

PROJEKT DECYZJI DO KONSOLIDACJI



**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

Marcin Cichy

DHRT.SMP.6041.6.2017

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

**Krajowa Izba Gospodarcza
Elektroniki i Telekomunikacji**
ul. Stępińska 22/30
00-739 Warszawa

**Polska Izba Informatyki
i Telekomunikacji**
Al. Jerozolimskie 136 (IX piętro)
02-305 Warszawa

**Polska Izba Komunikacji
Elektronicznej**
ul. Przemysłowa 30
00-450 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 2017 r., poz. 1907 z późn. 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 2017 r., poz. 1257, dalej „kpa”),

- I. określam rynek właściwy, jako krajowy rynek świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów;
- II. stwierdzam, że na krajowym rynku świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług

telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów, występuje skuteczna konkurencja;

- III. uchylam, nałożone decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej także „Prezes UKE” lub „Regulator”) z dnia 8 sierpnia 2012 r. (znak: DART-SMP-6040-2/12(37), dalej również „Decyzja 2012”) na Telekomunikację Polską S.A. z siedzibą w Warszawie (obecnie: Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie)¹ na określonym tą decyzją krajowym rynku świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów, tj. na tym samym rynku co rynek, o którym mowa w pkt I sentencji niniejszej decyzji, następujące obowiązki regulacyjne:
1. obowiązek, o którym mowa w art. 46 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na nieutrudnianiu innym przedsiębiorcom wejścia na detaliczny rynek usług przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych, z wyłączeniem konsumentów,
 2. obowiązek, o którym mowa w art. 46 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na niestosowaniu nieuzasadnionych preferencji dla określonych użytkowników, z wyłączeniem wyjątków przewidzianych w ustawie Prawo telekomunikacyjne,
 3. obowiązek, o którym mowa w art. 46 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na niezobowiązaniu użytkownika końcowego do korzystania z usług, które są dla niego zbędne,
 4. obowiązek, o którym mowa w art. 46 ust. 3 pkt 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na przedstawianiu do zatwierdzenia przez Prezesa UKE cenników i regulaminów świadczenia usług przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych, z wyłączeniem konsumentów,
 5. obowiązek, o którym mowa w art. 46 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na nieograniczaniu konkurencji poprzez ustalanie cen usług zaniżonych w stosunku do kosztów ich świadczenia, w zakresie usługi utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych, z wyłączeniem konsumentów.
- IV. Określam termin uchylecia obowiązków regulacyjnych, o których mowa w pkt III.1-5, na dzień doręczenia Orange Polska S.A. decyzji.
- V. Decyzja, stosownie do art. 206 ust. 2aa Pt w związku z art. 206 ust. 2 pkt 2 Pt, podlega natychmiastowemu wykonaniu.

¹ W dalszej części niniejszej decyzji zamiennie stosowane będą nazwy „Orange”, „Orange Polska S.A.”, „OPL” oraz „Spółka” na określenie Orange Polska S.A., w tym także działającej poprzednio pod nazwą Telekomunikacja Polska S.A. i zwanej dalej również „TP” lub „TP S.A.”.

VI. Załącznik nr 1 – Dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa – stanowi integralną część Decyzji.

UZASADNIENIE

1. Przebieg postępowania

1. W związku z rozpoczęciem analizy krajowego rynku świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów, począwszy od dnia 1 lutego 2017 r. Prezes UKE zwracał się do przedsiębiorców telekomunikacyjnych o przekazanie niezbędnych informacji. Do analizy użyto także informacji przekazywanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych w ramach obowiązku określonego w art. 7 ust 2 Pt, a także udostępnianych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych na oficjalnych stronach internetowych.
2. Pismem z dnia 8 grudnia 2017 r. Prezes UKE zawiadomił OPL o wszczęciu postępowania w sprawie:
 - a. 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, zwanego dalej „rynkiem właściwym”,
 - b. ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą,
 - c. 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,
 - d. utrzymania, zmiany albo uchylecia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą.
3. Pismem z dnia 11 stycznia 2018 r. (wpływ do UKE 16 stycznia 2018 r.), Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji (zwana dalej „KIGEiT”) złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w toczącym się postępowaniu.
4. Pismem z dnia 15 stycznia 2018 r. (wpływ do UKE 23 stycznia 2018 r.), Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (zwana dalej „PIIT”) złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w toczącym się postępowaniu.

5. Pismem z dnia 21 grudnia 2017 r. (wpływ do UKE 24 stycznia 2018 r.), Polska Izba Komunikacji Elektronicznej (zwana dalej „PIKE”) złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w toczącym się postępowaniu.
6. Pismami z dnia 14 lutego 2018 r. Prezes UKE postanowił o dopuszczeniu KIGEiT i PIIT do udziału w postępowaniu.
7. Pismem z dnia 19 lutego 2018 r. Prezes UKE postanowił o dopuszczeniu PIKE do udziału w postępowaniu.
8. W dniach 22 lutego – 24 marca 2018 r. Prezes UKE przeprowadził konsultacje projektu decyzji.

Ustalenia Prezesa UKE są następujące.

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 2017 poz. 2062, z późn. zm., dalej „Megaustawa”).

Na wstępie należy odnieść się do zmiany firmy strony niniejszego postępowania, tj. zmiany firmy OPL z: „Telekomunikacja Polska S.A.” na „Orange Polska S.A.”. W ramach prowadzonego postępowania Prezes UKE na podstawie danych z Krajowego Rejestru Sądowego ustalił, że wspomniana zmiana firmy nastąpiła z dniem 31 grudnia 2013 r., tj. z chwilą wpisu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (sygn. akt: Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego: WA.XII NS-Rej.KRS/66229/13/931). W świetle art. 12 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1577, z późn. zm., dalej „ksh”) z chwilą wpisu do rejestru spółka akcyjna uzyskuje osobowość prawną i staje się podmiotem praw i obowiązków aż do czasu wykreślenia spółki z rejestru w związku z jej likwidacją. Jednocześnie, zgodnie z art. 321 § 1 ksh, każda zmiana obligatoryjnych elementów statutu spółki akcyjnej podlega zgłoszeniu do sądu rejestrowego i jest wpisywana do rejestru, nie prowadząc natomiast do wykreślenia spółki z rejestru i jej likwidacji. W świetle powyższych okoliczności należy wskazać, że sama zmiana firmy, pod którą funkcjonuje obecnie OPL, nie doprowadziła do zmiany podmiotu, którego dotyczyła Decyzja 2012.

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 na tym rynku właściwym występowanie skutecznej konkurencji,
 - c) uchyła 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.

W momencie wszczęcia niniejszego postępowania administracyjnego oraz przeprowadzania postępowania konsultacyjnego obowiązywały Wytyczne Komisji Europejskiej nr 2002/C 165/03 w sprawie analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej zgodnie z ramami regulacyjnymi Wspólnoty dotyczącymi sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE C 165, z dnia 11 lipca 2002 r. str. 6 - 31). Z kolei na chwilę wydania decyzji obowiązujące 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, 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 powyżej². Oznacza to, że pozycja dominująca nie musi opierać się na stwierdzeniu łącznego występowania wszystkich kryteriów wymienionych w Wytycznych Komisji.

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:

- 1) niską elastyczność popytu,
- 2) podobne udziały rynkowe,
- 3) wysokie prawne lub ekonomiczne bariery dostępu do rynku,

² Wytyczne Komisji (motyw 58): „Jeśli powyższe kryteria uwzględnia się osobno, niekoniecznie muszą one decydować o ustaleniu znaczącej pozycji rynkowej. Takie ustalenie musi opierać się na kombinacji czynników.”.

- 4) integrację pionową, której towarzyszy zbiorowa odmowa dostaw,
 - 5) brak równoważącej siły nabywczej,
 - 6) 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 nierozdzielnie 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 zмовy 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, przyjęcie – 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, 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 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*). Wobec powyższego Prezes UKE wskazuje, że nie istnieją stanowiska BEREC, których zastosowanie byłoby możliwe w toku niniejszego postępowania na przedmiotowym rynku właściwym.

2. Definicja rynku właściwego

2.1. Prawne podstawy określenia rynku właściwego

Przez „rynek właściwy” rozumie się zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r. poz. 229, 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. Regulacja rynku świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów (sieci telefonicznej w stałej lokalizacji) została wymieniona w załączniku Zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 11 lutego 2003 r. w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante*.

Wytyczne Komisji, 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.

Z kolei Zalecenie Komisji Europejskiej z dnia 9 października 2014 r. w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* (Dz.Urz. UE L 295 z 2014 r., dalej również „Zalecenie 2014”) wskazuje kryteria, których łączne spełnienie oznacza, że dany rynek podlega regulacji *ex ante* przez Prezesa UKE. Do tych kryteriów zostało zaliczone:

- a) występowanie trudnych do przewyciężenia i niemających przejściowego charakteru barier strukturalnych lub prawno-regulacyjnych w dostępie do rynku;
- b) istnienie struktury rynku, która nie sprzyja osiągnięciu skutecznej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym, przy uwzględnieniu stanu konkurencji infrastrukturalnej i innych rodzajów konkurencji z pominięciem barier w dostępie do rynku;
- c) przepisy wyłącznie prawa konkurencji są niewystarczające do odpowiedniego zaradzenia stwierdzonym nieprawidłowościom w funkcjonowaniu rynku.

Kryteria te stosuje się łącznie, a więc niespełnienie choćby jednego z nich oznacza, że rynek nie może podlegać regulacji *ex ante*.

Zgodnie z Zaleceniem 2014 (str. 79), należy poddać testowi trzech kryteriów również rynki wymienione w Zaleceniu z 2003 r. oraz z 2007 r.³

Mając na uwadze wskazane zapisy Zalecenia 2014, celem niniejszego postępowania było zweryfikowanie, poprzez przeprowadzenie testu trzech kryteriów i ocenę występowania znaczącej pozycji rynkowej, czy ze względu na sytuację rynkową, rynek świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem

³ Motyw 22 Zalecenia 2014 „Krajowe organy regulacyjne powinny również przeprowadzać ocenę spełniania wspomnianych trzech kryteriów w odniesieniu do tych rynków wymienionych w załącznikach do zalecenia 2003/311/WE z dnia 11 lutego 2003 r. [Zalecenia 2003] oraz zalecenia 2007/879/WE z dnia 17 grudnia 2007 r. [Zalecenia 2007], które nie są już wymienione w załączniku do niniejszego zalecenia [a zatem m.in. krajowy rynek świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów], jeśli rynki te są obecnie objęte regulacją w związku z okolicznościami krajowymi, tak, aby ocenić, czy – w świetle danych okoliczności krajowych – rynki te nadal powinny podlegać regulacji *ex ante*”.

konsumentów nadal jest niekonkurencyjny i czy w rezultacie powinien nadal podlegać regulacji ex ante. Negatywna odpowiedź na to pytanie, winna prowadzić do uchylecia obowiązków regulacyjnych ciążących na Telekomunikacji Polskiej S.A. (obecnie OPL) na mocy Decyzji 2012.

2.2. Rynek produktowy na szczeblu detalicznym

Zgodnie z Wytycznymi Komisji w skład właściwego rynku produktowego wchodzi wszystkie te produkty lub usługi, które charakteryzuje wystarczająca wymiennność lub zastępowalność, nie tylko w sensie ich cech obiektywnych, ich cen lub przeznaczenia, lecz również z racji warunków konkurencji lub struktury popytu i podaży 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 podobnie.

W Nocie wyjaśniającej do Zalecenia 2014 (zwana dalej również „Notą wyjaśniającą”), rynek właściwy został zdefiniowany: *„jako dostęp do publicznej sieci w stałej lokalizacji dla klientów indywidualnych i instytucjonalnych i jest ostatnim rynkiem detalicznym uznanym w zaleceniu z 2007 r. w sprawie rynków właściwych za podlegający regulacji ex ante. Określenie „publiczna sieć telefoniczna” odnosi się do sieci z komutacją łączy (publiczna komutowana sieć telefoniczna lub „PSTN”). Jak opisano powyżej, a także jak ujęto w zaleceniu z 2007 r., stacjonarny dostęp wąskopasmowy może być także zapewniany przez inne sieci, takie jak sieci xDSL, światłowodowe lub kablowe.”* Dla potrzeb niniejszej decyzji przedmiotowy rynek określony został jako rynek świadczenia usług przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów.

Pomijając kwestię wyodrębnienia rynków na podstawie kryterium dwóch różnych kategorii odbiorców usług, która zostanie szerzej omówiona w dalszej części uzasadnienia, należy zwrócić uwagę, iż zdefiniowanie rynku poprzez wskazanie usług, jakie są w jego ramach świadczone (tak jak zostało to uczynione w niniejszej decyzji) pozwala na bardziej precyzyjne jego określenie i zminimalizowanie ewentualnych wątpliwości interpretacyjnych co do jego rzeczywistego zakresu. Podejście takie jest przy tym spójne z brzmieniem Zalecenia 2014, bowiem jak wynika z przedstawionego powyżej fragmentu Noty wyjaśniającej, stanowiącej swego rodzaju wykładnię zapisów Zalecenia 2014 pod pojęciem „dostępu” na omawianym rynku rozumie się świadczenie usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych. Z ww. powodu w dalszej części decyzji oba pojęcia tj. „rynek dostępu” oraz „rynek przyłączenia i utrzymania w gotowości” są stosowane zamiennie.

Na analizowany rynek właściwy składają się usługi przyłączenia do sieci polegające na fizycznym doprowadzeniu do lokalu łącza telekomunikacyjnego. Doprowadzenie łącza często wiąże się z poniesieniem przez abonenta dodatkowej opłaty z tego tytułu. Zrealizowanie zamówienia na przyłączenie do sieci i jego skuteczne zrealizowanie ma skutek dla operatora w postaci powstania obowiązku, jakim jest utrzymanie łącza w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Mając powyższe na uwadze, Prezes UKE przed określeniem zakresu produktowego krajowego rynku świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów przeanalizował odpowiadający mu rynek na szczeblu detalicznym.

1) Usługa przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych

Na analizowanym rynku operatorzy uzyskują przychody ze świadczenia następujących usług:

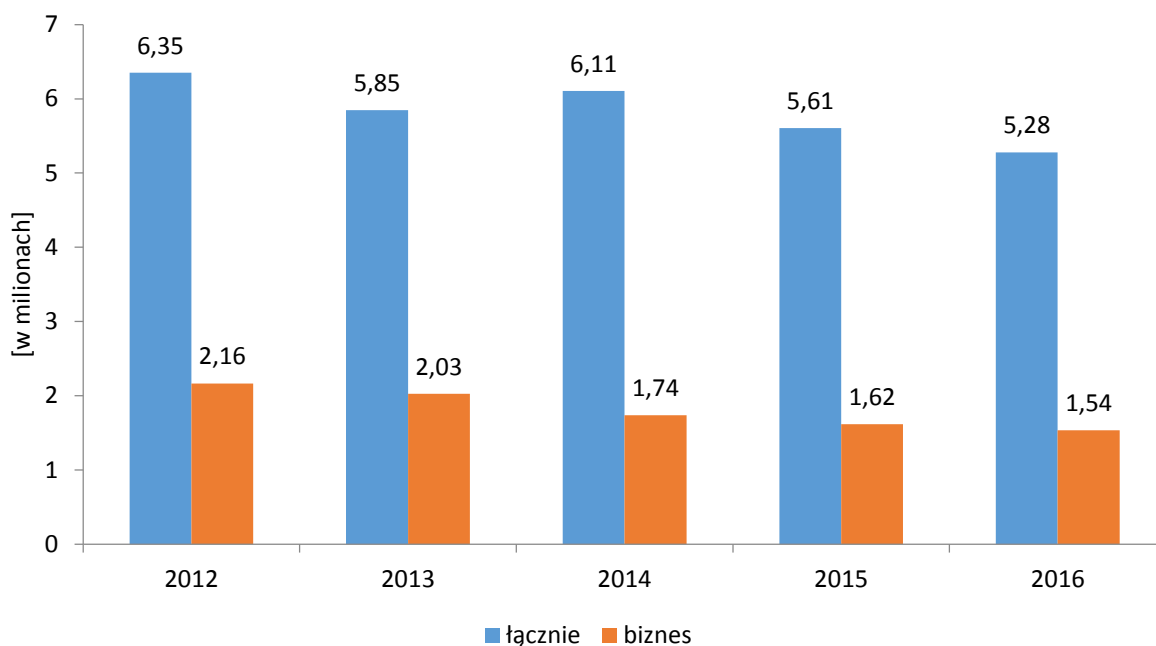
- przyłączenia do sieci (wyrażone w jednorazowej opłacie instalacyjnej),
- utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych (wyrażone w okresowych opłatach abonamentowych).

Usługa dostępu do publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji obejmuje zatem świadczenie usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych. Usługi przyłączenia i utrzymania w gotowości realizuje się przy wykorzystaniu:

- łączy z dostępem analogowym POTS (w tym także łączy bezprzewodowych)
- łączy cyfrowych (PRA i BRA),
- łączy telewizji kablowej,
- łączy radiowych (wireless local loop)
- łączy światłowodowych FTTH,
- łączy w technologii xDSL.

Analizowany rynek właściwy w najwłaściwszy sposób może być charakteryzowany przez liczbę łączy telefonii stacjonarnej. Na podstawie corocznej sprawozdawczości Prezes UKE posiada informacje o kształtowaniu się tej wartości na przestrzeni ostatnich lat. W latach 2012 – 2016 analizowana wartość zmalała o 16,9% w odniesieniu do ogólnej liczby łączy telefonii stacjonarnej oraz o 29% odnosząc się do łączy posiadanych przez użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów.

Wykres 1 Liczba łączy telefonii stacjonarnej

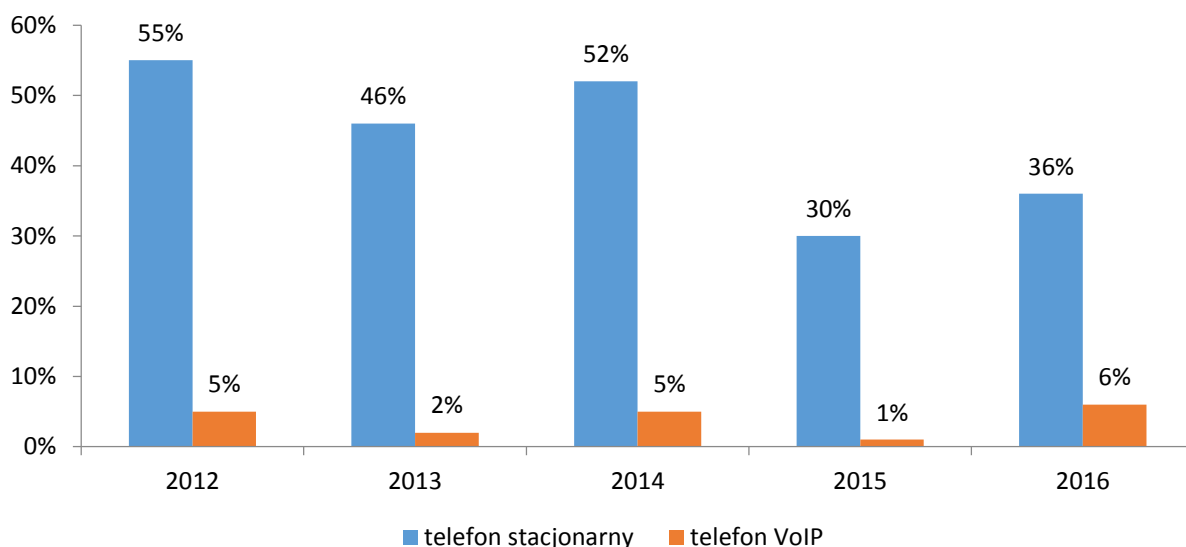


Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

Malejące znaczenie usług telefonii stacjonarnej znajduje również odzwierciedlenie w badaniach preferencji konsumenckich na rynku usług telekomunikacyjnych. Niemal corocznie odsetek osób korzystających z telefonii stacjonarnej maleje. Na przestrzeni pięciu lat odsetek osób deklarujących korzystanie z telefonu stacjonarnego zmalał o 19,2 pkt. procentowego z 55% w 2012 r. do 36% w 2016 r. natomiast najniższy deklarowany wskaźnik posiadania telefonu stacjonarnego odnotowano w 2015 r. – było to 30%.

Zgodnie z wynikami badania klientów instytucjonalnych posiadanie telefonii stacjonarnej w rozumieniu tradycyjnego łącza jest popularniejsze niż np. w technologii VoIP. Telefonia VoIP wyraźnie zyskała w ostatnim roku, kiedy to odsetek przedsiębiorców posiadających tego rodzaju rozwiązanie osiągnął 6%. Telefonia stacjonarna w rozumieniu tradycyjnym cieszyła się natomiast coraz mniejszym zainteresowaniem, które w latach 2012-2016 zmalało o 19 pkt. procentowych.

Wykres 2 Decyzje o tradycyjnej telefonii stacjonarnej oraz telefonii VoIP

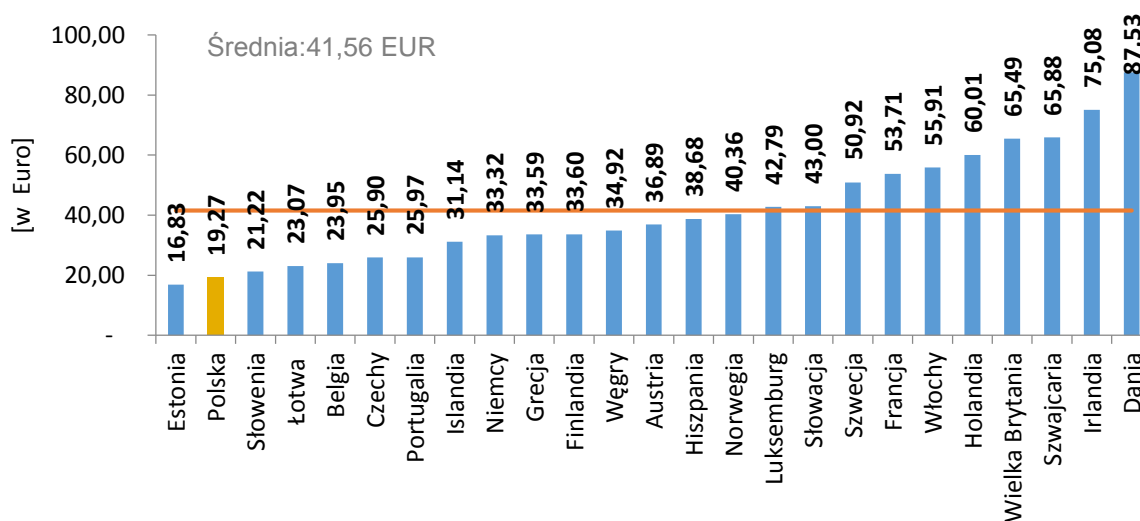


Źródło: UKE na podstawie corocznych badań konsumenckich klientów instytucjonalnych

Istotnym aspektem analizy przedmiotowego rynku są powody korzystania z telefonii stacjonarnej. Wyniki ostatniego badania klientów instytucjonalnych pokazują, że corocznie dla firm korzystanie z tego rodzaju formy komunikacji jest korzystne ze względu na „*ułatwienie funkcjonowania firmy*” – 59% oraz, że „*przyzwyczajenia posiadanie numery stacjonarnego podnosi wiarygodność firmy*” – 41%.

Korzystanie z usług telefonii stacjonarnej wiąże się z ponoszeniem stałej miesięcznej opłaty abonamentowej. Zgodnie z zestawieniem przygotowanym przez Strategy Analytics, wśród wybranych państw europejskich, użytkownicy końcowi z wyłączeniem konsumentów ponoszą miesięczny stały koszt za korzystanie z telefonii stacjonarnej na poziomie 19,27 Euro. Plasuje to Polskę na drugim miejscu, z miesięcznym kosztem poniżej średniej unijnej wynoszącej 41,56 Euro.

Wykres 3 Koszt stałej miesięcznej opłaty za korzystanie z telefonii stacjonarnej dla użytkowników z wyłączeniem konsumentów



Uwaga: stan bazy na maj 2017 r. W odniesieniu do Polski wybrana została oferta Orange Plan Firmowy.

2) Dostęp do usługi z wykorzystaniem technologii VoIP

Poza usługami rozumianymi jako tradycyjne łącza telefoniczne abonent ma również możliwość uzyskania przyłączenia do usług telefonii stacjonarnej w ramach technologii VoIP. Dostęp ten może odbywać się:

- a. poprzez numer końcowy PSTN;
- b. poprzez numer dostępu do usług (NDS);
- c. poprzez usługi telefoniczne świadczone we własnych sieciach przez operatorów dostępowych sieci IP obejmujące połączenia głosowe do/od użytkowników PSTN (z wykorzystaniem do adresacji użytkowników numeracji z Planu Numeracji Krajowej dla Publicznych Sieci Telefonicznych);
- d. poprzez usługi telefoniczne świadczone przez dostawców usług przy wykorzystaniu dostępowych sieci IP innych operatorów, obejmujące połączenia głosowe od/do użytkowników PSTN (z wykorzystaniem do adresacji użytkowników numeracji z Planu Numeracji Krajowej dla Publicznych Sieci Telefonicznych).

Usługi głosowe VoIP opierają się na wykorzystaniu łącza internetowego do przesyłania głosu poprzez protokół IP. W toku niniejszej analizy rynku ustalono, że:

- telefonia VoIP jest usługą połączeń telefonicznych realizowanych z wykorzystaniem technologii IP świadczoną użytkownikom posiadającym dostęp do Internetu (tzw. VoIP niezarządzany) lub świadczoną przez operatora w dedykowanym paśmie transmisji danych (tzw. VoIP zarządzany),
- usługa połączeń telefonicznych w sieci stacjonarnej świadczona poprzez protokół IP jest oferowana przez niemalże wszystkich operatorów TVK,
- równocześnie coraz więcej operatorów działających na łączach xDSL dokonuje migracji swoich klientów do ww. usługi.

Obecnie obserwowane jest zjawisko zmniejszania się rynku telefonii stacjonarnej kosztem telefonii komórkowej i VoIP. Operatorzy wchodzący na rynek rozwijają głównie sieci dostępowe nowej generacji, gdyż obecnie rozbudowa tradycyjnej sieci PSTN stała się nieopłacalna i znacznie zmienił się profil oferowanych usług, w związku z czym właściciele tradycyjnych sieci PSTN inwestują duże środki na modernizację (np. poprzez skracanie lokalnej pętli miedzianej, zainstalowanie nowych urządzeń aktywnych) w celu zwiększenia przepustowości lub ich replikację przez nowocześniejsze media przesyłowe. Dzięki rozwojowi sieci szerokopasmowych przystosowanych do modelu All-IP postępuje migracja klientów usług głosowych w stałej lokalizacji z sieci PSTN do sieci IP. Uznać można, że obecnie usługa VoIP stanowi w pełni substytut tradycyjnej technologii analogowej i cyfrowej i jej naturalną ewolucję technologiczną

Przyłączenie do usług telefonii stacjonarnej w technologii VoIP odbywa się poprzez wprowadzenie do lokalu łącza internetowego w dowolnej, pozwalającej uzyskać zamierzony

efekt technologii. Efektem takiego podejścia jest możliwość przyłączenia lokali nieobjętych stacjonarną siecią teleinformatyczną, poprzez wykorzystanie np. łączy radiowych.

Precyzyjne zdefiniowanie telefonii VoIP⁴ w Polsce często napotyka na trudności z powodu złożoności samej usługi oraz istniejących różnic w sposobie wykorzystania technologii VoIP. Na potrzeby niniejszej analizy rynku określonego jako rynek świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów należałoby przyjąć, że telefonia VoIP jest usługą połączeń telefonicznych realizowanych z wykorzystaniem technologii IP świadczoną użytkownikom posiadającym dostęp do Internetu, związanych z operatorem umową i płacących miesięczny abonament za tę usługę. Korzystanie z usługi wymaga posiadania odpowiedniego urządzenia końcowego – komputera z zainstalowaną odpowiednią aplikacją lub aparatu telefonicznego wyposażonego w funkcję SIP (ang. Session Initiation Protocol).

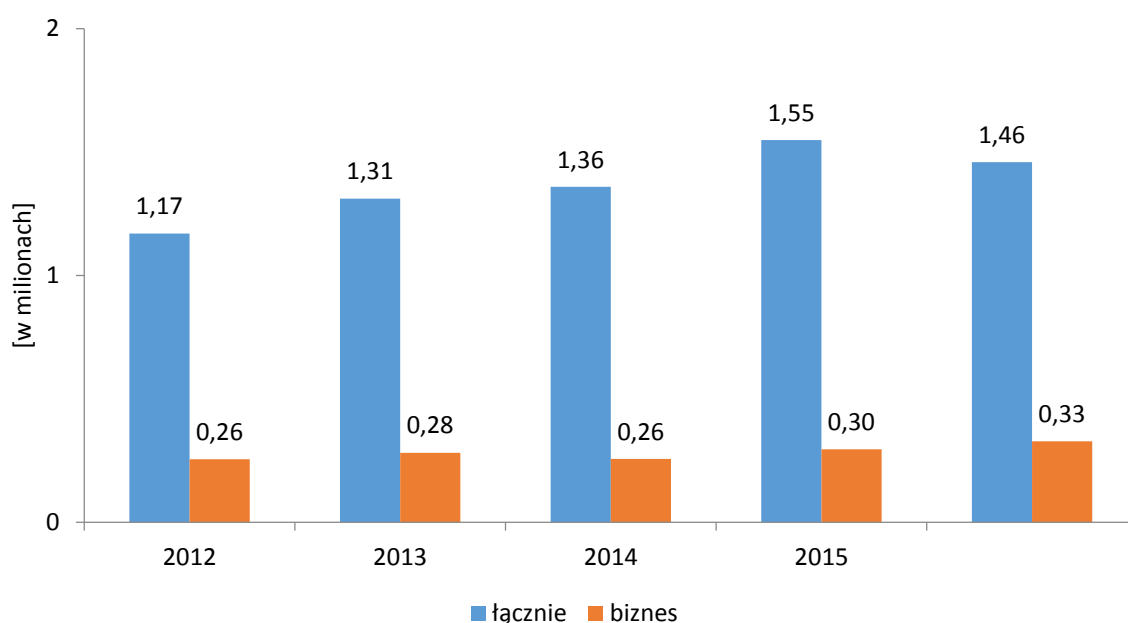
Na potrzeby niniejszej analizy wzięto pod uwagę jedynie operatorów, którzy są wpisani do Rejestru Przedsiębiorców Telekomunikacyjnych (dalej RPT). Zatem usługi świadczone np. za pośrednictwem komunikatorów internetowych (Skype, Google Voice, Facebook Messenger oraz szeregu innych) nie zostały uwzględnione.

Wyłączenie z zakresu produktowego rynku świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów w ramach telefonii VoIP miało miejsce przy decyzjach regulacyjnych Prezesa UKE z dnia 8 sierpnia DART-SMP-6040-2/12(37). Ze względu na istniejące ograniczenia przy pozyskaniu usługi, jak np. konieczność posiadania szerokopasmowego dostępu do Internetu jako usługi komplementarnej, niewielką jej popularność czy wysokie koszty przejścia z telefonii stacjonarnej w rozumieniu klasycznym na technologię VoIP te usługi nie mogły zostać uznane za substytucyjne na ww. rynkach. Zmiany w sposobie wykorzystywania łącza dostępowego, a także ewolucja cen za poszczególne usługi przemawiają za podjęciem analizy tego rodzaju dostępu w kontekście omawianego rynku właściwego.

Wzrost zainteresowania użytkowaniem telefonii internetowej (VoIP) jest zauważalny w danych bezwzględnych mówiących o liczbie użytkowników korzystających z tego rozwiązania. Ostatnie pięć lat to wzrost liczby użytkowników usługi o 28,2% w odniesieniu tylko do klientów instytucjonalnych oraz o 24,8% biorąc pod uwagę cały rynek. Systematyczna, niezachwiana tendencja wzrostowa, z 0,26 mln abonentów na koniec 2012 r. do 0,33 mln w 2016 r. pokazuje, że usługa ta cieszy się niestąbnym zainteresowaniem.

⁴ VoIP – ang. Voice over Internet Protocol

Wykres 4 Łączna liczba użytkowników telefonii VoIP oraz liczba użytkowników z wyłączeniem konsumentów

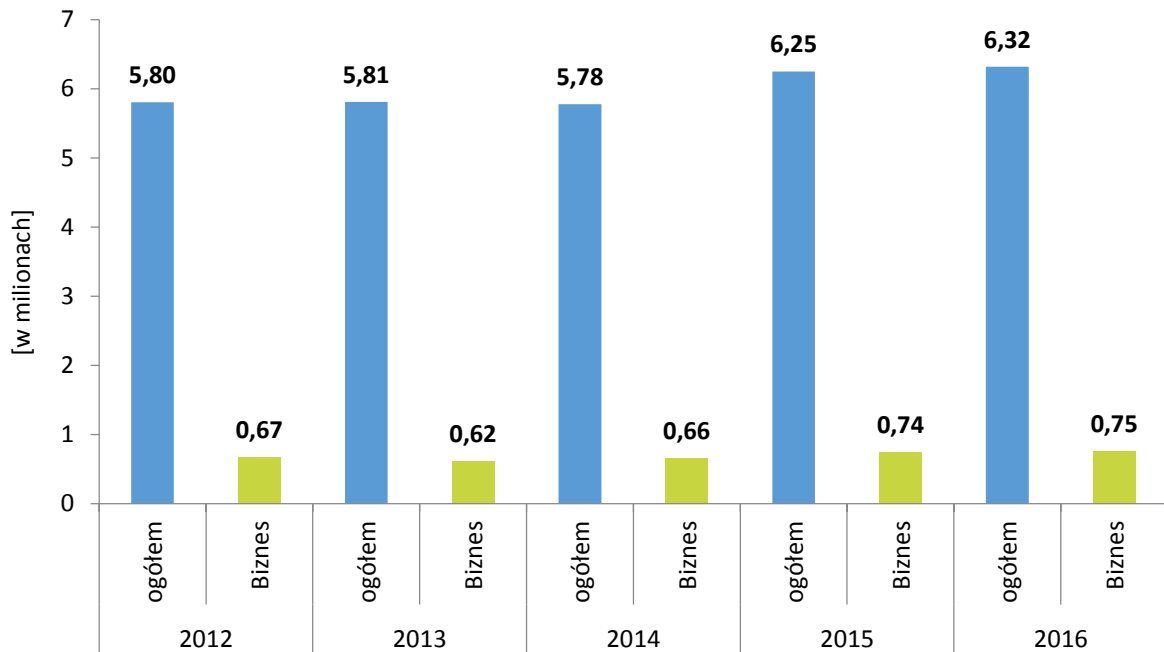


Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

Przyłączenie do sieci IP nie wiąże się z dodatkowymi kosztami, ponieważ często jest to usługa pakietowa. Telefon stacjonarny działający w oparciu o technologię VoIP występuje najczęściej w wielu pakietach usług. Klient nabywając pakiet usług jak np. Internet, telewizję oraz telefon stacjonarny często może być nieświadomy w jakiej technologii zostało wykonane przyłączenie do sieci telefonicznej. Taka oferta jest konstruowana głównie przez operatorów TVK, ale i przez inne podmioty. Usługi kupowane w pakietach zdobywają coraz szersze grono odbiorców. W 2016 r. różnego rodzaju warianty usług wiązanych posiadało 7,86 mln abonentów. Wśród najpopularniejszych wariantów znalazła się telefonia stacjonarna, która była składową co dziesiątej aktywacji.

Jedną z istotnych, podnoszonych w przeszłości barier dostępu do usługi przyłączenia telefonii stacjonarnej w technologii VoIP był zasięg sieci Internet oraz niska popularność usługi dostępu do Internetu zarówno w technologii stacjonarnej jak i bezprzewodowej. W ciągu ostatnich pięciu lat liczba użytkowników dostępu do Internetu stacjonarnego wzrosła o 8,9% w odniesieniu do łącznej liczby użytkowników posiadających Internet, oraz o 12,9% w przypadku użytkowników instytucjonalnych. W wartościach bezwzględnych wzrost nastąpił więc odpowiednio o 514 tys. oraz 86 tys., użytkowników.

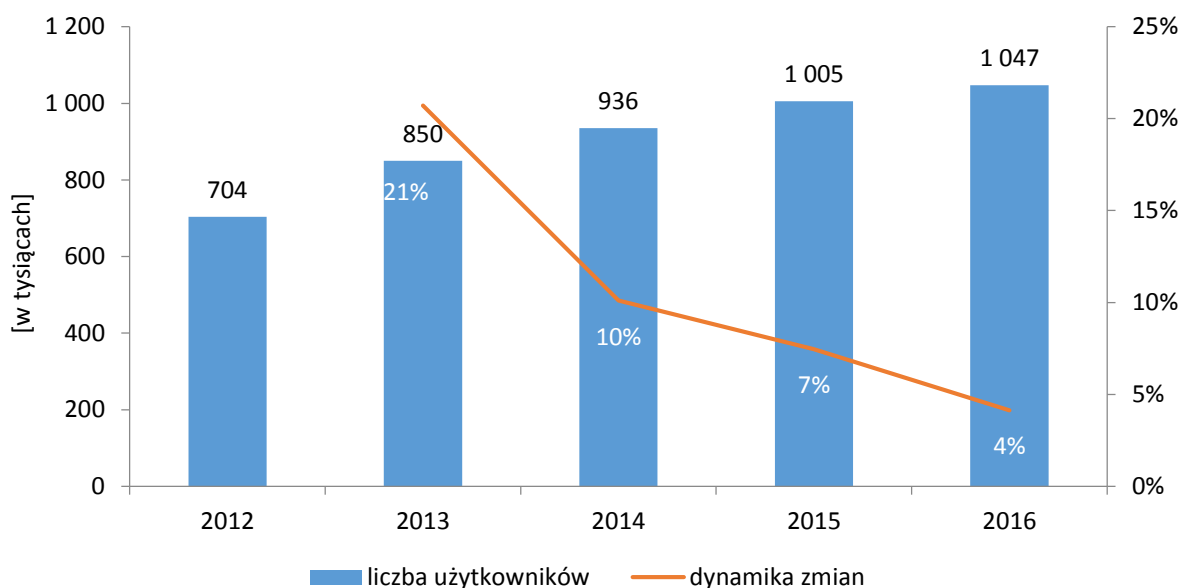
Wykres 5 Liczba użytkowników dostępu do Internetu stacjonarnego



Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

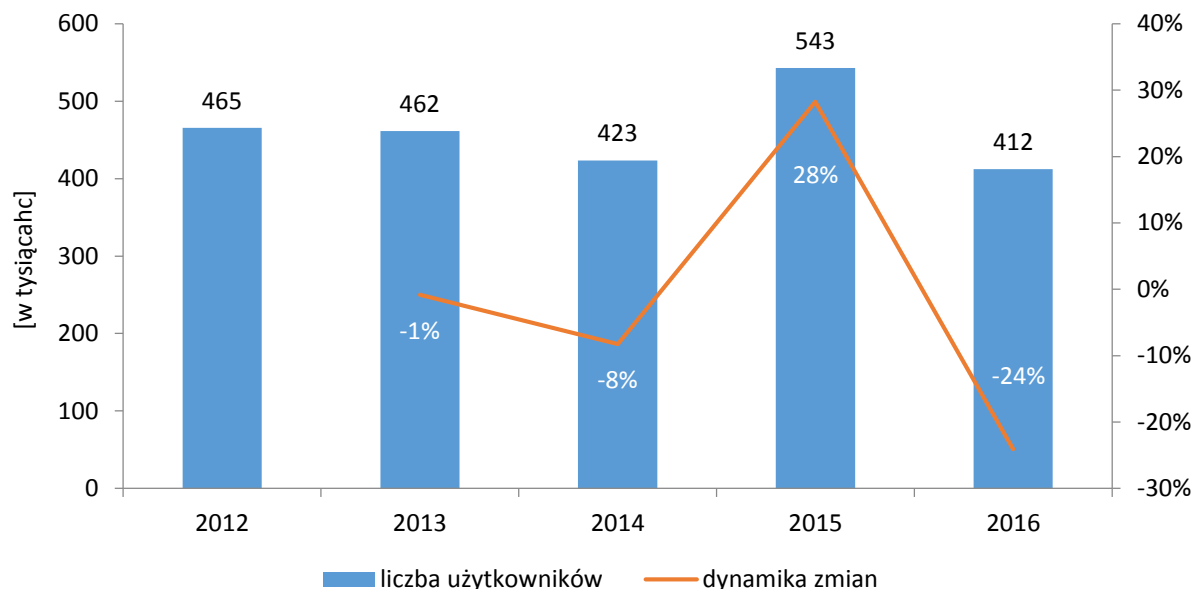
Liczba użytkowników usług VoIP świadczonych we własnej sieci już w 2015 r. przekroczyła 1 mln osób, co oznacza wzrost na poziomie 7% w porównaniu do 2014 r. 2016 r. potwierdził trend wzrostowy, jednak z nieco niższą dynamiką zmian na poziomie 4% względem końca 2015 r. W przypadku usługi dostarczanej za pośrednictwem sieci innego operatora liczba abonentów wyniosła 0,41 mln. Wskaźnik ten był niższy o 24% od tego zanotowanego rok wcześniej.

Wykres 6 Liczba użytkowników telefonii VoIP w ramach własnej sieci operatorów



Źródło: Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

Wykres 7 Liczba użytkowników telefonii VoIP w ramach sieci operatorów innego operatora

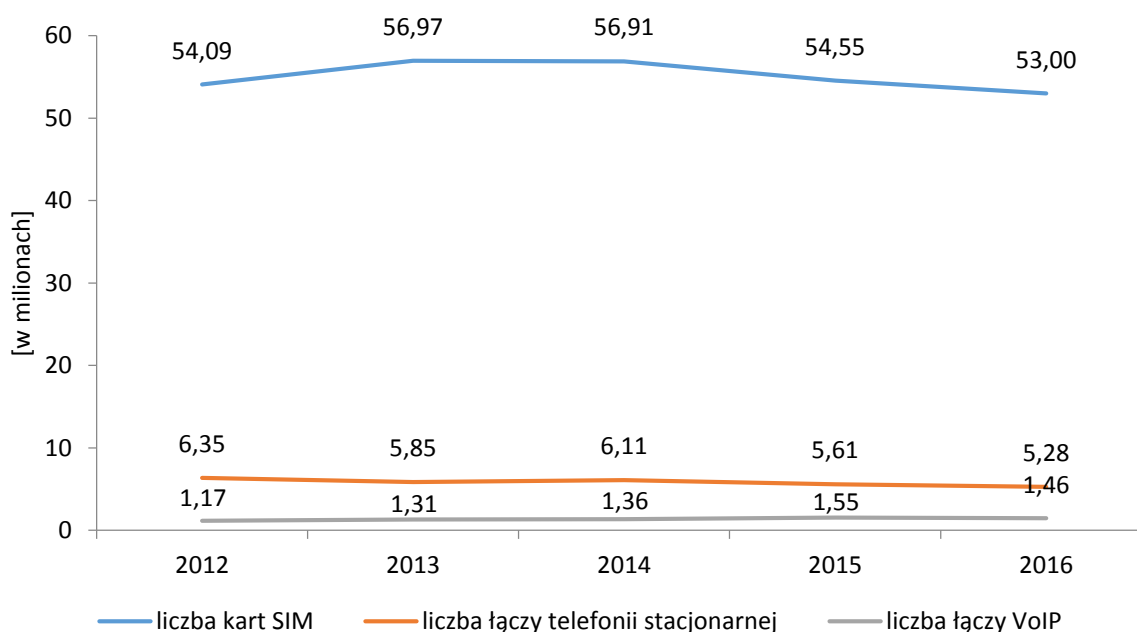


Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

3) Dostęp do usługi z wykorzystaniem technologii mobilnych

Usługi telefonii mobilnej są zdecydowanie najpopularniejszą formą telekomunikacji. Powszechność dostępu oraz ciągle rozwijane technologie mają odzwierciedlenie w nasyceniu usługą. Na koniec 2016 r. 144,2% mieszkańców kraju korzystało z telefonii mobilnej. Oznacza to, że statystycznie, każda osoba w kraju, niezależnie od wieku posiadała ponad jedną kartę SIM. Żadna z omówionych wyżej form dostępu nie charakteryzowała się taką popularnością. Usługa mobilna przez szereg lat zdobywała coraz to więcej użytkowników, wobec odwrotnego trendu w przypadku klasycznej telefonii stacjonarnej, gdzie liczba łącz systematycznie maleje. Utrzymująca się od dwóch lat tendencja spadkowa w nasyceniu usługami telefonii mobilnej wynika jedynie z działań podjętych przez operatorów, którzy wykluczają ze swoich baz nieużywane karty SIM, a także zmian w przepisach prawa i wprowadzenia rejestracji kart prepaid.

Wykres 8 Liczba kart SIM telefonii mobilnej oraz liczba łączy tradycyjnej telefonii stacjonarnej i telefonii stacjonarnej w technologii VoIP



Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

Presja substytucyjna ze strony telefonii mobilnej jest zauważalna na wielu płaszczyznach. Oprócz różnicy w liczbie użytkowników znaczące różnice zauważalne są również w przypadku wolumenu ruchu generowanego za pośrednictwem każdego z rodzajów dostępu.

Telefonia mobilna to usługa o ugruntowanej pozycji na krajowym rynku. Jest to forma komunikacji corocznie wskazywana jako najpopularniejsza⁵. Najniższy poziom nasycenia, osiągnięty w latach 2013 i 2014 to 89%. Jednakże w 2015 r. różnica między deklarowanym posiadaniem telefonu komórkowego (97%), a telefonu stacjonarnego (30%) wyniosła aż 67 pkt. procentowych. Jednocześnie linia trendu wskazuje, że ta różnica będzie się pogłębiać.

Należy też wspomnieć o fakcie, że operatorzy MNO/MNVO na bazie sieci mobilnej w ostatnich latach uruchomili możliwość świadczenia usług konwergentnych w stałej lokalizacji, które obejmują swoim zasięgiem obszar prawie całego kraju. Usługa telefonii w stałej lokalizacji na bazie infrastruktury mobilnej zazwyczaj jest tańsza dla użytkownika końcowego, co nierzadko skłania odbiorców biznesowych instytucjonalnych do przeniesienia swoich numerów do operatorów mobilnych. Informacje pozyskane z rynku wskazują, że dotychczasowi operatorzy usługi hurtowej WLR na sieci PSTN zainteresowani są przeniesieniem własnych klientów na usługi w dostępie radiowym realizowanym poprzez WLL⁶ lub w pełni poprzez sieć GSM⁷ operatorów MNO. W 2016 roku z alternatywnych do WLR usług mobilnych skorzystali tacy operatorzy jak Telestrada, TelePL i Telekomunikacja dla Domu. Baza abonencka WLR wymienionych operatorów znacznie eroduje na korzyść WLL i MNO, jednakże nie całkowicie, gdyż pozostawiają oni klientowi wybór w zakresie technologii dostępowej. Przypadki te dowodzą istnienia realnej alternatywy rynkowej dla

⁵ Zgodnie z corocznym badaniem klientów instytucjonalnych przeprowadzanych na zlecenie UKE.

⁶ WLL ang. Wireless Local Loop – bezprzewodowa pętla abonencka.

⁷ ang. *Global System for Mobile Communications* - obecnie najpopularniejszy standard telefonii komórkowej, w którym zarówno kanały sygnalizacyjne, jak i mowy są cyfrowe.

sieci telefonicznej operatora zasiedziałego i braku barier do korzystania z usług konwergentnych u operatorów mobilnych.

Postępująca konwergencja usług telekomunikacyjnych pozwala w sposób istotny zmniejszyć koszty świadczenia poszczególnych usług, ponieważ operator może je zaoferować w ramach jednej platformy, nie jest zmuszony do rozwoju odrębnej infrastruktury technicznej dla potrzeb świadczenia każdej z nich. Wynikiem konwergencji usług telekomunikacyjnych i wspomnianego wcześniej rozwoju sieci VoIP jest fakt, że konkurentami operatora zasiedziałego stają się w coraz większym stopniu, obok przedsiębiorstw świadczących przede wszystkim usługi telekomunikacyjne, operatorzy, których podstawowym obszarem działalności nie jest dostarczanie usług telefonii stacjonarnej. Trend ten w ostatnich latach w szczególności widoczny jest w przypadku operatorów telewizji kablowej (TVK⁸).

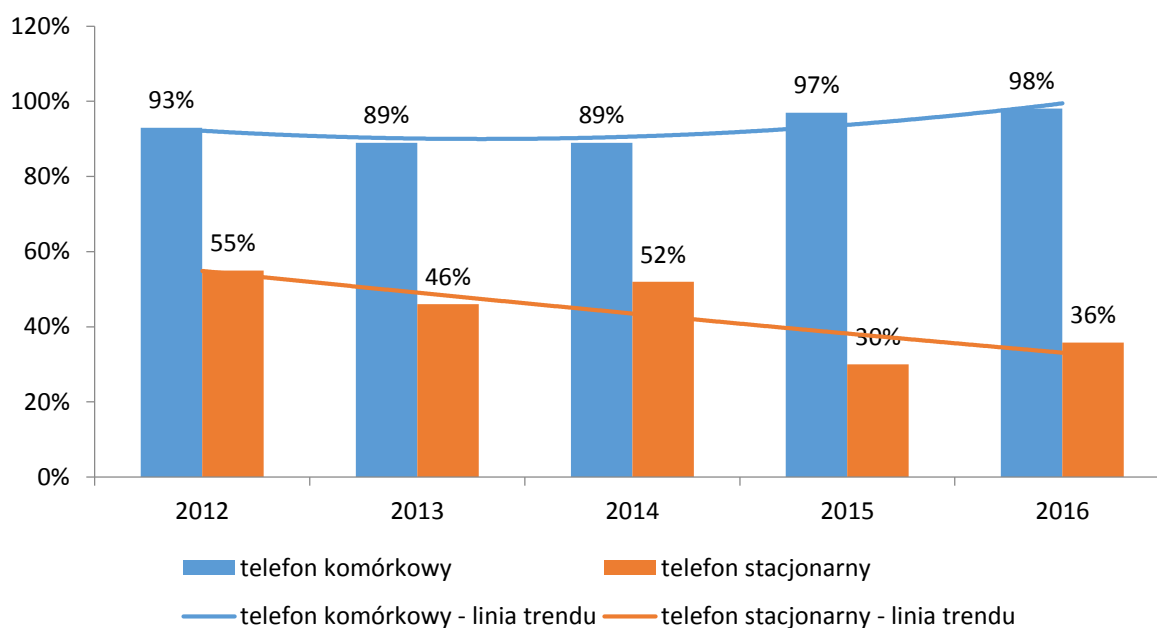
Zgodnie z motywem 15 Zalecenia 2014 *„Przyczyną rozwoju rynku może być na przykład postęp techniczny lub konwergencja produktów i rynków, która może prowadzić do presji konkurencyjnej między operatorami działającymi na różnych rynkach produktów”*. Ostatnie lata dynamicznego rozwoju usług mobilnych przyniosły skutek w postaci zatarcia się różnic w jakości świadczonych usług pomiędzy telefonią stacjonarną a mobilną. Argumentacja o lepszej jakości usług realizowanych za pomocą rozwiązań stacjonarnych traci na znaczeniu. Operatorzy mobilni rozwijając swoje sieci oferują zasięg każdej technologii niemal 100% populacji kraju. Co więcej dzięki korzystaniu z HD Voice⁹ znacząco podnosi się jakość świadczonej usług głosowej. Operatorzy telefonii mobilnej coraz częściej pozwalają też korzystać swoim abonentom z usługi VoWiFi¹⁰, która umożliwia wykonywanie połączeń głosowych będąc w zasięgu bezprzewodowego internetu.

⁸ publiczna sieć telekomunikacyjna przeznaczona do rozpowszechniania lub rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych

⁹ To tzw. dźwięk szerokopasmowy – standard audio pozwalający na przesyłanie dwukrotnie szerszego zakresu dźwięku w porównaniu ze standardową transmisją. Zapewnia to lepszą jakość połączeń głosowych.

¹⁰ Usługa pozwalająca na wykonywanie połączeń głosowych po połączeniu telefonu z siecią WiFi. Połączenie jest realizowane z wykorzystaniem sieci Internet

Wykres 9 Posiadanie telefonu komórkowego oraz telefonu stacjonarnego



Źródło: UKE na podstawie badań klientów instytucjonalnych przeprowadzonych w latach 2012 – 2016

Usługi mobilne stają się coraz popularniejsze również dzięki wprowadzeniu pakietów usług, gdzie za stałą miesięczną opłatą abonamentową abonent może wykonywać połączenia telefoniczne bez limitu czasu ich trwania, a sam jednostkowy koszt minuty połączenia również sukcesywnie maleje.

Wreszcie przyłączenie abonenta do sieci mobilnej jest mniej problematyczne niż w przypadku sieci stacjonarnej. Zakup terminala i uiszczenie ewentualnej opłaty aktywacyjnej to jedyne niezbędne kroki potrzebne do uzyskania przyłączenia do sieci mobilnej. W przypadku dostępu stacjonarnego, szczególnie na obszarach o rozdrobnionej infrastrukturze należy poprowadzić dostęp kablowy, wykonać montaż gniazda telefonicznego, zakupić odpowiedni terminal oraz uiszczyć opłatę aktywacyjną. Wiąże się to z wydłużeniem całego procesu, a także wzrostem kosztów związanych z uzyskaniem dostępu.

Podsumowanie

Usługi w stałej lokalizacji oferowane za pomocą tradycyjnych łączy stacjonarnych (POTS/ISDN) oraz te, dostarczane za pomocą łączy szerokopasmowych (telefonia VoIP) są na obecnym etapie rozwoju rynku usługami substytucyjnymi. Możliwość wykonywania połączeń we wszystkich kierunkach, analogiczne plany taryfowe czy funkcjonalności świadczą o tym, że usługi te stały się postrzegane jako tożsame przez abonenta. Co więcej, abonent może nie być świadomy w jakiej technologii działa posiadane przez niego urządzenie stacjonarne, bowiem jeśli jest ono dostarczone przez producenta to budowa zewnętrzna obu urządzeń może być niemal identyczna. Stąd też Prezes UKE uznał za słuszne włączenie zarówno telefonii stacjonarnej rozumianej w sposób klasyczny (PSTN/ISDN), jak i szerokopasmowej (VoIP) w zakres produktowy analizowanego rynku właściwego. Należy dodać, że obecnie coraz częściej obserwowane jest nasilone zjawisko pomniejszania się rynku telefonii stacjonarnej kosztem telefonii komórkowej i VoIP. Operatorzy nie widzą sensu w rozbudowywaniu tradycyjnej sieci PSTN, gdyż ta stała się nieopłacalna. Należy podać tu

przykład OPL, który przenosi swoich klientów usług sieci stacjonarnej z sieci PSTN do VOiP bądź telefonii komórkowej, podczas gdy sam aparat telefoniczny nadal spełnia rolę telefonu stacjonarnego. Dzięki rozwojowi sieci szerokopasmowych i stałemu wzrostowi penetracji budynkowej Internetem stacjonarnym, postępuje migracja klientów usług głosowych w stałej lokalizacji z sieci PSTN do sieci IP. Uznać można, że obecnie usługa VoIP stanowi w pełni substytut tradycyjnej technologii analogowej i cyfrowej.

W przypadku telefonii mobilnej należy mówić o zjawisku presji substytucyjnej. Zakres oferowanych usług czy sposób realizacji połączenia jest odmienny niż w dwóch technologiach przedstawionych powyżej. Jednakże niemal stały wzrost popularności sieci mobilnych, przy jednoczesnym spadku nasycenia usługami stacjonarnymi świadczy o tym, że abonenci preferują rozwiązania zapewniające mobilność i szeroki wachlarz usług, a takie dostarczają im operatorzy telefonii komórkowej. Prezes UKE dostrzega występowanie opisanego zjawiska, jednakże ze względu na czynniki różniące poszczególne technologie dostępne zdecydował o niewłączeniu usług dostępu do telefonii ruchomej do zakresu produktowego rynku właściwego.

2.3. Rynek geograficzny

Zgodnie z Wytycznymi Komisji (motyw 48) właściwy rynek geograficzny obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa zajmują się zaspokajaniem popytu na produkty lub usługi, na którym warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne i który można odróżnić od obszarów sąsiednich, gdyż warunki konkurencji są na nich znacznie odmienne. Obszary, na których warunki konkurencji są niejednorodne, nie stanowią rynku jednolitego.

Podobną definicję rynku geograficznego zawiera art. 4 pkt. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. 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.

Zgodnie z powyższym zakres geograficzny rynku podlegającego analizie przez Prezesa UKE należy określić jako terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Za takim wyznaczeniem rynku geograficznego przemawia przede wszystkim fakt, że na terenie całego kraju panują zbliżone warunki konkurencji, ponieważ operatorzy oferujący usługę dostępu do publicznej sieci telefonicznej udostępniają ją na terenie całej Polski w obrębie zasięgu własnych sieci bez różnicowania jej w zależności od regionu. Rodzaj i właściwości produktów (tu: usługi dostępu) nie uzasadnia wyodrębnienia rynków lokalnych. Na obszarze całego kraju mamy do czynienia bowiem z identyczną usługą, gdyż technologia dostępu do publicznej sieci telefonicznej jest taka sama na obszarze całego kraju. Jej zakup (na poziomie detalicznym) jest możliwy w zasadzie w każdym miejscu, gdzie dociera stacjonarna sieć telefoniczna. Również ceny tej usługi są takie same na terenie całego kraju i nie występuje w tym zakresie zróżnicowanie geograficzne.

Wszystkie ww. argumenty przemawiają za włączeniem do geograficznego zasięgu rynku właściwego całego terytorium Polski.

2.4. Dostęp dla klientów indywidualnych i instytucjonalnych

Pomimo faktu, że usługa dostępu dla klientów indywidualnych i instytucjonalnych funkcjonalnie jest taka sama, ponieważ jest świadczona za pomocą tej samej infrastruktury

i zapewnia taką samą jakość usług, te dwie grupy użytkowników mają różne wymagania. W związku z innymi potrzebami użytkowników końcowych, odmienny jest także zakres i charakter usług kierowanych do nich przez operatorów. Klienci instytucjonalni kupują usługę przyłączenia do stacjonarnej sieci telefonicznej w związku z prowadzoną działalnością biznesową, wymagają więc zazwyczaj większego zakresu i wolumenu usług. Oprócz aktywnego korzystania z telefonii stacjonarnej bardzo często zgłaszają zapotrzebowanie na usługi dodatkowe, jak sieć wewnętrzna, kilka linii abonenckich, grupy biznesowe czy usługi niegłosowe. Wychodząc naprzeciw ich oczekiwaniom, operatorzy posiadają w swojej ofercie plany taryfowe dedykowane dla przedsiębiorców, a swoje usługi często dostarczają na bazie łączy cyfrowych ISDN, nie zaś analogowych POTS, jak w przypadku klientów indywidualnych.

Dodatkowo, przedsiębiorcy telekomunikacyjni wprowadzili wymóg prowadzenia działalności gospodarczej (posiadanie numeru REGON), stanowiący warunek korzystania z ofert dedykowanych dla klientów instytucjonalnych.

Użytkownicy indywidualni, z drugiej strony, potrzebują mniejszego zakresu usług, gdyż wykorzystują je głównie do wykonywania połączeń. W chwili obecnej wszyscy operatorzy oferujący usługę dostępu do sieci kierują ją osobno dla klientów indywidualnych i klientów instytucjonalnych. Nabycie usługi dostępu do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych wiąże się z uiszczeniem opłaty początkowej za przyłączenie oraz miesięcznymi opłatami abonamentowymi. W analizie strony popytowej rynku właściwego przeglądowi zostały poddane koszty uzyskania dostępu do usługi telefonii stacjonarnej w stałej lokalizacji, rozumianej jako koszt tzw. przyłączenia do sieci. Najistotniejszy, związany z wyżej wskazanymi czynnikami, podział użytkowników końcowych przebiega jednak na linii prowadzenia lub nie prowadzenia działalności gospodarczej. Stąd rozróżnienie oferowanych usług wykonywanych na rzecz:

- użytkowników indywidualnych,
- użytkowników instytucjonalnych.

Klienci indywidualni przede wszystkim zainteresowani są podstawowymi usługami przyłączenia, bez nabywania usług dodatkowych jak centralki, numery wewnętrzne itp. których posiadanie jest często konieczne do prowadzenia działalności gospodarczej a nie sprawdza się przy posiadaniu dostępu indywidualnego.

Obecnie wszyscy liczący się na rynku operatorzy świadczący usługi przyłączania do sieci stacjonarnej, oferują oddzielne plany taryfowe dla klientów indywidualnych i klientów instytucjonalnych. Niektórzy przedsiębiorcy telekomunikacyjni, np. Orange, Netia, posiadają w portfolio również oddzielne oferty dedykowane dla małych i średnich firm oraz dużych korporacji. Niekiedy też operatorzy wyróżniają klientów instytucjonalnych, którzy ze względu na bardzo duży zakres działalności mają możliwość indywidualnej negocjacji warunków korzystania z usługi.

Odnosnie obu tych grup odbiorców zbierane są odrębne dane, występują również istotne ograniczenia po stronie substytucyjności ofert kierowanych do obu grup odbiorców. Należy tu w szczególności wskazać, iż osoba prywatna nie może korzystać z oferty kierowanej do odbiorców instytucjonalnych, albowiem nie legitymuje się numerem REGON niezbędnym do zawarcia takiej umowy. Istotne odmienności występują również w szczegółowym zakresie

usług oferowanych w ramach umów zawieranych przez operatorów telekomunikacyjnych z odbiorcami indywidualnymi i instytucjonalnymi.

Na podstawie powyższego stwierdzić można, że w przypadku rynku polskiego nadal istnieje uzasadnienie do wydzielenia rynku dostępu do publicznej sieci telefonicznej dla użytkowników indywidualnych (konsumentów) oraz rynku dostępu do publicznej sieci telefonicznej dla użytkowników instytucjonalnych i traktowania obu tych usług jako należących do dwóch odrębnych rynków właściwych.

3. Struktura podmiotowa rynku

Klientami (kupującymi) na tym rynku są użytkownicy końcowi – z wyłączeniem konsumentów, którzy w wyniku przyłączenia i utrzymania w gotowości łączy do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej mogą korzystać z następujących usług telekomunikacyjnych:

- wykonywanie oraz odbieranie połączeń telefonicznych miejscowych i strefowych,
- wykonywanie oraz odbieranie połączeń telefonicznych międzystrefowych,
- wykonywanie oraz odbieranie połączeń telefonicznych międzynarodowych,
- wykonywanie oraz odbieranie połączeń telefonicznych do sieci ruchomych,
- usługa faksu,
- usługa transmisji danych i dostępu do Internetu w paśmie fonicznym za pomocą modemów,
- wykonywanie połączeń telefonicznych specjalnych (alarmowych, do sieci inteligentnej, do sieci audiotekstowych, innych).

Dostawcami (sprzedającymi) na tym rynku są przedsiębiorcy telekomunikacyjni wpisani do Rejestru Przedsiębiorców Telekomunikacyjnych, świadczący usługi telekomunikacyjne za pomocą własnej sieci bądź z wykorzystaniem sieci innego operatora. Najczęściej usługi zapewnienia przyłączenia oraz usługi połączeń są oferowane w pakiecie, jednakże na polskim rynku istnieją operatorzy, którzy nie świadczą usługi przyłączenia do sieci, a oferują jedynie usługę abonamentu (poprzez możliwość hurtowego zakupu linii od Orange, zwanego usługą WLR – ang. Wholesale Lines Rental) oraz usługi telefoniczne poprzez numery dostępu do sieci (NDS). Również wprowadzenie oferty ramowej¹¹ w zakresie uwolnienia pętli abonenckiej (LLU) umożliwia operatorom alternatywne świadczenie usług telekomunikacyjnych. Usługa LLU jest jednak wykorzystywana głównie na rynku usług szerokopasmowych.

3.1 Metodologia doboru operatorów

Analiza udziałów przedsiębiorców w rynku właściwym oparta została o dane z corocznej sprawozdawczości z prowadzonej działalności telekomunikacyjnej (okres 2012 – 2016).

¹¹ Oferta ramowa określająca ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci TP, dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony, dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych obowiązująca na mocy decyzji zatwierdzającej Prezesa UKE z dnia 29 września 2010 r., zmieniona decyzjami Prezesa UKE z dnia 5 kwietnia 2011 r. oraz z dnia 4 października 2011 r.

Analizując udziały poszczególnych operatorów w liczbie łączy oraz przychodach z usług telekomunikacyjnych odnoszono się do wartości opisujących cały rynek. Dane pochodzą z formularzy corocznej sprawozdawczości, co niesie za sobą pewne konsekwencje. W przypadku usług telefonii stacjonarnej rozumianej tradycyjnie, na przestrzeni analizowanych lat dane są podzielone na klientów indywidualnych i instytucjonalnych (zgodnie z definicją rynku). Odnośnie telefonii VoIP taki podział występuje w latach 2014-2016. Za dwa poprzednie lata zastosowano podział procentowy liczby łączy zgodnie z proporcją za 2016 r. W przypadku użytkowników usług realizowanych we własnej sieci operatora 80% liczby abonentów stanowili klienci indywidualni a pozostałe 20 % klienci instytucjonalni. Wśród użytkowników korzystających z sieci VoIP w ramach sieci obcej operatora 70% z nich stanowili klienci indywidualni, a 30% odbiorcy instytucjonalni. Podobnemu szacowaniu należało poddać przychody operatorów z tytułu świadczenia usługi połączeń głosowych. W przypadku przychodów generowanych we własnej sieci 24% przychodów przypadało na klientów indywidualnych a 76% na instytucjonalnych. Przychód z połączeń realizowanych w sieci obcej był charakteryzowany przez rozkład 18% (klienci indywidualni) do 82% (klienci instytucjonalni).

W zestawieniu znaleźli się operatorzy, których udział w liczbie łączy/abonentów przekraczał na koniec 2016 r. 1%. W przypadku usług świadczonych w sieciach PSTN/ISDN odpowiadali oni za 93% rynku, VoIP we własnej sieci operatora – 92% a w przypadku operatorów VoIP działających na sieci innego podmiotu – 93%.

Tabela 1 Operatorzy wybrani do analizy, posiadający co najmniej 1% udziałów w liczbie abonentów/łączy

Lp.	Operator	Udział	Technologia
1	Orange Polska S.A. (TP SA)	66%	PSTN/ISDN
2	Netia S.A.	10%	PSTN/ISDN
3	T-Mobile Polska S.A.	7%	PSTN/ISDN
4	Telefonia Dialog Sp. z o.o.	3%	PSTN/ISDN
5	UPC Polska Sp. z o.o.	2%	PSTN/ISDN
6	Polkomtel Sp. z o.o.	2%	PSTN/ISDN
7	Multimedia Polska Biznes S.A.	1%	PSTN/ISDN
8	Tauron Obsługa Klienta Sp. z o.o.	1%	PSTN/ISDN
9	Netia S.A.	70,2%	VoIP - sieć własna
10	Polkomtel Sp. z o.o.	9,9%	VoIP - sieć własna
11	Orange Polska S.A.	7,5%	VoIP - sieć własna
12	Telefonia Dialog Sp. z o.o.	1,7%	VoIP - sieć własna
13	Multimedia Polska S. A.	1,6%	VoIP - sieć własna
14	Vectra S.A.	1,1%	VoIP - sieć własna
15	FreePhone Sp. z o.o.	37,5%	VoIP – sieć obca

16	easyCALL.pl S.A.	23,3%	VoIP – sieć obca
17	Aiton Caldwell S.A.	10,9%	VoIP – sieć obca
18	Focus Telecom Polska Sp. z o.o.	10,3%	VoIP – sieć obca
19	Tartel Sp. z o.o.	6,4%	VoIP – sieć obca
20	Polkomtel Sp. z o.o.	1,5%	VoIP – sieć obca
21	Netia S.A.	1,5%	VoIP – sieć obca
22	Slican Sp. z o.o.	1,1%	VoIP – sieć obca

Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

4. Analiza rynku pod kątem zasadności regulacji ex-ante

4.1. Test trzech kryteriów

Rynek świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów nie został wymieniony w Zaleceniu 2014. Zgodnie z pkt 25 Zalecenia 2014 „Wykaz rynków w załączniku do zalecenia nie obejmuje już dwóch rynków wymienionych w zaleceniu 2007/879/WE (rynki 1 i 2), gdyż nie spełniają już one wszystkich trzech kryteriów. Ponieważ między państwami członkowskimi mogą występować różnice pod względem tempa oczekiwanego lub dającego się przewidzieć rozwoju rynku, które stanowi podstawę powyższego ustalenia w odniesieniu do całej Unii, szczególnie okoliczności krajowe mogą uzasadniać stwierdzenie przez krajowy organ regulacyjny, że na rynku 1 według zalecenia 2007/879/WE lub na innych rynkach detalicznych powiązanych z rynkiem 2 według zalecenia 2007/879/WE nie występuje jeszcze skuteczna konkurencja w ujęciu prognostycznym i przy braku odpowiednich i proporcjonalnych środków naprawczych na poziomie hurtowym. Krajowe organy regulacyjne mogą zatem uzasadnić kontynuowanie interwencji w ramach regulacji ex ante na poziomie hurtowym, pod warunkiem że w danych okolicznościach krajowych wspomniane trzy kryteria są spełnione w odniesieniu do kolejnego okresu podlegającego ocenie”. W celu określenia, czy nadal rynek ten powinien podlegać regulacji ex ante, należy więc przeprowadzić tzw. „test trzech kryteriów”. Kryteria wymienione przez Komisję Europejską w Zaleceniu 2014 to:

- a) występowanie trudnych do przezwyciężenia i niemających przejściowego charakteru barier strukturalnych lub prawno-regulacyjnych w dostępie do rynku;
- b) istnienie struktury rynku, która nie sprzyja osiągnięciu skutecznej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym, przy uwzględnieniu stanu konkurencji infrastrukturalnej i innych rodzajów konkurencji z pominięciem barier w dostępie do rynku;

- c) przepisy wyłącznie prawa konkurencji są niewystarczające do odpowiedniego zaradzenia stwierdzonym nieprawidłowościom w funkcjonowaniu rynku.

Wymienione powyżej kryteria muszą zostać spełnione łącznie.

4.1.1. Występowanie trudnych do przewyciężenia i niemających przejściowego charakteru barier strukturalnych lub prawno-regulacyjnych w dostępie do rynku

Kryterium to pozwala określić występowanie oraz istotność barier, które mogą utrudnić lub uniemożliwić w perspektywie krótkookresowej (1 rok) wejście na dany rynek właściwy nowych operatorów.

Potencjalne zagrożenie ze strony nowych konkurentów powstrzymuje przedsiębiorców, telekomunikacyjnych działających na danym rynku właściwym, przed nieuzasadnionym podnoszeniem cen. Istnienie barier wejścia na rynek ogranicza tę presję i umożliwia operatorom już na nim obecnym, podnoszenie cen i osiąganie przez dłuższy czas nieuzasadnionych, dodatkowych zysków wynikających z braku skutecznej konkurencji.

Wyróżnia się z reguły dwa rodzaje barier wejścia: (...) Bariery strukturalne wynikają z warunków kosztowych i popytowych, utrudniających lub uniemożliwiających wejście na rynek zajęty przez operatora zasiedziałego. Dla barier tego typu charakterystyczne jest duże znaczenie ekonomii skali i ekonomii zakresu. (...) Bariery prawne i regulacyjne są wynikiem stosowania środków ustawowych lub administracyjnych ograniczających konkurencję poprzez utrudnianie wejścia na rynek lub pogarszanie pozycji operatora na rynku, np. poprzez ograniczanie dostępu do częstotliwości niezbędnych do świadczenia usług¹².

Zgodnie z pkt 12 i 13 Zalecenia 2014 „Jeśli chodzi o pierwsze kryterium, na potrzeby niniejszego zalecenia istotne są dwa rodzaje barier w dostępie do rynku: bariery strukturalne oraz bariery prawno-regulacyjne. Strukturalne bariery w dostępie do rynku wynikają z początkowej sytuacji po stronie kosztów lub początkowych warunków po stronie popytu, prowadzących do asymetrycznych warunków dla operatorów zasiedziałych i dla nowych podmiotów, utrudniając lub uniemożliwiając tym ostatnim dostęp do rynku. Istnienie trudnych do przewyciężenia barier strukturalnych można na przykład stwierdzić, jeżeli na rynku występują takie zjawiska, jak przewaga w zakresie kosztów bezwzględnych, znaczne korzyści skali lub zakresu, ograniczenia przepustowości i wysokie koszty utopione. Powiązana bariera strukturalna może także występować tam, gdzie świadczenie usługi wymaga elementu sieci, który nie może zostać technicznie powielony albo może zostać powielony wyłącznie po poniesieniu kosztów sprawiających, że staje się to nieopłacalne dla konkurentów. Bariery prawno-regulacyjne nie są uwarunkowane ekonomicznie, ale są wynikiem środków legislacyjnych lub administracyjnych bądź innych środków, które mają bezpośredni wpływ na warunki dostępu do rynku lub na pozycję operatorów na rynku właściwym. Przykładem bariery prawno-regulacyjnej utrudniającej lub uniemożliwiającej dostęp do rynku jest ograniczenie liczby przedsiębiorstw mających dostęp do częstotliwości na potrzeby świadczenia podstawowych usług. Inne przykłady barier prawno-regulacyjnych to kontrole cen lub inne środki związane z cenami, nakładane na przedsiębiorstwa, które mają wpływ nie tylko na warunki dostępu do rynku, lecz także na pozycję przedsiębiorstw na rynku. Bariery prawno-regulacyjnych, które prawdopodobnie zostaną usunięte

¹² Stanisław Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2005, str. 248 i 249

w odpowiednim horyzoncie czasowym, nie powinno się normalnie uznawać za stanowiącą barierę w dostępie do rynku spełniającą pierwsze kryterium”.

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 powyższym przeanalizowano dwa rodzaje barier: bariery strukturalne oraz bariery prawne i regulacyjne.

Bariery strukturalne

Komisja Europejska w Nocie wyjaśniającej¹³ zauważa, iż: „Strukturalna bariera w dostępie do rynku występuje, kiedy stan technologii i powiązana z nim struktura kosztów i/lub poziom popytu tworzą niesymetryczne warunki dla operatorów, utrudniając konkurentom wejście na rynek lub rozwój.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. Wymaga to oceny przez organ regulacyjny, czy w wybiegającej w przyszłość perspektywie czasu rynek cechuje efektywna konkurencja, w sytuacji braku obowiązków regulacyjnych nałożonych w oparciu o ustalenie zajmowania przez operatora pozycji znaczącej¹⁵.

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 (pkt 4.1.3 Decyzji), ich przewaga technologiczna (pkt 5.4 Decyzji), łatwy bądź uprzywilejowany dostęp do rynków kapitałowych bądź zasobów finansowych, ekonomia zakresu (pkt 5.6 Decyzji), ekonomia skali (pkt 5.7 Decyzji) czy integracja pionowa działających na nim przedsiębiorców (pkt 5.6 Decyzji).

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 występowania na nim barier o charakterze strukturalnym, które utrudniałyby lub uniemożliwiały wejście na ten rynek.

Wskazują na to następujące fakty:

¹³ SWD(2014)298 NOTA WYJAŚNIAJĄCA - dokument towarzyszący do Zalecenia Komisji w sprawie właściwych rynków produktowych i usługowych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z Dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej.

¹⁴ A structural barrier to entry exists when the state of the technology, and 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 the first criterion is whether high entry barriers are likely to be non-transitory in the context of a modified Greenfield approach. This requires NRAs to assess whether markets are effectively competitive from a forward-looking perspective in the absence of regulation based on a finding of significant market power.

1. Na rynku właściwym w 2016 r. działało 121 przedsiębiorców telekomunikacyjnych świadczących usługi dostępu do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej. Duża liczba podmiotów, działających zarówno lokalnie, jak i na skalę ogólnopolską, pozwala stwierdzić, że nie napotykać oni na bariery w dostępie do rynku.
2. Operator nie jest zmuszony do posiadania własnej infrastruktury telekomunikacyjnej aby dostarczać usługę na analizowanym rynku właściwym. Korzystanie z rozwiązań hurtowych pozwala mu na świadczenie usługi dostępu do stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej dla konsumentów bez konieczności powielania istniejących rozwiązań i dublowania infrastruktury.
3. Istnieje możliwość świadczenia usług konwergentnych w stałej lokalizacji z wykorzystaniem sieci mobilnych operatorów MNO (np. w modelu operatora wirtualnego - MVNO), które obejmują swoim zasięgiem obszar prawie całego kraju.

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

Bariery prawne i 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.

Jak wspomniano w punkcie dotyczącym występowania barier strukturalnych, należy stwierdzić, że aby świadczyć usługi na rynku połączeń stacjonarnych nie jest konieczne posiadanie wyłącznie własnej, kosztownej infrastruktury telekomunikacyjnej. W takim przypadku bariery prawne, na które mogą napotykać przedsiębiorcy telekomunikacyjni budujący własną infrastrukturę, nie mają miejsca.

Działalność na rynku telekomunikacyjnym jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do RPT. 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 uniemożliwiłaby wejście na rynek właściwy.

4.1.2. Istnienie struktury rynku, która nie sprzyja osiągnięciu skutecznej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym, przy uwzględnieniu stanu konkurencji infrastrukturalnej i innych rodzajów konkurencji z pominięciem barier w dostępie do rynku

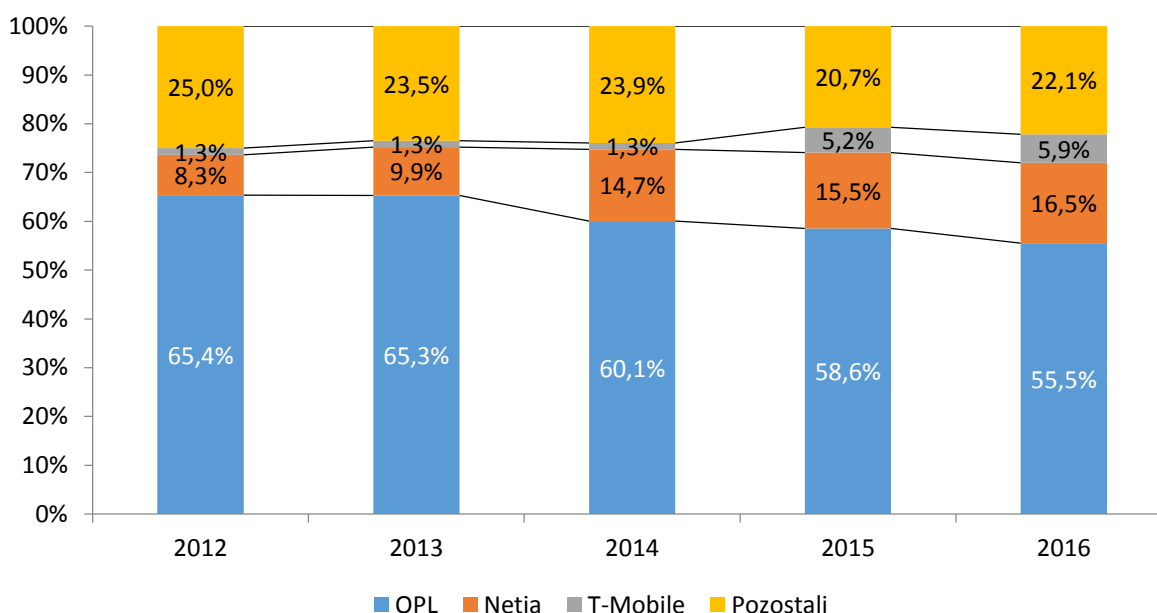
4.1.2.1. Udziały operatorów w rynku właściwym

Wskaźnik ten określa udział przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w danym rynku właściwym, mierzony liczbą łączy oraz przychodami osiąganymi na tym rynku. Posiadanie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącego udziału w danym rynku właściwym wskazuje na jego silną pozycję na tym rynku i sygnalizuje brak skutecznej konkurencji. Im większy udział ma przedsiębiorca, tym większe jest prawdopodobieństwo, że zajmuje on pozycję znaczącą.

Liczba łączy

Na przestrzeni lat 2012-2016 liderem pod względem liczby łączy telefonii stacjonarnej był Orange Polska (OPL). Udziały operatora zasiedziałego spadają jednak systematycznie. Na koniec 2012 r. było to 65,4% a spadek na przestrzeni pięciu lat wyniósł 9,8 pkt. procentowego, co skutkowało udziałem na poziomie 55,5% na koniec 2016 r. Kolejny operator – Netia – uzyskał na koniec 2016 r. 16,5% udziału, co jednocześnie oznacza wzrost o 8,2 pkt. procentowego na przestrzeni pięciu lat. T-Mobile największy udział osiągnął w 2016 r. i wyniósł on 5,9%. Grupa pozostałych operatorów posiada 1/5 z ogólnej liczby abonentów. Ich udział nieznacznie zmalał, z poziomu 25% w 2012 r. do 22,1% na koniec 2016 r.

Wykres 10 Udziały operatorów w liczbie łączy telefonii w lokalizacji stacjonarnej (PSTN/ISDN oraz VoIP)

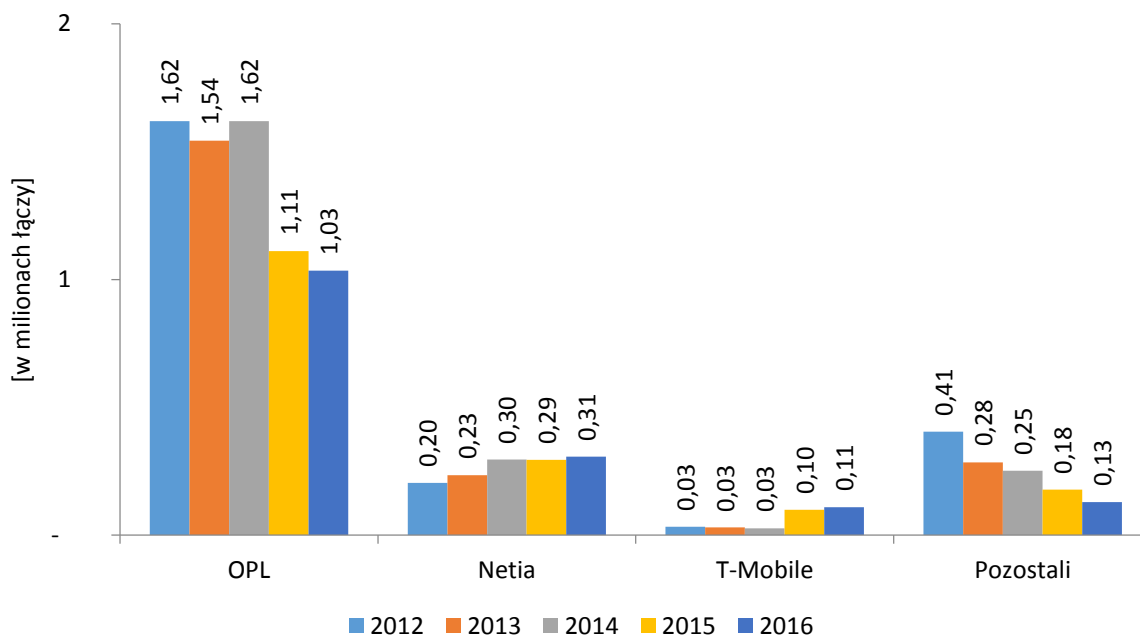


Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

W ślad za zmianą udziałów w wartościach procentowych idzie zmniejszenie faktycznej liczby użytkowników telefonii stacjonarnej poszczególnych operatorów. Orange Polska stracił na przestrzeni (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 1). Z kolei Netia zyskała w analogicznym okresie abonentów (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 2), co oznacza, że baza tego

operatora (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 3) na przestrzeni pięciu lat. Kolejny operator czyli T-Mobile zyskał (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 4) klientów. Grupa pozostałych operatorów zmniejszyła swoje bazy o 68%.

Wykres 11 Liczba łączy telefonii stacjonarnej (PSTN/ISDN oraz VoIP) (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 5)



Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

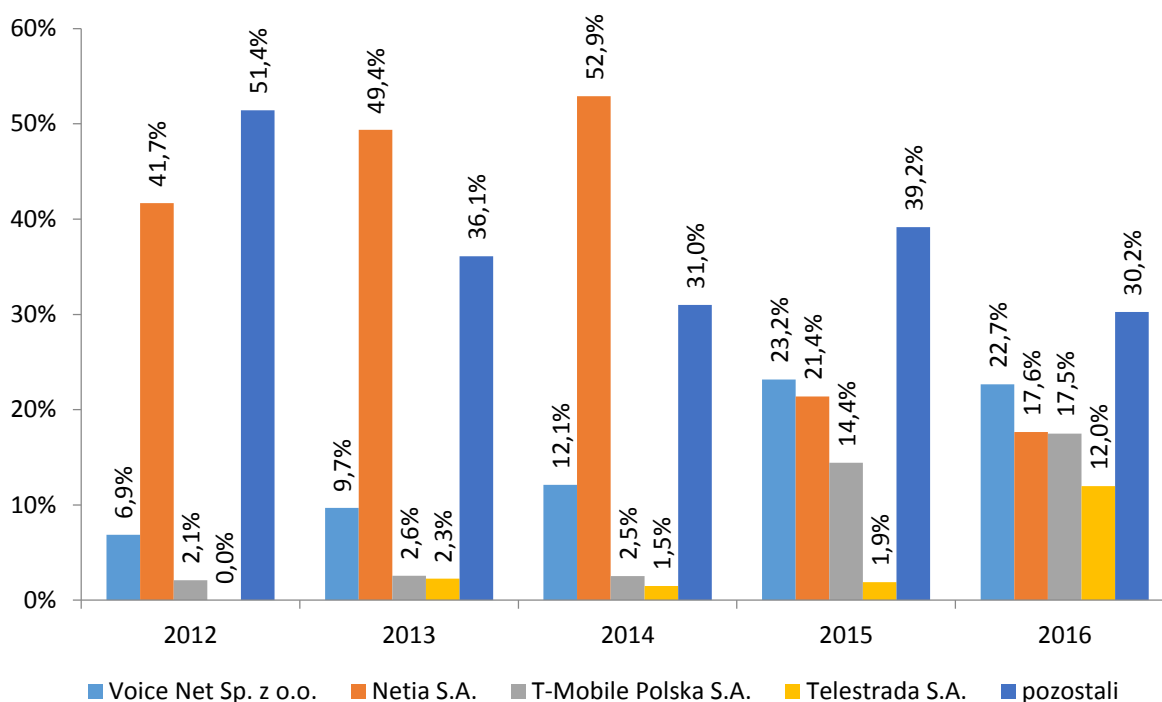
OPL posiadał największe udziały w liczbie łączy, jednakże wśród wytypowanych operatorów jako jedyny odnotował spadek liczby łączy w latach (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 6). Co również istotne OPL, z racji tego, iż przez wiele lat był jedynym operatorem posiadającym rozległą infrastrukturę ogólnokrajową mógł świadczyć usługi największej liczbie ludności stąd też największy udział w liczbie łączy. Jednakże regulacje rynków hurtowego dostępu do sieci operatora, a także rozwój sieci operatorów alternatywnych (dalej „OA”) spowodował, że w analogicznym czasie liczba łączy Netii (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 7) a T-Mobile o (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 8).

Coraz mniejsze znaczenie usługi wynika również z faktu postępującego od kilku lat trendu spadku wszystkich wskaźników na rynku usług telefonii stacjonarnej, maleje ogólna liczba łączy, abonentów oraz wolumeny wykorzystania usług. Stąd też największy udział OPL, nie przekłada się zdaniem Prezesa UKE na zajmowanie przez niego pozycji znaczącej.

WLR

Oprócz świadczenia usług telefonii stacjonarnej w rozumieniu tradycyjnym (PSTN/ISDN) oraz VoIP, operatorzy mogą wykorzystywać również infrastrukturę innych podmiotów, świadcząc usługi w ramach WLR. Największą liczbę abonentów tego rozwiązania w 2016 r. posiadał Voice Net, którego udział wyniósł 22,7% a najniższa wartość dla tego operatora została odnotowana w 2012 r. i wyniosła 6,9%. Do 2014 r. największe udziały posiadała Netia. W 2013 r. wartość ta przekroczyła 52%. Jednak od tego roku jego udział systematycznie maleje do 17,6% na koniec 2016 r. Udział pozostałych operatorów wahał się corocznie od 51,4% w 2012 r. do 30,2% w 2016 r.

Wykres 12 Udział w liczbie abonentów w ramach WLR



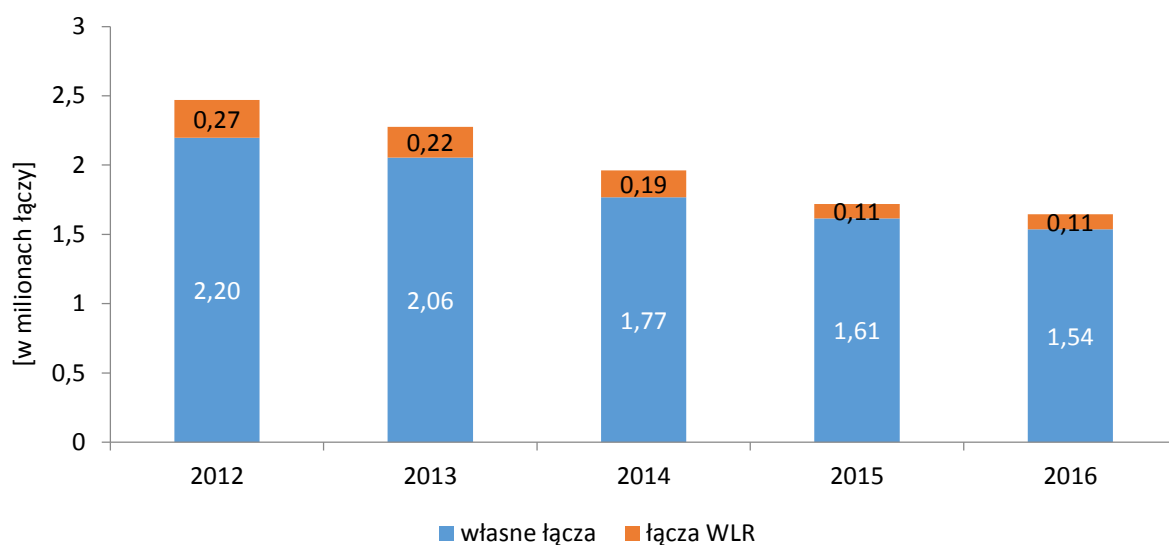
Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

Możliwość świadczenia usług głosowych w ramach sieci innego operatora cieszy się słabnącą popularnością. Największy spadek dotyczył Netii, która straciła. (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 9) oznacza to spadek o (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 10). Grupa pozostałych operatorów zmniejszyła swoje bazy abonenckie o 77% z poziomu 140 tys. abonentów na koniec 2012 r. do 32 tys. w 2016 r.

Wykres 13 Liczba abonentów w ramach WLR (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 11)

Potwierdzeniem tezy o malejącym znaczeniu usług głosowych w stałej lokalizacji jest faktyczna liczba łączy, na których świadczona jest telefonia stacjonarna. Liczba łączy własnych operatorów przeznaczonych do świadczenia usługi dla klientów instytucjonalnych maleje corocznie z poziomu 2,20 mln na koniec 2012 r. do 1,54 mln w 2016 r. Oznacza to spadek o 30%. Podobnie w przypadku łączy WLR. Usługa ta cieszy się coraz mniejszą popularnością, a liczba łączy wykorzystywanych do świadczenia tej usługi maleje niemal corocznie. Liczba łączy WLR była najwyższa w 2012 r. i wyniosła 270 tys. przez kolejne pięć lat wartość wskaźnika zmalała o 61% do poziomu 110 tys.

Wykres 14 Liczba własnych łączy abonenckich oraz łączy WLR



Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

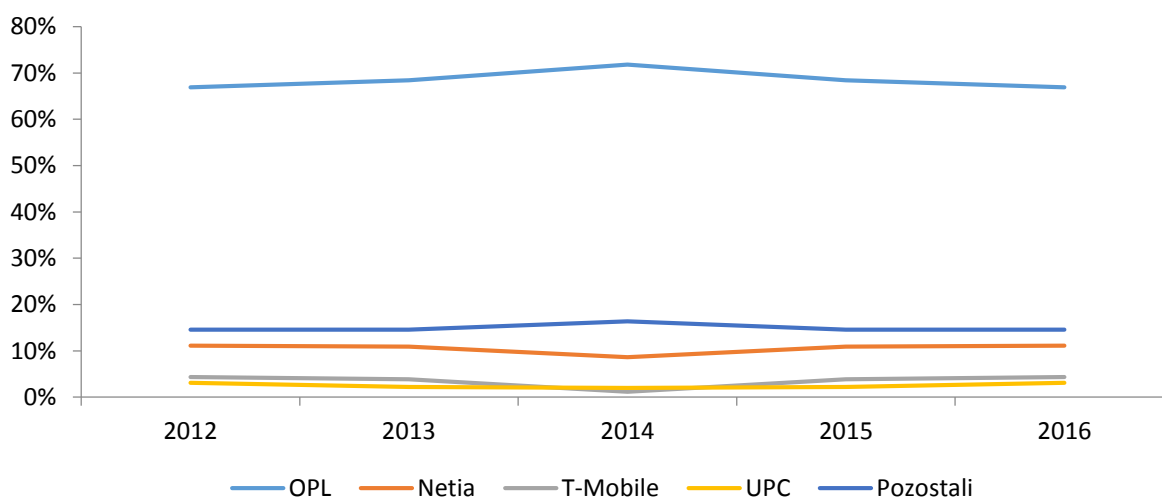
Spadek liczby łączy WLR również przemawia za schyłkowością rynku dostępu do usług telefonii stacjonarnej w rozumieniu klasycznym. Operatorzy, jeżeli decydują się na świadczenie tej usługi to najczęściej wybierają model VoIP, który mogą świadczyć w oparciu o własną infrastrukturę dostępową.

Przychody

Orange Polska jest operatorem odnotowującym corocznie największy udział w przychodach z tytułu opłat abonamentowych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów¹⁶, jednakże należy podkreślić, że w ujęciu nominalnym przychód tego operatora corocznie spada. Na koniec 2012 r. operator zanotował z tego tytułu przychód na poziomie (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 12) jednak na koniec 2016 r. było to (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 13) co oznacza spadek o 33% w ciągu 5 lat. Również Netia odnotowała zmniejszenie przychodów (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 14) o (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 15). W analizowanym okresie T-Mobile oraz UPC zanotowały wzrost przychodów odpowiednio o (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 16) oraz (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 17). Sumaryczne przychody pozostałych operatorów zmalały w tym okresie o 13% z 112 mln zł na koniec 2012 r. do 98 mln w 2016 r.

¹⁶ Zestawienie obejmuje tylko opłaty abonamentowe pobierane w ramach świadczenia usługi telefonii w stałej lokalizacji w rozumieniu klasycznym. W przypadku usługi VoIP nie było możliwe wydzielenie informacji o przychodach z tytułu opłaty abonamentowej dlatego też nie została ona uwzględniona w tym punkcie.

Wykres 15 Udział w łącznych przychodach z tytułu opłat abonamentowych

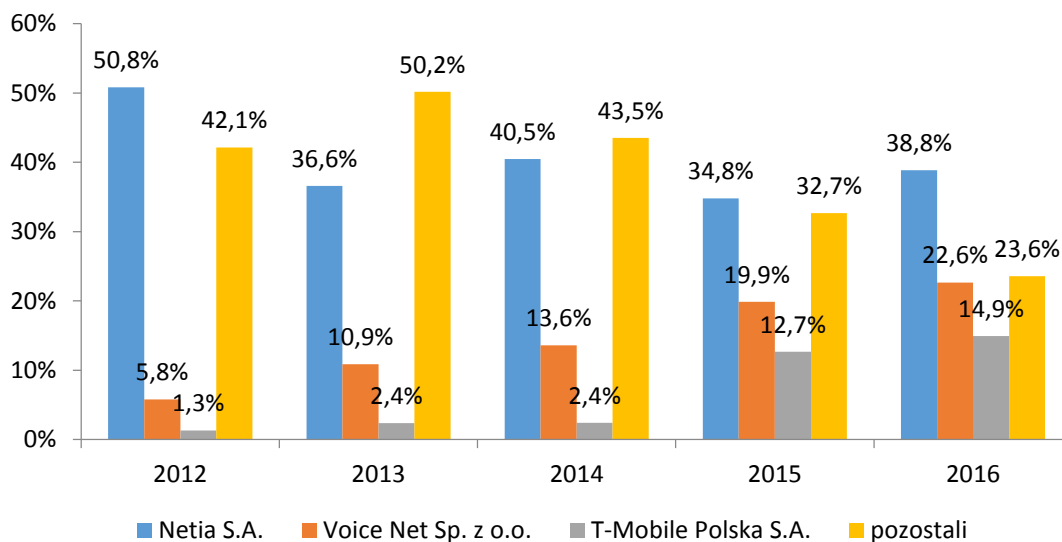


Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

Wykres 16 Wartość przychodów operatorów z tytułu opłat abonamentowych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 18)

Największy udział abonentów instytucjonalnych korzystających z usługi połączeń głosowych w ramach WLR odnotowała Netia. Wahają się one pomiędzy 50,8% w 2012 r. a 34,8% czyli najniższą wartością odnotowaną w 2015 r. Grupa pozostałych największy udział odnotowała w 2013 r. i wyniósł on 50,2%, następnie systematycznie malał do poziomu 23,6% na koniec 2016 r., co oznacza spadek o 26,6 pkt. procentowego na przestrzeni lat 2013-2016.

Wykres 17 Udział operatorów w przychodach tytułu świadczenia usługi WLR



Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

Usługi telefonii stacjonarnej tracą corocznie na znaczeniu. Podobną tendencję można obserwować w przypadku usługi WLR. Netia, posiadająca największy udział procentowy w przychodach operatorów straciła na przestrzeni (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt.

19), co oznacza (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 20). Grupa pozostałych operatorów odnotowała spadek przychodów o 84% czyli 63,4 mln zł.

Wykres 18 Przychody operatorów z tytułu świadczenia usługi WLR (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 21)

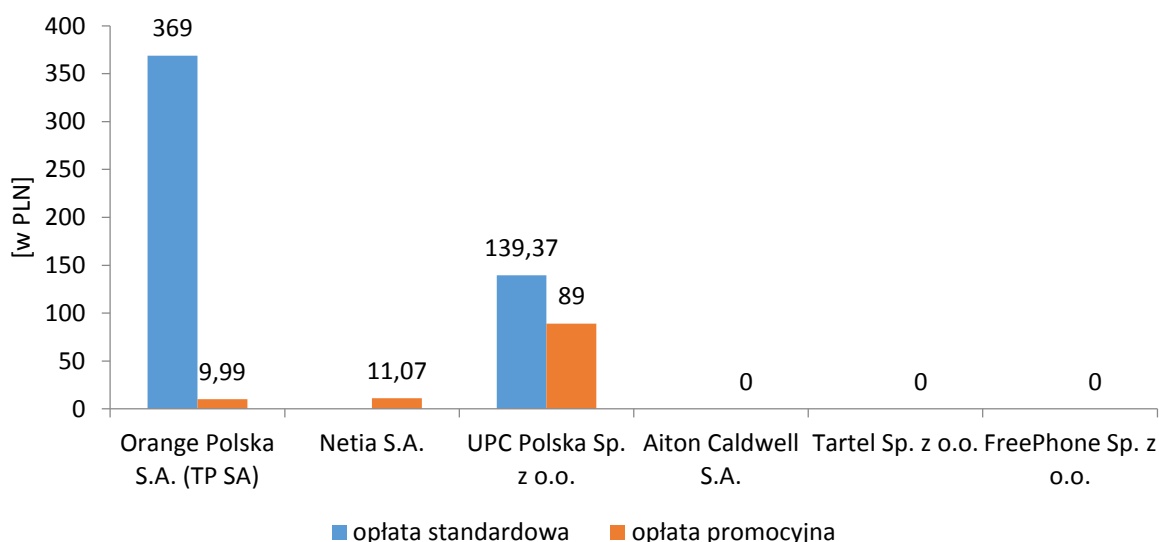
Malejące przychody operatorów również opisują tendencje występujące na całym rynku telefonii stacjonarnej. Rozwiązanie to jest coraz mniej atrakcyjne dla abonentów i zastępowane nowszymi, bardziej zaawansowanymi usługami.

Ceny przyłączenia do stacjonarnej sieci telefonicznej

Standardowe, wynikające z cenników podstawowych, stawki z usług przyłączenia do sieci telekomunikacyjnej operatora różnią się od faktycznych kosztów ponoszonych przez abonenta. Na stronach internetowych niemal wszystkich operatorów można znaleźć oferty promocyjne, szczególnie w przypadku wybrania pakietów usług. Wtedy jedna opłata instalacyjna pozwala korzystać ze wszystkich zakupionych usług. Ponadto koszt instalacji jest przeważnie znacznie niższy niż w wypadku stawki z cennika podstawowego.

Usługi instalacyjne dla klientów instytucjonalnych są najczęściej negocjowane. Stąd też trudności w ustaleniu faktycznych kosztów, jakie mogą ponosić przedsiębiorcy. Niemniej jednak zestawienie wyraźnie pokazuje, że opłaty promocyjne są znacznie niższe niż w opłaty standardowe, wynikające z cennika podstawowego.

Wykres 19 Koszt przyłączenia do sieci operatora



Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

Standardowe stawki cennikowe za usługi przyłączenia do sieci stacjonarnej niemal nie funkcjonują na rynku właściwym. Operatorzy, chcąc zachęcić klientów do korzystania ze swoich usług stosują ceny promocyjne lub pakietują usługi. W związku z tym klient ma możliwość wyboru niemal dowolnego operatora, zachowując jednocześnie swój numer telefonu. Kryterium ceny dostępu nie wpływa zatem negatywnie na analizowany rynek właściwy.

4.1.3. Kontrola infrastruktury trudnej do powielenia

Analizując to kryterium należy stwierdzić, że, pomimo iż operatorzy alternatywni posiadają stosunkowo rozległą infrastrukturę dostępową, to jedynie OPL dysponuje infrastrukturą typu PSTN/ISDN obejmującą zdecydowaną większość obszaru Polski. Wartość stanu infrastruktury telekomunikacyjnej poszczególnych operatorów przedstawiona została w dalszej części decyzji.

Jak jednak wskazano wcześniej, wejście na rynek właściwy nie musi oznaczać konieczności posiadania lub inwestowania w rozległą infrastrukturę telekomunikacyjną. Aby zrealizować usługę na rzecz użytkownika końcowego operator może wykorzystywać infrastrukturę innego gracza na rynku, w szczególności infrastrukturę OPL.

Kontrola infrastruktury trudnej do powielenia nie stanowi zatem w przypadku omawianego rynku przeszkody do podjęcia i prowadzenia na nim działalności i konkurowania z OPL operatorów alternatywnych.

4.1.4. Przepisy wyłącznie prawa konkurencji są niewystarczające do odpowiedniego zaradzenia stwierdzonym nieprawidłowościom w funkcjonowaniu rynku

Zgodnie z Zaleceniem 2014 fakt, że samo prawo konkurencji nie jest wystarczające, by usunąć konkretne nieprawidłowości rynkowe, stanowi ostatnie z trzech kryteriów, których łączne spełnienie jest konieczne, aby krajowe organy regulacyjne mogły określić rynek inny niż wymieniony w Załączniku do Zalecenia 2014. Zgodnie z Zaleceniem 2014 interwencje na mocy prawa konkurencji mogą być niewystarczające, jeżeli na przykład zlikwidowanie utrzymujących się nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku wymaga podjęcia rozbudowanych środków korygujących lub jeżeli niezbędne są częste lub szybkie interwencje. W sytuacji gdy opisane wyżej kryteria oceny zasadności regulacji *ex ante* nie są spełnione, nie można mówić o konieczności stosowania rozbudowanych i trwałych środków zapobiegających częstym i możliwym do wystąpienia naruszeniom zasad konkurencji. W takiej sytuacji opisane poniżej mechanizmy prawa konkurencji należy uznać za wystarczające, aby zapobiec ewentualnym jednostkowym przypadkom nieprawidłowości rynkowych.

Zespół norm prawnych składających się na polskie prawo konkurencji, tworzą ustawy oraz wydane na ich podstawie akty wykonawcze odnoszące się do: ochrony konkurencji, ochrony konsumentów, pomocy publicznej, zwalczania nieuczciwej konkurencji oraz nadzoru rynku. Najistotniejszym aktem prawnym – z punktu widzenia oddziaływania na rynek, w tym rynek telekomunikacyjny – jest ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Zawarty w tej ustawie zespół norm prawnych służy rozwojowi i ochronie wolnej konkurencji przed jej ograniczeniami. Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wyznaczają publicznoprawne granice swobody działalności gospodarczej i swobody umów w celu kreowania lub przestrzegania nieskrępowanego dokonywania wyborów gospodarczych na rynku przez jego uczestników¹⁷. Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mają więc na celu zapewnienie, aby konkurencja w ogóle istniała (wolna konkurencja) i mogła spełniać swoje zasadnicze funkcje (skuteczna konkurencja).

Dział II ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zatytułowany: „Zakaz praktyk ograniczających konkurencję” zawiera otwarty katalog zakazanych porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób

¹⁷ Por. wyrok SN z dn. 7 lutego 2002 r. – i CKN 1002/99.

konkurencji na rynku właściwym (art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Zgodnie zaś z art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest również nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. W przypadku deregulacji przedmiotowego rynku właściwego, przyjmując hipotetyczną możliwość ponownego wystąpienia na nim niekorzystnych zjawisk ograniczających konkurencję, ogólne prawo konkurencji zawiera efektywne narzędzia pozwalające zapobiec działaniom stanowiącym przejaw nadużywania pozycji dominującej/znaczącej. Art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera z kolei katalog typowych zachowań, które ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów kwalifikuje jako nadużycie pozycji dominującej. Może ono w szczególności polegać na:

1. bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów;
2. ograniczeniu produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów;
3. stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;
4. uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;
5. przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;
6. narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści;
7. podziale rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych.

Należy podkreślić, że katalog zawarty w przepisie art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie ma charakteru zamkniętego. Wyliczone w nim zachowania, stanowią typowy rodzaj praktyk, będących przejawem nadużywania pozycji dominującej. Prezes UOKiK jest jednak władny zapobiegać innym rodzajom praktyk, które uznane zostaną za stanowiące nadużycie pozycji dominującej, a które nie są opisane w katalogu przepisu art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Opierając się na otwartym katalogu zachowań stanowiących nadużycie pozycji dominującej, w odróżnieniu od katalogu zamkniętego określonego decyzją regulacyjną Prezesa UKE, kontrola sprawowana przez Prezesa UOKiK obejmuje znacznie szerszy zakres potencjalnych niepożądanych z punktu widzenia funkcjonowania rynku zachowań podmiotu o pozycji znaczącej (dominującej).

Przedsiębiorcy telekomunikacyjni są zobowiązani przekazać Prezesowi UOKiK informacje w żądanym przez niego zakresie, na podstawie których może on przeprowadzić analizę przedmiotowego rynku pod kątem podejmowania na nim praktyk ograniczających wolną konkurencję. Prezes UOKiK jest w stanie zebrać wszelkie dane, na wszystkich poziomach łańcucha wartości, konieczne w celu dokonania oceny dynamiki i rozwoju danego rynku, w tym dane dotyczące cen i taryf, udziałów rynkowych, etc. W sytuacji stwierdzenia występowania tego rodzaju praktyk polegających np. na stosowaniu zaniżonych/zawyżonych cen, uzależnienia zawarcia umowy od spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia,

niemającego rzeczowego związku z przedmiotem umowy, Prezes UOKiK jest władny nakazać zaprzestania określonych praktyk naruszających konkurencję, jak i podjęcia przez przedsiębiorcę pewnych pozytywnych działań ograniczających możliwość ich podejmowania w przyszłości. Należy przy tym zauważyć, że ogólną zasadę stanowi reagowanie wobec antykonkurencyjnych przejawów zachowań przy użyciu narzędzi przewidzianych przez ogólne prawo konkurencji, opierające się na zasadzie reakcji *ex post*¹⁸. Do interwencji dochodzi dopiero wówczas, gdy istnieje uzasadnione podejrzenie, co do antykonkurencyjnych praktyk danego podmiotu. W ocenie Prezesa UKE, nie można w tym zakresie pomijać faktu, że na omawianym rynku w ciągu ostatnich pięciu lat Orange Polska S.A. nie przejawiało zachowań, które mogłyby być uznane za nadużycie pozycji znaczącej. Okoliczność ta stanowi istotną wskazówkę na przyszłość, stanowiącą argument za rezygnacją z regulacji o charakterze *ex ante*, jako niewspółmiernego w obecnym stanie rozwoju rynku środka regulacyjnego, na rzecz regulacji *ex post*, stanowiącej odpowiedź na konkretne przejawy zachowań antykonkurencyjnych i mieszczącej się w ramach kompetencji Prezesa UOKiK.

Stosownie do treści art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazuje zaniechania jej stosowania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 6 lub 9 ustawy (w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8) lub art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Nadto, w myśl art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wystarczy, że w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione, że został naruszony zakaz, o którym mowa w akapicie powyżej a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tego zakazu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom, Prezes UOKiK może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań.

Dodatkowo, sankcją za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję może być również kara pieniężna, nakładana w decyzji stwierdzającej stosowanie praktyk ograniczających konkurencję. Na podstawie art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku kalendarzowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenie zakazu określonego w art. 9.

¹⁸ Zob. pkt 27 preambuły do Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz.U. L 108 z 24.4.2002, str. 33), z którego wynika, że regulacja *ex ante* (odnośnie do sieci i usług łączności elektronicznej) powinna być wprowadzona wyłącznie w przypadkach, gdy wspólnotowe środki podejmowane na mocy prawa konkurencji okazały się niewystarczające do rozwiązania problemu. Zob. również pkt 2.2.(iii) Noty wyjaśniającej do Zalecenia 2014, która wskazuje, iż regulacja *ex ante* oraz prawo konkurencji służą jako uzupełniające instrumenty stosowane w celu realizacji właściwych im celów dla sektora łączności elektronicznej oraz dla rozwiązywania problemu braku skutecznej konkurencji. Jednocześnie zasada leżąca u podstaw ram regulacyjnych mówi, że regulacja *ex ante* powinna być wprowadzana jedynie w przypadkach, gdy środki podejmowane na mocy prawa konkurencji nie są wystarczające oraz powinna być wycofywana, kiedy jej stosowanie przestaje być konieczne

Organ antymonopolowy posiada określone narzędzia do realizacji swoich ustawowych zadań, przy czym jego działania przybierają formę kontroli konkurencji, która dokonywana jest *ex post*. Prawo ochrony konkurencji obejmuje jednak pojedyncze, konkretne postępowanie zmierzające do usunięcia występującego naruszenia.

Należy nadto podnieść, że w wyniku uchwalonej w dniu 10 czerwca 2014 r. nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która weszła w życie w dniu 18 stycznia 2015 r. (Dz. U. z 2014 r. poz. 945), poszerzony został zakres narzędzi dostępnych Prezesowi UOKiK, służących zapobieganiu nadużywania pozycji znaczącej. Należy tu wskazać w szczególności instytucję tzw. środków zaradczych określonych w art. 10, założeniem wprowadzenia których jest szybsze wyeliminowanie praktyk ograniczających konkurencję lub usunięcie ich skutków, a także zapobieganie wykorzystywaniu w sposób niezgodny z przepisami pozycji dominującej. Zastosowanie środków zaradczych ma pozbawić przedsiębiorcę, który dopuścił się naruszenia, potencjału do dalszego stosowania niedozwolonych praktyk. Art. 10 ust. 4 w brzmieniu po wspomnianej wyżej nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje, że Prezes UOKiK w decyzji o uznaniu danej praktyki za ograniczającą konkurencję, może nakazać w celu zaniechania stosowania praktyki lub usunięcia jej skutków, zastosowanie środków polegających m.in. na:

- umożliwieniu dostępu do określonej infrastruktury na niedyskryminacyjnych warunkach,
- zmianie umowy,
- zapewnieniu innym podmiotom dostaw określonych produktów lub świadczenia określonych usług na niedyskryminacyjnych warunkach.

Nadto, gdyby środki te mogły okazać nieskuteczne albo skuteczne, ale bardziej uciążliwe dla przedsiębiorcy, Prezes UOKiK będzie mógł nakazać zastosowanie środka polegającego na powierzeniu wykonywania określonej działalności gospodarczej, w tym wykonywania tej działalności na różnych szczeblach obrotu, poszczególnym podmiotom w ramach grupy kapitałowej lub odrębnym jednostkom organizacyjnym w ramach struktury przedsiębiorcy.

W aktualnej sytuacji rynkowej, uwzględniając zapisy prawa konkurencji oraz uprawnienia jakimi dysponuje Prezes UOKiK, a także wobec braku stwierdzonych w przeciągu ostatnich pięciu lat faktycznych działań ze strony Orange Polska S.A. naruszających obowiązki regulacyjne nałożone na tego operatora na rynku właściwym, stwierdzić należy, że kryterium niewystarczalności prawa konkurencji na krajowym rynku świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów nie jest w chwili obecnej spełnione.

4.1. Podsumowanie testu trzech kryteriów

Analiza przeprowadzonego testu trzech kryteriów dowodzi, że żadne z wymienionych w Zaleceniu 2014 kryteriów nie zostało spełnione, gdyż:

- nie można stwierdzić występowania na rynku barier o charakterze strukturalnym i prawnym, które utrudniałyby lub uniemożliwiały wejście na ten rynek:
 - prawo telekomunikacyjne zakłada neutralność technologiczną, w związku z czym podmioty mogą świadczyć usługi na rynku właściwym w oparciu

o dowolne własne rozwiązania technologiczne, dzięki którym realizują potrzeby klientów,

- podmioty nieposiadające własnej infrastruktury na rynku detalicznym mogą korzystać z coraz szerszego komercyjnego dostępu do sieci innych operatorów w sieciach tradycyjnych PSTN, sieciach IP oraz sieciach mobilnych,
 - dostęp do klientów telefonii stacjonarnej umożliwia także lokalna pętla i podpętla abonencka w technologii przewodowej i radiowej (LLU/WLL),
 - operatorzy WLR coraz częściej przenoszą swoich klientów do sieci mobilnych, świadcząc użytkownikom końcowym usługi głosowe,
 - nowi uczestnicy rynku detalicznego i hurtowego rozwijają własną infrastrukturę telekomunikacyjną, na potrzeby świadczenia usług szerokopasmowego dostępu do Internetu, która umożliwia także świadczenie usług telefonii w technologii VoIP,
- nie można stwierdzić braku tendencji do występowania efektywnej konkurencji:
 - pomimo wzrostu udziałów operatorów alternatywnych rynek właściwy nominalnie notuje corocznie spadek w wolumenie ruchu i przychodów ze względu na dużą konwergencję innych technologii i usług (w tym VoIP oraz mobilnych), które stanowią konkurencję dla tradycyjnej telefonii stacjonarnej,
 - kontrola infrastruktury trudnej do powielenia nie stanowi czynnika ograniczającego konkurencję, ponieważ każdego roku przybywa coraz więcej sieci światłowodowych i TVK, budowanych ze środków własnych oraz środków publicznych przez duże i małe przedsiębiorstwa telekomunikacyjne,
 - nowoczesna infrastruktura powstaje często równolegle do istniejącej sieci PSTN operatora zasiedziałego,
 - żaden z przedsiębiorców działających na rynku nie może działać niezależnie od konkurentów i kontrahentów oraz prowadzić politykę cenową niezależną od realiów rynkowych,
 - rynek charakteryzuje się wystarczalnością prawa konkurencji w usuwaniu ewentualnych nieprawidłowości rynkowych:
 - w sytuacji gdy opisane wyżej kryteria oceny zasadności regulacji *ex ante* nie są spełnione, nie można mówić o konieczności stosowania rozbudowanych i trwałych środków zapobiegających częstym i możliwym do wystąpienia naruszeniom zasad konkurencji,
 - Prezes UOKiK dysponuje adekwatnymi narzędziami, aby móc przeciwdziałać ewentualnym nieprawidłowościom naruszenia zasad konkurencji,
 - regulacja *ex ante* stanowi wyjątek od regulacji typu *ex post*. Prezes UKE uznał że na rynku właściwym nie ma konieczności regulacji *ex ante* i wystarczająca będzie regulacja *ex post*.

W związku z powyższym krajowy rynek świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług

telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów nie powinien podlegać regulacji ex ante.

5. Analiza pod kątem występowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej

5.1. Prawne podstawy do wyznaczenia przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej na rynku właściwym

Zgodnie z art. 21 ustawy Prawo telekomunikacyjne Prezes UKE przeprowadza analizę rynków właściwych w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych. Po przeprowadzeniu analizy stosownie do art. 22 Pt, Prezes UKE przeprowadza postępowanie w celu: określenia rynku właściwego, ustalenia czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, wyznaczenia przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia, utrzymania, zmiany lub uchylecia obowiązków regulacyjnych.

Jeżeli Prezes UKE ustali, że na rynku właściwym występuje przedsiębiorca lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni o znaczącej pozycji rynkowej, wydaje decyzję przewidzianą w ustawie (art. 24 Pt). Natomiast, jeżeli po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 22 Pt Prezes UKE ustali, że na rynku właściwym nie występuje przedsiębiorca lub przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej, Prezes UKE wydaje postanowienie lub decyzję, w których określa rynek właściwy, w sposób określony w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pt, oraz stwierdza, że na tym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja (art. 23 ust. 1 pkt 1 i 2 Pt).

Ustawa Prawo telekomunikacyjne zawiera definicje pozycji znaczącej. Zgodnie z 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”*.

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.). Jak wynika z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości¹⁹, *„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 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.

¹⁹ 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.

Zgodnie z art. 25a ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne 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 Regulatorowi 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 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, jako główny punkt wyjścia 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 rynkowej²⁰: „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”²¹. 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”²². 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 w aspekcie przyszłościowym, mając na celu określenie możliwości regulacyjnych ex ante na rynku. Może więc prowadzić do wyników odmiennych niż te, które wynikałyby z zastosowania reguł konkurencji ex post (w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Przedmiotem niniejszej analizy nie jest bowiem badanie zachowań rynkowych przedsiębiorców w przeszłości, w szczególności pod kątem

²⁰ Zgodnie z art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów „domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40 %”.

²¹ Wytyczne Komisji, pkt 55.

²² Wytyczne Komisji, pkt. 57.

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..

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”²³.

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.

Poniżej Prezes UKE przeprowadził analizę rynku świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów pod kątem występowania na nim przedsiębiorcy lub przedsiębiorców o znaczącej pozycji rynkowej, poprzez badanie tych kryteriów, które mają znaczenie dla analizy ww. rynku właściwego.

5.2. Udział przedsiębiorców w rynku właściwym

Udziały operatorów opisane zarówno kryterium liczby łączy, jak i przychodami zostały przeanalizowane w pkt. 4.1.2.1. decyzji.

5.3. Brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej

Drugim, po udziałach w rynku, najczęściej wykorzystywanym kryterium oceny pozycji znaczącej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na rynku właściwym, jest 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). Przedsiębiorca telekomunikacyjny, który kontroluje najbardziej rozległą sieć telekomunikacyjną, obejmującą swoim zasięgiem terytorium praktycznie całego kraju, przy jednoczesnym braku zasadności jej duplikacji, nie musi się obawiać częstych wejść

²³ Wytyczne Komisji motyw 11.

operatorów alternatywnych na rynek właściwy, którzy rozbudowując swoją infrastrukturę mogliby w znacznym stopniu zmniejszyć jego udział w rynku. Tak więc brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej stanowi spełnienie istotnej przesłanki wskazującej, że operator posiadający najbardziej rozległą sieć telekomunikacyjną posiada znaczącą pozycję rynkową na rynku właściwym.

Każdy przedsiębiorca telekomunikacyjny do świadczenia usług telekomunikacyjnych wykorzystuje infrastrukturę techniczną, która jest jego własnością lub jest dzierżawiona od innego operatora w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych. Wielkość sieci zależy przede wszystkim od zasięgu i rodzaju świadczonych usług telekomunikacyjnych.

Pojęcie infrastruktura telekomunikacyjna oznacza tu sieć, część sieci lub elementy sieci, które są używane do dostarczania produktów lub usług na danym rynku właściwym. Kontrola natomiast 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 istniejących na danym rynku. Budowa infrastruktury telekomunikacyjnej jest bardzo kosztownym i złożonym przedsięwzięciem. Wymaga opracowania szczegółowych planów, kosztorysów oraz przede wszystkim poniesienia znacznych nakładów inwestycyjnych. Wydatki, jakie musi ponieść nowo wchodzący przedsiębiorca na stworzenie infrastruktury służącej do świadczenia usługi dostępu w sieci stacjonarnej są istotną barierą i w wielu przypadkach uniemożliwiają zaistnienie na ww. rynku nowym przedsiębiorcom. Na koszty związane z budową infrastruktury składają się między innymi koszty budowy:

- kanalizacji,
- rurociągów magistralnych,
- kabli,
- sieci rozdzielczej,
- przyłączy abonenckich,
- pionów i sieci wewnątrz budynków,
- studni kablowych,
- złączy,
- słupów,
- central końcowych i międzystrefowych,
- przetwornic głównych,
- punktów styku z innymi operatorami telekomunikacyjnymi posiadającymi sieci telekomunikacyjne itp.

Infrastruktura typu PSTN/ISDN to jedyny rodzaj dostępowej infrastruktury stacjonarnej w znaczący sposób obecny w skali powierzchni kraju. Istotną i trwałą przeszkodą rozwoju konkurencji na bazie infrastruktury PSTN/ISDN jest brak zasadności powielenia tej infrastruktury. Jednakże Polska jest jednym z niewielu krajów w Unii Europejskiej posiadających stosunkowo rozległą infrastrukturę dostępową operatorów alternatywnych.

Należy również zauważyć, iż w chwili obecnej operatorzy alternatywni mogą świadczyć usługi telekomunikacyjne coraz większej liczbie podmiotów bez konieczności posiadania własnej rozbudowanej infrastruktury telekomunikacyjnej. Uwolnienie infrastruktury operatora zasiedziałego na rzecz innych podmiotów znacznie ułatwiło wejście innych operatorów na analizowany rynek właściwy. Rozwój technologii sprawił jednak, że oprócz tradycyjnej technologii PSTN/ISDN, operatorzy mogą przyłączać swoich abonentów do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej również z wykorzystaniem rozwiązań IP. Posiadanie przez operatora sieci IP pozwala mu na przyłączenie abonentów w technologii VoIP. Takie rozwiązanie jest popularne szczególnie wśród operatorów TVK, którzy wykorzystując posiadaną już infrastrukturę mogą rozszerzyć zakres oferowanych usług o dostęp do sieci Internet oraz telefonii stacjonarną VoIP. Jest to rozwiązanie korzystne dla abonentów ze względu na niskie koszty a także możliwość skorzystania z szerokiego wachlarz usług dodatkowych. Telefonia VoIP to jedyny sektor usług telefonicznych w stałej lokalizacji, który nieustannie się rozwija, wobec malejącej co roku liczby przyłączeń abonentów w sposób tradycyjny (PSTN/ISDN) czy na bazie rozwiązania WLR.

Chociaż najbardziej rozwiniętą sieć telekomunikacyjną posiada OPL, to na wielu obszarach kraju nowocześniejszą sieć rozwinęli operatorzy alternatywni. W zależności od województwa docierają oni ze swoimi nowocześniejszymi rozwiązaniami od 2,08% adresów (woj. lubuskie) do 21,54% (woj. podkarpackie). Nowocześniejsza infrastruktura oznacza w tym przypadku posiadanie przez operatora alternatywnego nowocześniejszej technologii dostępowej niż OPL (np. OA posiada światłowód a OPL świadczy dostęp w oparciu o łącza xDSL). Operatorzy alternatywni starają się zatem konkurować z OPL na obszarze całego kraju świadcząc szereg usług telekomunikacyjnych.

Pozycja rynkowa OPL nie ulega wzmocnieniu na analizowanym rynku, ponieważ jak wskazano powyżej posiadanie rozwiniętej infrastruktury telekomunikacyjnej nie jest koniecznym warunkiem prowadzenia działalności na analizowanym rynku właściwym a operatorzy alternatywni często posiadają nowocześniejsze rozwiązania technologiczne. Opisane powyżej rozwiązania technologiczne powodują, że powielanie już istniejącej infrastruktury nie byłoby w żaden sposób zasadne, a z istniejącej już infrastruktury OPL mogą korzystać inni operatorzy, stąd rozległość infrastruktury posiadanej przez Orange nie stanowi istotnych barier i utrudnień dla zaistnienia konkurencji na rynku właściwym.

Tabela 2 Odsetek adresów, w których Inny operator posiada nowocześniejszą infrastrukturę niż OPL

województwo	% adresów w których jest OPL	% adresów w których inny podmiot ma lepszą infrastrukturę
DOLNOŚLĄSKIE	69,76	3,88
KUJAWSKO-POMORSKIE	61,30	3,97
LUBELSKIE	65,43	11,28
LUBUSKIE	70,99	2,08
ŁÓDZKIE	62,36	8,52
MAŁOPOLSKIE	64,14	11,62
MAZOWIECKIE	76,71	3,00

OPOLSKIE	75,46	12,06
PODKARPACKIE	47,52	21,54
PODLASKIE	69,89	12,57
POMORSKIE	58,11	6,56
ŚLĄSKIE	59,79	20,57
ŚWIĘTOKRZYSKIE	67,96	9,77
WARMIŃSKO-MAZURSKIE	74,51	3,37
WIELKOPOLSKIE	58,61	16,36
ZACHODNIOPOMORSKIE	75,39	3,77

Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

Podsumowując, w ocenie Prezesa UKE powyższe kryterium nie świadczy o występowaniu znaczącej pozycji rynkowej jakiegokolwiek podmiotu na analizowanym rynku.

5.3.1. Wartość infrastruktury telekomunikacyjnej

Łączna wartość infrastruktury telekomunikacyjnej operatorów zwiększa się corocznie. Na koniec 2016 r. przekroczyła ona 42,5 mld PLN. Wytypowani do analizy przedsiębiorcy byli w posiadaniu 70% infrastruktury telekomunikacyjnej, o łącznej wartości 30 mld PLN.

Wartość infrastruktury Orange na koniec 2016 r. wyniosła (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 22). Drugi operator pod względem wartości infrastruktury, T-Mobile Polska, oszacował jej wartość na (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 23), czyli o (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 24) więcej niż na koniec 2012 r. Poziom inwestycji wskazanych operatorów może jednak być przeznaczony w dużej mierze, a w przypadku T-Mobile Polska w całości, na inwestycje w usługi mobilne, co również świadczy o tym, że rynek tradycyjnej telefonii stacjonarnej przestaje być obszarem zainteresowań operatorów.

Wykres 20 Wartość infrastruktury telekomunikacyjnej (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 25)

Orange posiada rozbudowaną sieć telekomunikacyjną pokrywającą niemal całą powierzchnię Polski, co znajduje odzwierciedlenie w najwyższym wskaźniku wartości infrastruktury. Operator ten corocznie jednak zmniejsza wartość posiadanych zasobów infrastrukturalnych. Odwrotny trend widać w przypadku pozostałej grupy dostawców usług telekomunikacyjnych, którzy systematycznie, corocznie zwiększają swój udział w analizowanym wskaźniku.

Należy jednak zaznaczyć, że posiadanie własnej sieci nie jest warunkiem koniecznym do prowadzenia działalności na rynku właściwym, a operatorzy alternatywni mają możliwość korzystania z istniejącej sieci telekomunikacyjnej operatora zasiedziałego w ramach hurtowego dostępu (WLR) czy dostępu do pętli abonenckiej (LLU).

5.3.2. Nakłady inwestycyjne

Łączne nakłady inwestycyjne przedsiębiorców telekomunikacyjnych uwzględnionych w analizie na koniec 2016 r. wyniosły ponad 12 mld PLN. Największe wydatki w analizowanym okresie ponosił T-Mobile Polska. Wynosiły one od (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 26) w 2012 r. do (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 27) na

koniec 2016 r. Wynik ten oznacza (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 28) (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 29) nakładów na inwestycje prowadzonych przez operatora. OPL w ostatnim roku poniósł nakłady na inwestycje na poziomie (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 30). Udział pozostałych, wytypowanych operatorów nie został przedstawiony na wykresie ze względu na niskie wartości nakładów inwestycyjnych. Podobnie jak w przypadku wskaźnika opisującego wartość infrastruktury również tutaj, w przypadku operatorów T-Mobile Polska oraz OPL można przyjąć, że znaczna część nakładów inwestycyjnych lub ich całość jest przeznaczona na infrastrukturę mobilną.

Analizowany wskaźnik nakładów inwestycyjnych obejmuje łączne wydatki na infrastrukturę, wliczając także wartości niematerialne i prawne. Dotyczy on zatem całej infrastruktury każdego z operatorów. Biorąc pod uwagę trendy na rynku i popularność poszczególnych usług telekomunikacyjnych można sądzić, że przedsiębiorcy koncentrują się na inwestycjach w sieci szerokopasmowe (operatorzy stacjonarni) i ruchome (MNO), nie zaś rozbudowę bądź modernizację sieci PSTN/ISDN.

Wykres 31 Wysokość nakładów inwestycyjnych operatorów (tajemnica przedsiębiorstwa, zał. 1 pkt. 31)

Na podstawie analizy powyższego kryterium należy stwierdzić, że gros nakładów inwestycyjnych przeznaczane jest na modernizację sieci ruchomych. Mają one na celu rozwój usług telefonii ruchomej, w tym transmisji danych w standardzie LTE, nie zaś, mających marginalne znaczenie, usług głosowych w stałej lokalizacji. Operatorzy również ponoszą wydatki na inwestycje w posiadaną infrastrukturę stacjonarną, ich celem jednak jest przede wszystkim modernizacja sieci na potrzeby świadczenia usług dostępu do Internetu i telewizji, nie zaś usług głosowych.

Operatorzy świadczący usługi telefonii stacjonarnej w technologii VoIP w wielu przypadkach nie posiadają żadnej własnej infrastruktury, nie ponoszą też z tego tytułu żadnych nakładów na jej modernizację czy rozbudowę. Operatorami, którzy usługę telefonii stacjonarnej opierają w całości o rozwiązania VoIP są podmioty, działające na rynku TVK. W tym przypadku posiadanie własnej sieci telekomunikacyjnej jest niezbędne dla świadczenia usługi połączeń telefonicznych w sieci stacjonarnej.

Tworzenie rozległej sieci dostępowej w celu świadczenia usługi będącej przedmiotem niniejszej analizy, na obecnym etapie jest nieuzasadnione ani ekonomicznie ani praktycznie. Malejące zainteresowanie uzyskaniem przyłączenia telefonii stacjonarnej w klasycznej technologii statuuje możliwe decyzje operatorów o przeznaczaniu nakładów inwestycyjnych na inne usługi telekomunikacyjne.

Infrastruktura Orange nadal pozostaje najbardziej rozbudowana, a na jej modernizację i rozwój przeznaczane są znaczące środki. Dedykowane są one jednak na rozwój i modernizację infrastruktury szerokopasmowej, nie zaś na sieć PSTN/ISDN. Jednocześnie budowa infrastruktury „równoległej” do istniejącej jest nie tylko nieefektywna ekonomicznie, ale obciążona dużym ryzykiem, które wynika z ograniczonych możliwości pozyskania klientów, w sytuacji, kiedy rynek telefonii stacjonarnej się kurczy. Ponadto, zamiast budowy „równoległej” infrastruktury do istniejącej, operatorzy alternatywni mogą korzystać z dostępu do sieci w ramach świadczonych przez Orange usług hurtowych. Alternatywę stanowią także usługi głosowe świadczone w oparciu o technologię VoIP.

Rozwój usług telefonii stacjonarnej w technologii VoIP oraz hurtowy dostęp do infrastruktury Orange pozwalają na świadczenie usług głosowych przez operatorów nie posiadających własnej sieci telekomunikacyjnej. Z tego też względu wskaźnik wartości infrastruktury, a tym bardziej nakłady inwestycyjne, których przeznaczenie nie wiąże się z rynkiem właściwym, nie mają istotnego wpływu na budowanie przewagi konkurencyjnej. Z drugiej strony w wielu obszarach kraju działają operatorzy alternatywni na bazie własnej nowoczesnej infrastruktury. Wysokość dokonywanych przez nich nakładów inwestycyjnych może różnić się od OPL ze względu na regionalizację ich działań. Najczęściej jednak te wybrane obszary jak nowe osiedla mieszkaniowe czy bloki mieszkalne, a także dzielnice miast wyposażane są w nowoczesną infrastrukturę, głównie tvk, która pozwala świadczyć komplet usług, z jakimi można mieć obecnie do czynienia, w tym telefonię stacjonarną w technologii VoIP. Czynniki te stanowią o tym, że Orange nie uzyskuje przewagi konkurencyjnej z uwagi na przedmiotowe kryterium.

5.4. Istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego

Kryterium to pozwala stwierdzić, czy pewien 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 umożliwia 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.

Świadczenie usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów może być realizowane za pomocą różnych technologii dostępowych, jak wskazano powyżej.

Żaden z podmiotów działających na rynku świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów nie dysponuje więc unikatową technologią, do której inni uczestnicy nie mają dostępu, a która umożliwiłaby operatorowi uzyskanie bezpośredniej przewagi nad konkurentami. Operatorzy alternatywni mają możliwość szczególnie dostarczania usługi w ramach sieci IP. Przyłączenie abonenta do sieci VoIP odbywa się w ramach istniejącej infrastruktury, a wykorzystana technologia jest powszechnie dostępna. Dlatego też nie można stwierdzić, że którykolwiek z podmiotów działający na przedmiotowym rynku właściwym posiada unikatowe rozwiązania technologiczne pozwalające mu osiągnąć przewagę nad pozostałymi operatorami.

5.5. Poziom równoważącej siły nabywczej

Kryterium to pozwala stwierdzić, czy poziom siły nabywczej klientów konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych jest wystarczająco wysoki, aby zrównoważyć pozycję tego lub tych przedsiębiorców jako dostawców usług na danym rynku właściwym. Im niższy jest poziom równoważącej siły nabywczej klientów konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców na danym rynku, tym większe jest prawdopodobieństwo, że przedsiębiorca lub przedsiębiorcy zajmują indywidualną lub kolektywną pozycję znaczącą na tym rynku.

Poziom równoważącej siły nabywczej jest wysoki, jeśli:

- do jednego klienta bądź grupy klientów trafia duża część produktów lub usług konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych;
- najwięksi klienci są dobrze poinformowani na temat alternatywnych dostawców danych produktów lub usług;
- najwięksi klienci mogą łatwo i niewielkim kosztem przestawić się na korzystanie z tych alternatywnych dostawców;
- najwięksi klienci mogą rozpocząć samodzielnie wytwarzanie danych produktów lub usług;
- przedsiębiorca lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zainwestowali znaczne środki w infrastrukturę służącą wyłącznie dostarczaniu produktów lub usług konkretnym największym klientom.

Do oceny tego wskaźnika bierze się pod uwagę przede wszystkim stopień koncentracji sprzedaży konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych na danym rynku właściwym, czyli udział największych klientów w wartości sprzedaży tego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców na rynku.

Na badanym rynku właściwym klientami są podmioty biznesowe korzystające z więcej niż jednego łącza. Klienci instytucjonalni to podmioty, których pozycja negocjacyjna uzależniona jest w dużej mierze od wielkości przedsiębiorstwa, a co z tym związane – od liczby przyłączyń jakie dany klient biznesowy wykorzystuje oraz usług dodatkowych, nabywanych poza standardową ofertą.

Przedsiębiorcy telekomunikacyjny, kierujący swoją ofertę do klientów instytucjonalnych często dokonują rozróżnienia ze względu na wielkość czy zakres prowadzonej działalności. Pierwszą grupą są mikro i małe przedsiębiorstwa. Do tych podmiotów najczęściej skierowana jest standardowa oferta operatora, z ograniczoną możliwością jej negocjacji. Wraz ze wzrostem przedsiębiorstwa, przechodząc przez podmioty średnie i duże, a następnie korporacje możliwości negocjacyjne wzrastają. Największe podmioty, które prowadząc działalność potrzebują większej liczby przyłączyń niż mniejsi przedsiębiorcy, a co z tym związane, ponosząc dużo większe koszty – mają większe możliwości negocjacyjne zarówno pod względem poziomu cen jak i zakresu uzyskanej usługi. Dodatkowo oczekują one innej oferty pod względem technologicznym, ponieważ do prowadzenia działalności potrzebują nowoczesnych rozwiązań zapewniających najwyższą jakość. Stąd też oprócz uzyskania przyłączenia do sieci danego operatora, podmioty te zakupują szereg urządzeń i rozwiązań, które nie są potrzebne mniejszym instytucjom.

Występowanie na analizowanym rynku nabywców usług, których możliwości negocjacyjne wobec dostawców usług są większe, ma pozytywny wpływ na sytuację konkurencyjną. Wzmaga ono konkurencję pomiędzy operatorami telekomunikacyjnymi o pozyskanie takich, często kluczowych klientów.

Podsumowując należy uznać, że na rynku występują podmioty, które posiadają większe możliwości nabywcze oraz negocjacyjne wobec dostawców usług, a tym samym poziom równoważącej siły nabywczej jest względnie wysoki. Stanowi to czynnik ograniczający możliwość wystąpienia na analizowanym rynku podmiotu lub podmiotów zajmujących pozycję znaczącą.

5.6. Ekonomie zakresu i pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy

Kolejnym wskaźnikiem służącym ocenie występowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego 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 wykorzystując tą 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 ten przedsiębiorca świadczy usługi oraz stopień różnorodności oferty.

Orange, jak wskazano w analizie, posiada najbardziej rozwiniętą sieć telekomunikacyjną, pokrywającą swym zasięgiem obszar całego kraju. Pozwala to jej na świadczenie, bez większych nakładów inwestycyjnych, zarówno usług detalicznych jak i hurtowych. Korzyści zakresu polegają w tym przypadku na wykorzystaniu jednej infrastruktury technicznej do dostarczania różnorodnych usług telekomunikacyjnych dużej liczbie klientów. Dotyczy to także wykorzystywania kanałów dystrybucji spółki do sprzedaży usług wchodzących w zakres produktowy analizowanego rynku właściwego.

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 utrudniający skuteczną konkurencję. Jeśli konkretny przedsiębiorca telekomunikacyjny jest pionowo zintegrowany, może to wzmacniać jego pozycję na danym rynku na dwa sposoby. Pierwszy z nich polega na tym, że dzięki kontroli nad rynkami powiązanimi 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, m.in. rynki półproduktów lub rynki hurtowe) lub poniżej (downstream markets, m.in. rynki produktów końcowych lub rynki detaliczne) w łańcuchu dostaw. Drugim sposobem jest ograniczanie przez przedsiębiorcę warunków konkurencji na kontrolowanych rynkach powiązanych, dzięki przenoszeniu na te rynki swojej pozycji znaczącej z rynku właściwego.

Jednym z wyznaczników analizowanego kryterium jest prowadzenie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnej działalności na wielu rynkach, określanych jako rynki właściwe. Działalność operatora na wielu rynkach pozwala mu zdywersyfikować portfolio usług, a tym samym zapewnić przychód z wielu modeli biznesowych, co istotne przy wykorzystaniu tej samej infrastruktury telekomunikacyjnej. Oprócz OPL, na którym spoczywa szereg obowiązków regulacyjnych wymuszających na nim świadczenie usług na wielu rynkach, operatorzy alternatywni również muszą szukać źródeł rozwoju w świadczeniu szeregu innych usług. Operatorzy działający na analizowanym rynku właściwym nie muszą posiadać infrastruktury telekomunikacyjnej, aby skutecznie zrealizować połączenie głosowe, ponieważ mogą korzystać z rozwiązań hurtowych i nabywać te usługi u innych operatorów. Oprócz tego działają oni na wielu innych polach telekomunikacji jak rynki związane z dostępem do sieci Internet, telefonią komórkową oraz inne związane zarówno z detalicznym jak i hurtowym prowadzeniem działalności.

Podsumowując należy stwierdzić, że zarówno Orange, jak i najwięksi operatorzy alternatywni prowadzą działalność na wielu rynkach właściwych, dzięki czemu mogą osiągać korzyści z pionowego zintegrowania przedsiębiorstwa. Część natomiast przedsiębiorców, wykorzystująca technologię VoIP, w ogóle nie działa na rynkach hurtowych, co też nie wpływa w żaden sposób na ich działalność na analizowanym rynku właściwym.

Zarówno OPL, jak i inne podmioty świadczą usługi na innych wybranych rynkach hurtowych i detalicznych, jednakże nie można uznać, że obecność na nich przyczynia się do polepszenia sytuacji rynkowej tylko jednego z operatorów, w tym przypadku OPL. Wielu operatorów jest w stanie dostarczać pakiety usług na rynkach detalicznych czy udostępniać posiadane łącza na rynkach hurtowych.

5.7. Korzyści skali

Kryterium ekonomii skali pozwala stwierdzić, czy konkretny przedsiębiorca telekomunikacyjny osiąga korzyści skali na danym rynku właściwym. Ekonomia skali występuje, gdy zwiększenie wolumenu produkcji przez przedsiębiorcę powoduje spadek średnich kosztów produkcji, czyli obniżenie jednostkowego kosztu wytworzenia danego produktu lub usługi. Korzyści skali występują zazwyczaj w sytuacji, gdy proces produkcji wymaga wysokich kosztów stałych, co często ma miejsce na rynkach sektora łączności.

Biorąc pod uwagę specyfikę rynku właściwego oraz obecne na nim trendy, efekt korzyści skali odgrywa marginalną rolę. Produktem na tym rynku jest usługa przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej, której koszt jest niezależny od liczby abonentów z niej korzystających, ponieważ musi pokrywać techniczne rozwiązania i jest kosztem jednorazowym. Dodatkowo należy podkreślić, że analizowany rynek właściwy, analogicznie do całego segmentu usług głosowych w stałej lokalizacji, co roku odnotowuje spadki w liczbie abonentów. Jednocześnie operatorzy ponoszą stałe koszty utrzymania infrastruktury, czy obsługi abonentów. W takiej sytuacji działania dostawców usług koncentrują się bardziej na ograniczaniu strat przez wiązanie usług głosowych z innymi usługami telekomunikacyjnymi (Internet, telewizja) aniżeli osiągnięciu z nich korzyści skali.

Podsumowując należy stwierdzić, że na analizowanym rynku, żaden operator nie osiąga przewagi nad innym pod względem korzyści skali.

5.8. 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.

Kryterium to pozwala określić prawdopodobieństwo pojawienia się na danym rynku właściwym nowych operatorów, opierając się na założeniu, że przedsiębiorcy niedziałający w chwili obecnej na tym rynku mogą w perspektywie krótkookresowej (1 rok) zdecydować się na wejście na ten rynek, na skutek wystąpienia na nim niewielkiego, lecz stałego wzrostu cen. 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 indywidualną lub kolektywną pozycję znaczącą.

Realne zagrożenie wejściem na dany rynek właściwy nowych potencjalnych konkurentów ogranicza zdolność przedsiębiorców telekomunikacyjnych do nieuzasadnionego podnoszenia cen oraz innych praktyk antykonkurencyjnych. Jako potencjalni nowi konkurenci powinni być traktowani wszyscy ci przedsiębiorcy, którzy w przypadku wystąpienia na danym rynku niewielkiego lecz stałego wzrostu cen mają techniczne możliwości wejścia na ten rynek.

Wcześniej możliwość zwiększenia świadczenia usług przez operatorów alternatywnych obwarowana była koniecznością posiadania dostatecznie rozbudowanej infrastruktury telekomunikacyjnej oraz z wysokimi kosztami jej budowy. Obecnie istnieje możliwość świadczenia usług głosowych w stałej lokalizacji na bazie infrastruktury operatora zasiedziałego oraz w oparciu o technologię VoIP, z czego szeroko korzystają operatorzy alternatywni. Według stanu na koniec 2016 r. 25 przedsiębiorców telekomunikacyjnych, spośród wszystkich, którzy przesłali sprawozdania w zakresie usług telefonii stacjonarnej wynikające z corocznego obowiązku sprawozdawczego, zdecydowało się na konkurowanie z ofertą detaliczną Orange poprzez świadczenie usług na bazie WLR. Głównymi odbiorcami hurtowej usługi WLR były Voice Net, Netia, T-Mobile Polska oraz Telestrada.

Podsumowując należy stwierdzić, że na rynku istnieje konkurencja dla Orange w postaci nowych podmiotów, które wchodzi na rynek. Odbiorca końcowy ma możliwość wyboru oferty spośród szerokiego grona dostawców, nie ma przy tym znaczenia technologia dostarczenia usługi, gdyż najczęściej nie jest on świadomy, jak technicznie realizowane jest połączenie głosowe. Dodatkowo rozpoczęcia działalności na rynku właściwym nie ograniczają bariery wejścia, teoretycznie mogą zatem rozpocząć działalność kolejni operatorzy konkurujący z ofertą Orange. Na analizowanym rynku już obecnie działa wielu konkurentów Orange, którzy rozwijają swoją działalność.

5.9. Istnienie barier dla dalszego rozwoju przedsiębiorców oraz rynku właściwego

Kryterium to pozwala określić, w perspektywie krótkookresowej (1 rok), możliwości dalszego rozwoju i zwiększenia produkcji lub świadczenia usług przez przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających na danym rynku właściwym. Istnienie barier dla dalszego rozwoju niektórych przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających na danym rynku właściwym wzmacnia pozycję tego z przedsiębiorców obecnych na tym rynku, który takich barier nie posiada. Stanowi to czynnik utrudniający skuteczną

konkurencję. Im większe są te bariery, tym większe jest prawdopodobieństwo, że przedsiębiorca ich nie posiadający zajmuje pozycję znaczącą na danym rynku.

Istotną barierą utrudniającą rozwój rynku telefonii stacjonarnej (w tym rynku usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych) jest malejący z roku na rok popyt na usługi głosowe świadczone w stałej lokalizacji. Potwierdzają to dane zaprezentowane w pkt. 4.1.2.1 decyzji obrazujące zmniejszające się systematycznie od wielu lat wartości wskaźników takich jak: liczba abonentów czy przychody z tytułu świadczenia usługi połączeń głosowych.

Zgodnie z przeprowadzonym w 2016 r. na zlecenie UKE badaniem konsumenckim, w którym pytano klientów instytucjonalnych o posiadanie telefonu stacjonarnego, a więc dostęp do usług telefonii stacjonarnej, respondenci wskazali, że najczęstszym powodem korzystania z telefonu stacjonarnego jest ułatwienie funkcjonowania firmy (59,4% wskazań przez respondentów). Drugą najczęściej wskazywaną odpowiedzią było wskazanie, że posiadanie numeru stacjonarnego zwiększa wiarygodność firmy (41,2%).

Operatorzy alternatywni mają możliwość świadczenia swoich usług na terenie niemal całego kraju korzystając z infrastruktury Orange Polska. Klienci mają obecnie możliwość łatwej zmiany operatora, co ma odzwierciedlenie w udziałach operatorów alternatywnych. Mimo kurczącego się rynku liczba ich abonentów spada zdecydowanie wolniej niż w przypadku operatora zasiedziałego. Spadek popytu na tradycyjną telefonię w stałej lokalizacji związany jest głównie z rosnącą popularnością usług telefonii ruchomej, która jest lepiej dostosowana do indywidualnych potrzeb klientów. Według wspomnianego już badania klientów instytucjonalnych, 98,1% respondentów korzysta z telefonii komórkowej. Prezes UKE dostrzega również zjawisko FMS²⁴. Statystycznie na każdego obywatela kraju, niezależnie od wieku przypada niemal półtora numeru komórkowego (penetracja na poziomie 144,2% w 2016 r.), każdy podmiot ma możliwość skorzystania, o ile już nie korzysta z usług telefonii mobilnej.

Spadek popularności tradycyjnej telefonii stacjonarnej nie jest rekompensowany telefonią stacjonarną w technologii VoIP, mimo że wolumen tego ruchu sukcesywnie wzrasta.

Podsumowując należy stwierdzić, że na rynku właściwym istnieją bariery rozwoju związane z usługami dostarczonymi poprzez stacjonarne sieci telefoniczne. W równym stopniu dotyczą one jednak operatora zasiedziałego, jak i dostawców alternatywnych, osłabiając ich pozycję ekonomiczną.

5.10. Istnienie barier wejścia na rynek właściwy

Kryterium barier wejścia na rynek właściwy, w tym bariery strukturalne i prawne/regulacyjne zostały szczegółowo omówione w punkcie 4.1.1 decyzji.

6. Analiza rynku pod kątem występowania kolektywnej znaczącej pozycji rynkowej

Stwierdzenie, że skuteczna konkurencja istnieje na właściwym rynku, jest równoważne ze stwierdzeniem, iż żaden z operatorów nie posiada pojedynczej bądź wspólnej pozycji dominującej na tym rynku. Jak wynika z powyższego Prezes UKE po stwierdzeniu braku

24 ang. Fixed Mobile Substitution- oznacza zastępowanie korzystania z telefonii stacjonarnej na rzecz korzystania z rozwiązań mobilnych.

przedsiębiorcy o pozycji znaczącej powinien przeprowadzić analizę rynku pod kątem występowania kolektywnej pozycji znaczącej.

Zgodnie z art. 25a ust. 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne, Prezes UKE przy ustalaniu, czy dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmuje kolektywną znaczącą pozycję 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 tych zalicza się:

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

Jednocześnie nie jest wymagane łączne spełnienie przywołanych powyżej kryteriów.

Wytyczne Komisji, jako podstawowe kryteria oceny kolektywnej pozycji znaczącej wskazują na: przejrzystość rynku, trwały charakter postępowania przedsiębiorstw oraz kwestie czynników zewnętrznych (czy inni uczestnicy rynku mają siłę, aby przeciwstawić się takiej kolektywnej pozycji).

Kolektywna pozycja znacząca występuje głównie na rynkach oligopolistycznych. Brak skutecznej konkurencji zachodzący na tego rodzaju rynkach znany jest także jako zjawisko skoordynowanych skutków (ang. *coordinated effects*) lub jako zjawisko „milczącej”, dorozumianej zмовы (ang. *tacit collusion*) między przedsiębiorcami. 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 unijnych. 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 konsumentów. 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.

6.1. Udziały przedsiębiorców w rynku właściwym oraz podobne udziały w rynku

Kryterium udziałów rynkowych zostało szczegółowo opisane w rozdziale 4.1.2.1

6.2. 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 któregośkolwiek z graczy rynkowych od wspólnej linii działania.

W precedensowym orzeczeniu w sprawie Airtours plc przeciw Komisji Europejskiej (sprawa o sygn. T-342/99) Sąd Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich orzekł, iż jednym z warunków koniecznych do stwierdzenia występowania kolektywnej pozycji dominującej jest zdolność każdego z członków takiego porozumienia do stwierdzenia, jak zachowują się inni członkowie, w celu monitorowania, czy przestrzegają oni warunków porozumienia.

Przejrzystość rynku rozumiana jest jako łatwy i szybki dostęp do informacji na temat cen i wielkości sprzedaży wszystkich przedsiębiorców. Aby ocenić przejrzystość konkretnego rynku, należy zatem przeanalizować go przez pryzmat występowania obu tych przesłanek, tj.:

1. szybkiego i łatwego dostępu do informacji na temat cen oraz
2. szybkiego i łatwego dostępu do informacji na temat wielkości sprzedaży wszystkich przedsiębiorców.

Odnosnie pierwszej przesłanki należy zauważyć, iż na niniejszym rynku występuje odbiorca wielu rozdrobnionych przedsiębiorców, w związku z czym kontrakty do nich skierowane oparte są najczęściej o ujednolicone wzorce umowne, które zawierający umowę z operatorem użytkownik końcowy zobowiązany jest zaakceptować w całości. Jedynie najwięksi odbiorcy końcowi mają na tyle dużą siłę rynkową, aby ustalać warunki kontraktowe w sposób zindywidualizowany, zatem na analizowanym rynku właściwym można mówić w pewnej mierze o możliwościach negocjacyjnych po stronie nabywcy umów. Każdy z operatorów publikuje na swojej stronie internetowej szczegółowy cennik oraz regulaminy świadczonych usług. Stanowią one ofertę ogólną, która może różnić się w zależności od obszaru, na którym świadczony są usługi. Szczególnie w przypadku operatorów TVK często stosowaną praktyką jest różnicowanie ofert nie tylko w poszczególnych miastach, ale nawet

dzielnicach. Strategia różnicowania oferty na poszczególnych obszarach nie stanowi jednak istotnej bariery poznania jej przez innych działających na tym rynku operatorów telekomunikacyjnych. Jeśli dodać do tego, iż co do zasady umowy z abonentami zawierane są w oparciu o zestandaryzowane regulaminy i cenniki, bez stosowania niejawnych, ustalanych indywidualnie rabatów i upustów, można stwierdzić, iż przedsiębiorcy telekomunikacyjni mają stosunkowo szybki i łatwy dostęp do informacji na temat cen. W przypadku umów negocjowanych indywidualnie są one tworzone na podstawie ofert ramowych, zatem i w tym przypadku konkurenci mają możliwość uzyskania przynajmniej podstawowych informacji o ofertach innych podmiotów. W odniesieniu do spółek notowanych na giełdzie papierów wartościowych (w tym Orange i Netii) dostęp do informacji jest wyższy, co wynika z faktu, że są to spółki publiczne, których udziały dopuszczone są do obrotu giełdowego. Wynikają stąd szczególne obowiązki informacyjne, dotyczące ogłaszania istotnych faktów mających wpływ na działalność spółki, a także kwartalnych raportów finansowych. W hipotetycznej sytuacji zajmowania przez te spółki kolektywnej pozycji znaczącej, znajomość danych wynikających z raportów finansowych mogłaby stanowić modelowo czynnik petryfikujący taki układ rynkowy, poprzez ułatwienie uczestnikowi „cichego porozumienia” wykrycie ewentualnych odstępstw od niego przez innego z uczestników. W praktyce jednak, mając na uwadze, iż spółki te działają na szeregu rynków telekomunikacyjnych, które nie są wyróżniane w raportach finansowych zgodnie z systematyką stosowaną w działalności regulacyjnej Prezesa UKE, trudne byłoby wykrycie ewentualnej zmiany przepływów pieniężnych wynikających z działalności spółki wyłącznie na rynku poddanym analizie w niniejszej decyzji.

Odnosnie drugiej z wymienionych przesłanek, należy stwierdzić, iż nie została ona spełniona. Wartości osiągniętych przychodów ze świadczenia usług na poszczególnych rynkach telekomunikacyjnych stanowią informacje traktowane przez przedsiębiorców jako informacje poufne, co do zasady nie są one publikowane, powszechnie znane, a tym samym łatwo i szybko dostępne. Co prawda, spółki mające status spółek publicznych (w tym OPL) są zobowiązane do publikacji określonych kategorii wyników finansowych, w tym przychodów, jednak zbiorczy charakter tych danych, nie pozwala na stwierdzenie, jaki udział w tych przychodach wynika z działalności przedsiębiorcy na poszczególnych rynkach telekomunikacyjnych zgodnych z systematyką stosowaną przez Prezesa UKE na potrzeby działalności regulacyjnej.

Podsumowując należy stwierdzić, iż na niniejszym rynku spełniona została pierwsza z przesłanek służących stwierdzeniu jego przejrzystości, tj. szybkiego i łatwego dostępu do informacji na temat cen. Nie została jednak spełniona druga z przesłanek, tj. szybkiego i łatwego dostępu do informacji na temat wielkości sprzedaży wszystkich przedsiębiorców. Mając na uwadze, iż definicja przejrzystości rynku ma charakter koniunkcji, w której obie z omówionych wyżej przesłanek muszą być spełnione łącznie, w sytuacji gdy stwierdzono występowanie jedynie pierwszej z nich, należy stwierdzić iż analizowanego rynku nie można określić jako przejrzystego. Tym samym, z uwagi na to kryterium, nie posiada on znamion występowania kolektywnej pozycji znaczącej.

6.3. 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.

Na podstawie przeprowadzonego w 2016 r. na zlecenie Prezesa UKE badania klientów instytucjonalnych należy stwierdzić, że abonenci usług głosowych w stałej lokalizacji wykazują wysoką cenową elastyczność popytu. 22,5% badanych zadeklarowało skłonność do rezygnacji z telefonii stacjonarnej w przypadku podwyżki jej kosztów, a 16% wskazało, że oferta telefonii mobilnej jest korzystniejsza.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że rynek właściwy charakteryzuje się wysoką elastycznością cenową, co wskazuje na brak występowania przedsiębiorców o kolektywnej pozycji znaczącej.

6.4. Wysokie prawne lub ekonomiczne bariery dostępu do rynku

Kryterium szczegółowo opisane w rozdziale 4.1.1.

6.5. Integracja pionowa, której towarzyszy zbiorowa odmowa dostaw

Kryterium szczegółowo opisane w rozdziale 5.5.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że 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.

6.6. Brak równoważącej siły nabywczej

Kryterium szczegółowo opisane w rozdziale 5.4.

6.7. Brak potencjalnej konkurencji

Kryterium szczegółowo opisane w rozdziale 5.7.

7. Wnioski dotyczące oceny przedsiębiorcy telekomunikacyjnego zajmującego znaczącą pozycję rynkową lub przedsiębiorców zajmujących kolektywną znaczącą pozycję rynkową

Wyniki przeprowadzonej analizy zarówno udziałów w rynku, jak i innych kryteriów pokazują, że usługa przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych jest to coraz mniej popularna forma komunikacji. Zapewnienie dostępu do usług telefonii w stałej lokalizacji cieszy się coraz mniejszym zainteresowaniem przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Konieczność poprowadzenia infrastruktury stacjonarnej powoduje, że telefonia stacjonarna w klasycznym rozumieniu nie będzie już rozszerzać swojego zasięgu. Co innego telefonia VoIP, która jest udostępniana w oparciu o łącza szerokopasmowe i zastępuje technologię tradycyjną w wyniku migracji technologicznej. W tej technologii świadczenie dostępu do usług telefonii stacjonarnej nadal będzie oferowane przez operatorów. Szczególnie obszary miejskie, cechujące się powstawaniem nowej zabudowy budynków wielorodzinnych są już obecnie niemal zawsze podłączane do nowoczesnej sieci światłowodowej, która pozwala świadczyć szereg usług, w tym telefonię stacjonarną w technologii VoIP. Operatorzy nie dostarczają do takich miejsc jedynie złącza telefonii stacjonarnej w rozumieniu klasycznym, ale cały pakiet

usług (dostęp do sieci Internet, telewizję oraz telefonię VoIP). Powyższe przesłanki pozwalają stwierdzić, że na rynku właściwym panuje skuteczna konkurencja. Działalność operatorów nie jest zaburzona przez pozycję OPL, ponieważ to wielu z nich zwiększyło w tym czasie swoje bazy abonenckie, a liczba łączy OPL systematycznie maleje. Nawet udział tego operatora wynoszący ponad 50% liczby łączy nie przesądza o zajmowaniu przez niego pozycji znaczącej. Liczba łączy wynika z pozycji historycznej, kiedy to Telekomunikacja Polska była jednym operatorem ogólnokrajowym, który docierał do największej liczby potencjalnych odbiorców. Stworzona w tym czasie baza abonencka nieustannie maleje, a pomimo kurczącego się rynku jako całości są operatorzy, którzy w tym czasie zwiększyli liczbę posiadanych łączy. Tak więc pozycja OPL nie wpływa na poziom konkurencyjności na rynku właściwym, a tym samym należy uznać, że panuje na nim skuteczna konkurencja.

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

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

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

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

1. tożsamość rynku właściwego określonego w Decyzji 2012 z rynkiem właściwym będącym przedmiotem analizy, w wyniku której wydana została niniejsza decyzja tj. krajowy rynek świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów;
2. brak na określonym rynku właściwym będącym przedmiotem analizy, w wyniku której wydana została niniejsza decyzja (tj. krajowy rynek świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów), 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 2012 jest rynkiem tożsamym względem rynku określonego niniejszą decyzją. Prezes UKE wskazuje bowiem,

że biorąc pod uwagę charakterystykę produktową i geograficzną rynku właściwego opisanego w niniejszej decyzji Prezes UKE określił go w sposób tożsamy, jak rynek zdefiniowany w Decyzji 2012, tj. krajowy rynek świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów. Zatem rynek właściwy określony w Decyzji 2012 odpowiada w pełni rynkowi właściwemu określonymu w niniejszej decyzji. W związku z powyższym uznać należy, że spełniona została pierwsza z wymienionych powyżej przesłanek, umożliwiających Prezesowi UKE uchylenie nałożonych na Orange Polska S.A. Decyzją 2012 obowiązków regulacyjnych, określonych w sentencji tejże decyzji.

Ad. 2 W celu uchylenia obowiązków regulacyjnych nałożonych na OPL Decyzją 2012, konieczne jest ponadto stwierdzenie, że na tym samym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja. Stwierdzić również w tym zakresie należy, że zgodnie z Decyzją 2012 przedsiębiorcą o znaczącej pozycji rynkowej na rynku właściwym był Orange Polska S.A., który obecnie utracił tę pozycję. Brak występowania na rynku właściwym tj. krajowym rynku świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów, przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej, po przeprowadzeniu szczegółowej analizy rynku, wykazany został natomiast we wcześniejszych fragmentach uzasadnienia niniejszej decyzji. Dodać należy, że stwierdzenie utraty przez Orange Polska S.A. pozycji znaczącej wynika z przeprowadzonego w rozdziale 4.1 powyżej testu trzech kryteriów, jak i analizy występowania przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, które wskazują, że krajowy rynek świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów, jest rynkiem skutecznie konkurencyjnym (pkt II sentencji decyzji) tj. takim, na którym obecnie nie występuje przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej. 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 S.A. w Decyzji 2012.

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 III sentencji) ciążące na Orange Polska S.A. obowiązki regulacyjne (wymienione również w pkt III sentencji niniejszej decyzji), o których mowa w Decyzji 2012.

W związku ze stwierdzeniem zaistnienia przesłanek do uchylenia ustalonych dla OPL obowiązków regulacyjnych i koniecznością podjęcia rozstrzygnięcia, o którym mowa w art. 23 ust. 1 pkt 2 Pt Prezes UKE w niniejszej decyzji określił termin uchylenia obowiązków regulacyjnych, ciążących na Orange Polska S.A. na mocy Decyzji 2012. 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 decyzją.

Rozpatrując wskazaną 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 prawną rozstrzygnięcie podjęte przedmiotową decyzją wpływa. Powyższe wynika z faktu, że odzwierciedleniem obowiązku regulacyjnego, nałożonego zarówno na rynku hurtowym, jak i na rynku detalicznym, jest uprawnienie przysługujące określonym podmiotom w związku z obowiązywaniem tych obowiązków regulacyjnych. Uchylenie obowiązku regulacyjnego może bowiem skutkować utratą możliwości skorzystania z usług operatora o pozycji znaczącej, wynikających z nałożonych obowiązków regulacyjnych. Wraz z uchyleniem obowiązków regulacyjnych możliwość tą mogą utracić te podmioty, które łączył stosunek prawny powstały w związku z obowiązkami regulacyjnymi ciążącymi na operatorze o pozycji znaczącej, czy to w postaci umowy międzyoperatorskiej, decyzji Prezesa UKE zastępującej taką umowę (na rynkach hurtowych), czy też umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych (na rynkach detalicznych). Oznacza to, że decyzja o uchyleniu obowiązków regulacyjnych obejmuje nie tylko adresata takiej decyzji, ale także każdy podmiot uprawniony do skorzystania z usług świadczonych przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej, wynikających z danego obowiązku regulacyjnego. Należy jednakże podkreślić, że Prezes UKE, określając termin uchylenia obowiązków regulacyjnych, zobowiązany jest uwzględnić sytuację nie każdego podmiotu objętego decyzją o uchyleniu obowiązków regulacyjnych, ale jedynie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego działającego na danym rynku. Odnosząc się zatem do przesłanki działania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (objętego decyzją o uchyleniu obowiązków regulacyjnych) na danym rynku właściwym podkreślić należy, że przedsiębiorca telekomunikacyjny działać na danym rynku właściwym może nie tylko w charakterze dostawcy usług, ale również abonentem. Rozpatrując zatem przesłankę wyrażoną w art. 23 ust. 2 Pt (uwzględnienia sytuacji działających na rynku przedsiębiorców telekomunikacyjnych objętych decyzją o uchyleniu obowiązków regulacyjnych) należy stwierdzić, że wydając decyzję w przedmiocie uchylenia obowiązków regulacyjnych Prezes UKE powinien uwzględnić sytuację nie tylko adresata tej decyzji, ale także tych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy są dostawcami lub abonentami usług telekomunikacyjnych świadczonych na danym rynku, oraz którzy korzystali z uprawnień wynikających z obowiązków regulacyjnych ciążących na operatorze o znaczącej pozycji rynkowej, będącym adresatem decyzji o uchyleniu obowiązków regulacyjnych.

Odnosząc powyższe rozważania dotyczące przesłanki uwzględnienia sytuacji działających na rynku przedsiębiorców telekomunikacyjnych, objętych decyzją o uchyleniu obowiązków regulacyjnych do okoliczności sprawy, należy stwierdzić, że niniejsza decyzja obejmuje jedynie Orange. Rynek, do którego odnosi się niniejsza decyzja, jest rynkiem świadczenia usługi dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów. Potencjalnie zatem abonentem Orange na analizowanym rynku właściwym może być przedsiębiorca będący przedsiębiorcą telekomunikacyjnym. Z analizy sytuacji jaka występuje na rynku właściwym, przedstawionej szeroko w pkt 4, 5 i 6 decyzji wynika, że rynek cechuje skuteczna konkurencja i presja ze strony innych dostawców i alternatywnych platform (w szczególności 5 MNO o zasięgu ogólnokrajowym), która zapewnia możliwość swobodnej zmiany dostawcy usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych. Taki stan rzeczy uzasadnia wprowadzenie terminu uchylenia obowiązków na dzień doręczenia Orange Polska S.A. decyzji, za czym dodatkowo przemawia fakt, że wszystkie dotąd zawarte umowy abonenckie (zarówno te na czas określony, jak i nieokreślony) są chronione przepisami Działu III Rozdział 1 Pt. W sytuacji rynku skutecznie konkurencyjnego narzędzia te wraz z umownymi okresami wypowiedzenia

stanowią wystarczające środki uwzględniające sytuację działających na rynku przedsiębiorców telekomunikacyjnych objętych tą decyzją, w roli abonentów.

Jeżeli chodzi natomiast o działających na przedmiotowym rynku przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy działają na nim w charakterze usługodawców, wskazać należy, że zgodnie z wywodami zawartymi w uzasadnieniu decyzji, dotyczącymi struktury podmiotowej przedmiotowego rynku, usługi na nim świadczy wielu przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Tym samym nie dochodzi do utrudniania innym przedsiębiorcom wejścia na detaliczny rynek usług przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych. Zważyć jednakże należy, że żadnego z nich niniejsza decyzja nie obejmuje, z uwagi na to, że obowiązki te odnoszą się do rynku detalicznego, a przedsiębiorcy telekomunikacyjni działający w charakterze dostawców usług mogliby korzystać jedynie z obowiązków regulacyjnych nałożonych na rynku hurtowym. Reasumując, podkreślić należy, że jedynym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym działającym na krajowym rynku świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów jest Orange Polska S.A.

Podsumowując uzasadnienie 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 uchylecia obowiązków regulacyjnych, o których mowa w pkt III sentencji niniejszej decyzji, z dniem jej doręczenia Orange Polska S.A. Mając na względzie okoliczność, że Orange jest jedynym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym działającym na krajowym rynku świadczenia usługi przyłączenia do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i utrzymania w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych dla użytkowników końcowych z wyłączeniem konsumentów, objętym niniejszą decyzją, którego sytuację Prezes UKE powinien uwzględnić przy określaniu terminu uchylecia obowiązków regulacyjnych ciążących na Orange na wyżej wskazanym rynku, Prezes UKE określił termin uchylecia obowiązków regulacyjnych na mocy decyzji na dzień jej doręczenia Orange Polska S.A. Taki termin uchylecia ciążących na Orange obowiązków regulacyjnych wynika z przekonania Prezesa UKE o tym, iż w sytuacji stwierdzenia istnienia na danym rynku właściwym skutecznej konkurencji, obciążanie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego obowiązkami regulacyjnymi dłużej niż jest to konieczne, jest niepożądane. Natomiast brak wspomnianej konieczności utrzymywania obowiązków regulacyjnych pomimo stwierdzenia istnienia skutecznej konkurencji na rynku właściwym (do czego sprowadza się określenie terminu uchylecia obowiązków regulacyjnych na podstawie art. 23 ust. 2 Pt na dzień inny niż dzień doręczenia decyzji uchylającej obowiązki regulacyjne) wynika z braku działania na przedmiotowym rynku właściwym innych niż Orange przedsiębiorców telekomunikacyjnych objętych decyzją. Inaczej rzecz ujmując, skoro w sprawie nie istnieli inni niż Orange przedsiębiorcy telekomunikacyjni, których sytuację Prezes UKE musiałby uwzględnić przy określaniu terminu uchylecia obowiązków regulacyjnych, Prezes UKE, uwzględniając sytuację jedynie Orange, określił termin uchylecia obowiązków regulacyjnych jako termin najkrótszy z możliwych tj. na dzień doręczenia decyzji Orange Polska S.A.

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

Prezes UKE odniósł się do zgłoszonych przez strony oraz uczestników postępowania konsultacyjnego twierdzeń, wniosków i żądań, a w szczególności do zarzutów zawartych w stanowiskach konsultacyjnych.

Stanowiska konsultacyjne

Prezes UKE odniósł się do najbardziej istotnych uwag zgłoszonych przez uczestników postępowania konsultacyjnego. Uwagi nieistotne lub niejasne zostały pominięte.

1. Związek Pracodawców Business Centre Club, Krajowa Izba Gospodarki Cyfrowej, Orange Polska S.A., Pracodawcy Rzeczypospolitej Polskiej, Krajowy Sekretariat Łączności NSZZ Solidarność oraz Związek Przedsiębiorców i Pracodawców wyrazili poparcie dla ustaleń i proponowanych rozstrzygnięć Prezesa UKE.
2. T-Mobile Polska S.A. wyraził swój sprzeciw do projektu decyzji poprzez podniesienie zarzutu, iż projekt decyzji Prezesa UKE w sposób niewystarczający zidentyfikował zjawisko pakietyzacji usług telekomunikacyjnych świadczonych na różnych rynkach i ich wpływu na poziom konkurencji. T-Mobile Polska S.A. uzasadnia sprzeciw faktem iż OPL posiada zdecydowaną przewagę rynkową w zakresie posiadanej infrastruktury telekomunikacyjnej, co oznacza, że OPL oferuje pakiet usług telekomunikacyjnych w formie jednej oferty detalicznej. T-Mobile Polska S.A. stwierdza, że OPL na omawianym rynku, jest w stanie zaproponować oferty detaliczne, które nie będą możliwe do zaoferowania przez innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, z uwagi na znacznie mniejsze zasoby infrastruktury telekomunikacyjnej i brak możliwość skorzystania z konkurencyjnych usług hurtowych tj. usługi WLR.

Uwaga niezasadna.

Prezes UKE przeprowadził szczegółową analizę rynku właściwego, która wykazała, że ma on charakter schyłkowy (liczba abonentów stale maleje), usługi głosowe mogą być świadczone także z wykorzystaniem technologii VoIP oraz występuje silna presja ze strony operatorów telefonii ruchomej, której popularność rośnie w przeciwieństwie do telefonii stacjonarnej (na koniec 2016 r. 144,2% mieszkańców Polski korzystało z telefonii mobilnej).

Operator alternatywny chcący świadczyć usługi telefonii stacjonarnej (także w celu pakietyzacji swoich usług) może też skorzystać z infrastruktury innych operatorów, w tym również usług hurtowych świadczonych przez OPL na rynku 3a/2014 (Rynek LLU – dostęp do infrastruktury sieciowej) czy 3b/2014 (Rynek BSA – hurtowy dostęp szerokopasmowy).

10. Rygor natychmiastowej wykonalności decyzji

Zgodnie z art. 206 ust. 2 pkt 2 i art. 206 ust. 2aa ustawy Prawo telekomunikacyjne, decyzje w sprawie uchylenia 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 2016 r., poz. 1822) od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wnoszone za pośrednictwem Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji. Wpis od odwołania uiszcza się w wysokości 100 zł. Stronie przysługuje prawo do ubiegania się o zwolnienie od kosztów.

Otrzymują:

1. Orange Polska S.A.
Al. Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa
2. Łukasz Bielak
pełnomocnik Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji
ul. Stępińska 22/30
00-739 Warszawa
3. Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji
Al. Jerozolimskie 136 (IX piętro)
02-305 Warszawa
4. Jakub Woźny
pełnomocnik Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej
Kancelaria Prawna Media s.c.
ul. Łąkowa 21/17
61-879 Poznań

Załącznik 1