

Pan Jacek Oko
Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej

**Stanowisko konsultacyjne Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji
dotyczące projektu decyzji Prezesa UKE w sprawie DR.WPS.6080.7.2022**

W dniu 30 czerwca br. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) rozpoczął konsultacje projektu decyzji zmieniającej umowę o dostępie telekomunikacyjnym Orange Polska S.A. do sieci szerokopasmowej Fiberhost S.A. wykonanej z wykorzystaniem środków publicznych w działaniu 1.1 POPC czwarty konkurs (dalej „Decyzja”). W Decyzji, która rozstrzyga spór indywidualny, Prezes UKE rozstrzyga zagadnienia wpływające na cały rynek telekomunikacyjny, bowiem dokonuje istotnych zmian w sposobie świadczenia podstawowych usług hurtowych tj. BSA i LLU, dzięki którym operatorzy konkurują o klienta detalicznego.

Prezes UKE podejmuje decyzję w zakresie dwóch zagadnienia tj. sposób wprowadzania zmian do umowy w sposób de facto automatyczny, gdyż nie wymagający podpisania aneksu oraz możliwość wypowiedzenia umowy, która pozwala operatorowi zobowiązanemu do zapewnienia dostępu na wypowiedzenie umowy w przypadku braku zgody na zmianę umowy, tylko z 6-miesięcznym okresem wypowiedzenia.

Zasady dostępu hurtowego ustalane w projektach, które dotyczą zapewnienia dostępu do sieci wybudowanych z udziałem środków publicznych mają kluczowe znaczenie z punktu widzenia efektywności tej pomocy, a także mają ograniczać negatywne konsekwencje dla rynku, które wiążą się z tą pomocą. Pomoc publiczna nie może bowiem prowadzić do powstania lokalnych monopolii na finansowanych obszarach. Jednocześnie są to zagadnienia bardzo skomplikowane i wymagają dogłębnej dyskusji, dlatego wprowadzanie kluczowych zmian w ustalonych zasadach hurtowych nie powinno odbywać się w trybie rozstrzygnięcia spraw indywidualnych.

Wbrew uzasadnieniu Decyzji, w którym Prezes UKE zdaje się twierdzić, iż jest gwarantem przewidywalności decyzji regulacyjnych, niestety tak nie jest. Prezes UKE, uzasadniając wprowadzone mechanizmy automatycznej zmiany umowy, twierdzi m.in. *„Mechanizm dostosowania nie wprowadza nieprzewidywalności w zakresie współpracy międzyoperatorskiej, gdyż pozwala OK na realizację dotychczasowych zamówień (tj. zamówień złożonych przed zmianą umowy ramowej związanej z Mechanizmem dostosowania) na niezmiennych warunkach, jednocześnie wprowadzenie zmian w ofercie hurtowej (przekładających się na zmiany w umowie ramowej) uzależnione jest od akceptacji Prezesa UKE zgodnie z trybem z pkt 2.2 Wymagań (dalej „procedura akceptacji”). Prezes UKE wskazuje przy tym, że w procesie akceptacji zmian w ofercie hurtowej OSD, bierze pod uwagę Wymagania oraz wytyczne i rekomendacje Prezesa UKE dot. dostępu hurtowego w POPC (głównie Zasady dostępu hurtowego do sieci zrealizowanych w ramach II konkursu w ramach działania 1.1 POPC dla gospodarstw domowych – rekomendacje Prezesa UKE, dalej „Zasady dostępu”8, i Procedury współpracy międzyoperatorskiej w zakresie dostępu do sieci POPC, dalej „Procedury współpracy”9) – dokumenty te*

zostały poddane konsultacjom z przedstawicielami rynku telekomunikacyjnego i wyznaczają standardy w zakresie dostępu hurtowego w sieciach POPC, przez co stanowią również formę ograniczenia zmian możliwych do wprowadzenia przez OSD w ofercie hurtowej (...)."

Zawracamy uwagę, że żadne z ww. dwóch kluczowych rozwiązań nie było przedmiotem konsultacji publicznych, ani nie zostało wprowadzone do żadnej z dotychczas opublikowanych wersji rekomendacji Prezesa UKE dotyczących dostępu hurtowego do sieci POPC. Dodatkowo ostatnia akceptacja przez Prezesa UKE podwyżki opłat hurtowych Operatora Sieci Dostępowej (dalej „OSD”) o ok. 10% na obszarach z konkursu 3 POPC, co jest uzasadniane poziomem inflacji, a która została wprowadzona do umów międzyoperatorskich właśnie dzięki takiemu automatyzmowi, podważa przewidywalność regulacyjną na rynku.

Automatyczna zmiana umowy (w Załączniku do Decyzji wprowadzająca zmiany do umowy w Części I Rozdział 3, pkt 3.2 ust. 10-19) wprowadza niepewność i nieprzewidywalność we współpracy międzyoperatorskiej, a także zwiększa ryzyko dla operatorów korzystających, obniżając konkurencyjność na obszarach dofinansowanych, a także pozbawia użytkowników końcowych możliwości korzystania z przystępnych cenowo ofert detalicznych.

Zgodnie z Wytycznymi UE w sprawie stosowania reguł pomocy państwa w odniesieniu do szybkiej budowy/rozbudowy sieci szerokopasmowych dotowana infrastruktura musi umożliwić świadczenie konkurencyjnych i przystępnych cenowo usług na rzecz użytkowników końcowych przez konkurujących ze sobą operatorów. Temu służy analiza porównawcza stosowana do ustalania opłat hurtowych: „analiza porównawcza jest ważnym narzędziem gwarantującym, że przyznana pomoc posłuży do stworzenia warunków podobnych do tych, które dominują na innych konkurencyjnych rynkach łączności szerokopasmowej. Cena za hurtowy dostęp powinna opierać się na zasadach ustalania cen określonych przez krajowy organ regulacyjny oraz na punktach odniesienia; należy przy tym uwzględnić pomoc otrzymywaną przez operatora sieci (111). Za punkt odniesienia należy przyjąć średnie opublikowane ceny hurtowe obowiązujące na innych porównywalnych, bardziej otwartych na konkurencję obszarach danego kraju lub Unii lub, z braku takich opublikowanych cen, ceny już określone lub zatwierdzone przez krajowy organ regulacyjny w odniesieniu do danych rynków i usług.”

Opłaty hurtowe beneficjentów, które są ustalane na podstawie innych metodologii np. poprzez odwołanie się do poziomu inflacji, mogą nie pozwolić na spełnienie powyższego warunku czyli ukształtowania warunków porównywalnych do rynków konkurencyjnych, a tym samym przyznana pomoc publiczna może zostać uznana za niegodną z prawem.

Ponadto każda umowa powinna zawierać essentialia negotii, czyli najważniejsze postanowienia umowy, elementy bez których zawarta umowa nie będzie traktowana w świetle przepisów prawa jako umowa. Dla przykładu Kodeks Cywilny art. 535 przez umowę sprzedaży definiuje sytuację, gdy sprzedający zobowiązuje się do przeniesienia własności rzeczy na nabywcę oraz do jej wydania, a nabywca zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić cenę. Cena jest więc podstawowym elementem takiej umowy.

Podobnie jednym z podstawowych elementów umowy o dostępie telekomunikacyjnym, która jest umową sprzedaży usług hurtowych, są warunki rozliczeń, a więc również cena za zapewnienie takiego dostępu. Potwierdzenie tego jakie elementy powinna zawierać umowa o dostępie możemy znaleźć w prawie telekomunikacyjnym, w którym w art. 31 zdefiniowano obligatoryjny katalog elementów takiej umowy, tj. umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci (połączenie sieci jest jednym z rodzajów dostępu telekomunikacyjnego). Wśród nich znajdują się m.in. takie postanowienia jak: warunki rozliczeń z tytułu zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego oraz wzajemnego korzystania z sieci telekomunikacyjnych. Rozważaną Decyzją Prezes UKE rozstrzyga spór indywidualny dotyczący umowy o dostępie do sieci telekomunikacyjnej, co prawda na podstawie przepisów ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, ale niewątpliwie również reguluje ten sam rodzaj umowy.

Kolejnym argumentem przeciwko stosowaniu automatycznej zmiany umowy jest to, że katalog zmian, jakie OSD miałyby możliwość wprowadzać do umowy, jest katalogiem otwartym, zarówno w kontekście samych zapisów umownych, jak i kształtu cennika. Nie ma również zdefiniowanych ram tych zmian oraz

nie jest określone, jak te zmiany wpływają na rynek detaliczny i jak mogą być na ten rynek przeniesione. Dotychczas Prezes UKE nie zgadzał się na wprowadzenie mechanizmu automatycznej zmiany umowy na rynku regulowanym ex ante i to w zakresie wyłącznie dotyczącym opłat hurtowych, które podlegały obiektywnej weryfikacji przez niezależnego audytora wybieranego na rynku regulowanym. Tym bardziej wprowadzenie możliwości zmian umowy w tak szerokim zakresie, w sposób automatyczny, rodzi wątpliwości.

Odwołując się do wyżej przytoczonego uzasadnienia Decyzji, w którym Prezes UKE wskazuje, że w procesie akceptacji zmian w ofercie hurtowej OSD, bierze pod uwagę wymagania oraz wytyczne i rekomendacje Prezesa UKE dot. dostępu hurtowego w POPC, wątpliwości budzi odmowa zmiany umowy w zakresie drugiego zagadnienia, czyli zmiany zasad wypowiedzania umowy. W przypadku uwzględnienia zmiany doszłoby do dostosowania umowy do własnych rekomendacji Regulatora. Zatem nieuwzględnienie wnioskowanych modyfikacji pokazuje po pierwsze niekonsekwencję stanowiska regulacyjnego, a po drugie jest niezgodne z celami polityki regulacyjnej, zwłaszcza w zakresie zapewnienia przewidywalności.

W związku z powyższym Izba nie popiera proponowanych rozwiązań.

Z poważaniem,

Z upoważnienia Prezesa PIIT

Teresa Wierzbowska
Wiceprezeska PIIT

Załącznik

1. Pełnomocnictwo