

GP/222/02.07.2018

Warszawa, 2018.07.02.

Polkomtel Sp. z o.o.

ul. Konstruktorska 4
02-673 Warszawa
tel. +48 22 426 1000
fax +48 22 426 0102
www.plus.pl

Szanowny Pan
Marcin Cichy
Prezes Urzędu
Komunikacji Elektronicznej
ul. Giedowa 8/9, Warszawa

STANOWISKO KONSULTACYJNE POLKOMTEL SPÓŁKI Z O.O.
WOBEC PROJEKTU DECYZJI PREZESA UKE
DOTYCZĄCEJ OBOWIĄZKÓW REGULACYJNYCH
NA RYNKU HURTOWYM ZAKAŃCZANIA POŁĄCZEŃ W SIECI STACJONARNEJ POLKOMTEL

Działając w imieniu Polkomtel Spółki z o.o. (dalej „Spółka” lub „Polkomtel”), w oparciu o pełnomocnictwo ~~znajdujące się w aktach sprawy~~/załączone do niniejszego stanowiska, w związku z opublikowaniem przez Prezesa UKE w dniu 30 maja 2018 r. projektu decyzji w sprawie określenia rynku właściwego świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Polkomtel; ustalenia, iż na powyższym rynku występuje przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej i wyznaczenia Polkomtel jako tego przedsiębiorcę, a także nałożenia na Spółkę nowych oraz zmiany dotychczasowych obowiązków regulacyjnych ciężących na niej na tym rynku właściwym, przedstawiam stanowisko Polkomtel wobec powyższego projektu.

Jak wynika z analizy przedmiotowego projektu decyzji Prezesa UKE (dalej „Projekt”), najistotniejszą zmianą w zakresie obowiązków regulacyjnych, jaką organ planuje wdrożyć wobec Polkomtel w zakresie usług zakańczania połączeń w sieci stacjonarnej Spółki – w stosunku do takowych obowiązków ciężących dotychczas na mocy decyzji Prezesa UKE z dnia 26 kwietnia 2007 r., nr DRTD-SMP-6043-38/06(20) - jest nałożenie na Polkomtel (pkt IV.1. Projektu):

„obowiązku, o którym mowa w art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na stosowaniu, od dnia doręczenia niniejszej decyzji, jednak nie wcześniej niż od dnia 1 stycznia 2019r., opłat za zakańczanie połączeń publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora (dalej także „stawki FTR”) w wysokości 0,32 gr/min., wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego”.

Projektowane w powyższym zakresie rozstrzygnięcie budzi wątpliwości Spółki, zwłaszcza z uwagi na zamiar oparcia go o art. 44 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (dalej „UPT”).

Zgodnie z powyższym przepisem:

„W szczególnych przypadkach Prezes UKE może, w drodze decyzji, nałożyć na operatorów o znaczącej pozycji rynkowej inne obowiązki w zakresie dostępu telekomunikacyjnego niż wymienione w art. 34, art. 36-40 i art. 42.”.

W ocenie Polkomtel, przepis art. 44 Pt, który stanowić ma w polskim porządku prawnym implementację art. 8 ust. 3 ak. 2. DYREKTYWY 2002/19/WE PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (Dz.U.U.E.L.2002.108.7 z dnia 2002.04.24) (dalej „DD”), nie może być uznany za podstawę prawną dla nałożenia na operatora obowiązku kontroli cen za dostęp telekomunikacyjny w oparciu o koszty (a stawka przewidziana w Projekcie stawka FTR deklarowana jest jako ustalona „w oparciu” o model bottom-up, a zatem model „kosztowy”).

Skoro w świetle art. 8 ust. 3 ak. 2 DD, dopuszczalne jest nałożenie na operatora telekomunikacyjnego „nienazwanego” obowiązku regulacyjnego w zakresie dostępu, ale tylko takiego, który nie mieści się w ramach wyznaczonych przez art. 9-13 DD, zaś art. 13 tej dyrektywy dotyczy nakładania obowiązków regulacyjnych, polegających na stosowaniu cen w oparciu o koszty, to zgodnie z prowsólnotową wykładnią, art. 44 upt nie może być podstawą prawną nałożenia obowiązku kontroli cen w oparciu o koszty. Treść Zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchowych (2009/396/WE) (dalej „Zalecenie”) również potwierdza, że kontrola cen w oparciu o model kosztowy operatora efektywnego to obowiązek regulacyjny umiejscowiony w ramach prawnych art. 13 dyrektywy o dostępie:

„Podczas nakładania kontroli kosztów i obowiązków w zakresie księgowania kosztów zgodnie z art. 13 dyrektywy 2002/19/WE na operatorów wyznaczonych przez krajowe organy regulacyjne (NRA) ze względu na ich znaczącą pozycję rynkową na rynkach hurtowego zakańczania połączeń głosowych w poszczególnych publicznych sieciach telefonicznych (zwanym dalej "rynkami zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych") w wyniku analizy rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE, krajowe organy regulacyjne powinny ustanowić stawki za zakańczanie połączeń w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora. Oznacza to, że stawki te będą również symetryczne.”.

Tym samym, zdaniem Polkomtel, w oparciu o art. 44 Pt możliwe jest nałożenie na operatora innych obowiązków regulacyjnych aniżeli kontrola cen w oparciu o koszty, co w oczywisty sposób podważa dopuszczalność oparcia pkt IV.1. Projektu na powyższym przepisie.

Niezależnie od powyższego Polkomtel kwestionuje, by w sferze świadczenia przez Spółkę usług zakańczania połączeń w jej sieci stacjonarnej mogły zachodzić jakiegokolwiek zdarzenia, zachowania, okoliczności, wskazujące na ryzyka negatywnego wpływu na konkurencję, które w Projekcie „diagnozuje” Prezes UKE. W szczególności nie sposób zgodzić się z organem, iż zachodzi ryzyko zawyżania przez Polkomtel stawek za zakańczanie połączeń w swojej sieci. Prezesowi UKE wiadome jest z urzędu, iż wobec Spółki na przestrzeni ostatnich lat nie były prowadzone żadne postępowania służące ustaleniu - na wniosek innego operatora - wysokości stawek rozliczeniowych za zakańczanie połączeń w sieci stacjonarnej Polkomtel; nie były również podejmowane przez organ żadne inne czynności, mające na celu wyjaśnienie choćby wątpliwości lub próśb innych operatorów o interwencję Prezesa UKE w sferze warunków rozliczeń za zakańczanie połączeń w tej sieci.

Ponadto, Prezes UKE nie udziela w ramach Projektu odpowiedzi na pytanie, jaki to „szczególny przypadek”, do którego odwołuje się art. 44 Pt, miałyby uzasadniać sięgnięcie (zdaniem Polkomtel, nieuprawnione) do powyższego przepisu jako podstawy prawnej nowego obowiązku regulacyjnego stosowania stawki „w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego”.

Za ów „szczególny przypadek” nie może być uznane wydanie przez Komisję Europejską Zalecenia.

Po pierwsze, wejście w życie/obowiązanie określonego aktu prawnego (w dodatku niepodlegającego bezpośredniemu stosowaniu wobec podmiotu prawa krajowego) nie może być uznane za okoliczność faktyczną, do jakiej zawsze nawiązuje hipoteza normy prawnej. Po drugie, upływ ponad 9 lat od wejścia w życie Zalecenia powoduje, iż trudno uznać fakt prawny w postaci obowiązania tego aktu za szczególną, nową okoliczność, wymagającą reakcji regulatora. Po trzecie, Prezes UKE powinien w pierwszej kolejności rozważyć, czy w okolicznościach dotyczących rynku w 2019 r. postulaty Zalecenia są doniosłe i odpowiadają rzeczywistym potrzebom rynku telekomunikacyjnego i jego uczestników.

Niezależnie od powyższych uwag dotyczących błędnej podstawy prawnej oraz braku podstaw faktycznych dla nałożenia na Spółkę obowiązku, o którym mowa w pkt IV.1. sentencji Projektu, Polkomtel zmuszony jest wyrazić sprzeciw wobec dotychczasowego sposobu prowadzenia przez organ postępowania.

Biorąc pod uwagę, iż:

- pomiędzy datą wszczęcia postępowania administracyjnego w niniejszej sprawie (zawiadomieniem Polkomtel o wszczęciu z urzędu postępowania) a rozpoczęciem konsultacji wobec Projektu, upłynęło zaledwie kilka dni;
- w Projekcie organ wyznacza wysokość stawki FTR Polkomtel (0,32 gr/min.),

oczywiste jest, że Prezes UKE przeprowadził szereg czynności związanych z ustaleniem treści zamierzonego rozstrzygnięcia poza postępowaniem administracyjnym, a zatem bez zapewnienia udziału w nich przez stronę (adresata decyzji).

Zarzut pozbawienia Polkomtel możliwości czynnego udziału w tych czynnościach Prezesa UKE, a aktualnie także w ramach postępowania, jest tym silniejszy, że w aktach sprawy brak jest jakichkolwiek dokumentów, które mogły stanowić podstawę do prowadzonych przez Prezesa UKE ustaleń w zakresie „stworzenia” modelu bottom-up, jak i obliczenia wysokości stawki FTR wskazanej w Projekcie. Spółka pragnie przy tym podkreślić, iż zarzut powyższy nie dotyczy danych źródłowych pochodzących od przedsiębiorców telekomunikacyjnych, lecz danych przetworzonych, uśrednionych, wyselekcjonowanych (a przy tym zanonimizowanych) oraz informacji o kryteriach i motywach ich doboru przez organ przy zasilaniu modelu dla potrzeb przeprowadzenia obliczeń.

Mając na względzie powyższe ograniczenia, Polkomtel jest zdania, iż również proces konsultacji Projektu jest pozorny. Organ podzielił się bowiem wypracowanym już przez siebie stanowiskiem w sprawie, bez stworzenia stronie warunków – ustawowo przecież zagwarantowanych – dla choćby minimalnej możliwości weryfikacji, nie wspominając o wpływie na jego kształt.

W obliczu braku dostępu do danych, które posłużyły Prezesowi UKE do wyliczenia stawki FTR na poziomie 0,32 gr/min., Polkomtel zmuszony jest odnieść się do tej wartości jedynie poprzez porównanie jej z wysokością stawek FTR funkcjonujących w innych krajach unijnych. I tak, wskazane należy, iż projektowana stawka jest niższa od średniej stawki FTR w Europie i prawie dwukrotnie niższa od stawki FTR, którą rekomenduje Komisja Europejska w ramach prac nad Kodeksem Łączności Elektronicznej (KE proponuje 0,14 eurocenta/min; polski NRA – ok. 0,075 eurocenta/min).

Odnosząc się do przedstawionego w Projekcie omówienia rynku produktowego w ramach rynku właściwego poddawanego regulacji, Polkomtel podnosi, co następuje:

Jak wynika z Projektu, Prezes UKE uznaje, iż:

„(...) w skład rynku produktowego świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora, czyli zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej Operatora nie wchodzi zakańczania połączeń do numerów sieci informatycznych (NDSI), do numerów niegeograficznych i do numerów abonenckich usług specjalnych (AUS) (z wyjątkiem numerów abonenckich usług specjalnych, które są numerami alarmowymi: 99X, 98X, 112, przydzielonymi służbom ustawowo powołanym do niesienia pomocy), gdyż w przypadku usług realizowanych poprzez te numery nie mamy do czynienia ze stałą lokalizacją zakańczania w sieci danego operatora. Powyższe skutkuje tym, że istnieją różne warunki konkurencyjne pomiędzy zakańczaniem połączeń do numerów geograficznych, a zakańczaniem połączeń do ww. grup numerów niegeograficznych używanych przez usługodawców.”

oraz:

„Należy przy tym wskazać, że powyższe kategorie połączeń mogą być realizowane w oparciu o łącza analogowe i cyfrowe m.in. przy użyciu następujących mediów transmisyjnych:

- kabli miedzianych,
- kabli światłowodowych,
- łącz bezprzewodowych.

Są to najczęściej wykorzystywane do tego celu technologie, co nie oznacza jednak, iż poszczególne operatorzy nie mogą wykorzystywać innych technologii. Ponadto, Prezes UKE, zgodnie z ustawą Prawo telekomunikacyjne, regulując rynki telekomunikacyjne, kieruje się zasadą neutralności technologicznej.”

W ocenie Polkomtel, zasadne jest wprowadzenie modyfikacji przedmiotowego stanowiska w ten sposób, że za elementy produktowe rynku właściwego nie będą uznawane usługi zakańczania połączeń u użytkowników Polkomtel, korzystających z usług stacjonarnych na sieci radiowej, z ograniczeniem do określonego terytorium. Do świadczenia tych usług wykorzystywane są bowiem elementy sieci inne niż w przypadku tradycyjnej telefonii stacjonarnej, opartej o fizyczne łącze w stałej lokalizacji, a tym samym inne są koszty realizacji usługi wykonanej w oparciu o zakańczanie połączenia sieci w technologii radiowej (GSM, UMTS, VoLT) aniżeli w oparciu o typową sieć stacjonarną. W ocenie Spółki, brak jest podstaw, by „przenieść” koszt wyliczony dla usługi stacjonarnej w sieci wykorzystującej łącze fizyczne na usługę wprawdzie ograniczoną do określonego terytorium, ale jednak świadczoną w odmiennej technologii, a zatem z różnym kosztem realizacji.

Istotnym zagadnieniem, które należy poruszyć w związku z projektowaną przez Prezesa UKE regulacją, jest zapewnienie, by regulacja ta – odnosząca się aktualnie, zgodnie z ogłoszeniem na stronie BIP, do 75 przedsiębiorców telekomunikacyjnych – nie przyniosła niezamierzonych przez regulatora, jak można domniemywać, efektów w postaci zaburzenia równoprawnej konkurencji, zważywszy na pominięcie przez organ licznych innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, spełniających prezentowane przez Prezesa UKE „kryteria” dla poddania ich regulacji *ex ante* w taki sam sposób jak wspomnianych 75 przedsiębiorców. Nałożenie obowiązku stosowania stawki w wysokości takiej jak przewidziano w Projekcie jedynie wobec pewnej grupy operatorów, może zdestabilizować konkurencję na rynku oraz stać się źródłem nadużyć telekomunikacyjnych i fraudów.

Z powyższych względów za szczególnie istotne uznać należy:

- objęcie przez organ aktualnymi działaniami regulacyjnymi na rynkach hurtowych zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych wszystkich operatorów, dysponujących stacjonarną numeracją abonencką;

- zapewnienie przez Prezesa UKE, iż konieczność stosowania przez Polkomtel (i innych przedsiębiorców objętych planowaną regulacją) nowej stawki FTR dotyczy wyłącznie przypadków, równoczesnego zapewnienia symetrycznej stawki FTR operatora – partnera interconnectowego.

Mirosław Śmiątek


Pełnomocnik Polkomtel sp. z o.o.