

---

Warszawa, dnia 8 lutego 2019 r.

**ID KIKE: 70-GRAP/2019**

**Marcin Cichy**  
**Prezes**  
**Urzędu Komunikacji Elektronicznej**  
ul. Giełdowa 7/9, 01-211 Warszawa

Stanowisko konsultacyjne dotyczące projektów decyzji i postanowienia w sprawie sygn. DR.SMP.6040.2.2019, DR.SMP.6041.2.2019 i DR.SMP.6041.3.2019

Działając w imieniu Krajowej Izby Komunikacji Ethernetowej („KIKE” lub „Izba”) w związku z rozpoczęciem w dniu 10 stycznia 2019 roku przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) konsultacji projektów::

- 1) decyzji nakładającej, utrzymującej i zmieniającej obowiązki regulacyjne nałożone na Orange Polska S.A. (dalej „OPL”) na hurtowym rynku usługi centralnego dostępu w stałej lokalizacji dla produktów rynku masowego nr DR.SMP.6040.2.2019 („Decyzja Regulacyjna”),
- 2) decyzji stwierdzającej występowanie skutecznej konkurencji na 84 obszarach gminnych określonych w decyzji, na hurtowym rynku usługi centralnego dostępu w stałej lokalizacji dla produktów rynku masowego nr DR.SMP.6041.2.2019 („Decyzja Deregulacyjna”) oraz
- 3) postanowienia stwierdzającego występowanie skutecznej konkurencji na 67 obszarach gminnych określonych w postanowieniu, na hurtowym rynku usługi centralnego dostępu w stałej lokalizacji dla produktów rynku masowego nr DR.SMP.6041.3.2019 („Postanowienie o konkurencji”),

niniejszym składam stanowisko Izby w sprawie.

Dokładna analiza projektów Decyzji Regulacyjnej, Decyzji Deregulacyjnej i Postanowienia o konkurencji (łącznie „konsultowane projekty”) wskazuje, że zawierają one wiele błędnych ustaleń (często wzajemnie sprzecznych). Izba pragnie zwrócić przede wszystkim na uchybienia związane z naruszeniem przepisów telekomunikacyjnych lub dokonaniem błędnych ustaleń stanu faktycznego:

1. konsultowane projekty zostały przygotowane z naruszeniem art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Pt) w zakresie błędnego ustalenia udziałów rynkowych OPL na 151 hurtowych rynkach geograficznych usługi centralnego dostępu w stałej lokalizacji („rynek 3b”) podlegających deregulacji,

2. konsultowane projekty nie biorą pod uwagę przewagi konkurencyjnej OPL jak ekonomia skali czy ekonomia zakresu i ich wpływu na 151 deregulowanych lub uznanych za konkurencyjne rynkach geograficznych.

Jednocześnie KIKE popiera propozycję Prezesa UKE zmiany obowiązku regulacyjnego w zakresie kalkulacji kosztów z art. 40 Pt (koszty poniesione) na art. 39 Pt (koszty uzasadnione).

1. W konsultowanych projektach decyzji Prezes UKE dokonał analizy rynku 3b i uznał, że na terenie całego kraju (z wyjątkiem 151 gmin) nie występuje skuteczna konkurencja i konieczne jest utrzymanie pozycji znaczącej OPL a także utrzymanie lub zmiana obowiązków regulacyjnych. Jednocześnie Prezes UKE uznał, że na 151 rynkach geograficznych OPL nie posiada już znaczącej pozycji rynkowej i zniósł na nich obowiązki regulacyjne dla OPL lub ponownie potwierdził, że panuje na nich konkurencja. Ważne jest to, że w stosunku do 9 gmin Prezes UKE stwierdził na nich znaczącą pozycję rynkową OPL mimo, że w 2014 r. uznał na tych gminach stan konkurencji i zniósł na ich obszarze obowiązki regulacyjne. Oznacza to, że w ciągu 5 lat rynki te na powrót stały się niekonkurencyjne.

Izba pragnie zwrócić uwagę, że Prezes UKE w prowadzonej przez siebie analizie rynku 3b popełnił kilka istotnych błędów, które wpłynęły na wynik analizy.

Przede wszystkim błędnie został ustalony rynek produktów detalicznych co spowodowało sztuczne obniżenie udziału w rynku OPL. Zdaniem Izby błędem jest ograniczenie badanego rynku wyłącznie do lokali mieszkalnych. Tymczasem zarówno decyzja z dnia 7 października 2014 roku sygn. DART-SMP-6040-1/14(121), jak też oferta ramowa SOR dla OPL nie wprowadzają takiego ograniczenia. Również Zalecenie Komisji Europejskiej z 2014 r. w sprawie rynków właściwych („Zalecenie KE”) jak też Nota wyjaśniająca do Zalecenia KE nie wprowadzają ograniczenia regulacyjnego dla lokali mieszkalnych. Również sama Decyzja Regulacyjna w swojej sentencji nie ogranicza się do zapewnienia dostępu do lokali mieszkalnych. Oznacza to, że Prezes UKE dokonał sztucznego zawężenia badanego rynku 3b. Jest to o tyle istotna wada, gdyż jak sam Prezes UKE wskazał w konsultowanych projektach, lokale mieszkalne to głównie domena operatorów telewizji kablowych TVK (pkt 2.3.5 uzasadnienia Decyzji Regulacyjnej str. 35). Oznacza to, że pominięte w analizie rynkowej lokale biurowe i inne użytkowe to domena operatorów tradycyjnych, w tym właśnie OPL. Przy okazji należy zwrócić uwagę, że Prezes UKE dokonał kolejnego zawężenia badanego rynku detalicznego ograniczając go do usług świadczonych konsumentom (pkt 2.2.2 uzasadnienia Decyzji Regulacyjnej). Tymczasem konsument w polskim prawie telekomunikacyjnym nie jest tożsamy z konsumentem w Zaleceniu KE i Nocie Wyjaśniającej, gdzie wskazane jest, że konsumentem może być również osoba prawna, a więc klient biznesowy). Zgodnie z art. 2 pkt 18 Pt, konsument to wyłącznie osoba fizyczna i tak należy tłumaczyć przeprowadzone przez Prezesa UKE badania rynku 3a. W ten sposób z analizy rynkowej usunięto klientów biznesowych OPL, których, wg Izby, udział

rynku jest znacznie wyższy niż klientów biznesowych TVK. Co więcej, często w budynkach mieszkalnych znajdują się biura lub nawet sklepy (te ostatnie zwłaszcza na parterze) i w ten sposób ci abonenci OPL również nie byłoby brani pod uwagę. KIKE pragnie podkreślić, że klienci biznesowi są ważnym elementem rynku detalicznego i generują duże przychody, zarówno ze względu na ich ilość jak i wysokość ponoszonych przez nich opłat abonamentowych ze znacznie większą przepływnością danych niż u klientów indywidualnych. Pominięcie ich całkowicie wypacza obraz rynku.

Kolejny błąd w analizie rynkowej, zdaniem Izby, to niekonsekwencja w zakresie traktowania sieci koncentrycznych TVK (HFC). Z jednej strony są one brane pod uwagę przy analizie rynku detalicznego, dzięki czemu na 151 gminach stwierdza się stan konkurencji uzasadniający deregulację. Z drugiej strony sieci HFC nie bierze się pod uwagę przy analizie rynków hurtowych, wskazując, że z przyczyn technicznych, nie są one substytutami tradycyjnych pętli lokalnych. W efekcie tego zidentyfikowane przez Prezesa UKE rynki hurtowe na obszarach zderegulowanych w 80-90% składają się wyłącznie z pętli lokalnych sieci OPL. Powoduje to, że dla członków KIKE i innych operatorów alternatywnych niż TVK na zderegulowanych hurtowych rynkach lokalnych powstanie monopol OPL na rynku hurtowym. Praktycznie żaden z tych operatorów nie będzie mógł korzystać z innej sieci niż OPL. Szansa na to, że operatorzy ci będą mieli w tych obszarach własne sieci jest nikła, gdyż jak wskazał sam Prezes UKE większość sieci w tych obszarach to HFC. Deregulacja tych hurtowych rynków lokalnych będzie oznaczała, że OPL będzie dyktować komercyjne ceny za dostęp do strumienia bitów lub nawet odmówi świadczenia tej usługi. W tym względzie Izba zwraca uwagę, że nawet wg samego Prezesa UKE dotychczasowa cena za LLU w sieci OPL była zbyt wysoka, aby inne podmioty korzystały z niej w sposób masowy. Wprowadzenie stawek komercyjnych, w opinii KIKE, spowoduje zaniknięcie tej usługi na rynkach zderegulowanych. KIKE może wskazać, że na obszarach dotychczas zderegulowanych komercyjna usługa BSA (ograniczona tylko do pętli miedzianej czyli skrętki) była droższa od usługi regulowanej o 40-100%. Co więcej często OPL nie wyrażała zgody na świadczenie usługi BSA na pętlach światłowodowych. Na podstawie tych doświadczeń KIKE wskazuje, że w efekcie dalszej deregulacji na tych rynkach lokalnych zapanują duopole OPL i poszczególnych operatorów TVK. Zdaniem KIKE z tego powodu sieci HFC powinny zostać usunięte z analizy rynku detalicznego, skoro usuwa się je z regulacji rynku hurtowego.

Poważne wątpliwości Izby budzą również przyjęte przez Prezesa UKE kryteria wyróżnienia rynków lokalnych na stronie 40 Decyzji Regulacyjnej, na stronie 28 Decyzji Deregulacyjnej i na stronie 29 Postanowienia o konkurencji. Teoretycznie Prezes UKE wskazuje, że kryteria 1 i 3 są kryteriami infrastrukturalnymi. Tymczasem kryterium nr 1 (co najmniej trzech operatorów świadczących usługi na danym obszarze) i kryterium nr 3 (65% lokali obsługiwanych przez co najmniej 3 operatorów) może obejmować również operatorów świadczących usługi za pomocą sieci OPL w ramach regulacji LLU czy BSA. Co więcej treść kryterium nr 2 wskazuje, że całość analizy ma podłoże usługowe a nie infrastrukturalne. Chodzi tu o wskazanie, że co najmniej 40% klientów dostępu do sieci Internet to klienci OPL. Tymczasem podstawą powinna być ilość abonentów przyłączonych do sieci OPL, a nie klientów korzystających z usług OPL. Różnica jest taka, że abonenci np. Netii przyłączeni do sieci OPL są uwzględniani jako przykład konkurencji na rynku podczas gdy mogą to być abonenci korzystający z regulowanych usług BSA i LLU. W ten

sposób skuteczną regulacją hurtowego rynku lokalnego w zakresie BSA z 2014 roku byłaby powodem deregulacji i powrotu do sytuacji, gdzie OPL posiada znaczącą pozycję rynkową na badanym obszarze. Taka sytuacja zdaniem Izby zaistniała na 9 obszarach ponownie regulowanych po 5 latach deregulacji. Aby uzyskać prawdziwy obraz rynku lokalnego należy brać pod uwagę ilość abonentów przyłączonych do sieci OPL, w tym również tych korzystających z usług regulowanych.

Zastrzeżenia KIKE budzi również kwestia obliczeń z kryteriów nr 3 i 4 w zakresie ilości lokali (mieszkalnych czy wszystkich) z dostępem do co najmniej 3 operatorów i ilości lokali bez dostępu do stacjonarnej sieci Internet. Zdaniem Izby Prezes UKE wziął pod uwagę tylko lokale mieszkalne co sztucznie zawyżyło procent lokali z dostępem do co najmniej trzech operatorów. Ponadto nie wiadomo czy Prezes UKE brał pod uwagę operatorów świadczących usługi w tych budynkach czy tylko posiadających w ich pobliżu węzły. Jak już wcześniej wskazano, możliwa jest też sytuacja, gdzie w danym budynku jest tylko jeden operator OPL, a dwóch pozostałych świadczy w budynku usługi na podstawie usług hurtowych BSA lub LLU. Deregulacja takiego rynku nie ma sensu, bo powoduje powolną remonopolizację przez OPL. To właśnie spotkało 9 rynków lokalnych, które ponownie są regulowane w Decyzji Regulacyjnej.

2. Powyższe zarzuty zdaniem Izby wskazują, że Prezes UKE wbrew własnym twierdzeniom w uzasadnieniach konsultowanych decyzji nie badał kwestii ekonomii skali czy barier wejścia na rynek. Dalsza deregulacja usługi BSA będzie oznaczała pojawienie się ogromnej bariery dla członków KIKE do rozpoczęcia świadczenia usług na tych obszarach. Nadal występują ogromne problemy z budową własnych sieci, a tym bardziej utrudniony jest dostęp do budynków w celu budowy kolejnych sieci telekomunikacyjnych. Tymczasem jak wskazano wcześniej poza siecią OPL na zderegulowanych obszarach pozostaną głównie sieci HFC, z których członkowie KIKE nie będą mogli korzystać (co zresztą Prezes UKE potwierdza w konsultowanych projektach).

Ponadto w zakresie ekonomii skali należy wskazać, że deregulacja OPL w 151 gminach nie oznacza zmniejszenia siły OPL na tych obszarach. Ekonomia skali OPL wyraża się bowiem w jej ogólnokrajowym zasięgu. Tak więc ekonomia skali będzie umacniać pozycję OPL na każdym z obszarów rynku 3b, bez względu na to czy zostanie on uznany za konkurencyjny czy też nie. Co więcej, zdaniem Izby, ilość abonentów OPL na obszarach zderegulowanych jest wyższa niż ilość abonentów OPL na obszarach w dalszym ciągu podlegających regulacjom. Deregulacji podlegają bowiem obszary miejskie o największej ilości abonentów i przynoszące najwięcej dochodów, co znacząco pogorszy możliwości członków KIKE do konkurowania z OPL na obszarach w dalszym ciągu podlegających regulacji. OPL będzie mogła sobie bowiem rekompensować wyższe koszty na obszarach regulowanych wysokimi dochodami z obszarów zderegulowanych. Operatorom alternatywnym pozostaną do wykorzystania tereny trudne pod względem znalezienia abonenta i o mniejszych dochodach.

Oznacza to, że deregulacja 151 gmin będzie miała więc wymiar ogólnokrajowy i wpłynie negatywnie na rozwój konkurencji zarówno na rynkach zderegulowanych jak i nadal regulowanych. W tym względzie należy rozważyć powrót do idei ogólnokrajowej regulacji usługi BSA świadczonej przez operatora zasiedziałego OPL.

3. Izba po dokładnej analizie Decyzji Regulacyjnej popiera nałożenie przez Prezesa UKE na OPL obowiązku kalkulacji uzasadnionych kosztów na podstawie art. 39 Pł w oparciu o metodologię LRIC. Jednym z powodów niskiego zainteresowania usługą BSA była jej wysoka cena oparta na kalkulacji kosztów ponoszonych i w dodatku uwzględniających koszty stałe oraz wspólne. Proponowana nowa kalkulacja kosztów przyczyni się wg Izby do znaczącego obniżenia opłat za usługę BSA, co przyczyni się do szerszego jej wykorzystania i wzrostu konkurencji. W tym zakresie należy skorygować zapis na stronie 70 Decyzji Regulacyjnej, że dotychczasowa cena za usługę BSA była niska.

Zdaniem Izby należy zrezygnować z nieefektywnego środka kontroli cenowej usług BSA jakim są testy zawężenia marży lub poprawić jego stosowanie. Dotychczasowa praktyka polega bowiem na zaniżaniu przez OPL stawek detalicznych nowych usług dostępu do Internetu szerokopasmowego do poziomu utrudniającego likwidację jednego z największych problemów polskiego rynku telekomunikacyjnego jakim jest niski przychód z abonenta (ARPU). Kwestia ta była wielokrotnie poruszana również przez Prezesa UKE jako poważna bariera przy rozwoju samodzielnych inwestycji infrastrukturalnych na rynku telekomunikacyjnym. Jedynym rozwiązaniem tego problemu jest wprowadzanie nowych większych przepustowości dostępu do Internetu po wyższych stawkach niż dotychczasowe usługi. Niestety z powodu praktyki OPL każda kolejna wyższa przepustowości dostępu do Internetu praktycznie nie różniła się ceną od poprzedniej usługi o niższej przepustowości. Wprowadzane przy użyciu testu zawężania marży stawki hurtowe akceptowały poziom stawek detalicznych i wprowadzały stawki hurtowe pozwalające na osiągnięcie niewystarczających marż dla operatorów alternatywnych. Zdaniem Izby nowe mechanizmy cenowe usługi BSA powinny zlikwidować tę szkodliwą dla rynku praktykę OPL.

Podsumowując powyższe zarzuty i wywody, zdaniem Izby, konieczne jest ponowne zdefiniowanie rynku (rynków) 3b, a także ich ponowna analiza w zakresie wpływu ich regulacji bądź deregulacji na konkurencję na terenie całego kraju.

Z poważaniem,

Karol Skupień



Prezes Zarządu KIKE