

UPC Polska Sp. z o.o.
al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, Polska
T +48 22 24 16 821 F +48 22 24 16 901
T +48 22 24 16 823 F +48 22 24 16 717
www.upc.pl

Warszawa, dnia 18 stycznia 2019 roku



Szanowny Pan
Marcin Cichy
Prezes Urzędu Komunikacji Elektroniczej
ul. Giętdowa 7/9
01-211 Warszawa

dotyczy: postępowania o sygnaturze akt DHRT.SMP.6040.79.2018

Szanowny Panie Prezesie,

w związku z opublikowaniem przez Prezesa UKE w dniu 19 grudnia 2019 r. projektu decyzji (dalej „Projekt Decyzji”) określającej hurtowy rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji, wyznaczającej UPC Polska Spółkę z o.o. (dalej „UPC” lub „Spółka”) jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji na tym rynku, a także nakładającej na UPC nowe obowiązki regulacyjnych, Spółka przedstawia stanowisko co do kluczowych kwestii decydujących o wadliwości projektowanego rozstrzygnięcia

Zdaniem Spółki, ponownej weryfikacji przez organ wymaga zakres i podstawa prawna projektowanych środków zaradczych, w tym zwłaszcza dotyczących opłat za zakańczanie połączeń w sieci UPC, w szczególności zaprojektowania w tym zakresie tzw. Decyzji częściowej. Ponadto, jak zostanie to szczegółowo omówione w dalszej części stanowiska konsultacyjnego, konieczne jest przeprowadzenie analizy w zasadzie wszystkich kluczowych przesłanek warunkujących nałożenie lub utrzymanie w mocy obowiązków regulacyjnych, jako że w poddanym konsultacjom Projekcie Decyzji organ poprzestał na ogólnikowych stwierdzeniach dotyczących rzekomego występowania tych przesłanek, czyniąc z nich aprioryczne założenia lub oczywiste konstatacje

1. *Wadliwe zastosowanie art. 44 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo Telekomunikacyjne¹ jako podstawy prawnej ustalenia wysokości opłaty za zakańczanie połączeń w sieci UPC i nałożenia obowiązku jej stosowania*

¹ Dz.U.2017.1907dalej też „Pt”

UPC Polska Sp. z o.o.

al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, Polska

T +48 22 24 16 821 F +48 22 24 16 901

T +48 22 24 16 823 F +48 22 24 16 717

www.upc.pl

Zgodnie z Projektem Decyzji, w stosunku do UPC planowane jest nałożenie nowych oraz utrzymanie w mocy szeregu dotychczasowych obowiązków regulacyjnych, wynikających z decyzji Prezesa UKE z dnia 4 marca 2009 r., nr DART-SMP-6043-6/08 (8) (dalej „Decyzja SMP”)

Nowy obowiązek regulacyjny, który zgodnie z Projektem Decyzji miałby ciążyć na UPC, to

„Obowiązek, o którym mowa w art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na stosowaniu opłat za zakańczanie połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora (dalej także „stawki FTR”) w wysokości, ustalonej przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej także „Prezes UKE”, „Regulator”) w oparciu o model operatora efektywnego zgodny z Zaleceniem Komisji z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (2009/396/WE) (dalej także „Zalecenie FTR/MTR”) Wysokość opłaty zostanie ustalona przez Prezesa UKE w odrębnej decyzji częściowej wydanej w niniejszym postępowaniu administracyjnym.”

Z sentencji Projektu Decyzji wynika zatem, iż projektowany obowiązek w zakresie kontroli cen nie jest obowiązkiem kalkulacji stawki za zakańczanie połączeń w sieci UPC w oparciu o model kosztowy, lecz obowiązkiem stosowania określonej stawki, która – jak sugeruje Projekt Decyzji – wynikać ma z modelu kalkulacji kosztów. Warto nadmienić, iż model ten – jedynie „zapowiedziany” w Projekcie Decyzji – nie jest „narzędziem” opisanym i umocowanym w przepisach prawa, lecz – podążając za „zapowiedzią” Prezesa UKE – zostanie przez niego skonstruowany dla potrzeb ustalenia wysokości stawki FTR.

W pierwszej kolejności UPC podnosi, iż wydanie przez Prezesa UKE decyzji częściowej co do nałożenia na Spółkę obowiązku, o którym mowa powyżej, w sposób ujęty w cytowanym fragmencie Projektu Decyzji, będzie wadliwe i nieskuteczne. Zdaniem UPC, wbrew omówieniu tego problemu w uzasadnieniu Projektu Decyzji, nie jest zgodne z art. 104 § 2 kpa ani z przepisami prawa materialnego wydanie decyzji częściowej, która stwierdza, iż obowiązek regulacyjny zostaje nałożony na adresata tej decyzji, ale jego treść (tu wysokość stawki FTR) zostanie przez organ ustalona (rozstrzygnięta) w przyszłości, w odrębnej decyzji administracyjnej.

Niezależnie od powyższego, UPC podnosi, co następuje

W ocenie UPC, w obowiązujących przepisach prawa brak jest jednak podstawy prawnej do nałożenia na operatora w sposób, w jaki proponuje w Projekcie Decyzji Prezes UKE, obowiązku stosowania stawek opartych o model kalkulacji kosztów operatora efektywnego. Nie stanowi jej również przywołany w Projekcie Decyzji przepis art. 44 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (dalej „Pt”)

a) Brak podstawy prawnej do nałożenia obowiązku stosowania opłat w oparciu o kosztowy model operatora efektywnego oraz niezgodność projektowanego rozstrzygnięcia z przepisami Dyrektywy Dostępowej²

Jak wynika z uzasadnienia Projektu Decyzji (punkt 4.3.4, str. 27), Prezes UKE przyjmuje, iż na podstawie art. 44 Pt może nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej inne obowiązki w zakresie dostępu

² DYREKTYWA 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.UE.L.2002.108.7 z dnia 2002.04.24)

UPC Polska Sp. z o.o.

al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, Polska

T +48 22 24 16 821 F +48 22 24 16 901

T +48 22 24 16 823 F +48 22 24 16 717

www.upc.pl

telekomunikacyjnego niż wymienione w art. 34-40 Pt i art. 42 Pt. Jednocześnie, w ocenie Prezesa UKE, nie oznacza to, iż nałożenie obowiązku z art. 44 Pt będzie zawsze równoznaczne z nałożeniem obowiązku regulacyjnego innego niż wynikające z art. 9-13 Dyrektywy Dostępowej. Ponadto, zdaniem Prezesa UKE, brak jest podstaw do wprowadzenia regulacji stawek za zakańczanie połączeń w sieci operatora w oparciu o model operatora efektywnego typu bottom-up (dalej „model BU”), wraz z określoną przez Prezesa UKE stawką FTR, w oparciu o przepisy art. 39 i 40 Pt (zakładające implementację art. 13 Dyrektywy Dostępowej) i z tej właśnie przyczyny, jak można wnosić z wywodów zaprezentowanych w projekcie Decyzji, Prezes UKE opiera swoje rozstrzygnięcie o art. 44 Pt.

Zdaniem UPC, należy zgodzić się, iż na podstawie art. 44 Pt na operatora mogą zostać nałożone obowiązki wyłącznie takie, które są odmienne od wynikających z dyspozycji art. 39-40 i 42 Pt. Potwierdza to m.in. art. 8 ust. 3 Dyrektywy Dostępowej (którego implementację miał stanowić art. 44 Pt), wyraźnie wskazujący, iż na jego podstawie możliwe jest nałożenie tylko innych obowiązków niż objęte art. 9-13.

Jednakże równoległe twierdzenie, że na podstawie art. 44 Pt dopuszczalne jest nałożenie obowiązku, którego źródło w prawie europejskim miałyby stanowić postanowienia art. 9-13 Dyrektywy Dostępowej (czy też interpretacja, iż taka możliwość nie jest wykluczona), stoi w ewidentnej sprzeczności z przepisami tej Dyrektywy.

Należy przy tym zwrócić uwagę na dalej idącą niekonsekwencję i nieprawidłowości w sposobie wykładni oraz zastosowania przez Prezesa UKE przepisów Dyrektywy Dostępowej i Pt.

Art. 13 ust. 1 Dyrektywy Dostępowej stanowi, iż *„Krajowe organy regulacyjne mogą nałożyć na operatorów, zgodnie z przepisami art. 8, obowiązki związane ze zwrotem kosztów oraz kontrolą cen, w tym obowiązki związane z oparciem cen o koszty oraz obowiązki dotyczące systemów księgowania kosztów, w odniesieniu do udostępniania szczególnych rodzajów wzajemnych połączeń lub dostępu, w sytuacjach gdy analiza rynku wskazuje, że brak skutecznej konkurencji oznacza, że dany operator może utrzymywać ceny na nadmiernie wysokim poziomie lub stosować zaniżanie cen ze szkodą dla użytkowników końcowych”*

Cytowany przepis dotyczy zatem każdego obowiązku stosowania cen w oparciu o koszty i nie rozróżnia „kosztów uzasadnionych”, „kosztów poniesionych” ani „kosztów efektywnego operatora”. Każdy z powyższych obowiązków ujętych w art. 13 ust. 1 Dyrektywy Dostępowej należy bowiem kwalifikować, **jako rodzaj obowiązku regulacyjnego kosztowej kontroli cen.**

Skoro art. 8 ust. 3 Dyrektywy Dostępowej (implementowanego do polskiego prawa w art. 44 Pt) wskazuje, że dopuszczalne jest nałożenie na operatora pewnego „nienazwanego” obowiązku regulacyjnego, tj. takiego, który nie mieści się w ramach wyznaczonych przez art. 9-13 tej Dyrektywy, a art. 13 dotyczy nakładania obowiązków regulacyjnych polegających na stosowaniu cen w oparciu o koszty, to zgodnie z prowsólnotową wykładnią art. 44 Pt nie może zostać uznany za podstawę prawną ewentualnego obowiązku kontroli cen w oparciu o koszty.

W świetle powyższego należy podkreślić, iż to art. 39 i 40 Pt wytyczają na gruncie polskiego porządku prawnego sposoby kształtowania, wpływania przez regulatora na opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, w tym m.in. stawki za zakańczanie połączeń.

UPC Polska Sp. z o.o.

al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, Polska

T +48 22 24 16 821 F +48 22 24 16 901

T +48 22 24 16 823 F +48 22 24 16 717

www.upc.pl

Z uwagi na fakt, iż przyjęta w Projekcie Decyzji koncepcja ustalenia opłaty za zakańczanie połączeń w sieci UPC oparta ma być na kosztach efektywnego operatora, to oczywiste jest, iż art 40 Pt nie stanowił adekwatnej podstawy prawnej projektowanego obowiązku

Tymczasem art 39 Pt szczegółowo reguluje proces nakładania obowiązku kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia usług oraz stosowania opłat uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora. Wskazuje on na sposoby kalkulacji kosztów, ustala przejrzysty spójny proces, jaki prowadzi do ustalenia opłat opartych o uzasadnione koszty, pozwalający na aktywny w nim udział operatora, zapewniając ochronę jego praw jako strony postępowania, a przede wszystkim uwzględniając konkretną sytuację podmiotu poddawanego regulacji. Przepis ten nie daje jednak podstaw do ustalania w decyzji regulacyjnej konkretnej wysokości stawki za zakańczanie połączeń (np jako wyliczonej w ramach Modelu BU) i z tego względu również nie mógłby zostać zastosowany przez Prezesa dla projektowanego rozstrzygnięcia. Dlatego organ poszukuje takiej podstawy – zdaniem UPC niestusznie – w art 44 Pt

Biorąc zatem pod uwagę analizę przepisów Pt oraz Dyrektywy Dostępowej, zdaniem Spółki

- przepisy art 40 i 39 Pt nie mogą stanowić podstawy dla określenia wysokości stawki za zakańczanie połączeń, wyliczonej w oparciu o Model BU,

- zgodnie z prowsólnotową wykładnią art 44 Pt nie może stanowić podstawy prawnej dla obowiązku regulacyjnego dotyczącego kontroli cen w oparciu o koszty

Z powyższych względów, w ocenie UPC, Prezes UKE błędnie zamierza oprzeć na art 44 Pt obowiązek stosowania „*opłat za zakańczanie połączeń (...) wyliczonej w oparciu o model operatora efektywnego*”, a wydanie rozstrzygnięcia o treści poddanej konsultacjom będzie pozbawione podstawy prawnej

b) Niespełnienie przesłanek zastosowania art 44 Pt

Niezależnie od uwag poczynionych w pkt a) powyżej UPC podnosi również co następuje

Zgodnie z art 44 Pt, 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

Jak wynika z Projektu Decyzji, Prezes UKE wskazał, iż takim „szczególnym przypadkiem” jest w pierwszej kolejności wydanie przez Komisję Europejską Zalecenia w sprawie FTR i MTR³

Zdaniem UPC, powyższe podejście Prezesa UKE jest całkowicie chybione, głównie z tego względu, iż postępując się kategorią „szczególnego przypadku”, art 44 Pt nie odnosi się do jakiegokolwiek odrębnej normy prawnej, lecz do okoliczności faktycznych, leżących u podstaw stanu rynku właściwego poddawanego regulacji *ex ante*. Rozumowanie prezentowane przez organ w Projekcie Decyzji zakłada tymczasem, że ustawodawca uznał, iż przepis prawa krajowego (tu art 44 Pt) może być zastosowany, gdy

³ Zalecenie Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (2009/396/WE)

UPC Polska Sp. z o.o.

al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, Polska

T +48 22 24 16 821 F +48 22 24 16 901

T +48 22 24 16 823 F +48 22 24 16 717

www.upc.pl

zacznie obowiązywać inny, bliżej nieokreślony przepis prawa lub choćby „Zalecenie” Biorąc pod uwagę treść art. 44 Pt, a także art. 13 ust. 1 Dyrektywy Dostępowej, nie sposób zgodzić się z takim rozumowaniem

Niezależnie od powyższego, a także abstrahując od niewiążącego charakteru wspomnianego Zalecenia, należy podkreślić, iż zostało ono przyjęte jeszcze w maju 2009 r., a więc obowiązuje od ponad 9 lat. Także z perspektywy tego okresu obowiązywania zalecenia trudno uznać wydanie tego aktu za „szczególny przypadek”, wymagający - w myśl art. 44 Pt - reakcji regulatora w postaci nałożenia nowego obowiązku regulacyjnego w 2018 r.

W rezultacie należy wskazać, iż oparcie projektowanego rozstrzygnięcia Prezesa UKE o art. 44 Pt jest nieuzasadnione również z tego względu, iż nie zachodzą przesłanki wymagane w tym przepisie dla zastosowania przedmiotowej regulacji

II. Brak zasadności nałożenia obowiązku stosowania opłat zgodnie z pkt. IV Projektu Decyzji

Projekt Decyzji co do zasady podtrzymuje ciążące dotychczas na UPC, na mocy Decyzji SMP, obowiązki regulacyjne, jednocześnie poszerzając je o obowiązek kontroli cen, tj. określenie poziomu stawki za zakańczanie połączeń w publicznej sieci telefonicznej (dalej zwana „stawka FTR”)

W kontekście zamiaru nałożenia na Spółkę nowego obowiązku dotyczącego regulacji stawki FTR, zdaniem UPC, Projekt Decyzji nie zawiera informacji, które pozwoliłyby uznać, iż została przeprowadzona przez organ analiza rynku co do tego czy i z jakich powodów uzasadnione jest dokonywanie przedmiotowej regulacji

Jak wynika z treści Decyzji SMP wydanej w 2009 r. [I tura regulacji] i aktualnie wiążącej Spółkę, dokonując oceny możliwości antykonkurencyjnego różnicowania stawek za zakończenia połączeń przez UPC [str. 34 Decyzji SMP], Prezes UKE stwierdził, iż:

„Prezes UKE, obserwując zmiany cen usług zakańczania połączeń w sieciach operatorów alternatywnych, zauważa w skali ostatnich lat pozytywną tendencję polegającą na obniżaniu stawek za tę usługę. Mając fakt ten na uwadze, nie uważa za celowe obciążanie UPC Polska obowiązkiem ustalania stawek na zasadach kosztów uzasadnionych (art. 39 Pt), prowadzenia rachunkowości regulacyjnej (art. 38 Pt) oraz kalkulacji kosztów (art. 39 Pt). Zdaniem Prezesa UKE, obowiązki te byłyby nadmierne i nieproporcjonalne do zidentyfikowanych problemów. Zidentyfikowanym problemem nie są nadmiernie wygórowane opłaty za zakańczanie połączenia w sieci UPC Polska, lecz możliwość różnicowania sytuacji innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych według potencjalnego konkurencyjnego zagrożenia w stosunku do UPC Polska jako operatora sieci dostępowej

Natomiast, w celu uniemożliwienia prowadzenia przez operatora o pozycji znaczącej omówionych powyżej praktyk przeciwdziałania konkurencji, w tym potencjalnej dyskryminacji, niezbędne jest podjęcie przez Prezesa UKE stosowanych działań regulacyjnych i nałożenie na UPC Polska innych, mniej dolegliwych, ale zarazem adekwatnych do zidentyfikowanych problemów i w związku z tym, efektywnie im przeciwdziałających obowiązków wskazanych w ustawie Prawo telekomunikacyjne.”

UPC Polska Sp. z o.o.

al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, Polska

T +48 22 24 16 821 F +48 22 24 16 901

T +48 22 24 16 823 F +48 22 24 16 717

www.upc.pl

Prezes UKE, na podstawie przeprowadzonej uprzednio analizy polityki cenowej UPC nie stwierdził więc w Decyzji SMP stosowania przez Spółkę wygórowanych opłat za zakańczanie połączeń ani nie dostrzegł potrzeby nałożenia nań obowiązku zastosowania kontroli cen

Tymczasem w projekcie Decyzji Organ, w zasadzie powielając uprzednio poczynione przez siebie ustalenia, dochodzi do odmiennych wniosków i zamierza nałożyć bardziej restrykcyjne obowiązki regulacyjne, w szczególności poprzez określenie konkretnej stawki FTR. Nie wykazuje jednak przy tym w najmniejszym stopniu, by wystąpiły jakiegokolwiek zachowania lub inne okoliczności po stronie operatora (UPC), które uzasadniałyby nałożenie tak rygorystycznych zasad kontroli opłat

a) Co do możliwości antykonkurencyjnego zawyżania stawek za zakańczanie połączeń w sieci UPC

Jak wskazano w pkt 4.2.2 Projektu Decyzji, zdaniem Prezesa UKE, jednym z możliwych do wystąpienia problemów rynkowych jest możliwość antykonkurencyjnego zawyżania stawek za zakańczanie połączeń w sieci UPC. Pogląd ten jest wywodzony jednak wyłącznie z fundamentalnych cech rynku właściwego, w ramach którym zawsze występuje sytuacja, polegająca na tym, iż

- koszt połączenia ponosi strona je inicjująca,
- operator posiada 100% udziału w rynku właściwym

W oparciu o powyższe Prezes UKE zakłada, że nie działają na operatora bodźce skłaniające go do obniżenia stawek FTR. Organ stwierdza, że „występuje niebezpieczeństwo niezasadnego zawyżania stawek przez Operatora⁴”, wskazując na potencjalne dążenie każdego z przedsiębiorców do stawek przewyższających koszty świadczenia usług, podczas gdy potencjalni klienci zmuszeni są do nabywania tych usług. Ponadto Prezes UKE wskazuje na możliwość dążenia do różnicowania nabywców usług UPC w zależności od ich pozycji konkurencyjnej

Powyższe wyjaśnienia organu nie są jednak przekonujące

Należy bowiem zwrócić uwagę, że identyczne okoliczności towarzyszyły wydawaniu Decyzji SMP, a mimo to nie one skłoniły naówczas regulatora do zastosowania analogicznych środków zaradczych do ujętych w Projektowanej Decyzji. Projekt rozstrzygnięcia nie dostarcza informacji, a tym bardziej dowodów, które potwierdzałyby występowanie rzekomego ryzyka zawyżania stawek przez UPC lub choćby to, że ryzyko to wzrosło w stosunku do sytuacji rynkowej, która była oceniana w Decyzji SMP. Jednocześnie analiza Projektu Decyzji nie dostarcza argumentów na potwierdzenie, iżby środek ten był adekwatny i proporcjonalny względem rzekomego problemu, zawyżenia stawki, co zostanie szerzej omawiane w dalszej części stanowiska

b) Co do rzekomych zmian otoczenia rynkowego determinujących kontrolę stawki FTR UPC

Prezes UKE w Projekcie Decyzji ograniczył ocenę warunków determinujących nałożenie obowiązku kontroli cen w oparciu o art. 44 Pt do poniższych stwierdzeń

⁴ Projekt Decyzji dla UPC – str. 20

UPC Polska Sp. z o.o.

al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, Polska

T +48 22 24 16 821 F +48 22 24 16 901

T +48 22 24 16 823 F +48 22 24 16 717

www.upc.pl

1. „Należy tu w pierwszej kolejności wskazać na zmiany, jakie zaszyły w otoczeniu regulacyjnym w Unii Europejskiej (dalej „UE”) (m.in. zmiana podejścia regulacyjnego w zakresie FTR w państwach członkowskich związana z wydaniem Zalecenia w sprawie FTR i MTR). W wielu państwach UE implementowane zostały nowe rozwiązania w zakresie regulacji FTR, które uwzględniają Zalecenie w sprawie FTR i MTR, wprowadzając stawki za zakańczanie połączeń w sieciach telefonii stacjonarnej na symetrycznym poziomie wyliczone w oparciu o model BU według metodologii PURE LRIC [...]”
2. „Wskazane powyżej zmiany otoczenia regulacyjnego oraz przeprowadzone przez Prezesa UKE analizy hurtowych rynków świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji poszczególnych operatorów wskazują, iż konieczne jest nalożenie obowiązków regulacyjnych dotyczących kontroli kosztów”⁵

Po pierwsze, należy podnieść, że Zalecenia Komisji 2009/396/WE⁶, wydane prawie 10 lat temu nie mają charakteru wiążącego. Co więcej, wielu regulatorów rynków telekomunikacyjnych w krajach UE stosuje regulacje, które odbiegające od treści Zalecenia, kierując się właśnie właściwością analizowanego przez siebie rynku oraz wymogiem adekwatności przyjmowanych środków względem stwierdzonych problemów rynkowych.

Po drugie, Zalecenie nie narzuca metody kalkulacji kosztów przy zastosowaniu modelem typu bottom-up jako jedynej słusznej, z uwagi na pewne ograniczenia tego typu modelowania, co zresztą wprost zostało ujęte w treści Zalecenia

„Zaleca się, by szacowanie efektywnych kosztów opierało się na bieżących kosztach oraz na modelu typu bottom-up z wykorzystaniem modelu długookresowych kosztów przyrostowych (LRIC), jako na odpowiedniej metodzie kalkulacji kosztów

W celu weryfikacji i polepszenia wiarygodności wyników krajowe organy regulacyjne mogą porównać wyniki podejścia opartego na modelu bottom-up z wynikami podejścia opartego na modelu top-down, w którym wykorzystano dane poddane audytowi, oraz mogą wprowadzić odpowiednie zmiany.”

Tym samym Komisja, zalecając określanie stawek FTR metodą bottom-up, dostrzega jej istotne ograniczenia. Z tego względu Komisja rekomenduje zastosowanie modelu bottom-up, ale jako narzędzie do konfrontacji modelu Regulatora (i jego wyników) z modelem kalkulacji kosztów operatora w celu określenia rzeczywistego stanu danej sieci. Innymi słowy, model bottom up, zgodnie z Zaleceniem, może przede wszystkim znaleźć zastosowanie jako narzędzie kontrolne, pozwalające ocenić czy wysokość stawek wynikających z modelu top - down nie jest zawyżona.

Po trzecie, ponownie podkreślamy, iż zdaniem UPC, z uzasadnienia Projektu Decyzji nie wynika czy i ewentualnie jakiego rodzaju analiza rynku została przeprowadzona przez Prezesa UKE, i czy uzasadnia ona przedstawienie Projektu Decyzji o treści poddanej konsultacjom. Projekt Decyzji nie ujmuje jakiegokolwiek odniesienia czy prezentacji wyników analizy dotyczącej sytuacji panującej zarówno na rynku telekomunikacyjnym, jak i rzeczywistej sytuacji ekonomicznej w Polsce. Nie zostały ujęte w nim również

⁵ Projekt Decyzji Prezesa UKE, str. 29

⁶ Zalecenie Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchowych (2009/396/WE)

UPC Polska Sp. z o.o.

al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, Polska

T +48 22 24 16 821 F +48 22 24 16 901

T +48 22 24 16 823 F +48 22 24 16 717

www.upc.pl

żadne informacje odnośnie sytuacji na rynku detalicznym, nie wspominając o widocznych trendach i przyszłych zdarzeniach, które wpływają na kondycję tego rynku

Warto wspomnieć, że zgodnie z corocznymi raportami UKE „Raport o stanie rynku”, które prezentują zmiany jakie zachodzą na polskim rynku telekomunikacyjnym, od co najmniej 2012 roku rynek telefonii stacjonarnej odnotowuje istotny spadek, zarówno w zakresie przychodów jak i liczby abonentów telefonii stacjonarnej. Analogiczny trend w zakresie popularności tej usługi widoczny jest w wolumenie ruchu. Warto podkreślić, że tylko w ciągu czterech lat, w latach 2012 -2016, przychody z telefonii stacjonarnej w Polsce z wartości 4,5 mld zł zmniejszyły się do 2,6 mld zł, z tym że tylko w ciągu ostatniego roku spadek przychodów wyniósł 21%. W 2012 roku wolumen ruchu wynosił 147 mln minut, podczas gdy już w 2016 - 126 mld minut. Tylko w ostatnim roku, analizowanym przez Prezesa UKE, abonentci wykonywali o 1,2 mld minut mniej aniżeli w roku 2015. Analogiczne spadki liczby abonentów telefonii stacjonarnej zostały odnotowane przez Prezesa UKE.

Tymczasem Prezes UKE zaniechał oceny wpływu tych zmian względem projektowanego obowiązku określającego obowiązek stosowania stawki FTR UPC.

c) Nieuwzględnienie zasady adekwatności i proporcjonalności nakładanych obowiązków regulacyjnych

Zdaniem UPC projektowany środek określony w pkt IV sentencji nie uwzględnia również art. 85 dyrektywy 2002/21/WE [tzw. Dyrektywa ramowa], zgodnie z którym „W dążeniu do osiągnięcia założeń polityki, o których mowa w ust. 2, 3 i 4, krajowe organy regulacyjne stosują obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne zasady regulacyjne”. Odzwierciedlenie tych zasad znajduje się w art. 24 ust. 1 Pt, wskazującym na konieczność oceny adekwatności i proporcjonalności danego obowiązku [nakładanego na operatora] do problemów rynkowych.

Decyzja Prezesa UKE powinna mieć na celu osiągnięcie określonych efektów rynkowych. Zgodnie z Projektem Decyzji obowiązek stosowania przez UPC stawki FTR w oparciu o model efektywnego operatora ma rozwiązać zidentyfikowany przez organ - jako potencjalny - problem zawyżanie stawek FTR. Organ nie przedstawił żadnych argumentów na poparcie takiej tezy. Podobnie z Projektu Decyzji nie sposób wywieść czy nałożenie obowiązku stosowania przez UPC stawki FTR w oparciu o model efektywnego operatora - będzie pozytywnie wpływać na konkurencyjność rynku czy wręcz będzie czynnikiem spowalniającym lub hamującym rozwój nowoczesnej infrastruktury i nowych usług telekomunikacyjnych,

- czy i jak wpłynie na rozwój usług na poziomie hurtowym czy detalicznym.

W uzasadnieniu Projektu Decyzji brak jest jakiegokolwiek argumentacji pozwalającej uzasadnić nałożenie nowego obowiązku jak również ocenić, jaki jest cel proponowanej regulacji, a w szczególności dlaczego właśnie ten środek, jest zdaniem organu, adekwatnym i proporcjonalnym środkiem regulacji rynku.

Dodatkowo UPC zauważa, że Projekt Decyzji nie udziela odpowiedzi na pytanie czy określony obowiązek w pkt IV sentencji nie będzie stanowić zbyt uciążliwego środka regulacyjnego. Konieczność przeprowadzenia takiej analizy wynika wprost z art. 8 Dyrektywy ramowej. W sytuacji, gdy na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja, regulator ma obowiązek nałożyć co najmniej jeden

UPC Polska Sp. z o.o.

al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, Polska

T +48 22 24 16 821 F +48 22 24 16 901

T +48 22 24 16 823 F +48 22 24 16 717

www.upc.pl

z obowiązków regulacyjnych, przy czym „Takie środki winny być proporcjonalne do celów, jakie mają zostać osiągnięte”⁷

Za chybione i gotostowne, gdyż nieoparte rzetelną analizą, należy zatem uznać twierdzenie Organu, jakoby „jedynie obowiązek w brzmieniu określonym w pkt IV sentencji decyzji jest obowiązkiem najbardziej adekwatnym i proporcjonalnym do stwierdzonych problemów rynkowych (polegających na możliwości nieuzasadnionego i antykonkurencyjnego zawyżania przez operatora stawek za zakańczanie połączeń głosowych we własnej sieci)” [Projekt Decyzji str 29]

W konsekwencji, w ocenie UPC, na krytykę zasługuje lakoniczne stwierdzenie o rzekomym stosowaniu zawyżonych stawek Zagadnienia, którym również organ nie poświęca wystarczającej uwagi, to ocena adekwatności i proporcjonalności nakładanego obowiązku, zabrakło także analizy jaki stopień uciążliwości charakteryzuje obowiązek określony w pkt IV sentencji oraz oceny adekwatności narzuconego obowiązku w relacji do innych obowiązków regulacyjnych mających spoczywać na Spółce

IV. Pozostałe zagadnienia

a) Brak rzetelnej analizy rynku na poziomie hurtowym i detalicznym

Zdaniem UPC ponownej weryfikacji wymaga analiza produktowa przeprowadzona przez Prezesa UKE na poziomie detalicznym, jak i hurtowym. W ramach analizy detalicznej Prezes UKE stwierdza, że „Tym samym, biorąc pod uwagę obecny rozwój sieci ALL IP w Polsce, modele 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.”⁸

Jednocześnie analiza treści pkt 2.3.6 projektu wskazuje, że jak należy rozumieć wyłączone z analizy na poziomie detalicznym usługa VOIP, a uznana za usługę OTT, jest elementem rynku produktowego na poziomie hurtowym, z pominięciem możliwości realizacji usług VoIP w zakresie kierowania połączeń rozpoczynanych z sieci PSTN lub VoIP na numery VoIP

b) Brak rzetelnej analizy w stosunku do utrzymania i zmiany pozostałych obowiązków zawartych w Projekcie Decyzji

Zgodnie z wymogami wynikającymi z przepisów Pt, w szczególności art. 24, Prezes UKE podejmuje decyzję, w której utrzymuje obowiązki, jeśli przedsiębiorca nie utracił pozycji na rynku, a zmienia obowiązki regulacyjne jeśli przedsiębiorca nie utracił pozycji, ale warunki na rynku właściwym uzasadniają zmianę tych obowiązków

⁷ Art. 8 DYREKTYWY 2002/21/WE PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U.UE.L.2002.108.33 z dnia 2002.04.24)

⁸ Projekt Decyzji, str. 10.

UPC Polska Sp. z o.o.

al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, Polska

T +48 22 24 16 821 F +48 22 24 16 901

T +48 22 24 16 823 F +48 22 24 16 717

www.upc.pl

Rozstrzygnięcie konsultowane przez Prezesa UKE zawiera zarówno utrzymanie, jak i zmianę obowiązków w stosunku do UPC. W ocenie UPC, przedstawione uzasadnienie Projektu Decyzji w żaden sposób nie wykazuje by Prezes UKE dokonał rzetelnej analizy sytuacji rynkowej dla potrzeb przedmiotowego rozstrzygnięcia. Brak jest jakichkolwiek dowodów przeprowadzonej analizy, trudno znaleźć argumenty, które wykazywałyby bądź też uzasadniałyby przyczynę zmiany nałożonych dotychczas obowiązków. Brak jest również, w ocenie UPC, takich argumentów, które rzetelnie pokazywałyby, jaki cel przyświeca stosowanej przez Prezesa UKE regulacji i jakie realne problemy rynkowe adresuje.

Problematyka ruchu przychodzącego spoza EOG

Niezależnie od postulatów podnoszonych powyżej w stosunku do Projektu Decyzji, UPC stoi na stanowisku, iż wysoce pożądanym jest podjęcie przez Prezesa UKE działań mających na celu wypracowanie mechanizmów rynkowych i wdrożenie stawki maksymalnej dla ruchu przychodzącego spoza EOG - takiej samej dla całego rynku.

W kontekście okoliczności, jakie Prezes UKE wskazał w Projekcie Decyzji, iż „ (...) jedynie państwa należące do EOG stosują zharmonizowane podejście w zakresie regulacji stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych oraz ruchomych zgodnie z Zaleceniem w sprawie FTR i MTR. Z kolei państwa nie należące do EOG nie są zobowiązane do stosowania tożsamej regulacji stawek FTR zgodnej z Zaleceniem w sprawie FTR i MTR, a tym samym zastosowanie regulowanej stawki także wobec połączeń inicjowanych w tych krajach stawiałoby pochodzących z nich operatorów w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do operatorów prowadzących zarejestrowaną działalność na terenie państw EOG⁹” UPC dostrzega istotne ryzyko pojawienia się wynikających z powyższych okoliczności fraudów czy też nadużyć telekomunikacyjnych. Spółka podkreśla iż z perspektywy regulacji ukierunkowanej na zagwarantowanie prawidłowo działającego rynku, ograniczenie skali ewentualnych negatywnych konsekwencji terminowania ruchu przez podmioty trzecie, niezgodnie z prawem, ustalonymi zwyczajami rynkowymi oraz zawartymi umowami (tzw. fraudów) jest niezbędne. W ocenie UPC zachowanie racjonalnej wysokości opłat za połączenia inicjowane w ramach EOG, przy zapewnieniu dopuszczalności różnicowania stawek za zakańczanie ruchu inicjowanego spoza EOG, pozwolą na ograniczenie tego zjawiska. W tym kontekście UPC postuluje wypracowanie i ustalenie maksymalnej stawki za zakańczanie połączeń w jednej wysokości, niezależnie od kraju (spoza EOG), w którym inicjowane byłyby połączenia. W opinii UPC stawka ta powinna kształtować się na poziomie nie wyższym niż 40 groszy za minutę netto. Ewentualnie możliwe byłoby dopuszczenie sytuacji, w której uzasadnione byłoby przekroczenie wskazanej stawki maksymalnej ale wyłącznie gdy stawka oferowana w danym państwie przekracza wysokość maksymalną, a jest implementowana na zasadzie symetrii albo też niezależnie ustalenia dwóch koszyków krajów (spoza EOG), o różnych maksymalnych stawkach opłat za zakańczanie połączeń.

W tym kontekście UPC wnosi o podjęcie równoległych działań ze strony Prezesa UKE mających na celu zminimalizowanie ryzyk wskazanych powyżej a ze swojej strony deklaruje gotowość podjęcia dyskusji o wskazanej powyżej regulacji.

Podsumowanie

Podsumowując, w ocenie UPC proponowane, projektowane rozstrzygnięcie Prezesa UKE, szczególnie w odniesieniu do nałożenia obowiązku stosowania opłaty za zakańczanie połączeń w sieci, jest działaniem

⁹ Projekt Decyzji Prezesa UKE, str. 30

UPC Polska Sp. z o.o.

al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, Polska

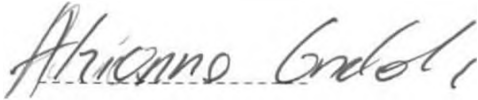
T +48 22 24 16 821 F +48 22 24 16 901

T +48 22 24 16 823 F +48 22 24 16 717

www.upc.pl

nieprawidłowym, w tym zwłaszcza pozbawionym podstawy prawnej. Z powyższych względów Spółka wnosi o odstąpienie od jego zastosowania. W odniesieniu do pozostałych obowiązków UPC wskazuje na istotne braki odnośnie uzasadnienia dla ich zastosowania, w tym na brak rzetelnej analizy w celu wykazania, iż utrzymanie lub zmiana obowiązków jest uzasadniona.

W imieniu Wnioskodawcy



Adrianna Grzelak

Pełnomocnik

Załączniki

- 1 Kopia pełnomocnictwo dla p. Adrianny Grzelak
- 2 Opłata skarbową od pełnomocnictwa