnym stopniu wymienne ze sobą nawzajem, nie mogą być zaliczane do tego samego rynku. Dlatego też, Prezes UKE powinien rozpocząć proces określania właściwych rynków produktów lub usług poprzez pogrupowanie

produktów i usług, z których konsumenci korzystają w tych samych celach, a których to (produktów i usług) funkcjonalność jest postrzegana podobnie⁴.

Mając powyższe na uwadze, Prezes UKE, dla krajowego hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, określił odpowiadający mu rynek na szczeblu detalicznym. Prezes UKE uznał, iż rynkiem detalicznym w tym przypadku jest rynek świadczenia usługi dzierżawy łącza/dostępu wysokiej jakości do 2 Mb/s włącznie na rzecz użytkownika końcowego (zazwyczaj odbiorcy biznesowego lub instytucjonalnego). Usługa dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie na rynku detalicznym polega zwykle na udostępnieniu użytkownikowi stałego dedykowanego łącza telekomunikacyjnego, o określonych parametrach transmisji sygnału, pomiędzy dwoma punktami sieci telekomunikacyjnej, do wyłącznego użytku użytkownika. Szersze zastosowanie łącza dzierżawionych ma miejsce w dynamicznie rozwijających się usługach, np. sieci Internetu czy sieci transmisji danych. Łącza dzierżawione pełnią wówczas funkcję łącza dostępowych do tych usług. W szczególności, w przeszłości, na rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, mieliśmy do czynienia ze świadczeniem usługi zapewnienia części lub całości minimalnego zestawu łącza dzierżawionych o przepływnościach do 2 Mb/s włącznie.

W tym miejscu, należy wskazać, że detaliczny rynek świadczenia usługi zapewnienia części lub całości minimalnego zestawu łącza dzierżawionych o przepływnościach do 2 Mb/s włącznie był przedmiotem decyzji Prezesa UKE nr DART-SMP-6040-1/13(26) z dnia 12 maja 2014 r. Na rynku tym została stwierdzona skuteczna konkurencja i zniesiono obowiązki regulacyjne ciążące na Orange.

Zakres geograficzny świadczenia detalicznych usług dostępu wysokiej jakości o przepływności do 2 Mb/s włącznie odpowiada zakresowi rynku właściwego, który został scharakteryzowany w pkt 2.4.

2.3 Rynek produktowy na szczeblu hurtowym

Podział rynku na:

- a) krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie oraz
- b) krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s,

został wprowadzony przez Prezesa UKE w 2015 r. Próg podziału na 2 Mb/s, dla analizowanego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji, na poziomie hurtowym został ustalony głównie ze względu na uwarunkowania technologiczne, ale też historyczne.

Usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie były realizowane w większości w technologiach tradycyjnych (w szczególności były to łącza analogowe, które w 2015 r. cieszyły się jeszcze stosunkowo dużym zainteresowaniem niektórych kupujących) i głównie przez Orange, podczas gdy usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s oferowali przede wszystkim operatorzy alternatywni, realizując je powszechnie, w innych niż tradycyjne, technologiach. Zastosowany podział wynikał też

⁴ Wytyczne, pkt 2.2.1 (ust. 44 i 45)

z istotnych różnic w charakterystyce i strukturze rynku hurtowej usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie względem takiego dostępu świadczonego w przepływnościach powyżej 2 Mb/s.

Krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, mocą Postanowienia 2015, został uznany za konkurencyjny. Nie występował przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej ani przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą. Sytuacja konkurencyjna na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s nie zmieniła się znacząco od ostatniego przeglądu rynkowego dokonanego w 2015 r. W wyniku przeprowadzonej analizy rynkowej, Prezes UKE nie stwierdza, aby którykolwiek z podmiotów posiadał pozycję znaczącą na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s i rynek uznany jest nadal za konkurencyjny.

Orange Polska, do czasu przeprowadzania analizy rynkowej w 2020 r., na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, miała przewagę nad pozostałymi graczami i podlegała regulacji. Analiza, jaka została przeprowadzona w 2020 r. weryfikuje sytuację konkurencyjną na rynku 4. Obecnie rynek ten jest uznany za konkurencyjny, nie występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej ani przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą.

Prezes UKE, opierając się na analizie usługowej rynku, doszedł do wniosku, iż przez świadczenie hurtowej usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie rozumie się usługę, która polega na udostępnieniu innemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji o przepływności do 2 Mb/s włącznie (której cechy zostały wymienione dalej w tym rozdziale), zrealizowanej pomiędzy urządzeniem abonenckim a najbliższym, od urządzenia abonenckiego, węzłem⁵ operatora sprzedającego usługę znajdującym się w sieci, do którego dołączony jest przedsiębiorca telekomunikacyjny. Analiza przedmiotowego rynku wykazała, że operatorzy wyodrębniają w ramach krajowego hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie łącza będące zakończeniami łączy o przepływności do 2 Mb/s włącznie oraz łącza end-to-end (koniec-koniec) o przepływności do 2 Mb/s włącznie. Pod pojęciem łącza end-to-end rozumie się łącze zrealizowane pomiędzy lokalizacjami, z których żadna nie jest węzłem sieci. Z infrastrukturalnego punktu widzenia składnikiem łącza end-to-end są odcinki łączy będące zakończeniami łączy oraz odcinek łącza niebędący zakończeniem łącza dzierżawionego. Z pozycji usługowej natomiast łącza end-to-end stanowią jeden produkt (usługę) polegającą na zestawieniu (realizacji) łącza dzierżawionego w celu zapewnienia transmisji sygnałów pomiędzy określonymi lokalizacjami. Łącza end-to-end, zdaniem Prezesa UKE, stanowią substytut zarówno dla odcinków zakończeń łączy jak i odcinków łączy niebędących zakończeniami i dlatego Prezes UKE włączył segment łączy end-to-end do zakresu analizowanego rynku. Prezes UKE podzielił łącza tej kategorii pomiędzy krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2

⁵ Pod pojęciem węzła sieci rozumie się miejsce, w którym znajdują się urządzenia służące do telekomunikacji, realizujące zmianę, komutację bądź przekierowanie sygnału, jak np. przełącznica (ODF, DDF, PG i inne), przełącznik (switch) np. ATM, Ethernet, router szkieletowy, radiowa stacja bazowa, urządzenie abonenckie – pod warunkiem, że jest wykorzystywane przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego jako węzeł sieci do dalszego świadczenia usług.

Mb/s włącznie (rynek 4/2014) oraz krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi dzierżawy odcinków łączy niebędących zakończeniami łączy (dawny rynek 14/2003⁶) według metodologii wag 2:1 (dwa odcinki zakończeń do rynku 4/2014 i jeden odcinek międzywęzłowy do dawnego rynku 14/2003).

Prezes UKE ustalając definicję usługi dzierżawy odcinków łączy będących zakończeniami łączy, usługi dzierżawy łączy end-to-end czy innej niż łączy dzierżawione usługi dostępu wysokiej jakości do 2 Mb/s włącznie, kierował się zasadą neutralności technologicznej i nie dokonał segmentacji ww. usług ze względu na technologię ich świadczenia. Z zakresu produktowego rynku z przyczyn obiektywnych zostały wyłączone ciemne włókna. Realizując usługę za pomocą tego produktu, operator nie określa konkretnej przepływności udostępnianej kupującemu, co jest jedną z podstawowych i wymaganych cech usługi dostępu wysokiej jakości do 2 Mb/s włącznie. Z tego powodu Prezes UKE zdecydował o ich wyłączeniu z analizy na przedmiotowym rynku.

Na polskim rynku telekomunikacyjnym hurtowa usługa dzierżawy łączy/dostępu wysokiej jakości do 2 Mb/s włącznie świadczona jest z wykorzystaniem następujących technologii (zaprezentowane zostały technologie najczęściej stosowane):

- DSL (ang. Digital Subscriber Line) – najczęściej występujące tego typu technologie to VHDSL i VHDSL2. Są to technologie ogólnie określane jako xDSL, umożliwiające szybką transmisję danych przez pojedynczą parę miedzianą. Maksymalna przepustowość podstawowego łączy DSL jest osiągnięta na dystansie około 1200 m i wynosi 26 Mb/s symetrycznie lub do 52 Mb/s niesymetrycznie. VDSL2 umożliwia transmisję asymetryczną i symetryczną, dwukierunkową z prędkością do 200 Mb/s parą przewodów miedzianych przy użyciu pasma do 30 MHz. Na odcinku do 300 m VDSL2 pozwala obecnie na dwukierunkową transmisję z prędkością 200 Mb/s i jest to lepszy wynik niż w przypadku VDSL. Dalej następuje gwałtowny spadek prędkości, do 100 Mb/s po 0,5 km oraz do 50 Mb/s po 1km.
- ATM (ang. Asynchronous Transfer Mode) – technika ATM polega na przesyłaniu pakietów poprzez łączy wirtualne, statyczne i zestawiane. Wybór drogi (routing) jest dokonywany tylko raz, przy zestawianiu łączy. Wszystkie pakiety należące do jednego połączenia wirtualnego są wysyłane tą samą trasą. Pomiędzy stacją źródłową a docelową zostaje zestawione logiczne połączenie zwane kanałem wirtualnym VCC (ang. Virtual Channel Connection). Kanały o tym samym węźle docelowym tworzą tzw. wirtualną ścieżkę VPC (ang. Virtual Path Connection). W ATM zostały wydzielone klasy usług, charakteryzujące się stałą bądź zmienną szybkością transferu, bądź połączeniowym lub nie trybem połączenia. Obecnie ATM jest wypierany przez (G)MPLS i Ethernet.
- MPLS (ang. Multiprotocol Label Switching) – to usługa, która łączy dowolną liczbę oddziałów danej firmy zlokalizowanych na terenie całej Polski w jedną sieć WAN (ang. Wide Area Network). Pozwala to na bezpieczne i szybkie przesyłanie różnorodnych danych w obrębie sieci (np.: transmisja danych, Internet, intranet, wideokonferencje, połączenia głosowe). Usługa ta charakteryzuje się dużą niezawodnością, a główną ideą stosowania tych technologii jest wymiana

⁶ Zalecenie Komisji z dnia 11 lutego 2003 roku w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych dla sieci i usług łączności elektronicznej

informacji w systemie „każdy z każdym”. MPLS jest technologią stosowaną przez routery, w której tradycyjny routing pakietów został zastąpiony przez przełączanie etykiet.

- FR (ang. Frame Relay) – jest technologią stosowaną na łączach cyfrowych, która wykorzystuje protokół transportowy w trybie pakietowym. Informacja dzielona jest na ramki zmiennej długości, które przenoszą dane pomiędzy lokalnymi sieciami. Technologia ta posiada efektywny system korekcji błędów. Technologia Frame Relay jest implementowana zarówno w publicznych sieciach operatorów telekomunikacyjnych, jak i prywatnych sieciach przedsiębiorstw. Wykorzystuje się ją w celu zapewnienia wymiany danych na odpowiednim poziomie, transmisje informacji z punktu A do B, a także w celu zapewnienia szerokopasmowego dostępu do Internetu.
- SDH (ang. Synchronous Digital Hierarchy) – technologia ta polega na transmisji dużych strumieni danych na dużą odległość. System SDH realizowany jest głównie na włóknach optycznych. Transfer danych w tym systemie opiera się przede wszystkim na synchronizacji w czasie rzeczywistym, dzięki której przez to samo włókno optyczne jesteśmy w stanie przetransportować dużą ilość informacji. Prędkości w systemie są wielokrotnościami prędkości STM-1 (ang. Synchronous Transport Module), która wynosi około 155 Mb/s. Sieci te charakteryzują się dużą niezawodnością.
- Ethernet Based Interface – wykorzystuje znormalizowany standard Ethernet stosowany w sieciach LAN (Local Area Network) do budowy rozległych sieci WAN, w celu realizowania usług dla klienta. Jest to technologia, która nie wymaga dużych inwestycji w porównaniu do innych. Standard ten jest łatwy do adaptacji przez istniejącą już infrastrukturę telekomunikacyjną. Technologia gwarantuje szeroki strumień transmisji danych wraz z dużą skalowalnością i niezawodnością.
- VPN (ang. Virtual Private Network) – to połączenia typu punkt-punkt przez sieć prywatną lub sieć publiczną, taką jak Internet. Klient sieci VPN używa specjalnych, opartych na protokole TCP/IP protokołów, nazywanych protokołami tunelowania, do wirtualnego wywoływania wirtualnego portu na serwerze sieci VPN. W typowej sieci VPN klient inicjuje przez Internet wirtualne połączenie typu punkt-punkt z serwerem dostępu zdalnego. Serwer dostępu zdalnego odpowiada na wywołanie, uwierzytelnia wywołującego i przesyła dane między klientem sieci VPN a prywatną siecią organizacji.

W zależności od dostępnej infrastruktury i wymagań klienta, stosowane są różne technologie świadczenia usługi dostępu wysokiej jakości do 2 Mb/s łącznie. Można je podzielić na tzw. technologie tradycyjne i alternatywne. W ramach technologii tradycyjnych można wyróżnić: xDSL, ATM, FR czy SDH, natomiast wśród technologii alternatywnych: Ethernet, Metro/Carrier Ethernet, (G)MPLS oraz VPN. Należy jednak zauważyć, że cechą współczesnych sieci teletransmisyjnych jest synergia i współpraca różnych technologii nawet w ramach realizacji jednej usługi. Opisywane technologie Ethernet, Metro/Carrier Ethernet będą w treści niniejszej decyzji odnosiły się do stosowania interfejsów ethernetowych (Ethernet Based Interface).

Należy podkreślić, że zainteresowanie tradycyjnymi łączami dzierżawionymi, zwłaszcza o niskich przepływnościach, systematycznie maleje. Łącza oparte na technologiach

SDH⁷/PDH oraz TDM są traktowane jako ostateczność, a klienci sięgają po nie jedynie w przypadku braku infrastruktury światłowodowej lub wysokich kosztów dobudowy takich przyłączy. Operatorzy telekomunikacyjni rezygnują z technologii tradycyjnych jak xDSL, DSL, ATM, Frame Relay czy SDH. Większość dużych operatorów planuje wyłączenie, w okresie od 3 do 8 lat, sieci SDH, która jest przestarzała technologicznie oraz droga w utrzymaniu. Same zaś łącza analogowe są traktowane obecnie jako usługa bardzo anachroniczna. Rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji zdecydowanie zmierza w kierunku łączy o wyższych przepływnościach.

W zakresie technologii, analizując przedmiotowy rynek, należy zwrócić uwagę na fakt, że operatorzy, w odpowiedziach na żądanie Prezesa UKE, podkreślają, że przyszłość na rynku usług dostępu wysokiej jakości, także do 2 Mb/s włącznie, stanowią usługi oparte na technologiach alternatywnych, głównie na interfejsach Ethernetowych i już obecnie stanowią one ok. 80% rynku. Usługi w standardzie Ethernet stanowią najbardziej popularną technologię wykorzystywaną zarówno w sieciach lokalnych, jak i coraz częściej w połączeniach lokalizacji rozproszonych geograficznie. Decydują o tym główne cechy usługi zapewniające elastyczność i możliwości zarządzania jakością usługi oraz przesyłanie ruchu w sposób transparentny dla dostawcy usługi. Z uwagi na dobrą alokację i kontrolę pasma, standard Ethernet zaczyna dominować w sieciach operatorskich. Usługa dostępu wysokiej jakości o przepływności do 2 Mb/s włącznie realizowana w oparciu o tę technologię dedykowana jest do zestawiania połączeń wymagających znacznego pasma, która umożliwia zdefiniowanie priorytetów transmisji dla danych klienta oraz gwarantuje pełne bezpieczeństwo. Standard Ethernet stanowi bazę do realizacji wielu zaawansowanych technologicznie usług związanych z dostępem np. do zasobów serwerowych, czy dostępem do Internetu. Technologie Ethernetowe powodują, że zmienia się postrzeganie rynku, coraz mniej sprzedaje się transmisji point-to-point, czyli realizowanych w formule łącza dzierżawionego, a raczej usługi oparte na portach i zarządzaniu pasmem, które może być dzielone pomiędzy różnymi portami i różnymi serwisami. Obok interfejsów Ethernetowych, operatorzy coraz częściej oferują klientom usługi dostępu wysokiej jakości do 2 Mb/s włącznie także w standardzie MPLS czy za pomocą medium światłowodowego. Utrzymuje się także rosnące zainteresowanie rozwiązaniami typu IPVPN, dostępem do portów agregacyjnych bez pasma (głównie porty sieci Ethernet) czy rozwiązaniami cloudowymi - produkty te nie są zaliczane do analizowanego rynku, lecz ich popularność ma duży wpływ na spadający popyt na łącza dzierżawione będące zakończeniami łączy, czy łącza end-to-end.

Hurtowa usługa dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie może być wykorzystana do połączenia sieci telekomunikacyjnych oraz w celu świadczenia usługi detalicznej dla użytkowników końcowych. Dodatkowo usługa ta (uwzględniając usługę dzierżawy odcinków będących zakończeniami łączy) stanowi jeden z modeli połączenia sieci dla realizacji usług:

- transmisji głosu,
- szybkiej transmisji danych (BSA – ang. Bitstream Access),
- dostępu do lokalnej pętli abonenckiej (LLU – ang. Local Loop Unbundling),
- tworzenia sieci VPN.

⁷ SDH - ang. Synchronous Digital Hierarchy

Infrastruktura o konkretnych parametrach stwarza możliwości do wydzierżawienia łącza dla klienta, a dzięki temu realizacji odpowiedniego poziomu usług dla niego. Klientami na tym rynku są inni przedsiębiorcy telekomunikacyjni, którzy kupują usługę hurtowego dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie w celu zapewnienia swobodnej wymiany danych pomiędzy punktami końcowymi, uwzględniając w tym niezawodność wykorzystywanych systemów, szybką transmisję, bezpieczeństwo wymiany informacji, a także szereg innych usług oferowanych przez dostawcę usługi. Zakup usługi następuje także celem tworzenia sieci lokalnych.

Prezes UKE dokonał również analizy substytucyjności usługi hurtowego dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie (czyli substytucyjności względem usługi hurtowego dostępu szerokopasmowego świadczonego dla odbiorców biznesowych). Zgodnie z Notą wyjaśniającą do Zalecenia 2014 substytutem łącza dzierżawionych na analizowanym rynku może być hurtowa usługa dostępowa, która charakteryzuje się takimi cechami, jak:

1. minimalna prędkość usługi określona w umowie;
2. zwykle symetryczna prędkość;
3. stabilność parametrów transmisyjnych oraz monitoring parametrów transmisyjnych w czasie;
4. gwarantowana dostępność i jakość obsługi w każdych okolicznościach (w tym SLA 24/7), wsparcie obsługi klienta, krótkie czasy usuwania awarii oraz redundancja;
5. zarządzanie siecią wysokiej jakości, co ma przeniesienie na odpowiednią prędkość wysyłania i niski overbooking;
6. możliwość uzyskania dostępu do sieci w lokalizacjach i punktach, które zostały określone odpowiednio do geograficznej gęstości i rozmieszczenia użytkowników biznesowych a nie masowych;
7. możliwością oferowania wydzielonej ciągłości dla interfejsów Ethernetowych (np. dzięki dodatkowemu nagłówkowi umożliwiającemu wydzielenie wielu warstw wirtualnych sieci LAN).

Zdaniem Prezesa UKE dostępy asymetryczne nie stanowią substytutu usługi dzierżawy łącza będącego zakończeniem łącza jako dostępu wysokiej jakości do 2 Mb/s włącznie.

W przypadku segmentu łącza dzierżawionych o przepływności do 2 Mb/s włącznie świadczonych z wykorzystaniem technologii alternatywnych substytucja z asymetrycznym dostępem na bazie sieci miedzianych/miedziano-światłowodowych nie jest spełniona. Substytucyjność powinna być bowiem rozumiana jako możliwość odtworzenia łącza będącego zakończeniem łącza lub łącza end-to-end poprzez inne technologie. W przypadku dostępu asymetrycznego charakterystyka przepływności łącza jest ograniczona i wyklucza ona tym samym wystarczającą zamienność usługi z dostępem symetrycznym, aby nabywca lub podmiot oferujący takie rodzaje dostępu mógł traktować je jako produkty tożsame i wzajemnie wymienne.

W świetle powyższych rozważań, Prezes UKE uznał, że w obecnej sytuacji rynkowej nie występuje powszechnie usługa substytucyjna względem usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji o przepływności do 2 Mb/s włącznie inna niż łącze dzierżawione, w szczególności łącza dzierżawione będące zakończeniem łącza lub łącza end-to-end.

2.4 Rynek geograficzny

Zgodnie z Wytycznymi Komisji „właściwy rynek geograficzny obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa są zaangażowane w proces popytu i podaży właściwych produktów i usług, na którym to obszarze warunki konkurencji są podobne lub wystarczająco jednorodne i który to obszar można odróżnić od obszarów sąsiadujących, gdzie przeważające warunki konkurencji są znacząco różne.” Podobną definicję rynku geograficznego zawiera art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, określający pojęcie rynku właściwego, do której odsyła art. 24 pkt 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Zgodnie z ww. definicją rynek geograficzny oznacza obszar, na którym, ze względu na rodzaj i właściwości towarów, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Na określenie rynku geograficznego mają przede wszystkim wpływ czynniki leżące w naturalnych cechach badanego towaru lub usługi. One bowiem bezpośrednio oddziałują na możliwość transportu tego towaru i na to, jak wysoki będzie udział tych kosztów w jego wartości. Na granice rynku geograficznego mogą mieć również wpływ czynniki natury prawnej. Chodzi tu w szczególności o wszelkiego rodzaju bariery dostępu do rynku, takie jak: monopol prawny na prowadzenie określonej działalności gospodarczej, limity ilościowe, cła, istotne różnice podatkowe czy bariery pozataryfowe w postaci różnego rodzaju atestów lub świadectw bezpieczeństwa, które mają istotne znaczenie w obrocie międzynarodowym.

W Nocie wyjaśniającej do Zalecenia 2014 stwierdzono, że: „inwestycje w alternatywną infrastrukturę nie znajdują się na równym poziomie na obszarze danego państwa członkowskiego, a w wielu krajach występują obecnie konkurujące infrastruktury w różnych częściach kraju, zwłaszcza w obszarach miejskich. W takich przypadkach krajowe organy regulacyjne mogłyby zasadniczo znaleźć sub-krajowe rynki geograficzne”. Zdaniem Komisji, aby wyznaczyć tego typu rynki „Krajowe organy regulacyjne musiałyby wyznaczyć konkurentów potencjalnych podmiotów o znaczącej pozycji rynkowej i dokonać oceny obszaru dostaw takich konkurentów. [...] Należy uwzględnić świadectwa substytucyjności po stronie popytu i podaży występujące na właściwym rynku. [...] Ponadto powinny zostać przedstawione dowody na to, że presja wprowadzenia regionalnych różnic w cenach pochodzi od konsumentów i konkurentów, a nie jest jedynie odzwierciedleniem zmian kosztów świadczenia usługi. W sytuacji braku rynków sub-krajowych „występowanie ograniczeń geograficznych nakładanych na podmioty o znaczącej pozycji rynkowej prowadzące działalność na terenie całego kraju, np. różnych poziomów konkurencyjności infrastruktury w różnych częściach terytorium, może być brane pod uwagę w kontekście środków zaradczych”⁸.

⁸ Nota wyjaśniająca (pkt 2.5). Tekst oryginalny: Whilst we witness increasing investment in alternative infrastructures across the Union, such investment is often uneven across the territory of a Member State. In many countries there are now competing infrastructures only in parts of the country, typically in urban areas. In both of the above mentioned scenarios the result may well be that competitive dynamics vary significantly across a country. Where this is the case, an NRA could, in principle, find sub-national geographic markets. As a result, NRAs would need to identify the competitors of the potential SMP operator(s) and assess the area of supply of these competitors. [...]. Further evidence relating to demand-side and supply-side substitutability on the relevant market will have to be considered. [...] Moreover, there should be evidence that the pressure for regional price differences comes from customers and competitors and is not merely reflecting variations in the underlying costs. In a situation where NRAs could not clearly identify substantially and objectively different conditions stable over time in order to define wholesale sub-national markets, the existence of geographically

Zgodnie z analizą przeprowadzoną przez Prezesa UKE należy uznać, że rynek 4 jest rynkiem krajowym.

Chociaż Prezes UKE stwierdził, iż na terenie Polski występują pewne obszary zróżnicowane pod względem możliwości dostępu do hurtowej usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, to różnice te nie są jednak wystarczająco jednorodne i trwałe, aby wyróżniać rynek inny niż rynek krajowy. Rozbieżności te wynikają z odmiennego stopnia rozwoju konkurencji infrastrukturalnej na terenie większych skupisk ludności oraz poza nimi, jak również ze zmiennej specyfiki i topologii sieci poszczególnych operatorów. Na niektórych obszarach kraju, zwłaszcza w większych miastach, ale też w centrach biznesowych, specjalnych strefach ekonomicznych, parkach technologicznych istnieją sieci nawet kilku operatorów, którzy świadczą przedmiotową usługę. Prezes UKE stwierdza jednocześnie, że nie ma podstaw do uznania, że mógłby to być rynek szerszy niż krajowy. Zarówno uwarunkowania technologiczne, geograficzne oraz związane ze strukturą i własnością sieci determinują uznanie, że jest to rynek krajowy.

3. Analiza rynku pod kątem występowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej

3.1. Prawne podstawy ustalenia czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej

Następnym etapem postępowania, o którym mowa w art. 22 ust. 1 Pt jest ustalenie, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni o znaczącej pozycji rynkowej.

Pt zawiera definicje pozycji znaczącej oraz kolektywnej pozycji znaczącej. Zgodnie z art. 25a ust. 1 Pt: „*przedsiębiorca telekomunikacyjny zajmuje znaczącą pozycję rynkową, jeżeli na rynku właściwym samodzielnie posiada pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego*”. Z kolei art. 25a ust. 3 Pt stwierdza, że „*dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmuje kolektywną pozycję znaczącą, jeżeli nawet przy braku powiązań organizacyjnych lub innych związków między nimi posiadają na rynku właściwym pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego*”.

Powyższe regulacje są zgodne z przepisami prawa wspólnotowego w kwestiach związanych z pojęciem dominacji, o której mowa w art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zwanego dalej także „TFUE” (tekst skonsolidowany, uwzględniający zmiany wprowadzone Traktatem z Lizbony, Dziennik Urzędowy UE C 115 z 9 maja 2008 r., str. 47 - 201). Jak wynika z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości⁹, „*pozycja dominująca, o której mowa w tym artykule [82 dawnego Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, zwanego dalej także „TWE”, obecnie art. 102 TFUE], oznacza pozycję siły ekonomicznej posiadanej przez danego przedsiębiorcę, która umożliwia mu powstrzymanie skutecznej konkurencji na danym rynku poprzez swobodę zachowania się w dużej mierze niezależnie od*

differentiated constraints on a SMP operator who operates nationally, such as different levels of infrastructure competition in different parts of the territory, are more appropriately taken into account at the remedies stage by imposing a geographically differentiated set of obligations.

⁹ Case 27/76; [1978] ECR 207; [1978] 1 CMLR 429 za Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów: Problem nadużywania pozycji dominującej w świetle przepisów i orzecznictwa wspólnotowego, Warszawa 2003, str. 46.

konkurentów, klientów (dostawców) i w końcu konsumentów”. W motywie 9 Wytycznych Komisji, stwierdza się, że zgodnie z ramami regulacyjnymi definicja rynków właściwych i ocena znaczącej pozycji rynkowej powinna opierać się na tych samych metodach, jak to ma miejsce w przypadku unijnego prawa konkurencji.

Zgodnie z art. 25a ust. 2 Pt Prezes UKE, przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na rynku właściwym, bierze pod uwagę kryteria wymienione w Wytycznych Komisji. To krajowe organy regulacyjne mają zdecydować, które kryteria są najbardziej odpowiednie dla zmierzenia obecności na rynku. Wymienione w Wytycznych Komisji kryteria mają więc pomagać organom regulującym rynek telekomunikacyjny w dokonaniu całościowej analizy rynku, są one przykładowe i stanowią katalog otwarty.

Oznacza to więc, że Prezes UKE może posłużyć się innymi kryteriami, które w jego ocenie decydują o uznaniu, że na określonym rynku właściwym dany przedsiębiorca ma znaczącą pozycję rynkową (SMP) lub że rynek ten jest skutecznie konkurencyjny i nikt nie posiada na nim pozycji SMP, dostosowując jednocześnie te kryteria i ich wybór do sytuacji panującej na różnych obszarach geograficznych rynku właściwego.

Zgodnie z Wytycznymi Komisji (motyw 73 i 74) przy regulacji ex ante siłę rynkową przedsiębiorcy należy mierzyć w odniesieniu do:

- możliwości, z jaką dany przedsiębiorca jest w stanie podnosić ceny ograniczając produkcję, bez ponoszenia znaczących strat z tytułu sprzedaży lub przychodów,
- istnienia potencjalnej konkurencji, która mogłaby ograniczyć tego przedsiębiorcę.

W tym celu należy badać różne kryteria, poczynając od udziałów rynkowych na poziomie detalicznym i hurtowym, stanowiących główny punkt wyjścia dla analizy. Należy bowiem podkreślić, że bardzo duże udziały, przez co rozumie się udziały powyżej 40%, tylko w wyjątkowych sytuacjach mogą nie przesądzać o znaczącej pozycji rynkowej: „Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem bardzo duży udział w rynku utrzymywany przez przedsiębiorstwo przez jakiś czas – przekraczający 50 % – jest sam w sobie, z wyjątkiem nadzwyczajnych okoliczności, dowodem na istnienie pozycji dominującej”¹⁰. Natomiast, „jeśli udział w rynku jest wysoki, ale nie przekracza progu 50 %, krajowe organy regulacyjne powinny polegać na innych kluczowych cechach strukturalnych rynku, aby ocenić znaczącą pozycję rynkową”¹¹. Warunkiem jest to, aby przy takich udziałach konkurenci nie byli w stanie osłabić przedsiębiorcy dominującego poprzez przejęcie jego klientów, oferując im niższe ceny. Dlatego badane są też inne kryteria, aby potwierdzić zdolność przedsiębiorcy o udziałach powyżej 40% do zachowania w znacznym stopniu w sposób niezależny od konkurencji, klientów i konsumentów (wykazując, że ww. warunek jest spełniony). Przy udziałach poniżej 40% kryterium udziałów nie musi być decydujące, więc zbadanie innych kryteriów staje się konieczne w odniesieniu do całościowej oceny pozycji SMP (nie służy więc ono jedynie wykazaniu, że udział rynkowy powyżej 40% jest decydujący).

Niniejsza analiza prowadzona jest również w aspekcie przyszłościowym, mając na celu określenie możliwości regulacyjnych ex ante na rynku 4. Może więc prowadzić do wyników odmiennych niż te, które wynikałyby z zastosowania reguł konkurencji ex post (w rozumieniu

¹⁰ Wytyczne Komisji, pkt 55.

¹¹ Wytyczne Komisji, pkt 57.

ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Przedmiotem niniejszej analizy nie jest bowiem badanie zachowań rynkowych przedsiębiorców w przeszłości, w szczególności pod kątem potencjalnego nadużywania pozycji dominującej lub zawierania niedozwolonych przez prawo konkurencji porozumień ograniczających konkurencję. Analizy dokonywane przez Prezesa UKE różnią się także od przyszłościowo zorientowanych analiz, które przeprowadzają organy ochrony konkurencji podczas badania koncentracji przedsiębiorstw. Jak wskazuje prof. Stanisław Piątek w komentarzu do ustawy prawo telekomunikacyjne,¹² *„Potrzeby regulacyjne wynikające z dyrektyw sektorowych uzasadniają pewne odrębności dotyczące sposobu ustalania rynku i oceny pozycji przedsiębiorstwa w stosunku do typowych postępowań antymonopolowych. Wynika to z przyszłościowej orientacji postępowań regulacyjnych, okresowego charakteru tych czynności i przejściowości podejmowanych ustaleń. Podkreśla się odmienne uwarunkowania związane z analizą zachowań przeszłych, analizą dla potrzeb przeciwdziałania nadmiernej koncentracji oraz analizą dla potrzeb regulacyjnych. Z tych względów ustalenia dotyczące identyfikacji rynków oraz ustalania pozycji znaczącej na tych rynkach nie wiążą w konkretnych sprawach z zakresu prawa konkurencji i mają zastosowanie tylko w sprawach regulacji sektorowej (...)zalecenie KE w sprawie właściwych rynków ma się przyczynić do osiągnięcia stanu, w którym rynki przewidziane do regulacji będą wyodrębnione na podstawie jednolitych zasad we wszystkich państwach członkowskich (...) odnosząc się już do specyfiki rynków telekomunikacyjnych, wymaga, aby definiując rynki właściwe, krajowe organy regulacyjne określały obszar geograficzny, na którym warunki konkurencji są podobne lub wystarczająco jednorodne i który można wyróżnić spośród sąsiednich obszarów, na których istniejące warunki konkurencji są znacząco odmienne; powinny one przy tym zwrócić szczególną uwagę na to, czy potencjalny operator o znaczącej pozycji rynkowej działa w sposób jednolity na całym obszarze objętym jego siecią, czy też napotyka znacząco odmienne warunki konkurencji w stopniu powodującym, że jego działalność podlega ograniczeniom na niektórych częściach tego obszaru”*.

Jednocześnie należy podkreślić, że *„badając podobne kwestie w podobnych okolicznościach i mając ten sam ogólny cel, krajowe organy regulacyjne i organy ds. ochrony konkurencji powinny zasadniczo dojść do tych samych wniosków. Biorąc jednak pod uwagę różnice w zakresie i celach ich interwencji, w szczególności wyraźne ukierunkowanie i okoliczności oceny krajowych organów regulacyjnych, jak określono poniżej, rynki zdefiniowane dla celów unijnego prawa konkurencji i rynki zdefiniowane dla celów regulacji sektorowej nie zawsze mogą być takie same. Podobnie ustalenie, że przedsiębiorstwo posiada znaczącą pozycję rynkową na rynku opisanym do celów regulacji ex ante, nie oznacza automatycznie, że przedsiębiorstwo to posiada pozycję dominującą również do celów art. 102 Traktatu lub do celów stosowania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 (10) lub podobnych przepisów krajowych. Ponadto ustalenie, że istnieje znacząca pozycja rynkowa, nie oznacza bezpośrednio, że takie przedsiębiorstwo dopuściło się nadużyć swojej dominującej pozycji w znaczeniu art. 102 Traktatu”¹³.*

¹² S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Wyd. 4, Warszawa 2019, s.197

¹³ Wytyczne Komisji motyw 10 i 11.

Powyższe przesądza o tym, że niniejsze rozstrzygnięcie pozostaje bez wpływu na ustalenia innych organów w zakresie ochrony konkurencji, w szczególności ustalenia Komisji Europejskiej poczynione na podstawie art. 102 TFUE.

3.2 Udział przedsiębiorców w rynku właściwym

Udziały na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie obliczone zostały na podstawie ilości łączy dzierżawionych i wartości przychodów osiągniętych przez poszczególnych operatorów w stosunku do całości przychodów z analizowanego rynku. Z udziałów wyłączono sprzedaż wewnętrzną, czyli sprzedaż w ramach tych samych grup kapitałowych.

Tabela 1

Udział procentowy pod względem ilości łączy na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, z uwzględnieniem łączy analogowych, za lata 2017-2019

Operator	2017	2018	2019	średnia za 2017-2019
Orange	54,5%	52,5%	50,5%	52,5%
Netia	15,8%	14,7%	13,6%	14,7%
Exatel	7,4%	11,3%	14,0%	10,9%
TK Telekom	7,9%	6,6%	6,3%	6,9%
Emitel	5,1%	4,5%	4,1%	4,6%
T-Mobile	2,2%	3,0%	4,2%	3,1%
ATM	2,3%	2,3%	1,7%	2,1%
Internetia	1,5%	1,6%	1,9%	1,7%
Multimedia	1,1%	1,2%	1,3%	1,2%
Pozostali	2,1%	2,2%	2,5%	2,3%

Źródło: UKE

Tabela 2

Udział procentowy pod względem ilości łączy na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, bez uwzględnienia łączy analogowych, za lata 2017-2019

Operator	2017	2018	2019	średnia za 2017-2019
Orange	32,8%	29,8%	25,2%	29,3%
Netia	24,5%	22,3%	21,1%	22,6%
Exatel	12,4%	18,6%	23,7%	18,2%
Emitel	8,4%	7,4%	7,0%	7,6%
TK Telekom	8,5%	7,0%	6,2%	7,2%
T-Mobile	3,7%	4,9%	7,1%	5,2%
ATM	3,9%	3,9%	2,9%	3,5%
Internetia	2,6%	2,6%	3,2%	2,8%
3S	1,2%	1,1%	1,3%	1,2%
Pozostali	2,2%	2,3%	2,4%	2,3%

Źródło: UKE

Analizując dane Prezes UKE bierze pod uwagę fakt, że ilość łączy nie odzwierciedla wprost proporcjonalnie wartości przychodów z nich osiągniętych. Duże zróżnicowanie produktów powoduje, że jedno łącze o wyższej przepływności, z dodatkowymi usługami lub z SLA o bardzo wysokich poziomach jakości czy terminowości może przynosić operatorowi więcej przychodów niż kilka/kilkanaście łączy o niższych parametrach czy kilkadziesiąt/kilkaset łączy analogowych. Dodatkowo też łącza end-to-end, z przyczyn opisanych w rozdziale 2.3, podlegają swoistej duplikacji (kontynuacja sposobu liczenia jest jednak niezbędna, aby wyniki bieżącej analizy były porównywalne z wynikami analizy z 2015 r.). Z tych dwóch powodów Prezes UKE w swojej analizie kieruje się głównie kryterium przychodowym.

Najwyższe wyniki w analizowanym okresie, pod względem ilości łączy na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s, włącznie odnotowała Orange z udziałem rynkowym za lata 2017-2019 na średnim poziomie 52,5% oraz Netia S.A., Exatel S.A. i TK Telekom Sp. z o.o., ze średnim udziałem za lata 2017-2019, odpowiednio: 14,7%, 10,9% i 6,9%.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że przykładanie dużej wagi do udziałów Orange mierzonych ilością łączy na analizowanym rynku, ze względu na duży w nich udział łączy analogowych może prowadzić do mylnego wniosku o przewadze konkurencyjnej tego operatora. Wprawdzie Orange ma w swoim portfolio łącza analogowe (co wynika głównie z dotychczasowej regulacji i nałożonych obowiązków) oraz utrzymuje pewną ich bazę to jednak przychody ze sprzedaży tej usługi są znikome. Pokazują to dane przychodowe w tabelach 3 i 4, z których wynika, że różnice w przychodach z uwzględnieniem i bez uwzględnienia łączy analogowych są minimalne, rzędu 0,2%, choć udział procentowy łączy analogowych w całkowitej ilości łączy sprzedawanych przez Orange na analizowanym rynku

jest wysoki. Nie jest to usługa, na której Orange Polska, ani jakikolwiek inny operator telekomunikacyjny, mógłby budować swoją pozycję rynkową, a tym bardziej przewagę konkurencyjną. Przychody osiągnięte ze sprzedaży łączy analogowych są nieadekwatne do ponoszonych kosztów związanych z ich utrzymaniem i serwisem, a dodatkowo jest to technologia przestarzała.

Tabela 3

Udział procentowy pod względem przychodów na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, z uwzględnieniem łączy analogowych, za lata 2017-2019

Operator	2017	2018	2019	średnia za 2017-2019
Orange	30,1%	27,9%	24,0%	27,3%
Exatel	19,2%	20,9%	23,9%	21,3%
Netia	18,8%	18,7%	18,2%	18,6%
ATM	9,4%	9,8%	11,2%	10,1%
Emitel	8,6%	9,4%	8,4%	8,8%
TK Telekom	6,6%	4,2%	4,2%	5,0%
T-Mobile	3,0%	4,2%	5,8%	4,3%
Intelligent Technologies	0,9%	1,1%	1,4%	1,2%
Multimedia	1,2%	1,0%	1,1%	1,1%
Pozostali	2,2%	2,8%	1,9%	2,3%

Źródło: UKE

Tabela 4

Udział procentowy pod względem przychodów na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, bez uwzględnienia łączy analogowych, za lata 2017-2019

Operator	2017	2018	2019	średnia za 2017-2019
Orange Polska	29,9%	27,6%	23,7%	27,1%

Exatel	19,7%	21,6%	24,7%	22,0%
Netia	18,6%	18,4%	18,0%	18,3%
ATM	9,7%	10,1%	11,5%	10,4%
Emitel	8,8%	9,7%	8,7%	9,1%
TK Telekom	6,5%	4,0%	3,9%	4,8%
T-Mobile	3,1%	4,3%	6,0%	4,5%
Polkomtel	1,0%	1,5%	0,5%	1,0%
Multimedia	1,1%	0,8%	0,7%	0,8%
Intelligent Technologies	0,5%	0,7%	0,8%	0,7%
Pozostali	1,3%	1,5%	1,4%	1,4%

Źródło: UKE

Najlepsze wyniki w analizowanym okresie odnotowała Orange Polska z udziałem rynkowym za lata 2017-2019 na średnim poziomie 27,3%. Bardzo dobre wyniki sprzedażowe odnotowały: Exatel S.A., Netia S.A. i ATM S.A., ze średnim udziałem za lata 2017-2019, odpowiednio: 21,3%, 18,6%, 10,1 i 8,8%.

Sytuacja konkurencyjna na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie zmieniła się znacząco od ostatniego przeglądu w 2015 r. Orange Polska nie ma już przewagi nad innymi operatorami telekomunikacyjnymi działającymi na analizowanym rynku. Krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie jest konkurencyjny, a Orange, podmiot dotąd regulowany, traci swoje udziały na rzecz pozostałych graczy.

Należy także zwrócić uwagę, że zainteresowanie klientów łącami o przepływnościach do 2 Mb/s włącznie systematycznie maleje. Rynek się kurczy, przychody za lata 2017-2019 spadły o ok. 35%. Jednak mimo spadku wartości przychodów, obecna sytuacja na analizowanym rynku pozwala klientom na wybór operatora - dostawcy, u którego chciałby jak najkorzystniej kupić usługi, gdyż wielu z nich jest w stanie dostarczyć usługę o odpowiedniej jakości oraz na podobnym poziomie. Taka sytuacja powoduje, że hurtowa usługa dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie jest dostępna powszechnie i relatywnie coraz tańsza dla klienta (operatorzy zwracają uwagę na pogłębiającą się erozję marż osiągniętych na sprzedaży łączy dzierżawionych). Wysoki poziom konkurencji na przedmiotowym rynku sprawia, że podmioty na nim działające stosują politykę, której celem jest przygotowanie oferty korzystniejszej od konkurencji w celu zapewnienia sobie rynku zbytu. Wpływa to pozytywnie na rynek, na którym koszty wejścia dla nowego przedsiębiorcy stają się niższe, a operatorzy utrzymują wysoką jakość dostarczanych usług. Taka sytuacja powoduje, że nie można wskazać barier dla dalszego

rozwoju rynku, które utrudniałyby na nim rozwój konkurencji. Największą barierą rozwoju może być spadające zainteresowanie klientów usługami dostępu o niskich przepływnościach. To jednak dotyczy wszystkich aktywnych podmiotów działających na analizowanym rynku.

Prezes UKE nie stwierdza, aby którykolwiek z podmiotów posiadał pozycję znaczącą na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie. Powyżej przedstawiona struktura rynku wskazuje obecnie jak również w perspektywie przyszłościowej na jego konkurencyjną charakterystykę.

3.3 Wysokie i trwałe bariery wejścia na rynek właściwy

Jak wskazuje Komisja w Zaleceniu 2014, zważywszy na dynamiczną naturę i funkcjonowanie rynków łączności elektronicznej, w toku analizy tego kryterium należy uwzględnić możliwości likwidacji barier w dostępie do rynku w odpowiednim horyzoncie czasowym. Zgodnie z Zaleceniem 2014 przeanalizowano dwa rodzaje barier: bariery strukturalne oraz bariery prawno-regulacyjne.

3.3.1 Bariery strukturalne

Komisja Europejska w Nocie wyjaśniającej do Zalecenia 2014 zauważa, iż: „*Strukturalna bariera wejścia istnieje wtedy, gdy stan technologii oraz charakter sieci, wraz z powiązaną strukturą kosztów, i/lub poziom popytu są takie, że tworzą asymetryczne warunki pomiędzy operatorami, uniemożliwiając wejście na rynek lub rozszerzenie działalności konkurentów.*”¹⁴

Dalej Komisja stwierdza, że „*Ważnym warunkiem w ramach pierwszego kryterium jest kwestia, czy jest prawdopodobne, aby wysokie bariery w dostępie do rynku okazały się stałe w kontekście zmodyfikowanych obowiązków regulacyjnych*”¹⁵. Z tego punktu widzenia, zdaniem KE, „*Nie jest wystarczające zbadanie czy doszło lub jest prawdopodobne do dojścia do nowego wejścia na rynek, należy więc zbadać czy to nowe wejście było lub będzie w przyszłości wystarczająco szybkie i trwałe w świetle braku regulacji. Wejście na niewielką skalę (np. na ograniczonym obszarze geograficznym) może być uznane za niewystarczające, ponieważ może się okazać mało prawdopodobne, aby wywołało presję na dominujące przedsiębiorstwo (przedsiębiorstwa).*”¹⁶

Do typowych barier strukturalnych, na jakie natrafić mogą przedsiębiorcy na rynkach telekomunikacyjnych należą m.in. koszty „utopione”, kontrola operatorów działających na rynku nad trudną do powielenia infrastrukturą, ich przewaga technologiczna, łatwy bądź uprzywilejowany dostęp do rynków kapitałowych bądź zasobów finansowych, ekonomia zakresu, ekonomia skali czy integracja pionowa działających na nim przedsiębiorców.

¹⁴ A structural barrier to entry exists when the state of the technology and the nature of the network, with its associated cost structure, and/or the level of demand, are such that they create asymmetric conditions between operators, preventing market entry or expansion of competitors.

¹⁵ An important qualification of this first criterion is whether high entry barriers are likely to be non-transitory in the context of a modified Greenfield approach.

¹⁶ It is not sufficient to examine whether entry has occurred or is likely to occur in the market at all, but rather it is necessary to examine whether new entries can be sufficiently immediate and stable in the absence of regulation, so that they can limit market power. Small-scale entry (e.g. in a limited geographic area) may not be considered sufficient where the market is wider, since it may be unlikely to exercise an appreciable constraint on the dominant undertaking(s).

Powiązana bariera strukturalna może także występować tam, gdzie świadczenie usługi wymaga elementu sieci, który nie może zostać technicznie powielony, lub gdy koszt takiego powielenia sprawia, że jest to nieopłacalne dla konkurencji.

W przypadku analizowanego rynku właściwego nie można stwierdzić, aby wymienione wyżej trudności występowały i utrudniały lub uniemożliwiały wejście na ten rynek, co potwierdza fakt, że na rynku działa kilkadziesiąt podmiotów, z których 9, ma udział w przychodach całkowitych, przekraczający próg 1%.

Należy więc stwierdzić, że analizowany rynek nie charakteryzuje się występowaniem barier o charakterze strukturalnym.

3.3.2 Bariery prawno-regulacyjne

Bariery prawne wynikają z legislacyjnych, administracyjnych lub innych działań podejmowanych przez państwo, które w sposób bezpośredni oddziałują na warunki wejścia i/lub na pozycję operatorów na rynku właściwym.

Co do zasady do najpoważniejszych barier o charakterze prawnym ograniczającym prowadzenie i rozwijanie działalności przez nowych operatorów na rynkach telekomunikacyjnych należą bariery związane z budową infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności lokalnymi planami zagospodarowania przestrzennego (lub ich brakiem), prawem budowlanym, prawem ochrony środowiska oraz rozpoczęciem działalności na rynku telekomunikacyjnym.

Należy zwrócić uwagę, że zmniejszenie barier prawnych, w szczególności w zakresie związanym z budową infrastruktury telekomunikacyjnej, nastąpiło w związku z wejściem w życie Megaustawy. Określa ona:

- formy i zasady wspierania inwestycji telekomunikacyjnych, w tym związanych z sieciami szerokopasmowymi;
- zasady działalności w zakresie telekomunikacji jednostek samorządu terytorialnego oraz podmiotów wykonujących zadania z zakresu użyteczności publicznej;
- zasady dostępu do infrastruktury technicznej i infrastruktury telekomunikacyjnej;
- prawa i obowiązki inwestorów, właścicieli, użytkowników wieczystych nieruchomości, osób, którym przysługuje spółdzielcze prawo do lokalu, zarządców nieruchomości oraz lokatorów, w szczególności w zakresie dostępu do nieruchomości, w celu zapewnienia warunków świadczenia usług telekomunikacyjnych;
- zasady lokalizowania regionalnych sieci szerokopasmowych oraz innej infrastruktury telekomunikacyjnej.

Megaustawa zawiera rozwiązania sprzyjające rozwojowi społeczeństwa informacyjnego, realizowane poprzez zniesienie barier dla inwestycji i stworzenie rozwiązań prawnych stymulujących rozwój sieci regionalnych oraz budowę infrastruktury telekomunikacyjnej.

Działalność na rynku telekomunikacyjnym jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Ponadto przedsiębiorcy telekomunikacyjni są zobowiązani do wypełniania szeregu innych obowiązków związanych już z samym prowadzeniem działalności telekomunikacyjnej (obowiązki na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa, uiszczanie stosownych opłat – np. opłata telekomunikacyjna,

a także wypełnianie obowiązku sprawozdawczości na rzecz Prezesa UKE). Wszystkie te kwestie, choć nie stanowią bezpośredniej przeszkody w rozpoczęciu i prowadzeniu działalności na rynku telekomunikacyjnym, to jednak nakładają na przedsiębiorcę dodatkowe wymagania (w porównaniu z innymi, nieregulowanymi sektorami gospodarki), które muszą zostać przez niego spełnione. Jednakże wspomniane wymagania prawne nie mogą być traktowane jako trwała bariera prawna, która w istotny sposób utrudniałaby lub uniemożliwiła wejście na rynek właściwy, o czym może świadczyć aktualna skala działalności konkurujących ze sobą podmiotów na przedmiotowym rynku właściwym.

Należy więc stwierdzić, że analizowany rynek nie charakteryzuje się występowaniem istotnych barier o charakterze prawnym i regulacyjnym.

3.4 Trendy cenowe i stosowane praktyki w określaniu cen

Opłaty związane ze świadczeniem usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie są najczęściej negocjowane indywidualnie dla danego łącza pomiędzy dwiema stronami. Wysokość opłat jest bowiem uzależniona od wielu czynników.

Podstawowe i najważniejsze to m.in.:

- koszty projektu i jego realizacji (w tym m.in. koszty związane z pozyskaniem zgody od administratorów budynków, koszty dzierżawy kanalizacji, szachtów, miejsc pod kolokację, inne),
- termin realizacji (w szczególności, gdy termin realizacji jest krótki),
- lokalizacja łącza dzierżawionego,
- przepływność łącza dzierżawionego,
- długość łącza dzierżawionego,
- koszty uruchomienia (uruchomienie łącza pociąga za sobą koszty sprzętu, urządzeń, oprogramowania, jak również związane z tym koszty transportu, ubezpieczenia sprzętu na czas transportu i uruchomienia łącza),
- dodatkowe koszty związane z SLA¹⁷ (zgodnie z oczekiwaniami i zamówieniem klienta, korzystanie z wyższego SLA zwykle jest wkalkulowane na etapie wyceny projektu inwestycyjnego),
- kompleksowość oferty – powiązania z innymi usługami telekomunikacyjnymi,
- czas trwania umowy.

W analizowanym czasie tylko Orange Polska posiadała ofertę ramową, w której określone były ceny za świadczenie usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2Mb/s włącznie. W przypadku Orange przedstawienie innym operatorom alternatywnej oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie świadczenia usługi HQA stanowiło realizację jednego z obowiązków wynikających z Decyzji SMP 2015 obowiązującej na krajowym rynku świadczenia usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie. Orange Polska S.A. oferuje regulowane usługi takie jak:

- dwuprzewodowe i czteroprzewodowe łącza analogowe i
- usługi do 2Mb/s w pozostałych technologiach.

Dla wyżej wymienionych usług, oferta Orange w zakresie świadczenia usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2Mb/s włącznie, określa z góry ceny tak jednorazowe jak i opłaty stałe – miesięczny abonament. Opłaty jednorazowe pobierane są za:

¹⁷ SLA – ang. Service Level Agreement (umowa o gwarantowanym poziomie świadczenia usług).

przeprowadzenie wywiadu technicznego, uruchomienie usługi, zmianę miejsca jej zakończenia czy zmianę przepływności.

W analizowanym czasie, poza Orange, żaden z operatorów nie dysponował pełnym standardowym cennikiem lub ofertą, w której określone były ceny za świadczenie usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie. Uproszczone cenniki posiada lub posiadało niewielu innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, m.in.: ATM S.A., Emitel S.A., Polkomtel sp. z o.o. - cenniki dla łączy/usług dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, w zależności od przepływności i czasu trwania umowy.

Przedsiębiorcy telekomunikacyjni, którzy posiadają lub posiadali uproszczone cenniki (dla łączy dzierżawionych) podkreślają, że zawierają on zestaw opłat wyłącznie dla łączy „typowych”, będących aktualnie w ich zasobach sieciowych. Opłata cennikowa za łącze dzierżawione „typowe” zawiera najczęściej następujące składowe:

- opłaty za wywiad techniczny,
- opłaty za instalację,
- opłaty za zmianę przepływności lub miejsca zakończenia łącza,
- opłaty stałe,
- opłaty za 1km łącza,
- opłaty za 1Mb/s.

Wszystkie wymienione powyżej składowe cennikowe opłaty końcowej za łącze dzierżawione są dodatkowo zróżnicowane w zależności od rodzaju łącza, jego przepływności, czasu trwania umowy czy stosowanych upustów i rabatów. Każde łącze dzierżawione ma zatem swoją opłatę końcową, kalkulowaną indywidualnie. Ten niezbyt powszechnie stosowany sposób wyliczania końcowej opłaty opartej na cenach cennikowych dla łącza „typowego”, powoduje, że nawet w ramach łączy dzierżawionych pogrupowanych w jedną podkategorię opłaty różnią się znacznie.

Ceny są z reguły negocjowane indywidualnie dla danego łącza/usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, dla każdego zamówienia osobno. Tak samo jest w przypadku innych postanowień umownych, które są negocjowane indywidualnie pomiędzy stronami. Umowy zawierane pomiędzy uczestnikami na analizowanym rynku są z reguły objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i nie są publicznie dostępne. Dodatkowo, ze względu na fakt, że większość opłat związanych z uruchomieniem usługi łącza dzierżawionego/usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji jest negocjowana indywidualnie i opłaty te zwykle różnią się między sobą znacznie pomiędzy poszczególnymi przypadkami, szansa na zniżkę cenową jest znikoma. Dotyczy to również podmiotów w ramach jednej grupy kapitałowej. Operatorzy podkreślają, że duża konkurencja na rynku powoduje, że klienci domagają się obniżek stawek operatorskich co w efekcie przekłada się na zawężenie marży ze sprzedaży usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie.

3.5 Brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej

Kryterium to pozwala stwierdzić, czy na rynku właściwym istnieje zasadność duplikacji istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej. Brak takiej zasadności może wynikać z faktu, że istniejąca infrastruktura pokrywa większą część obszaru kraju, a jej duplikacja nie jest ani technicznie, ani ekonomicznie zasadna (wysokie koszty, małe perspektywy zwrotu

inwestycji). Pojęcie „infrastruktura telekomunikacyjna” oznacza tu sieć, część sieci lub elementy sieci, które są używane do dostarczania produktów lub usług na danym rynku właściwym. Kontrola może oznaczać własność, posiadanie, wykorzystywanie lub wpływ na infrastrukturę. Trudności w powieleniu istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej mogą wynikać zarówno z wysokich kosztów jej utworzenia, jak i z fizycznych i technicznych parametrów sieci oraz ze strukturalnych i prawnych ograniczeń.

Przedsiębiorca telekomunikacyjny, który kontroluje najbardziej rozległą sieć telekomunikacyjną, obejmującą swoim zasięgiem terytorium praktycznie całego kraju, przy jednoczesnym braku zasadności jej duplikacji, teoretycznie, nie musi się obawiać częstych wejść operatorów alternatywnych na rynek właściwy.

Chcąc porównać chęć inwestowania w infrastrukturę przez poszczególnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych zestawiono ponoszone nakłady inwestycyjne do wielkości całkowitych przychodów na rynku telekomunikacyjnym przez nich osiągniętych.

Tabela 5

Stosunek kwoty nakładów inwestycyjnych przeznaczonych na rozbudowę infrastruktury z kwotami całkowitych przychodów osiągniętych z działalności telekomunikacyjnej (w %) przez największe podmioty działające na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, za lata 2017-2019

Operator	2017	2018	2019	średnia za 2017-2019
Inea	13,4%	21,3%	37,6%	24,1%
3S	21,8%	20,5%	19,3%	20,5%
Netia	16,7%	19,1%	22,5%	19,4%
T-Mobile	12,7%	19,8%	13,7%	15,4%
Exatel	13,1%	16,1%	16,5%	15,2%
Orange Polska	10,6%	12,9%	11,9%	11,8%
ATM	10,1%	11,5%	13,5%	11,7%
TK Telekom	8,4%	1,5%	1,5%	3,8%
Emitel	2,1%	2,1%	1,2%	1,8%
Polkomtel	0,3%	0,4%	0,4%	0,4%

Źródło: UKE.

Odsetek przychodów przeznaczany na rozbudowę i modernizację infrastruktury telekomunikacyjnej nie jest równomierny dla poszczególnych operatorów w kolejnych latach, co może wynikać z długoterminowej polityki inwestycyjnej prowadzonej przez

poszczególnych przedsiębiorców, ale można stwierdzić, że najwięksi gracze na analizowanym rynku przeznaczają spory ale porównywalny procent swoich przychodów na inwestycję w rozwój infrastruktury.

Na analizowanym rynku działa wiele podmiotów inwestujących we własną infrastrukturę, oznacza to zatem, że niniejsze kryterium nie wskazuje na istnienie podmiotu o znaczącej pozycji rynkowej.

3.6 Istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorcy

Kryterium to pozwala stwierdzić, czy konkretny przedsiębiorca telekomunikacyjny posiada na danym rynku właściwym przewagę technologiczną nad innymi operatorami działającymi na tym rynku bądź mogącymi na niego wejść w badanym okresie. Posiadanie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego na danym rynku właściwym przewagi technologicznej nad innymi operatorami wzmacnia jego pozycję na tym rynku i stanowi czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Im większa jest ta przewaga, tym większe jest prawdopodobieństwo, że przedsiębiorca ten zajmuje pozycję znaczącą na tym rynku.

O istnieniu przewagi technologicznej konkretnego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego możemy mówić, jeśli wykorzystuje on na danym rynku właściwym taką technologię, która umożliwi mu tańsze lub efektywniejsze świadczenie usług albo dostarczanie w dotychczasowej cenie produktów lub usług nowocześniejszych i posiadających więcej funkcji lub zastosowań od dostarczanych do tej pory. Istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorcy na danym rynku właściwym może świadczyć o posiadaniu przez niego pozycji znaczącej na tym rynku, ponieważ zniwelowanie takiej przewagi przez konkurentów jest kosztowne i czasochłonne. Spełnianie tego kryterium przez konkretnego przedsiębiorcę może stanowić dla konkurentów istotną barierę wejścia na dany rynek właściwy.

Wszyscy działający na analizowanym rynku przedsiębiorcy telekomunikacyjni posiadają podobne rozwiązania technologiczne i porównywalny do nich dostęp. Nie ma wyraźnych przesłanek, iż którykolwiek z nich dysponuje takimi nowymi technologiami, do jakich inni uczestnicy nie mają dostępu, a które umożliwiłyby operatorowi uzyskanie bezpośredniej przewagi nad konkurentami. Nie ma wyraźnych przesłanek, iż którykolwiek z nich dysponuje takimi nowymi technologiami, do jakich inni uczestnicy nie mają dostępu, a które umożliwiłyby operatorowi uzyskanie bezpośredniej przewagi nad konkurentami. Żaden z podmiotów działających na analizowanym rynku nie posiada wyłącznej możliwości osiągnięcia uprzywilejowanej pozycji produktowo-rynkowej czy też dostępu do takich zasobów technologicznych, które generowałyby wartości rzadkie, trudne w powieleniu. Udoskonalenie technologii już funkcjonującej na rynku czy wprowadzenie zmian lub innowacji kluczowych z punktu widzenia zdobycia przewagi konkurencyjnej jest również procesem złożonym, wymagającym specjalistycznej wiedzy. Dodatkowo rynek telekomunikacyjny cechuje konieczność standaryzacji, która jest przeprowadzana przez niezależne organizacje, np. ITU (International Telecommunication Union, Międzynarodowy Związek Telekomunikacyjny). Z tych powodów operatorzy telekomunikacyjni raczej korzystają z rozwiązań gotowych i ogólnodostępnych niż je sami wytwarzają.

Niniejsze kryterium nie wskazuje na istnienie podmiotu o pozycji znaczącej.

3.7 Ekonomia skali

Ekonomia skali (korzyści skali) to zjawisko obniżania przeciętnych kosztów całkowitych w miarę zwiększania skali produkcji lub też zmniejszania się przeciętnych kosztów stałych

przy rosnącej wielkości produkcji. Ekonomie skali są charakterystyczną cechą przemysłów sieciowych, w których wysokie koszty stałe niemożliwe do uniknięcia odgrywają kluczową rolę w strukturze kosztów i gdzie działalność podmiotów opiera się o kosztowną infrastrukturę. Koszty te ponoszone są bowiem niezależnie od rozmiarów produkcji.

Z korzyści skali korzystają więc wszyscy przedsiębiorcy dysponujący infrastrukturą sieciową i oferujący usługi na rynku. Wielkość tych korzyści zależy od takich czynników jak wolumen sprzedaży, zasięg sieci czy efektywność organizacyjna. Biorąc pod uwagę wyłącznie kryterium wolumenu sprzedaży duży przedsiębiorca będzie miał zawsze przewagę nad mniejszym, tym bardziej, że na korzyść dużych przedsiębiorców działają efekty sieciowe. Korzyści skali wykorzystują w dużym stopniu wszystkie największe działające na analizowanym rynku podmioty: Netia S.A., Exatel S.A., T-Mobile S.A., Emitel S.A. ale też Polkomtel sp. z o.o. czy Orange i tym samym nie wpływa to na przewagę na analizowanym rynku któregośkolwiek z nich, o czym świadczy również struktura udziałów w rynku właściwym, a także jej fluktuacja w czasie.

Kryterium ekonomii skali nie świadczy o zajmowaniu pozycji znaczącej przez jakikolwiek podmiot z działających na przedmiotowym rynku właściwym.

3.8 Ekonomia zakresu

Kolejnym wskaźnikiem służącym ocenie występowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych o znaczącej pozycji rynkowej są korzyści zakresu, które obrazują wyższą efektywność kosztową produkcji szerszego asortymentu produktów lub świadczenia szerszego zakresu usług przy wykorzystaniu składników wytwórczych przedsiębiorstwa. Oznacza to, że przedsiębiorca wytwarzając kilka różnych produktów łącznie uzyskuje niższy średni koszt wytworzenia tych produktów, niż gdyby wytwarzał je osobno. W telekomunikacji ekonomie zakresu realizowane są poprzez świadczenie coraz większej liczby usług wykorzystujących tę samą infrastrukturę.

Ekonomie zakresu wiążą się przede wszystkim, z możliwością wykorzystania dotychczas posiadanej infrastruktury, sieci dystrybucyjnej czy bazy klientów do rozszerzenia działalności telekomunikacyjnej. Dla oceny tego kryterium pomocne mogą być informacje uwzględniające liczbę rynków właściwych, na których przedsiębiorca świadczy usługi oraz stopień różnorodności oferty.

Wiele podmiotów (np. Netia S.A., Exatel S.A., T-Mobile S.A., Emitel S.A., Polkomtel sp. z o.o., Orange, Inea S.A., TK Telekom sp. z o.o.) działających na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, jest również obecnych na detalicznym rynku dzierżawy łączy. Ponadto najwięksi przedsiębiorcy telekomunikacyjni są również obecni na innych rynkach telekomunikacyjnych.

Netia S.A. posiada w swojej ofercie, oprócz dzierżawy łączy również IP VPN, MPLS, Ethernet, Biznes VPN, VPLS, MLAN, Frame Relay, a także usługi dostępu do Internetu oraz usługi głosowe. Działa zarówno na poziomie hurtowym, jak i detalicznym.

TK Telekom Sp. z o.o. oferuje swoim klientom w ramach usług transmisji danych, oprócz hurtowej oraz detalicznej dzierżawy łączy, usługi VPN, MPLS, Ethernet. Ponadto TK Telekom Sp. z o.o. posiada w ofercie usługi dostępu do Internetu dla operatorów oraz klientów biznesowych, a także usługi głosowe dla operatorów (np. terminacja połączeń, tranzyt) i klientów biznesowych.

Exatel S.A. posiada w swojej ofercie usługi hurtowej oraz detalicznej dzierżawy łączy (w tym łączy międzynarodowych), usługi głosowe dla operatorów (terminacja międzynarodowego i krajowego ruchu głosowego, tranzyt ruchu), usługi internetowe dla operatorów (Quality IP Tranzyt), usługi transmisji danych dla klientów biznesowych (VPN MPLS, VPN Frame Relay, ATM), usługi Internetowe dla klientów biznesowych (Quality Internet, Quality IP Tranzyt), usługi głosowe dla klientów biznesowych (telefonia IP, ISDN, infolinie 800, 801, usługa 1044), usługi kolokacji i hostingu dla klientów biznesowych oraz usługi kolokacji i dzierżawy kanalizacji dla operatorów.

ATM S.A. oferuje usługi kolokacji, hostingu i szerokopasmowej transmisji danych oraz inne zaawansowane usługi telekomunikacyjne o dużej wartości dodanej tak dla operatorów, jak i klientów biznesowych.

T-Mobile Polska S.A. oferuje usługi hurtowej dzierżawy łączy, transmisja danych w technologii Ethernet, VPN, dzierżawa lambda, a także usługi dostępu do Internetu i usługi głosowe dla klientów biznesowych, jak i konsumentów.

Emitel S.A. posiada w swojej ofercie usługi z zakresu hurtowej dzierżawy łączy, dzierżawy włókien, dzierżawy kanałów w liniach radiowych oraz dostępu do Internetu dla klientów biznesowych. Emitel S.A. działa również na hurtowym i detalicznym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym i na hurtowym i detalicznym rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

Orange Polska (oprócz hurtowej jak również detalicznej dzierżawy łączy) w ramach sieci transportowej oraz teletransmisyjnej realizuje usługi takie jak Metro Ethernet, IP VPN, ATM, IP MPLS, czy dzierżawa włókien, a także usługi kolokacji i hostingu. Ponadto, z wykorzystaniem sieci dostępowej Orange Polska świadczy usługi dostępu do Internetu, a także usługi głosowe. Należy zaznaczyć, iż Orange Polska działa na wszystkich poziomach rynku telekomunikacyjnego (rynek operatorski, rynek usług biznesowych, rynek usług konsumenckich). Orange Polska S.A. jest obecna na największej liczbie rynków i oferuje najszerszy zakres usług na własnej infrastrukturze.

Biorąc pod uwagę powyższe, oraz uwzględniając fakt, że najwięksi operatorzy telekomunikacyjni działający na analizowanym rynku, są skupieni w grupach kapitałowych i można stwierdzić, że w porównywalnym stopniu korzystają z ekonomii zakresu.

Kryterium to nie przesądza więc o występowaniu podmiotu o pozycji znaczącej na przedmiotowym rynku właściwym.

3.9 Pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy

Ściśle powiązane z korzyściami zakresu są korzyści pionowego zintegrowania przedsiębiorcy. Pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy wzmacnia jego pozycję na wszystkich rynkach właściwych, na których jest on obecny i stanowi czynnik mogący utrudniać skuteczną konkurencję. Pionowe zintegrowanie może wzmacniać pozycję przedsiębiorcy na danym rynku na dwa sposoby. Pierwszy z nich polega na tym, że dzięki kontroli nad rynkami powiązanymi przedsiębiorca może utrudniać nowym konkurentom wejście na dany rynek właściwy, a operatorom już działającym na tym rynku – utrudniać skuteczną konkurencję i powiększanie udziałów rynkowych. Rynki powiązane z danym rynkiem właściwym oznaczają w tym przypadku rynki znajdujące się powyżej (upstream markets, np. rynki półproduktów

lub rynki hurtowe) lub poniżej (downstream markets, np. rynki produktów końcowych lub rynki detaliczne) w łańcuchu dostaw. Drugim sposobem jest ograniczanie przez przedsiębiorcę warunków konkurencji na kontrolowanych rynkach powiązanych, dzięki przeniesieniu na te rynki swojej pozycji znaczącej z rynku właściwego. Najwięksi operatorzy telekomunikacyjni działający na analizowanym rynku, są skupieni w grupach kapitałowych i można stwierdzić, że w porównywalnym stopniu korzystają ze zintegrowania pionowego.

Kryterium to nie przesądza więc o występowaniu podmiotu o pozycji znaczącej na przedmiotowym rynku właściwym.

3.10 Łatwy, bądź uprzywilejowany dostęp przedsiębiorcy do rynków kapitałowych, bądź zasobów finansowych

Łatwy, bądź uprzywilejowany dostęp do rynków kapitałowych lub zasobów finansowych jest kolejnym kryterium stosowanym do oceny pozycji rynkowej przedsiębiorców. Kryterium to pozwala stwierdzić, czy dany przedsiębiorca jest w stanie w łatwy i relatywnie szybki sposób pozyskać środki, zarówno na działalność operacyjną, jak również na nowe inwestycje.

W przypadku rynków telekomunikacyjnych jest to o tyle istotne, iż często charakteryzują się one wysokimi finansowymi barierami wejścia. Analizowany krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, wymaga posiadania rozbudowanej infrastruktury, której budowa jest bardzo kosztowna. Tego typu inwestycje często zmuszają przedsiębiorców do korzystania z zewnętrznych źródeł finansowania. Poza wydatkami na inwestycje, dodatkowe środki pieniężne mogą być przeznaczone na rozwój nowych usług lub inne wydatki związane z działalnością operacyjną. Większą szansę na otrzymanie zewnętrznego wsparcia mają przedsiębiorstwa znajdujące się w stosunkowo dobrej kondycji finansowej oraz o większej wartości pieniężnej. Posiadanie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego na danym rynku właściwym łatwiejszego dostępu do źródeł finansowania niż inni operatorzy wzmacnia jego pozycję na tym rynku i stanowi czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Im bardziej uprzywilejowany dostęp ma konkretny przedsiębiorca do tych zasobów, tym większe jest prawdopodobieństwo, że zajmuje on pozycję znaczącą na danym rynku.

Z drugiej strony, jeśli przedsiębiorca uzyskuje niezadowalające wyniki finansowe z prowadzonej działalności, będzie miał problemy z pozyskaniem kapitału, który mógłby przeznaczyć na rozwój przedsiębiorstwa. Potencjalni inwestorzy nie będą skłonni do inwestowania swych pieniędzy w przedsiębiorstwo, którego sytuacja finansowa jest niepewna. Inwestycja w takie przedsiębiorstwo mogłaby okazać się nieopłacalna i narazić potencjalnego inwestora na straty.

Najwięksi operatorzy telekomunikacyjni działający na analizowanym rynku, są skupieni w grupach kapitałowych, co samo w sobie ułatwia pozyskiwanie kapitału. Dodatkowo, jak już zostało to wyjaśnione w pkt 3.5., najwięksi gracze na analizowanym rynku przeznaczają spory i porównywalny procent swoich przychodów na inwestycję w rozwój infrastruktury

Biorąc pod uwagę powyższe Prezes UKE stwierdza, że kryterium to nie przesądza o występowaniu podmiotu o pozycji znaczącej na przedmiotowym rynku właściwym.

3.11 Brak potencjalnej konkurencji

Niewielkie prawdopodobieństwo wejścia na dany rynek właściwy nowych operatorów wzmacnia pozycję przedsiębiorców telekomunikacyjnych już obecnych na tym rynku i stanowi czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Im mniejsza szansa na pojawienie się

nowych konkurentów na rynku, tym większe jest prawdopodobieństwo, że przedsiębiorcy działający na nim zajmują samodzielnie lub wspólnie pozycję znaczącą.

Wejście na analizowany rynek, może wiązać się z ryzykiem potencjalnej utraty całości lub dużej części nakładów inwestycyjnych na budowę czy rozwój własnej infrastruktury, co może stanowić powód rezygnacji nowych graczy z wejścia na rynek. Ryzyko takie istnieje i ma znaczenie dla konkurencyjności rynku, jeśli działa na nim mało podmiotów o niskich udziałach. Taka sytuacja, jak zostało przedstawione powyżej przy analizie udziałów rynkowych nie występuje na analizowanym rynku. Już obecnie istnieje na nim rzeczywista konkurencja alternatywnych dostawców. Na analizowanym rynku mamy dużo podmiotów o zróżnicowanych udziałach w rynku. Dodatkowo istnieje grupa czterech konkurujących ze sobą podmiotów, którzy osiągnęli udziały rynkowe przekraczające 10% w całkowitych przychodach na analizowanym rynku, co w ocenie Prezesa UKE świadczy, iż wejście na analizowany rynek oraz zdobycie na nim istotnego udziału jest możliwe.

Wobec powyższego kryterium należy uznać za niespełnione. Kryterium to nie świadczy więc o występowaniu podmiotu o pozycji znaczącej na przedmiotowym rynku właściwym.

4. Analiza rynku pod kątem występowania kolektywnej znaczącej pozycji rynkowej

Zgodnie z motywem 16 Wytycznych Komisji: „*Krajowe organy regulacyjne powinny ustalić, czy na bazowym rynku lub rynkach detalicznych istnieją perspektywy dla konkurencji w przypadku braku regulacji rynku hurtowego na podstawie ustalenia samodzielnej lub zbiorowej znaczącej pozycji rynkowej, a więc czy brak efektywnej konkurencji ma charakter trwały*”.

Jak wynika z powyższego Prezes UKE po stwierdzeniu braku przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej powinien przeprowadzić analizę rynku pod kątem występowania kolektywnej pozycji znaczącej.

Jak zostało wskazane na początku uzasadnienia niniejszej decyzji, zgodnie z art. 25a ust. 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne, Prezes UKE przy ustalaniu, czy dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmuje kolektywną pozycję znaczącą na rynku właściwym, ocenia cechy rynku właściwego, w szczególności udział przedsiębiorców w rynku oraz jego przejrzystość, a jeżeli ocena tych cech nie wskazuje na brak kolektywnej pozycji znaczącej stosuje w szczególności kryteria wskazane w art. 25a ust. 5 Pt.

Do kryteriów zalicza się:

- niską elastyczność popytu,
- podobne udziały w rynku,
- wysokie prawne lub ekonomiczne bariery dostępu do rynku,
- integrację pionową, której towarzyszy zbiorowa odmowa dostaw,
- brak równoważącej siły nabywczej,
- brak potencjalnej konkurencji.

Jednocześnie nie jest wymagane łączne spełnienie przywołanych powyżej kryteriów.

Co więcej, analiza kryteriów powinna mieć miejsce wtedy, gdy badanie cech rynku właściwego, w szczególności udziału przedsiębiorców oraz przejrzystości nie wyklucza występowania kolektywnej pozycji. W niniejszym przypadku analiza tych przesłanek jednoznacznie wskazuje na brak występowania pozycji kolektywnej. Niemniej jednak dla kompletności analizy Prezes UKE przeanalizował ponadto kryterium niskiej elastyczności

popytu (analiza kryteriów dotyczących barier wejścia, integracji pionowej czy braku potencjalnej konkurencji znajduje się w rozdziale 3).

Kolektywna pozycja znacząca¹⁸ występuje głównie na rynkach oligopolistycznych. Brak skutecznej konkurencji zachodzący na tego rodzaju rynkach znany jest także jako zjawisko skoordynowanych skutków (coordinated effects) lub jako zjawisko „milczącej”, dorozumianej zmowy (tacit collusion) między przedsiębiorcami¹⁹. W związku z brakiem szerszej praktyki stosowania koncepcji kolektywnej pozycji znaczącej, zarówno w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i ustawy Prawo telekomunikacyjne, należy odwołać się do rozstrzygnięć podejmowanych w orzecznictwie instytucji wspólnotowych. Przyjęto tam, że do stwierdzenia kolektywnej pozycji znaczącej konieczne jest spełnienie łącznie następujących przesłanek:

1. stwierdzenie formalnej niezależności (prawnej samodzielności) między przedsiębiorcami,
2. istnienie między nimi więzi ekonomicznych, względnie innych czynników współzależności gospodarczej, pozwalających tym przedsiębiorcom działać wspólnie i niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów²⁰. Istniejąca między przedsiębiorcami więź gospodarcza umożliwia im przyjęcie jednolitej linii zachowania na rynku bądź też występowania na tym rynku jako zbiorowa jednostka. Nie musi być przy tym spełniony wymóg, aby przedsiębiorcy podejmowali identyczne działania w każdym aspekcie. Istotne jest, aby podmioty te były w stanie podejmować wspólną politykę działań rynkowych i funkcjonować w znaczącym zakresie niezależnie od pozostałych uczestników rynku. Przyjęcie, iż w przypadku określonych przedsiębiorców występuje kolektywna pozycja znacząca, nie wyklucza jednak istnienia między nimi pewnej konkurencji.

Jako przykład opisanych wyżej więzi można wskazać istnienie współzależności zachowań w ramach oligopolistycznego układu rynkowego, w postaci wzajemnego, świadomego dostosowywania działań na rynku w celu zwiększania wspólnych korzyści (np. poprzez skoordynowany wzrost cen, skoordynowane wydłużenie umów z użytkownikami końcowymi). Wśród innych czynników rynkowych świadczących o posiadaniu przez przedsiębiorców kolektywnej pozycji znaczącej wymienia się: jednorodność oferty tych przedsiębiorców, ich wysokie udziały rynkowe, zbliżoną strukturę kosztów produkcji, dużą transparentność rynku, znikome alternatywne źródła podaży i wysokie koszty wejścia na rynek.

4.1 Analiza rynku pod kątem występowania kolektywnej znaczącej pozycji rynkowej

Udziały przedsiębiorców na analizowanym rynku właściwym zostały opisane w pkt 3.2 niniejszej decyzji.

¹⁸ Pojęcie „pozycja znacząca” stosowane na gruncie prawa telekomunikacyjnego jest znaczeniowo równoznaczne pojęciu „pozycja dominująca” stosowanemu na gruncie ogólnego prawa antymonopolowego, którym posługują się autorzy opracowania źródłowego.

¹⁹ Zob. Komentarz do art.4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, *Konrad Kohutek, Małgorzata Sieradzka*, LEX, 2008

²⁰ Zob. wyrok z dnia 16 marca 2000 r. w sprawach połączonych C-395/96 P i C-396/96 P *Compagnie maritime belge transports i in. v. Komisja*, Rec. s. I-1365, pkt 37

Punktem wyjścia do określenia kolektywnej pozycji znaczącej, jest ocena stopnia koncentracji rynku. Do oceny stopnia koncentracji na rynku służy wskaźnik Herfindahla-Hirschmana (HHI), który jest najbardziej rozpowszechnioną miarą koncentracji rynku.

Wskaźnik ten, definiuje się jako sumę kwadratów udziałów rynkowych podmiotów funkcjonujących na danym rynku. Wskaźnik ten może przyjmować wartości od 0 do 10000. Niewielka koncentracja rynku, czyli wartość wskaźnika bliska zeru oznacza, że na rynku funkcjonuje dużo małych firm, natomiast wartości bliskie 10000 oznaczają całkowity monopol jednego przedsiębiorcy.

Na analizowanym rynku, HHI mierzony liczbą łączy dla usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, wynosił odpowiednio:

Tabela 6

Współczynnik HHI mierzony liczbą łączy dla usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, z uwzględnieniem łączy analogowych, za lata 2017-2019

	2017	2018	2019
HHI	3377	3184	3010

Źródło: UKE

Tabela 7

Współczynnik HHI mierzony liczbą łączy dla usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, bez uwzględnienia łączy analogowych, za lata 2017-2019

	2017	2018	2019
HHI	2005	1888	1800

Źródło: UKE

Współczynnik HHI mierzony wartością przychodów wynosił zaś:

Tabela 8

Współczynnik HHI mierzony wartością przychodów dla usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, z uwzględnieniem łączy analogowych, za lata 2017-2019

	2017	2018	2019
HHI	1847	1788	1726

Źródło: UKE

Tabela 9

Współczynnik HHI mierzony wartością przychodów dla usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, bez uwzględnienia łączny analogowych, za lata 2017-2019

	2017	2018	2019
HHI	1850	1800	1759

Źródło: UKE

Analiza koncentracji rynku, z wykorzystaniem indeksu koncentracji (HHI) obliczonego za lata 2017-2019 dla krajowego hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, wskazuje, że indeks ten jest na umiarkowanym poziomie i dodatkowo systematycznie maleje.

Zgodnie z konstrukcją HHI wraz z rosnącą asymetrią pomiędzy udziałami w rynku przedsiębiorców, wartość wskaźnika rośnie – przy takiej samej liczbie uczestników. Indeks ten będzie przyjmował większą wartość dla rynków, na których występują znaczące różnice pomiędzy udziałami firm, zaś najmniejszy poziom osiągnie w przypadku równego rozłożenia udziałów pomiędzy uczestników rynku. Wyższa wartość HHI (przy danej liczbie przedsiębiorców) może świadczyć o istnieniu pozycji dominującej/znaczącej pojedynczego przedsiębiorcy, ponieważ wskazuje na daleko posuniętą asymetrię pomiędzy udziałami przedsiębiorców w rynku, która może być związana ze znaczącą przewagą jednego z nich nad pozostałymi. Analizowany rynek charakteryzuje się umiarkowanym poziomem koncentracji, który każdego roku ulega obniżeniu. Na rynku działa kilkudziesięciu przedsiębiorców o różnych w nim udziałach (nie można też jednoznacznie stwierdzić, że zachodzi podobieństwo udziałów w rynku wśród tych przedsiębiorców).

Kryterium nie wskazuje na występowanie na rynku przedsiębiorców o kolektywnej pozycji znaczącej.

4.2 Przejrzystość rynku

Kolejnym, kryterium służącym do oceny występowania kolektywnej pozycji znaczącej jest przejrzystość rynku. Im większa jest przejrzystość rynku tzn. kiedy przedsiębiorcy telekomunikacyjni mogą łatwo uzyskać dokładne informacje na temat działań konkurencji, tym większe jest prawdopodobieństwo, że przedsiębiorcy działający na tym rynku zajmują kolektywną pozycję znaczącą. W takiej sytuacji bowiem operator łatwo może przyjąć taką samą jak konkurent strategię działania lub może podjąć decyzję o zastosowaniu mechanizmów odwetowych w przypadku odejścia któregoś z graczy rynkowych od wspólnej linii działania.

Jak wskazano w rozdziale 3.4 opłaty związane ze świadczeniem hurtowej usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie są najczęściej negocjowane indywidualnie dla danego łącza; dla każdej sprawy osobno. Tak samo jak w przypadku innych postanowień umownych, które są negocjowane indywidualnie pomiędzy stronami, umowy zawierane pomiędzy uczestnikami na analizowanym rynku są z reguły objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i nie są publicznie dostępne.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że niniejszy rynek charakteryzuje się ograniczoną i niską przejrzystością, co negatywnie wpływa na możliwość wystąpienia na nim kolektywnej pozycji znaczącej.

4.3 Niska elastyczność popytu

Elastyczność popytu jest miarą względnej zmiany popytu wywołanej względną zmianą określonego czynnika wpływającego na popyt. Informuje o wrażliwości popytu na zmiany czynników go kształtujących. Popyt jest elastyczny, gdy niewielka zmiana czynników kształtujących popyt skutkuje znaczną zmianą wielkości popytu, zaś nieelastyczny (sztywny), gdy nawet znacząca zmiana determinantów powoduje jedynie niewielkie zmiany wielkości popytu. Najczęściej rozważanym determinantem jest cenowa elastyczność popytu, czyli stosunek względnej zmiany popytu do względnej zmiany ceny.

Hurtowa usługa dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, zwłaszcza w odniesieniu do większych wdrożeń, tak ze strony kupującego jak i sprzedającego, wymaga wykonania szeregu czynności oraz poniesienia (w wielu przypadkach również po stronie kupującego) kosztów, które po zaprzestaniu usługi, są całkowicie lub częściowo nie do odzyskania. Z tego powodu operatorzy ze swoimi największymi klientami (również operatorami) z reguły podpisują umowy wieloletnie, które precyzyjnie określają warunki cenowe za usługę przez cały okres jej świadczenia. Możliwość swobodnego podnoszenia cen przez operatorów jest mocna ograniczona.

Choć popyt na analizowanym rynku nie wydaje się być elastyczny to równocześnie biorąc pod uwagę powyższą specyfikę rynku nie zwiększa to prawdopodobieństwa wystąpienia na nim kolektywnej pozycji znaczącej. Niższa elastyczność nie wynika tu bowiem z przewagi ekonomicznej dwóch lub więcej podmiotów na rynku, lecz jest wynikiem innych czynników leżących również po stronie odbiorców usług i ich zachowań oraz preferencji.

Kryterium nie wskazuje na występowanie na rynku przedsiębiorców o kolektywnej pozycji znaczącej.

5. Wnioski końcowe

Prezes UKE, opierając się na analizie usługowej rynku, doszedł do wniosku, iż rynek ten należało określić jako krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie. Przez świadczenie hurtowej usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie rozumie się usługę, która polega na udostępnieniu innemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji o prędkości do 2 Mb/s włącznie, zrealizowanej pomiędzy urządzeniem abonenckim a najbliższym, od urządzenia abonenckiego, węzłem operatora sprzedającego usługę znajdującym się w sieci, do którego dołączony jest przedsiębiorca telekomunikacyjny.

Analizując rynek 4 należało stwierdzić, że charakteryzują go następujące czynniki (stanowiące jednocześnie kryteria oceny znaczącej pozycji rynkowej):

- udziały przedsiębiorców w rynku właściwym oraz dostęp do alternatywnych dostawców nie wskazują na żaden podmiot o pozycji znaczącej lub podmioty o kolektywnej pozycji znaczącej;
- nie występują bariery w dostępie do rynku. Mowa tu o barierach strukturalnych, ekonomicznych i prawnych;
- na rynku nie stwierdzono podejmowania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych działań o charakterze antykonkurencyjnym;

- istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorcy – wszyscy przedsiębiorcy telekomunikacyjni działający na rynku właściwym dysponują podobnymi technologiami;
- ekonomia skali – na rynku właściwym można obecnie stwierdzić, że Orange Polska ze względu na rozległość swojej sieci telekomunikacyjnej, najbardziej wykorzystuje efekt skali, jednakże wobec niskich w nim udziałów Orange, nie można mówić o dominującej ani silnej pozycji tego operatora na analizowanym rynku;
- ekonomia zakresu i pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy – działający na niniejszym rynku właściwym przedsiębiorcy telekomunikacyjni mogą korzystać z ekonomii zakresu i pionowego zintegrowania, choć ze względu na zakres działalności w największym stopniu mogłoby dotyczyć to Orange Polska. Niemniej jednak pozostali operatorzy skupieni w grupach kapitałowych również korzystają z pionowego zintegrowania;
- łatwy bądź uprzywilejowany dostęp do rynków kapitałowych lub zasobów finansowych – wyniki analizy wskazują, że żaden podmiot nie posiada jako jedyny łatwego dostępu do źródeł finansowania, który w sposób szczególny umacniałby jego pozycję rynkową względem działających na rynku właściwym konkurentów. Kryterium to nie przesądza więc o występowaniu podmiotu o pozycji znaczącej na przedmiotowym rynku właściwym;
- brak potencjalnej konkurencji – na rynku działa już obecnie kilkudziesięciu przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy skutecznie ze sobą konkurują, a wejście na niego nie jest utrudnione wysokimi barierami;
- istnienie barier do dalszego rozwoju przedsiębiorcy oraz rynku właściwego – rynek właściwy rozwija się i stale powiększa swoją wartość. Należy podkreślić, że operatorzy zdecydowanie chętniej inwestują w rozwiązania oparte na technologiach alternatywnych.

Z przeprowadzonej przez Prezesa UKE analizy kryteriów występowania znaczącej pozycji rynkowej wynika, że na rynku HQA nie występuje żaden przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej. Również analiza kryteriów służących ocenie występowania na danym rynku właściwym dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, nie uzasadnia podjęcia przez Prezesa UKE regulacji ex ante rynku HQA. Występowanie na powyższym rynku właściwym przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą nie jest potwierdzone przez żadne z analizowanych kryteriów:

- udziały przedsiębiorców w rynku właściwym oraz podobne udziały w rynku;
- przejrzystość rynku – w związku z faktem, że większość negocjowanych na rynku umów nie jest jawna i jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, można stwierdzić, że rynek właściwy nie jest przejrzysty;
- niska elastyczność popytu – choć popyt na analizowanym rynku nie wydaje się być elastyczny, to równocześnie biorąc pod uwagę specyfikę omawianego rynku właściwego, nie zwiększa to prawdopodobieństwa wystąpienia na nim przedsiębiorców zajmujących kolektywną pozycję znaczącą;
- wysokie, prawne lub ekonomiczne bariery dostępu do rynku – jak już wcześniej dokładnie opisano rynek nie charakteryzuje się barierami w dostępie;
- integracja pionowa, której towarzyszy zbiorowa odmowa dostaw – Prezes UKE nie stwierdził występowania na rynku właściwym antykonkurencyjnych działań ze

- strony przedsiębiorców telekomunikacyjnych świadczących na nim swoje usługi, w tym działań polegających na zbiorowej odmowie dostaw;
- brak potencjalnej konkurencji – na rynku działa kilkudziesięciu przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a wejście na niego nie jest utrudnione wysokimi barierami.

Podsumowując należy stwierdzić, że przeprowadzona przez Prezesa UKE analiza rynku 4 wykazała, że nie występuje na nim przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą. Z uwagi na fakt, że wyniki analizy rynku właściwego wskazują na brak na analizowanym rynku przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego, zgodnie z art. 23 ust. 1 pkt 2 Pt, w niniejszej decyzji, Prezes UKE zobowiązany był stwierdzić, że na powyższym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja (pkt III sentencji niniejszej decyzji).

Jednakże jeśli w toku następnych analiz rynkowych zostanie stwierdzony brak skutecznej konkurencji, organ regulacyjny będzie zobligowany do nałożenia na przedsiębiorcę (przedsiębiorców) posiadających pozycję znaczącą odpowiednich obowiązków regulacyjnych.

6. Uchylenie nałożonych obowiązków regulacyjnych zastosowanych przez Prezesa UKE wobec Orange Polska S.A.

Decyzja SMP 2015 nakładała na Orange obowiązki regulacyjne. W wyniku ponownego przeglądu regulacyjnego rynku 4, Prezes UKE stwierdził, że na rynku HQA (bez względu na przepływność) panuje skuteczna konkurencja oraz nie występuje podmiot o znaczącej pozycji rynkowej, ani podmioty posiadające kolektywną pozycję znaczącą.

W związku z brzmieniem powyżej omawianego przepisu art. 23 ust. 1 pkt 2 Pt, Prezes UKE rozpatrując zasadność uchylenia ciążących na przedsiębiorcy telekomunikacyjnym (w tym przypadku Orange Polska) obowiązków regulacyjnych, przeanalizował następujące przesłanki:

1. Tożsamość rynku właściwego określonego w Decyzji SMP 2015 z rynkiem właściwym będącym przedmiotem analizy, w wyniku której wydana została niniejsza decyzja tj. krajowego hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s łącznie.
2. Brak na określonym rynku właściwym będącym przedmiotem analizy, w wyniku której wydana została niniejsza decyzja, przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, który to brak wynika z utraty pozycji znaczącej przez tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców.

Ad. 1 Jak to zostało już wskazane w uzasadnieniu niniejszej decyzji (w kontekście prawnych podstaw analizy rynku właściwego) rynek właściwy określony w Decyzji SMP 2015 jest rynkiem tożsamym względem rynku określonego niniejszą decyzją. Prezes UKE wskazuje bowiem, iż biorąc pod uwagę charakterystykę produktową (usługi wchodzące w zakres rynku) i geograficzną (obszar, na którym te usługi są świadczone) rynku właściwego opisanego w niniejszej decyzji, określił go w sposób tożsamy, jak rynek zdefiniowany w Decyzji SMP 2015, tj. jako krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s łącznie. Zatem rynek właściwy określony w Decyzji SMP 2015 odpowiada w pełni rynkowi właściwemu określoneemu w niniejszej decyzji. W związku

z powyższym uznać należy, że spełniona została pierwsza z wymienionych przesłanek umożliwiających Prezesowi UKE uchylenie nałożonych na Orange Decyzją SMP 2015 obowiązków regulacyjnych określonych w pkt IV sentencji Decyzji SMP 2015 (istnieje „ten sam rynek”).

Ad. 2 W celu uchylenia obowiązków regulacyjnych nałożonych na OPL Decyzją SMP 2015, konieczne jest ponadto stwierdzenie, że na tym samym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja. Stwierdzić również w tym zakresie należy, że zgodnie z Decyzją SMP 2015 przedsiębiorcą o znaczącej pozycji rynkowej na rynku właściwym był Orange, który obecnie utracił tę pozycję. Brak występowania na rynku właściwym przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej, po przeprowadzeniu szczegółowej analizy rynku i stwierdzonej konkurencji, wykazany został we wcześniejszych fragmentach uzasadnienia niniejszej decyzji. Dodać należy, że stwierdzenie utraty przez Orange znaczącej pozycji rynkowej wynika z przeprowadzonej analizy ekonomicznej rynku HQA, która wykazała, że na tym rynku nie występuje przedsiębiorca mający pozycję dominującą, lub przedsiębiorcy posiadający kolektywną pozycję dominującą. Mając to na uwadze Prezes UKE wskazuje, że tym samym spełniona została druga z wyżej wymienionych przesłanek umożliwiających Prezesowi UKE uchylenie obowiązków regulacyjnych nałożonych na Orange Polska w Decyzji SMP 2015.

W związku ze stwierdzeniem zaistnienia, określonych w art. 23 ust. 1 pkt 2 Pt przesłanek uchylenia obowiązków regulacyjnych, Prezes UKE uchylił na mocy niniejszej decyzji (pkt IV sentencji) ciążące na Orange Polska S.A. obowiązki regulacyjne, o których mowa w Decyzji SMP 2015, tj.:

1. obowiązek zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego z art. 34 ust. 1 i ust. 2 Pt,
2. obowiązek niedyskryminacji z art. 36 Pt,
3. obowiązek przejrzystości z art. 37 ust. 1 i ust. 2 Pt,
4. obowiązek rachunkowości regulacyjnej z art. 38 ust. 1 Pt,
5. obowiązek ustalania opłat z art. 40 ust. 1 Pt,
6. obowiązek oferty ramowej z art. 42 ust. 1 Pt.

W związku ze stwierdzeniem zaistnienia przesłanek do uchylenia ustalonych dla OPL obowiązków regulacyjnych i koniecznością podjęcia rozstrzygnięcia, o którym mowa w art. 23 ust. 2 Pt Prezes UKE w niniejszej decyzji określił termin uchylenia obowiązków regulacyjnych, ciążących na Orange Polska na mocy Decyzji SMP 2015. Zgodnie z art. 23 ust. 2 Pt przy określaniu terminu uchylenia obowiązków regulacyjnych Prezes UKE jest zobowiązany uwzględnić sytuację działających na danym rynku właściwym przedsiębiorców telekomunikacyjnych, objętych decyzją o uchyleniu obowiązków regulacyjnych. Konieczne jest zatem określenie kręgu działających na analizowanym rynku właściwym przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy są objęci niniejszą decyzją.

Odnosząc się do przesłanki działania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na danym rynku właściwym podkreślić należy, że przedsiębiorca telekomunikacyjny działać na hurtowym rynku właściwym może nie tylko w charakterze operatora dostarczającego usługę hurtową (w niniejszym przypadku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji), jakim na analizowanym rynku jest np. Orange, ale także w charakterze dostawcy usług detalicznych opartych o usługę hurtową nabywaną od operatora.

Rozpatrując natomiast przesłankę objęcia decyzją o uchyleniu obowiązków regulacyjnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych stwierdzić należy, że chodzi tutaj nie tylko o adresata przedmiotowej decyzji, ale także o podmioty, na których sytuację wpływa rozstrzygnięcie podjęte przedmiotową decyzją. Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że uchylenie obowiązków regulacyjnych ciążących na OPL w niniejszej sprawie może wpływać na prawa innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych w ten sposób, że przedsiębiorcy ci zostaną pozbawieni możliwości korzystania z regulowanej usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie. Co do zasady odzwierciedleniem danego obowiązku regulacyjnego jest uprawnienie przysługujące określonym podmiotom w związku z obowiązywaniem tych obowiązków regulacyjnych. Chodzi tu przykładowo o obowiązek zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, czy obowiązek stosowania oferty ramowej. Oba te obowiązki zostały nałożone na Orange w Decyzji SMP 2015. W ocenie Prezesa UKE zasadne w omawianym zakresie jest zatem uznanie, że niniejszą decyzją objęty jest zarówno Orange, jak i przedsiębiorcy telekomunikacyjni, którzy korzystają lub planują skorzystać ze świadczonej przez Orange regulowanej usługi. Uchylenie obowiązków regulacyjnych nałożonych na Orange w Decyzji SMP 2015 będzie bowiem skutkowało wobec tych przedsiębiorców telekomunikacyjnych utratą możliwości dalszego korzystania z usług Orange na dotychczasowych, regulowanych zasadach. Za objętych niniejszą decyzją należy uznać więc tych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, których łączyła współpraca międzyoperatorska z Orange Polska prowadzona z uwzględnieniem obowiązków regulacyjnych ciążących na operatorze o znaczącej pozycji rynkowej, czy to w postaci umowy międzyoperatorskiej, czy też decyzji Prezesa UKE zastępującej taką umowę. Przechodząc do uzasadnienia w zakresie uwzględnienia sytuacji działających na rynku przedsiębiorców telekomunikacyjnych, objętych niniejszą decyzją z uwzględnieniem powyżej poczynionych wywodów wskazać należy, że Prezes UKE zdecydował o określeniu terminu uchylenia obowiązków regulacyjnych, o których mowa w pkt IV sentencji niniejszej decyzji, na okres 180 dni od daty jej doręczenia Orange Polska, z wyjątkiem obowiązku, o którym mowa w pkt IV ppkt 1 Decyzji SMP 2015, który, w odniesieniu do uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, złożonych po doręczeniu OPL niniejszej decyzji, podlega uchyleniu z dniem doręczenia OPL niniejszej decyzji. Przyjęcie takiego rozwiązania pozwoli na zapewnienie pewności obrotu handlowego pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi i spowoduje uniknięcie możliwych rozbieżności interpretacyjnych w kwestii wzajemnych zobowiązań między przedsiębiorcami. Z uwagi na stwierdzenie skutecznej konkurencji na analizowanym rynku właściwym, okres ten będzie jednocześnie wystarczający dla podmiotów korzystających z usług hurtowych OPL dla ewentualnej zmiany dotychczasowego dostawcy usług hurtowych na rynku właściwym lub renegocjowania na warunkach komercyjnych zawartej dotychczas z OPL umowy o dostęp w zakresie świadczenia usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie. Z drugiej strony, w ocenie Prezesa UKE przedmiotowy termin uwzględnia sytuację Orange, ponieważ pozwoli Orange na przeprowadzenie w swoim przedsiębiorstwie zmian dostosowujących jego organizację i procedury do nowych, nieregulowanych warunków rynkowych.

Prezes UKE wskazuje ponadto, że termin 180 dni jest terminem dłuższym, niż termin przewidziany przez ustawodawcę na przeprowadzenie skutecznych negocjacji w zakresie dostępu telekomunikacyjnego (zgodnie z art. 27 ust. 2 i 2b Pt, przedsiębiorca telekomunikacyjny może się zwrócić do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym po upływie 90 dni od dnia wszczęcia negocjacji w sprawie

dostępu telekomunikacyjnego). Należy wskazać, że częstokroć okres negocjacji oraz zawarcia umowy o dostępie może być dłuższy niż 90 dni, w szczególności biorąc pod uwagę konieczność przejścia z zasad regulowanych na komercyjne. Stąd w ocenie Prezesa UKE właściwym (uwzględniającym sytuację działających na rynku przedsiębiorców telekomunikacyjnych, objętych niniejszą decyzją) jest określenie terminu uchylecia obowiązków regulacyjnych, o którym mowa w pkt V sentencji niniejszej decyzji, na okres 180 dni od dnia doręczenia Orange Polska S.A. niniejszej decyzji, z wyjątkiem obowiązku, o którym mowa w pkt IV ppkt 1 Decyzji SMP 2015. Taki termin zapewni możliwość przeprowadzenia całego procesu zawarcia umowy pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi.

Wprowadzony w niniejszej decyzji termin uchylecia obowiązków regulacyjnych pozwoli również ograniczyć możliwość wystąpienia potencjalnych naruszeń interesów użytkowników usług telekomunikacyjnych oraz negatywnych skutków dla konkurencji na rynku, co oznacza równocześnie, że podjęte rozstrzygnięcie sprzyja realizacji celów Pt, o których mowa w art. 1 ust. 2 pkt 1 i 4 Pt oraz celów regulacyjnych, o których mowa w art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. a i b Pt.

We wskazanym okresie, obowiązują nałożone w Decyzji SMP 2015 obowiązki regulacyjne z wyjątkiem obowiązku, o którym mowa w pkt IV ppkt 1 Decyzji SMP 2015, który w odniesieniu do uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, złożonych po doręczeniu OPL niniejszej decyzji, podlega uchyleciu z dniem doręczenia OPL niniejszej decyzji. Celem uniknięcia ew. wątpliwości, OPL zobligowana jest utrzymać przez okres 180 dni obowiązek regulacyjny wynikający z pkt IV ppkt 1 Decyzji SMP 2015 względem umów zawartych przed dniem otrzymania niniejszej decyzji. W zakresie wniosków złożonych po dniu otrzymania niniejszej decyzji, regulacja, o której mowa powyżej, zostaje uchylona z dniem doręczenia Orange niniejszej decyzji. Przyjęcie odmiennego rozwiązania prowadziłoby do nieuzasadnionego obciążenia i konieczności utrzymania umów z kontrahentami pomimo braku obowiązku regulacyjnego.

7. Odniesienie do podań, wniosków i zarzutów wniesionych przez strony oraz uczestników postępowania

Prezes UKE odniósł się do twierdzeń, wniosków i żądań, a w szczególności do zarzutów złożonych przez strony oraz zawartych w stanowiskach konsultacyjnych uczestników postępowania konsultacyjnego, przeprowadzonego w dniach... oraz postępowania konsolidacyjnego, co znalazło odzwierciedlenie w załączniku nr 1 do niniejszej decyzji, stanowiącym jej integralną część.

8. Odniesienie do Załączników stanowiących integralną część niniejszej decyzji

Załącznik nr 1 stanowi integralną część niniejszej decyzji.

9. Rygor natychmiastowej wykonalności decyzji

Zgodnie z art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 2 Pt, decyzje w sprawie uchylecia obowiązków regulacyjnych podlegają natychmiastowemu wykonaniu.

Mając powyższe na uwadze, niniejsza decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

Wobec powyższego orzeczono jak na wstępie.

POUCZENIE

Stosownie do art. 206 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne w związku z art. 479⁵⁸ § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 1460, ze zm. zwanej dalej „k.p.c.”) od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wnoszone za pośrednictwem Prezesa UKE, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji.

Od odwołania od niniejszej decyzji pobiera się opłatę stałą w kwocie 1000 zł, na podstawie art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 755 z późn. zm. zwanej dalej „Ustawą o kosztach sądowych”).

Strona może ubiegać się o zwolnienie od kosztów sądowych stosownie do przepisów Tytułu IV Ustawy o kosztach sądowych lub przyznanie pomocy prawnej z urzędu stosownie do przepisów Części I Tytułu V Działu II k.p.c.

Otrzymują:

Załącznik nr 1, stanowiący integralną część niniejszej decyzji – odniesienie się Prezesa UKE do stanowisk zgłoszonych przez uczestników postępowania konsultacyjnego, jakie zostało przeprowadzone w dniach od xxxxxx do xxxxxx r.