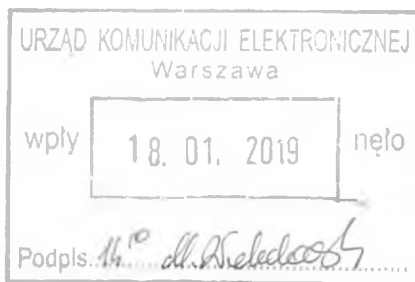


Warszawa, dn. 18 stycznia 2019 r.



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. Giełdowa 8/9, Warszawa

STANOWISKO KONSULTACYJNE POLKOMTEL SP. Z O.O.

wobec ogłoszonego w dniu 19 grudnia 2018 r. projektu decyzji częściowej Prezesa UKE dotyczącej określenia rynku właściwego – hurtowego rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji i obowiązków regulacyjnych

Działając w imieniu Polkomtel Spółki z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Polkomtel”, „Spółka” lub „Operator”), na podstawie załączonego pełnomocnictwa (wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej oraz informacją z KRS), w związku z ogłoszeniem przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE” lub „Organ”) w dniu 19 grudnia 2018 r. konsultacji projektu decyzji częściowej, w której Organ określił rynek właściwy - hurtowy rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora, wyznaczył Polkomtel jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej oraz nałożył, zmienił i utrzymał obowiązki regulacyjne („Decyzja”), przedstawiam stanowisko Polkomtel dotyczące projektu Decyzji.

W ocenie Polkomtel, wydanie Decyzji jest zbędne, zaś treść projektu Decyzji wskazuje, że przeprowadzona przez Organ analiza rynku właściwego świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora nie uwzględnia aktualnych uwarunkowań tego rynku, co jest najdalej idącym zarzutem wobec projektu Decyzji.

I. Uwagi dotyczące analizy rynku właściwego zawartej w projekcie Decyzji

Powyzsza ocena projektu Decyzji podyktowana jest zwłaszcza podejściem Organu do analizy rynku właściwego, przejawiającym się w:

- powierzchownym uwzględnieniu modelu świadczenia usług telefonii stacjonarnej **w oparciu o technologię sieci ruchomej**, co przejawia się zwłaszcza w czerpaniu przez Organ wskazówek dotyczących regulacji kosztowej rynku właściwego z Zalecenia 2009/396/WE Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 roku w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych („Zalecenie KE”), pomimo, że adresat projektu Decyzji świadczy usługi zakańczania połączeń w stałej lokalizacji wyłącznie w oparciu o technologię sieci ruchomej, **której Zalecenie KE nie uwzględnia;**
- pominięciu oceny zjawiska „fix-mobile substitution”, którego przejawem jest korzystanie przez abonentów z usług Operatora w sieci ruchomej Operatora **w zastępstwie usług stacjonarnych;**

- powierzchownej i błędnej ocenie wpływu świadczenia usług głosowych na rynku detalicznym przez tzw. dostawców usług OTT (ang. over-the-top) na rynek właściwy poddany analizie przez Organ, w tym w związku z posługiwaniem się przez Prezesa UKE w tym celu wskazówkami zawartymi w „*Nocie wyjaśniającej do Zalecenia z 2014 r.*”, które ze względu na datę wydania przedmiotowej noty i rozwój rynku należy ocenić jako zdezaktualizowane, co powinno rzutować także na kwestię oceny potrzeby wydania Decyzji (tj. niepodejmowania przez Organ regulacji rynku właściwego);
- niedostatecznym zbadaniu transgranicznych konsekwencji regulacji rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej Operatora w stałej lokalizacji, w tym w odniesieniu do aktualnego obciążenia Operatora uwarunkowaniami faktycznymi i prawnymi świadczenia usług roamingu regulowanego w Unii Europejskiej oraz połączeń międzynarodowych.

II. Uwagi dotyczące posłużenia się art. 44 Pt jako podstawą pkt IV projektu Decyzji

Zastrzeżenia Polkomtel wobec projektu Decyzji dotyczą także zastosowania przez Prezesa UKE, w celu nałożenia na Spółkę kosztowego obowiązku regulacyjnego, przepisu prawa zawartego w art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne („Pt”).

Art. 44 Pt, uwzględniając jego pro wspólnotową wykładnię (czyli przepis art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie, który został transponowany do krajowego porządku prawnego w art. 44 Pt), może stanowić podstawę nałożenia obowiązku regulacyjnego jedynie w szczególnym przypadku, w tym dodatkowo, gdy Organ zamierza nałożyć na Operatora inny obowiązek niż obowiązki wskazane w art. 9-13 dyrektywy o dostępie. Tymczasem obowiązki kosztowe, a do takiej kategorii obowiązków regulacyjnych na rynkach łączności elektronicznej należy zakwalifikować obowiązek określony w pkt IV sentencji projektu Decyzji, mieszczą się we wskazanych przepisach dyrektywy o dostępie (w art. 13 dyrektywy o dostępie), co oznacza, że Organ nie dysponuje podstawą do zastosowania art. 44 Pt.

Ponadto nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Organu, że wydanie niespełna 10 lat przed projektem Decyzji Zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. może być uznawane – tak co do zasady, jak i ze względu na upływ czasu od wydania Zalecenia – za „szczególny przypadek” rzekomo uprawniający Organ do zastosowania art. 44 Pt w celu nałożenia obowiązku regulacyjnego, o którym mowa w pkt IV projektu Decyzji.

Spółka nie podziela także poglądów Prezesa UKE związanych z wydaniem rozstrzygnięcia „częściowego”, którego, jak wynika z uzasadnienia Decyzji, pierwszą „częścią” jest pkt IV sentencji projektu Decyzji. W ocenie Spółki, oprócz wątpliwości związanych ze sposobem wykonania przez adresata Decyzji tego rodzaju „częściowego obowiązku regulacyjnego”, podejście Organu nie wpisuje się zwłaszcza w wymóg zapewnienia przewidywalności regulacyjnej (art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. e) Pt), za którego przejaw nie można uznawać nakładania obowiązków regulacyjnych etapami, gdy adresat takiego działania Organu nie może ustalić pełnych konsekwencji skierowanego do niego cząstkowego rozstrzygnięcia.

Ad. I

Jak wynika z projektów decyzji SMP dotyczących hurtowego rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji, opublikowanych łącznie z ogłoszeniem o konsultacjach, Prezes UKE przyjął, że do każdego z podmiotów objętych wskazaną analizą rynku zostanie zaadresowany analogiczny projekt decyzji regulacyjnej.

Organ przyjął przedmiotowe podejście, pomimo, że na rynku usług stacjonarnych działają przedsiębiorcy, którzy świadczą wskazane usługi w różnych technologiach – zwłaszcza w dominującej na rynku technologii sieci stacjonarnej oraz z wykorzystaniem sieci ruchomej (przypadek Spółki). W celu wydania decyzji regulacyjnych bazujących na jednym „wzorze”, Prezes UKE wskazał w uzasadnieniu projektu Decyzji, że:

„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,
- łączny bezprzewodowych.

Są to najczęściej wykorzystywane do tego celu technologie, co nie oznacza jednak, iż poszczególni operatorzy nie mogą wykorzystywać innych technologii. Ponadto, Prezes UKE, zgodnie z ustawą Prawo telekomunikacyjne, regulując rynki telekomunikacyjne, kieruje się zasadą neutralności technologicznej (art. 1 ust 2 pkt 5 Pt).”

W ocenie Polkomtel, powyższe podejście świadczy o błędnym zastosowaniu zasady neutralności technologicznej. W sytuacji bowiem, gdy technologia, w której świadczone są określone usługi telekomunikacyjne, może determinować koszty wytworzenia usługi oraz wpływać na kwestię substytucyjności usług, co rzutuje na ocenę zasadności podejmowania regulacji rynku właściwego i jej treść, Prezes UKE nie może pomijać różnic w technologii dostarczenia usługi, zastaniając się realizacją zasady neutralności technologicznej.

Należy podkreślić, że celem analizy rynku właściwego, o której mowa w art. 21 ust. 1 i art. 22 ust. 1 Pt, jest zbadanie przez Organ wszystkich istotnych aspektów funkcjonowania **konkretnego rynku właściwego**. Skoro Organ w projekcie Decyzji zdefiniował rynek właściwy jako „hurtowy rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Polkomtel”, to Decyzja powinna odnosić się wyłącznie do sytuacji Polkomtel (w tym technologii dostarczenia usługi przez Spółkę). Tymczasem z projektu Decyzji wynika, że jest on przygotowany zwłaszcza w celu regulacji przedsiębiorców telekomunikacyjnych świadczących usługi na rynku właściwym w typowych technologiach stacjonarnych, przy czym Organ jedynie na marginesie uwzględnia w uzasadnieniu projektu Decyzji także technologie bezprzewodowe, pomimo, że projekt Decyzji jest adresowany tylko do jednego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, który świadczy usługi stacjonarne w oparciu o sieć ruchomą.

Z powyższego wynika, że Prezes UKE przygotował generyczny projekt Decyzji, jednakowy dla każdego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego objętego konsultacjami, który nie odzwierciedla analizy rynku właściwego zdefiniowanego w pkt I sentencji projektu Decyzji, czyli ograniczonego swym zasięgiem do (ruchomej) sieci Polkomtel, przez co należy ten projekt uznać za nieadekwatny w odniesieniu do Spółki.

Zasada neutralności technologicznej nie została zaś uwzględniona przez Organ w projekcie Decyzji w jej najważniejszym aspekcie. Organ nie dostrzega bowiem, że opisywana w projekcie Decyzji częściowa regulacja kosztowa, bazująca, jak twierdzi Organ, na Zaleceniu KE z dnia 7 maja 2009 r., jest nieadekwatna wobec usług sieci stacjonarnej świadczonych w sieci ruchomej. Przedmiotowe Zalecenie KE, które jak wynika z projektu Decyzji stanowi dla Organu wyłączny punkt odniesienia w zaplanowanej regulacji kosztowej rynku właściwego, **nie jest neutralne technologicznie**, tj. nie uwzględnia, że sieć stacjonarną można zbudować w oparciu o technologię sieci ruchomej, jak miało to miejsce w przypadku Polkomtel. Przykładem nieaktualnego podejścia zawartego w Zaleceniu Komisji Europejskiej jest zwłaszcza odnoszenie się w tym materiale do potrzeby uwzględniania w

modelu kosztowym operatora efektywnego kosztów zapewnienia **stałego łącza**, zaś przemilczane są koszty ponoszone na zapewnienie dostępu stacjonarnego w innej (np. ruchomej) technologii.

Pominięcie zasady neutralności technologicznej w Zaleceniu Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r., podyktowane zwłaszcza stanem rynku w dacie wydania tego zalecenia, zdaniem Spółki, wyklucza możliwość posługiwania się Zaleceniem KE w odniesieniu do ustalenia kosztów wytworzenia usługi przez operatora stacjonarnego takiego jak Polkomtel. Przeciwnie podejście, które aktualnie wynika z projektu Decyzji, może doprowadzić do ustalenia wobec Polkomtel nieadekwatnego i nieproporcjonalnego obowiązku regulacyjnego, w tym w przyszłości stawki FTR, która nie pozwoli odzyskać kosztów związanych z siecią, w oparciu o którą swoje usługi stacjonarne świadczy Polkomtel, co będzie bez wątpienia sprzeczne z art. 24 pkt 2 lit. a) Pt, wymagającym nałożenia tylko adekwatnych i proporcjonalnych obowiązków regulacyjnych.

W ocenie Spółki, postulat uwzględnienia w najwyższym możliwym stopniu Zalecenia Komisji Europejskiej nie może sprowadzać się do jego bezkrytycznego stosowania, tj. pomimo zmiany istotnych okoliczności rynkowych, które miały wpływ na jego treść w 2009 r. Stosowanie Zalecenia KE nie może prowadzić do naruszenia zasady adekwatności i proporcjonalności regulacji *ex ante*.

Zdaniem Polkomtel, w świetle powyższego stanowiska, celowe jest alternatywnie: odstąpienie od regulacji rynku właściwego objętego projektem Decyzji albo przyjęcie podejścia regulacyjnego innego niż bazujące na niedostosowanym do aktualnych warunków rynkowych Zaleceniu KE z dnia 7 maja 2009 r.

Polkomtel, świadczący głównie usługi telekomunikacyjne ruchomej sieci telekomunikacyjnej oraz dostępu do Internetu, dostrzega także w projekcie Decyzji z tej perspektywy luki w analizie rynku właściwego w kwestii oceny substytucyjności usług sieci stacjonarnych.

W uzasadnieniu projektu Decyzji znajduje się bowiem stwierdzenie, że: *„Obecnie na rynku telekomunikacyjnym coraz większą rolę, oprócz typowych operatorów, odgrywają dostawcy usług OTT. (...) Niemniej jednak w przeciwieństwie do usług telefonicznych (które umożliwiają łączność pomiędzy każdym użytkownikiem posiadającym podłączony do sieci telefonicznej aparat telefoniczny wraz z przypisanym numerem telefonicznym) świadczonych przez operatorów, komunikatory te umożliwiają co do zasady porozumiewanie się wyłącznie pomiędzy użytkownikami danej platformy/aplikacji (nie są one międzyplatformowe). (...) biorąc pod uwagę obecny rozwój sieci ALL IP4 w Polsce, modele rozliczeń pomiędzy operatorami z tytułu połączeń głosowych, specyfikę rynku zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych (monopol operatora zakańczającego połączenia), dokonywanie obecnie analizy wpływu usług OTT na rynek zakańczania połączeń nie ma uzasadnienia i nie mogłoby wpłynąć na ustalenie pozycji znaczącej tj. stwierdzenie skutecznej konkurencji.”*

Polkomtel nie zgadza się z powyższą oceną i uznaje ją za powierzchowną w związku z poniższymi okolicznościami.

Zarówno usługi OTT, jak i usługi telefonii ruchomej (pominięte w projekcie Decyzji w ramach analizy substytucyjności usług), aktualnie w istotny sposób wpływają na substytucyjność usług sieci stacjonarnych, co w ocenie Spółki, stanowi przesłankę odstąpienia od regulacji rynku właściwego objętego projektem Decyzji.

Powołując się na *„Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2017 r.”*, przygotowany przez Prezesa UKE, należy wskazać, że penetracja rynku mobilnego w Polsce w 2017 r. wynosiła 138%, co oznacza, że statystycznie każdy Polak posiada telefon komórkowy i ma możliwość wykonania lub odebrania połączenia głosowego, **w tym w miejscu zakończenia połączenia w „stałej lokalizacji Operatora”, objętej projektem Decyzji.** Wykonanie połączenia głosowego do abonenta

sieci stacjonarnej, w miejscu zakończenia sieci stacjonarnej, nie jest zatem ograniczone wymogiem połączenia z urządzeniem końcowym sieci stacjonarnej.

Co więcej, aktualnie, ze względu na niskie ceny sprzętu, po stronie abonentów w zasadzie nie istnieją bariery związane z dostępem do telefonów komórkowych lub innych urządzeń działających w sieci ruchomej, w tym tzw. smartfonów, umożliwiającą korzystanie z usług dostawców OTT. Penetracja smartfonów w Polsce wynosi obecnie ok. 80%. Ceny usług telefonii komórkowej i dostępu do Internetu są niskie, zaś na rynku panuje wysoka konkurencja (obecność czterech operatorów infrastrukturalnych i kilkadziesiąt w modelu MVNO).

Odnosząc się zatem ponownie do wskazanego powyżej „Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2017 r.”, przygotowanego przez Prezesa UKE, nasycenie rynku szerokopasmowego Internetu wynosi w Polsce 103 % na gospodarstwo domowe. Oznacza to, że każdy mieszkaniec gospodarstwa domowego ma możliwość skorzystania w stałej lokalizacji z usług świadczonych przez dostawców OTT, takich jak: Skype, Whatsapp lub Facebook (komunikator Messenger) za pośrednictwem punktu dostępu do Internetu (łącze stacjonarne lub ruchome). Dostawcy usług OTT, takich jak portale społecznościowe lub odrębne od nich komunikatory, oferują możliwość nawiązywania zaawansowanych technologicznie połączeń głosowych, połączeń wideo i przesyłania wiadomości tekstowych, na bazie dostępu do Internetu.

Powyższe usługi komunikacyjne są obecnie realną konkurencją dla usług sieci stacjonarnych. Zgodnie z raportem „Social Media 2017”, z aplikacji „Messenger” korzysta 7 na 10 internautów w Polsce (66%), a codziennie korzysta z niego ponad połowa (48%) internautów. Drugim w kolejności udziału w rynku komunikatorem jest WhatsApp (13% internautów). Skype i Gadu-Gadu cieszą się niewiele mniejszym zainteresowaniem. Oznacza to, że komunikatory dostawców OTT są realnym substytutem dla stacjonarnych usług telefonicznych.

Porównując powyższe dane z informacją o nasyceniu rynku usługami szerokopasmowego Internetu w Polsce, rosnącymi pakietami dostępu do Internetu w coraz niższych cenach oraz nasyceniu rynku usługami OTT, nie ulega wątpliwości, że z czasem wskazane rozwiązania komunikacyjne będą coraz skuteczniej wypierać usługi telefonii stacjonarnej. W tej sytuacji, podejmowanie regulacji rynku właściwego objętego projektem Decyzji, w ocenie Spółki, jest bezprzedmiotowe, ponieważ rynek ten jest poddany wystarczającej presji konkurencyjnej.

Co więcej, choć z danych rynkowych wynika, że dostawcy usług OTT zapewniają produkty substytucyjne względem usług telefonii stacjonarnej, to nie podlegają oni żadnym regulacjom *ex ante* ze strony Prezesa UKE, ani pozostałym obowiązkom prawnym adresowanym wobec przedsiębiorców telekomunikacyjnych, w tym z zakresu bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego. W tej sytuacji obejmowanie operatorów sieci stacjonarnych obowiązkami regulacyjnymi oznacza wzmocnienie przez Organ uprzywilejowanej pozycji dostawców takich usług.

Istnienie zjawiska „fix mobile substitution” oraz coraz większa działalność OTT prowadzi do wniosku, że kolejna regulacja stawek rozliczeniowych FTR oraz nałożenie obowiązków regulacyjnych w sytuacji braku takich obowiązków po stronie dostawców usług OTT, spowoduje dalszy spadek wartości rynku połączeń stacjonarnych w Polsce, co jest aktualnie obserwowanym, stałym trendem. W 2017 roku wartość rynku telefonii stacjonarnej wynosiła 2,3 mld złotych, co stanowi o spadku o 12,3% wobec roku 2016. W 2016 roku wartość tego rynku wynosiła natomiast 2,6 mld zł, co stanowiło spadek wartości 20,7% względem roku 2015. Liczba abonentów usług stacjonarnych spadła o 8,8% w stosunku do roku 2016 i wynosiła w 2017 roku około 4,8 mln abonentów.

Projekt Decyzji pomija powyższe okoliczności, zaś Prezes UKE nie wyjaśnia, na podstawie jakich przesłanek uznał, że kwestia konieczności porozumienia się przez użytkowników usług OTT w ramach

jednej platformy lub aplikacji, przywołana w uzasadnieniu projektu Decyzji, rzekomo miałyby przesądzać o pominięciu analizy tych usług w ramach oceny substytucyjności rynku stacjonarnego, zwłaszcza, iż podczas analizy hurtowego rynku zakańczania SMS w sieci Polkomtel, Organ doszedł do całkowicie przeciwnych wniosków w zakresie konieczności uwzględnienia analizy wpływu usług OTT na obowiązki regulacyjne:

„Mając na uwadze znaczącą substytucyjność usług OTT względem tradycyjnej usługi zakańczania SMS na poziomie detalicznym Prezes UKE uznał za zasadne przeanalizowanie i uwzględnienie w analizie rynku właściwego (na poziomie hurtowym) presji konkurencyjnej wywieranej ze strony dostawców usług OTT względem świadczenia przez Polkomtel usługi zakańczania SMS.” (Decyzja Prezesa UKE dnia 31.01.2017 nr DART.SMP.6041.2016.26)”

Zaskakujące jest także całkowite pominięcie przez Organ w uzasadnieniu projektu Decyzji zjawiska „fix mobile substitution”, choć raporty Organu o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce dostarczają danych wymagających zbadania tego zjawiska w ramach analizy rynku objętego projektem Decyzji.

Kolejnym pominiętym przez Prezesa UKE aspektem analizy rynku jest wybiórczość stosowanego przez Organ podejścia regulacyjnego. Konsultacje obejmują jedynie 192 stacjonarnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych spośród wszystkich przedsiębiorców świadczących usługi stacjonarne na terenie kraju. Nieobjęcie regulacją pozostałych operatorów, którzy podjęli działalność telekomunikacyjną w obszarze świadczenia usług sieci stacjonarnych, może doprowadzić do nieuzasadnionej asymetrii stawek rozliczeniowych pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi.

W ocenie Spółki, konieczne jest zatem objęcie regulacją całego rynku telekomunikacyjnego lub umożliwienie operatorom odmowy zapewniania dostępu do usług operatorów objętych asymetryczną wobec Spółki stawką FTR. Brak odpowiedniej reakcji Organu na powyższą okoliczność może doprowadzić do zjawiska powoływania do działalności przedsiębiorców mających na celu generowanie sztucznego ruchu w celu uzyskania nieuprawnionych korzyści finansowych. Z tego względu, o ile Prezes UKE nie odstąpi od objęcia Spółki obowiązkami regulacyjnymi, kluczowe jest, aby wszyscy operatorzy stacjonarni zostali objęci symetryczną regulacją kosztową (co nie przekreśla negatywnego stanowiska Spółki wobec planowanego sposobu przeprowadzenia takiej regulacji kosztowej, wynikającego z projektu Decyzji).

Rozwijając stanowisko Spółki w zakresie relacji międzyoperatorskich, Polkomtel zauważa, iż projekt Decyzji pomija zagadnienia związane z międzynarodową wymianą ruchu telekomunikacyjnego i brak symetrycznych regulacji rynku zakańczania połączeń telefonicznych na terytorium Unii Europejskiej. Jak wynika z prawie dziesięcioletnich doświadczeń związanych z regulacją wskazanego hurtowego w UE, Zalecenie Komisji Europejskiej nie przyniosło zakładanych rezultatów w postaci ujednoczenia podejścia regulacyjnego.

Z opublikowanego w lipcu 2018 r. raportu BEREC zatytułowanego „Termination rates at European level” (znany Organowi z urzędu jako członkowi BEREC), na 28 państw członkowskich UE aż pięć krajowych organów regulacyjnych nie stosuje stawek regulacyjnych wynikających z modelu operatora efektywnego w oparciu o model kosztowy bottom-up pure LRIC, zaś spośród państw stosujących tę metodę regulacyjną, stawka rozliczeniowa FTR waha się w Unii Europejskiej w przedziale od 0,11 do 4,96 eurocenta za minutę połączenia.

Powyższa okoliczność prowadzi do negatywnych konsekwencji zwłaszcza wobec polskich operatorów, z uwagi na niekorzystny dla nich bilans wymiany ruchu. Ewentualne przyjęcie w Polsce bardziej rygorystycznej regulacji kosztowej może istotnie w dalszym stopniu pogorszyć bilans płatniczy pomiędzy polskimi i zagranicznymi operatorami. W ocenie Spółki, Prezes UKE nie może także

pomijając, że sytuacja polskich operatorów względem operatorów z innych państw UE została już drastycznie pogorszona w związku z aktualnymi uwarunkowaniami świadczenia usług roamingu regulowanego oraz niedawną regulacją połączeń międzynarodowych. Dalsze pogłębienie obciążeń regulacyjnych krajowych operatorów sprawia, że obowiązki regulacyjne proponowane przez Prezesa UKE, zwłaszcza dotyczące regulacji kosztowej FTR, są w aktualnej sytuacji nieadekwatne i nieproporcjonalne.

Ad. 2

Odnosząc się zaś do wskazanych na wstępie niniejszego stanowiska wątpliwości prawnych związanych z zastosowaniem przez Prezesa UKE w pkt IV projektu Decyzji, Polkomtel wskazuje, że przepis art. 44 Pt, który stanowić ma w polskim porządku prawnym implementację art. 8 ust. 3 ak. 2. dyrektywy o dostępie, nie może być uznany za podstawę prawną dla nałożenia na operatora obowiązku kontroli cen za dostęp telekomunikacyjny w oparciu o koszty.

Skoro w świetle art. 8 ust 3 ak. 2 dyrektywy o dostępie, 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 tejże dyrektywy, zaś art. 13 tej dyrektywy dotyczy nakładania obowiązków regulacyjnych, polegających na stosowaniu cen w oparciu o koszty, to zgodnie z pro wspólnotową 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. 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 projektu Decyzji 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 ryzyko negatywnego wpływu na konkurencję, które w projekcie Decyzji „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 Decyzji 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 model operatora efektywnego”.

Za ów „szczególny przypadek” nie może być uznane wydanie przez Komisję Europejską Zalecenia. Po pierwsze, wejście w życie lub obowiązywanie 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 KE powoduje, iż trudno uznać fakt prawny w postaci obowiązywania 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. Zdaniem Polkomtel, jak zostało omówione powyżej, Zalecenie KE nie przystaje do uwarunkowań dostarczenia przez Polkomtel sieci ruchomej na potrzeby świadczenia usług stacjonarnych, co oznacza, że art. 44 Pt, jaki i leżące u podstaw jego zastosowania okoliczności, nie uwzględniają wymagania adekwatności i proporcjonalności stosowanego obowiązku regulacyjnego (art. 24 pkt 2 lit. a) Pt).

Podsumowując powyższe stanowisko, w ocenie Spółki, zasadne jest odstępianie przez Prezesa UKE od regulacji hurtowego rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Polkomtel. W przeciwnym razie, Prezes UKE powinien uzupełnić przeprowadzoną analizę rynku właściwego zwłaszcza o wskazane powyżej okoliczności, w tym uwzględnić szczególną sytuację Polkomtel jako operatora telefonii stacjonarnej działającej w oparciu o sieć ruchomą, co powinno doprowadzić także do pominięcia Zalecenia KE z 7 maja 2009 r., jako nieadekwatnego wobec przypadku Polkomtel.



Mirosław Śmiątek
Pełnomocnik Polkomtel Sp. z o.o.