



Warszawa, 30 grudnia 2021 r.

**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

dr inż. Jacek Oko

DR.SMP.6040.1.2021.30

Orange Polska S.A.
Al. Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa
(dalej również „Operator”)

Podmiot na prawach strony:
**Polska Izba Informatyki
i Telekomunikacji**
Al. Jerozolimskie 136 (IX
piętro)
02-305 Warszawa

DECYZJA

Na podstawie art. 24 pkt 1 i pkt 2 lit. b, art. 21 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1, art. 34 ust. 1 i ust. 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r., poz. 576, dalej „ustawa Prawo telekomunikacyjne” lub „Pt”), oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r., poz. 735 ze zm., dalej „kpa”), w związku z art. 206 ust. 1 Pt:

- I. określam rynek właściwy jako hurtowy rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej¹ (sieci telefonii komórkowej) Operatora;
- II. ustaliam, że na hurtowym rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Operatora występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej;
- III. wyznaczam Operatora jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na hurtowym rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Operatora;
- IV. utrzymuję nałożone, na Operatora, decyzją Prezesa UKE z dnia 14 grudnia 2012 r. znak: DART-SMP-6040-9/11(58) (dalej również „Wcześniejsza decyzja SMP”) następujące obowiązki regulacyjne:

¹ pojęcie „ruchomej publicznej sieci telefonicznej” w niniejszej decyzji stosowane jest zamiennie z pojęciem „ruchoma publiczna sieć telekomunikacyjna” zdefiniowanym w art. 2 pkt 33 Pt.

1. obowiązek, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na uwzględnianiu uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Operatora, w szczególności poprzez:
 - zapewnienie określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy, niezbędnych do zapewnienia dostępu do sieci;
 - przyznawanie dostępu do interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług, w tym usług sieci wirtualnych;
 - zapewnienie infrastruktury telekomunikacyjnej, kolokacji oraz innych form wspólnego korzystania z budynków;
 - zapewnienie funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług, w tym świadczenia usług w sieciach inteligentnych;
 - zapewnienie połączenia sieci lub urządzeń telekomunikacyjnych oraz udogodnień z nimi związanych;
 - prowadzenie negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w dobrej wierze oraz utrzymanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego do określonych sieci telekomunikacyjnych, urządzeń lub udogodnień towarzyszących;
 - uwzględnianie uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny poprzez interfejs systemu informatycznego;
2. obowiązek, o którym mowa w art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Operatora, w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowaniu usług oraz udostępnianiu informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi;
3. obowiązek, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na ogłaszaniu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, przy czym:
 - zakres informacji obejmuje wszystkie informacje dotyczące specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, niezbędne do przygotowania przez zainteresowanych operatorów wniosku w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego;
 - publikacja wskazanych powyżej informacji nastąpi w formie elektronicznej na oficjalnej stronie internetowej Operatora;
 - informacje należy ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia niniejszej decyzji; w przypadku zmiany zakresu bądź treści publikowanej informacji należy ją ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 tygodnia od dnia wprowadzenia zmiany;

- V. Załącznik nr 1 – Dane stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa – stanowi integralną część niniejszej decyzji.
- VI. Załącznik nr 2 do niniejszej decyzji zawierający komentarz Prezesa UKE do stanowisk zgłoszonych przez uczestników postępowania konsultacyjnego, jakie zostało przeprowadzone w dniach od 5 lipca 2021 r. do 4 sierpnia 2021 r., stanowi integralną część niniejszej decyzji.
- VII. Niniejsza decyzja, stosownie do art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, podlega natychmiastowemu wykonaniu.

UZASADNIENIE

1. Przebieg postępowania

- 1.1. W dniu 21 czerwca 2021 r. Prezes UKE wszczął z urzędu, po przeprowadzeniu analizy hurtowego rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Operatora, postępowanie administracyjne w sprawie:
 - 1) określenia rynku właściwego, zgodnie z prawem konkurencji, uwzględniając uwarunkowania krajowe oraz w największym możliwym stopniu zalecenie Komisji i wytyczne, o których mowa w art. 19 ust. 3 Pt, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych, zwanego dalej "rynkiem właściwym",
 - 2) ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą,
 - 3) wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą obowiązków regulacyjnych,
 - 4) utrzymania, zmiany albo uchylecia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku.
- 1.2. W dniach od 5 lipca 2021 r. do 4 sierpnia 2021 r. przeprowadzone zostało postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu niniejszej decyzji. W przewidzianym terminie swoje stanowiska złożyły następujące podmioty: Orange Polska S.A., Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (dalej „PIIT”) oraz Krajowa Izba Komunikacji Ethernetowej (dalej „KIKE”).
- 1.3. Pismem z dnia 6 lipca 2021 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej, dalej również „UKE”, 6 lipca 2021 r.) PIIT złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu.
- 1.4. Pismem z dnia 14 lipca 2021 r. Prezes UKE dopuścił PIIT do udziału w niniejszym postępowaniu.

Urząd Komunikacji Elektronicznej
Warszawa, ul. Giełdowa 7/9,
tel. 22 53 49 440, fax 22 53 49 306, platforma e-usług: pue.uke.gov.pl

- 1.5. W dniu 21 października 2021 r. Prezes UKE, w ramach postępowania konsolidacyjnego, przestał (notyfikował) do Komisji Europejskiej, Organu Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC) oraz krajowych organów regulacyjnych państw członkowskich projekt przedmiotowej decyzji.
- 1.6. Pismem z dnia 26 października 2021 r. Komisja Europejska przekazała żądanie udzielenia dodatkowych informacji. Prezes UKE odpowiedział na żądanie pismem z dnia 29 października 2021 r.
- 1.7. Pismem z dnia 16 listopada 2021 r. znak C(2021) 8425 final Komisja Europejska zatwierdziła notyfikowany projekt decyzji bez uwag.
- 1.8. W dniu 19 listopada 2021 r. Prezes UKE przekazał Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej „Prezes UOKiK”) projekt decyzji celem zajęcia stanowiska.
- 1.9. Postanowieniem z dnia 6 grudnia 2021 r. Prezes UOKiK zaakceptował projekt decyzji.
- 1.10. Pismem z dnia 7 grudnia 2021 r. Prezes UKE zawiadomił strony o faktach znanych z urzędu oraz o uprawnieniach przysługujących stronom na podstawie art. 10 kpa.
- 1.11. Postanowieniem z dnia 14 grudnia 2021 r. Prezes UKE ograniczył PIIT wgląd do danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Prezes UKE zważył, co następuje.

Na wstępie wyjaśnienia wymaga kwestia tożsamości podmiotowej Orange Polska S.A. jako adresata niniejszej decyzji oraz Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel sp. z o.o. tj. spółki będącej adresatem Wcześniejszej decyzji SMP. W dniu 31 grudnia 2013 r. nastąpiło połączenie Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z Telekomunikacją Polską S.A. z siedzibą w Warszawie oraz z Orange Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w trybie art. 492 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r. poz. 1526 z późn. zm.). Jednocześnie, w tym samym dniu, nastąpiła zmiana firmy spółki z „Polska Telefonii Komórkowa Centertel sp. z o.o.” na „Orange Polska S.A.” (nr KRS: 0000010681, wpis nr 47). Operator wszedł we wszystkie prawa i obowiązki Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel sp. z o.o.

Zgodnie z art. 206 ust. 1 Pt postępowanie przed Prezesem UKE prowadzone jest na podstawie kpa ze zmianami wynikającymi z Pt oraz ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 poz. 777, z późn. zm.).

Zgodnie z art. 21 ust. 1 Pt Prezes UKE przeprowadza analizę rynku w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 Pt po przeprowadzeniu analizy, o której mowa w art. 21 ust. 1 Pt, Prezes UKE przeprowadza postępowanie w celu:

- 1) określenia rynku właściwego, zgodnie z prawem konkurencji, uwzględniając uwarunkowania krajowe oraz w największym możliwie stopniu zalecenie Komisji i wytyczne, o których mowa w art. 19 ust. 3 Pt, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych,
- 2) ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą,

3) wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą obowiązków regulacyjnych,

4) utrzymania, zmiany albo uchylecia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku.

Zgodnie z art. 24 Pt po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 22 ust. 1, Prezes UKE, w przypadku ustalenia, że na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, wydaje decyzję, w której:

1) określa rynek właściwy w sposób określony w art. 22 ust. 1 pkt 1;

2) wyznacza przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą oraz:

a) nakłada obowiązki regulacyjne, biorąc pod uwagę adekwatność i proporcjonalność danego obowiązku do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji celów określonych w art. 1 ust. 2, lub

b) utrzymuje nałożone obowiązki regulacyjne, jeżeli przedsiębiorca telekomunikacyjny lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie utracili tej pozycji, lub

c) zmienia lub uchyla nałożone obowiązki regulacyjne, jeżeli przedsiębiorca telekomunikacyjny lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie utracili tej pozycji, ale warunki na rynku właściwym uzasadniają zmianę lub uchYLENIE tych obowiązków.

Zgodnie z przepisem art. 25a ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, przedsiębiorca telekomunikacyjny zajmuje znaczącą pozycję rynkową, jeżeli na rynku właściwym samodzielnie posiada pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego. Z kolei zgodnie z art. 25a ust. 2 Pt, Prezes UKE przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na rynku właściwym bierze pod uwagę kryteria wymienione w Wytycznych Komisji dotyczących analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej na podstawie unijnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, w ich aktualnym brzmieniu, o których mowa w art. 19 ust. 3 Pt, w największym możliwie stopniu.

Obowiązujące w dniu wydania decyzji Wytyczne Komisji, o których mowa w art. 19 ust. 3 Pt to Wytyczne Komisji Europejskiej nr 2018/C 159/01 dotyczące analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej na podstawie unijnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE z 7 maja 2018, C 159, str. 1–15, dalej „Wytyczne” lub „Wytyczne Komisji”). Zgodnie z Wytycznymi Komisji (motyw 54) rozpatrując pozycję rynkową przedsiębiorstwa, ważne jest, aby uwzględnić jego udział w rynku oraz jego konkurentów, jak również presję wywieraną przez konkurentów w perspektywie średnioterminowej. Udział w rynku może stanowić dla krajowych organów regulacyjnych pierwszą użyteczną informację na temat struktury rynku i względnego znaczenia różnych działających na nim przedsiębiorstw. Ponadto, (motyw 55) zgodnie z utrwalonym orzecznictwem bardzo duży udział w rynku utrzymywany przez przedsiębiorstwo przez jakiś czas – przekraczający 50 % –

jest sam w sobie, z wyjątkiem nadzwyczajnych okoliczności, dowodem na istnienie pozycji dominującej.

Do przykładowych kryteriów wymienianych przez Komisję Europejską w Wytycznych, które mogą służyć ocenie zdolności przedsiębiorstwa do zachowania w znacznym stopniu w sposób niezależny od konkurencji, klientów i konsumentów, należą m.in.:

- bariery wejścia na rynek,
- bariery ograniczające ekspansję,
- bezwzględna i względna wielkość przedsiębiorstwa,
- kontrola infrastruktury, której nie da się łatwo powielić,
- atuty technologiczne i handlowe lub przewaga technologiczna i handlowa,
- brak wyrównawczej siły nabywczej lub jej niski poziom,
- ułatwiony lub uprzywilejowany dostęp do rynków kapitałowych/zasobów finansowych,
- zróżnicowanie produktów/usług (na przykład łączenie produktów lub usług w pakiety),
- korzyści skali,
- korzyści zakresu,
- bezpośrednie i pośrednie efekty sieciowe,
- integracja pionowa,
- wysoko rozwinięta sieć dystrybucji i sprzedaży,
- zawarcie długoterminowych i trwałych porozumień o dostępie,
- nawiązanie stosunków umownych z innymi uczestnikami rynku, które mogą doprowadzić do zamknięcia dostępu do rynku,
- brak potencjalnej konkurencji.

Zgodnie z motywem 58 Wytycznych Komisji źródłem pozycji dominującej jest kombinacja kryteriów wymienionych powyżej². Oznacza to, że pozycja dominująca nie musi opierać się na stwierdzeniu łącznego występowania wszystkich kryteriów wymienionych w Wytycznych Komisji.

W myśl art. 25a ust. 4 Pt, Prezes UKE przy ustalaniu, czy dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmuje kolektywną znaczącą pozycję na rynku właściwym ocenia cechy rynku właściwego, w szczególności udział przedsiębiorców w tym rynku oraz jego przejrzystość.

Jednocześnie, zgodnie z art. 25a ust. 5 Pt, jeżeli ocena nie wskazuje na brak kolektywnej pozycji znaczącej dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych, dodatkowo stosuje się w szczególności następujące kryteria:

- 1) niską elastyczność popytu,
- 2) podobne udziały rynkowe,
- 3) wysokie prawne lub ekonomiczne bariery dostępu do rynku,

² Wytyczne Komisji (motyw 58): „Jeśli powyższe kryteria uwzględni się osobno, niekoniecznie muszą one decydować o ustaleniu znaczącej pozycji rynkowej. Takie ustalenie musi opierać się na kombinacji czynników.”.

- 4) integrację pionową, której towarzyszy zbiorowa odmowa dostaw,
- 5) brak równoważącej siły nabywczej,
- 6) brak potencjalnej konkurencji,

- które nie muszą być spełnione łącznie.

Jak wskazują Wytyczne Komisji (motyw 13), wykonując analizę rynku zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE, krajowe organy regulacyjne prowadzą perspektywiczne, strukturalne oszacowanie rynku właściwego w stosownym okresie. Z założenia regulacja ex ante ma doprowadzić do wykreowania konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego i zapobiegać potencjalnym zniekształceniom konkurencji w przyszłości, jak również wspierając efektywne inwestowanie w nową i ulepszoną infrastrukturę oraz dostęp do niej.

Stosownie do normy art. 25c pkt 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, rozstrzygnięcia, o których mowa m.in. w art. 24 Pt wydawane są przez Prezesa UKE po zasięgnięciu opinii Prezesa UOKiK wydanej w formie postanowienia. Natomiast zgodnie z art. 25c pkt 2 Pt ww. rozstrzygnięcia ogłasza się na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Ponadto zgodnie z art. 25c pkt 3 Pt wspomniane rozstrzygnięcia powinny w jak największym stopniu uwzględniać opinie i wspólne stanowiska przyjmowane przez BEREC. Wobec powyższego Prezes UKE wskazuje, że nie istnieją stanowiska BEREC, których zastosowanie byłoby możliwe w toku niniejszego postępowania na przedmiotowym rynku właściwym.

2. Definicja rynku właściwego

2.1. Prawne podstawy dla analizy rynków właściwych

Przez „rynek właściwy” rozumie się, zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 275, dalej „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów” lub „ustawa o o.k.i.k”), rynek towarów³, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Wytyczne Komisji, którymi, zgodnie z art. 19 ust. 3 Pt, powinien kierować się Prezes UKE przy analizie rynków właściwych i ustalaniu pozycji znaczącej, przewidują, iż zgodnie z ramami regulacyjnymi definicja rynków właściwych i ocena znaczącej pozycji rynkowej powinna opierać się na tych samych metodach, jak to ma miejsce w przypadku unijnego prawa konkurencji.

Z kolei obecnie obowiązującym zaleceniem Komisji Europejskiej dotyczącym właściwych rynków produktów i usług zgodnie z art. 64 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej, Dz. Urz. UE L 321/36 z dnia 17 grudnia 2018 r. (dalej „EKŁE”) jest Zalecenie Komisji (UE) z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 ustanawiającą

³ Zgodnie z art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pod pojęciem towarów rozumie się: rzeczy, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.

Europejski kodeks łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE L 439/23 z dnia 29 grudnia 2020 r.) (dalej „Zalecenie 2020”).

Rynek, będący przedmiotem analizy w postępowaniu, nie został wskazany w Zaleceniu 2020 jako podlegający regulacji ex ante, co Komisja Europejska motywuje głównie wydaniem aktu delegowanego⁴ na podstawie art. 75 EKŁE (dalej również „akt delegowany”), który to akt ustala ogólnounijny maksymalny poziom stawek za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych (MTR). Niemniej jednak Komisja Europejska wskazała w motywie 41 Zalecenia 2020, że *„szczególne okoliczności mogą uzasadniać regulację wybranych aspektów rynków zakańczania połączeń w niektórych państwach członkowskich. Konkretnie okoliczności krajowe mogą wskazywać na to, że wspomniane rynki nie zmiierają do osiągnięcia konkurencji w ujęciu perspektywicznym lub że nadal występują na nich problemy z konkurencją. Może to mieć miejsce w przypadku, gdy operatorom odmówiono wzajemnego połączenia lub napotkali problemy z zakańczaniem połączeń, które wychodzą z ich sieci, w sieciach innych operatorów. Krajowe organy regulacyjne powinny rozwiązywać takie problemy, nakładając obowiązki oparte na znaczącej pozycji rynkowej inne niż kontrola cen, jeżeli spełnione są trzy kryteria, albo stosując inne odpowiednie narzędzia regulacyjne, tj. art. 61 ust. 2 EKŁE, jeżeli spełnione są określone w nim warunki”*. Tym samym, po przeprowadzeniu testu trzech kryteriów ex ante i wykazaniu, że wszystkie one są spełnione, Prezes UKE może nadal regulować przedmiotowy rynek.

Rynek właściwy określony Wcześniejszą decyzją SMP jest rynkiem tożsamym względem rynku określonego niniejszą decyzją. Prezes UKE wskazuje bowiem, że biorąc pod uwagę charakterystykę produktową (usługi wchodzące w zakres rynku) i geograficzną (obszar, na którym te usługi są świadczone) rynku właściwego opisanego w decyzji Prezes UKE określił go w sposób tożsamy, jak rynek zdefiniowany we Wcześniejszej decyzji SMP. Zatem rynek właściwy określony we Wcześniejszej decyzji SMP odpowiada w pełni rynkowi właściwemu określonymu w niniejszej decyzji.

Zgodnie z motywem 6 Zalecenia 2020 *„Punktem wyjścia dla określenia rynków właściwych w niniejszym zaleceniu powinna być definicja rynków detalicznych w ujęciu perspektywicznym i dla danego horyzontu czasowego oraz zgodnie z prawem konkurencji. Jeśli na rynkach detalicznych istnieje skuteczna konkurencja w przypadku braku regulacji na poziomie hurtowym, krajowe organy regulacyjne powinny stwierdzić, że regulacja na powiązanych rynkach hurtowych nie jest już potrzebna”*.

Mając na względzie powyższe, Prezes UKE uznał za celowe określenie poziomu rynku detalicznego, a następnie przeanalizowanie w szczególności, jakie usługi i produkty wchodzą w skład hurtowego rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Operatora objętego decyzją, zarówno na poziomie detalicznym, jak i hurtowym.

⁴ Rozporządzenie Delegowane Komisji (UE) 2021/654 z dnia 18 grudnia 2020 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 poprzez określenie jednolitej maksymalnej ogólnounijnej stawki za zakończenie połączenia głosowego w sieci ruchomej oraz jednolitej maksymalnej ogólnounijnej stawki za zakończenie połączenia głosowego w sieci stacjonarnej. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A32021R0654&qid=1619079608661>

2.2. Rynek produktowy na szczeblu detalicznym

Analiza Prezesa UKE wskazała połączenie telefoniczne⁵ jako produkt detaliczny powiązany bezpośrednio z hurtowym rynkiem zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Operatora. Usługa połączeń telefonicznych zakłada zarówno inicjowanie, jak i odbieranie połączeń telefonicznych. Każdy użytkownik końcowy powinien więc mieć możliwość odbierania połączeń telefonicznych, realizowanych przez różnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych i ich użytkowników końcowych.

Odpowiednikiem detalicznym hurtowej usługi zakańczania połączeń są więc wszystkie te połączenia telefoniczne zainicjowane przez użytkowników końcowych, dla realizacji których wymagane jest zakończenie połączeń z wywoływanymi abonentami w ruchomej publicznej sieci telefonicznej. Będą to więc następujące połączenia telefoniczne:

- połączenia rozpoczynane i zakańczane w ruchomej publicznej sieci telefonicznej,
- połączenia rozpoczynane w stacjonarnych publicznych sieciach telekomunikacyjnych i zakańczane w ruchomej publicznej sieci telefonicznej.

Należy zauważyć, iż w Polsce, podobnie jak w Europie w ramach systemu rozliczania usług telekomunikacyjnych obowiązuje zasada „dzwoniący płaci” (ang. CPP, „calling party pays”). Oznacza to, iż brak jest presji ze strony abonentów, do których wykonywane są połączenia, by operator, do którego sieci są przyłączeni, obniżał swoje stawki za zakańczanie połączeń przychodzących z sieci innych operatorów. Powyższy mechanizm jest jeszcze wzmocniony przez fakt, iż brak jest możliwości technicznych, które pozwoliłyby na zakończenie połączenia w sieci danego operatora, przez inny podmiot niż ten, w którego sieci następuje zakończenie połączenia.

W ten sposób popyt na rynku hurtowym świadczenia usługi zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej jest całkowicie uzależniony od popytu na odpowiednim rynku detalicznym, na którym użytkownicy zainteresowani są możliwościami skontaktowania się z konkretnymi abonentami w danej sieci ruchomej. W ten sposób nie istnieje inna możliwość dla strony popytowej na poziomie hurtowym, jak tylko zakup usługi zakańczania połączeń od operatora abonenta wywoływanego.

Obecnie na rynku telekomunikacyjnym coraz większą rolę, oprócz typowych operatorów, odgrywają dostawcy usług OTT⁶. W kontekście telefonii, w tym ruchomej należy wskazać na wszelkiego rodzaju komunikatory (np.: Whatsapp, Messenger) umożliwiające m.in. komunikację tekstową oraz głosową (także z obrazem video). 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 tylko część komunikatorów umożliwia nawiązanie połączenia z numerami telefonicznymi (np.: Skype out, Viber out). Ponadto komunikatory umożliwiają co do zasady porozumiewanie się pomiędzy użytkownikami danego komunikatora (np.: użytkownik Viber nie nawiąże kontaktu z użytkownikiem Skype).

⁵ Zgodnie z art. 2 pkt. 26 Pt połączenie telefoniczne to połączenie ustanowione za pomocą publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej, pozwalające na dwukierunkową łączność głosową

⁶ Over The Top – dostawcy usług treści audio-wizualnych, a także tekstowych i głosowych niezależni od operatorów telekomunikacyjnych

W kontekście usług OTT należy wskazać na Notę wyjaśniającą do Zalecenia z 2020 r.⁷ Wskazano w niej, że „w ostatnich latach znacząco wzrosło wykorzystanie niezarządzanych usług głosowych. Jednocześnie liczba połączeń głosowych maleje lub utrzymuje się na stałym poziomie. Pomimo tej tendencji krajowe organy regulacyjne nie uznają niezarządzanych usług OTT VoIP za substytut stacjonarnych lub ruchomych połączeń głosowych przy definiowaniu właściwych rynków detalicznych lub hurtowych. Usługi te oferują inne funkcjonalności: aby móc wykonywać i odbierać połączenia, obaj użytkownicy muszą być zalogowani do danej usługi i mieć włączone urządzenie (smartfon, tablet lub laptop/komputer stacjonarny), aby móc korzystać z usługi. Organ regulacyjny Zjednoczonego Królestwa ustalił, że tylko około 18% osób, które kiedykolwiek korzystały z internetu do wykonywania połączeń głosowych lub wideo, robi to codziennie. Z drugiej strony 70% użytkowników telefonów komórkowych wykonuje połączenia głosowe co najmniej raz dziennie. W związku z tym zgodnie z obecną praktyką regulacyjną służby Komisji nie uznają niezarządzanych połączeń głosowych za część tego samego rynku”.

Tym samym, biorąc pod uwagę obecny rozwój usług telekomunikacyjnych w Polsce, modele rozliczeń pomiędzy operatorami z tytułu połączeń głosowych, specyfikę rynku zakańczania połączeń w sieciach ruchomych (monopol operatora zakańczającego połączenia), dokonywanie obecnie analizy wpływu usług OTT na rynek zakańczania połączeń nie ma uzasadnienia i nie mogłoby wpłynąć na kwestie związane z ustaleniem pozycji znaczącej tj. stwierdzenie skutecznej konkurencji. Wynika to również z faktu, że usługa OTT jest ściśle związana z usługą transmisji danych, natomiast usługa stanowiąca zakres analizowanego rynku stanowi odrębną technologicznie usługę świadczoną przez Operatora, która nawet jeśli realizowana jest w kanale IP (VoLTE – głos poprzez sieć LTE), to jest to oddzielny produkt i usługa głosowa realizowana w przyjętym standardzie komunikacji głosowej w sieciach komórkowych.

2.3. Rynek produktowy na poziomie hurtowym

Zgodnie z art. 2 ust. 1 lit a aktu delegowanego⁸ „usługa zakańczania połączeń głosowych w sieci ruchomej” oznacza hurtową usługę wymaganą do zakańczania połączeń na numery w sieci ruchomej, które są publicznie nadanymi zasobami numeracyjnymi, tj. numerami istniejącymi w krajowych planach numeracji, świadczoną przez operatorów mających możliwość kontrolowania zakańczania połączeń i ustalania stawek za zakańczanie połączeń z takimi numerami, w przypadku gdy istnieje wzajemne połączenie z co najmniej jedną siecią, niezależnie od stosowanej technologii, w tym z portami wzajemnych połączeń.

Przy czym akt delegowany określa w art. 1, że uregulowane w nim stawki mają co do zasady zastosowanie do połączeń wychodzących z numerów unijnych i zakańczanych na numery unijne, z zastrzeżeniami dotyczącymi państw trzecich wskazanymi w art. 1 ust. 4.

Kierując się ustaleniami Komisji Europejskiej oraz własną analizą, Prezes UKE stoi na stanowisku, że usługa zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci

⁷ DOKUMENT ROBOCZY SŁUŻB KOMISJI NOTA WYJAŚNIAJĄCA Towarzyszący dokumentowi: ZALECENIE KOMISJI w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającą Europejski kodeks łączności elektronicznej {C(2020) 8750 final}

⁸ Akt delegowany to rozporządzenie, które wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej bez konieczności transpozycji do prawa krajowego. Definiując rynek właściwy tj. rynek zakańczania połączeń głosowych w sieci ruchomej, Prezes UKE zobowiązany jest brać go pod uwagę.

telefonicznej Operatora jest usługą dostępu do sieci Operatora dla innych operatorów publicznych stacjonarnych i ruchomych sieci telefonicznych, niezbędną do świadczenia użytkownikom końcowym (wykorzystującym numerację Operatora, w tym numery przeniesione do sieci Operatora) usług telekomunikacyjnych. Inni operatorzy sieci stacjonarnych i ruchomych muszą nabyć usługi zakańczania połączeń od Operatora – chcąc zakończyć połączenie u użytkownika końcowego Operatora, podobnie jak i muszą nabyć taką usługę od innych operatorów sieci stacjonarnych i ruchomych – chcąc zakończyć połączenia u użytkowników końcowych tych operatorów. Usługi te nie są zatem substytutami ze względu na preferencje strony popytowej. Strona popytowa, czyli pośrednio użytkownicy końcowi operatorów sieci stacjonarnych i ruchomych, są w danym momencie zainteresowani zakończeniem połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Operatora i nie może być ono wtedy zastąpione zakańczaniem połączeń w innej sieci, ze względu na posiadanych przez Operatora użytkowników końcowych (wykorzystujących numerację Operatora, w tym numery przeniesione do sieci Operatora).

Biorąc pod uwagę powyższe Prezes UKE postanowił włączyć do zakresu produktowego rynku na szczeblu hurtowym następujące usługi:

- **zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Operatora (zgodnie z posiadaną i użytkowaną przez niego numeracją), inicjowanych w stacjonarnych publicznych sieciach telefonicznych (tzw. połączenia F2M – ang. fixed-to-mobile),**
- **zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Operatora (zgodnie z posiadaną i użytkowaną przez niego numeracją), inicjowanych w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych (tzw. połączenia M2M – ang. mobile-to-mobile).**

2.4. Geograficzny rynek właściwy

Zgodnie z Wytycznymi Komisji (motyw 48) właściwy rynek geograficzny obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa zajmują się zaspokajaniem popytu na produkty lub usługi, na którym warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne i który można odróżnić od obszarów sąsiednich, gdyż warunki konkurencji są na nich znacznie odmienne. Obszary, na których warunki konkurencji są niejednorodne, nie stanowią rynku jednolitego.

Podobną definicję rynku geograficznego zawiera ww. art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, określający pojęcie rynku właściwego. Zgodnie z ww. definicją rynek geograficzny oznacza obszar, na którym, ze względu na rodzaj i właściwości towarów, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Zgodnie z powyższym zakres geograficzny rynku podlegającego analizie należy określić jako rynek zgodny z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia. Tym samym na terenie Polski funkcjonuje tyle odrębnych rynków właściwych, ile ruchomych publicznych sieci, w których świadczona jest hurtowa usługa zakończenia połączenia głosowego. Analiza przeprowadzona przez Prezesa UKE potwierdziła stanowisko Komisji Europejskiej, zawarte w Wytycznych.

W aspekcie geograficznym, hurtowy rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń – ze względu na swe właściwości – będzie posiadał szczególny wymiar i charakter. W nocie wyjaśniającej do Zalecenia 2020 Komisja Europejska wskazuje, że „*Niektóre krajowe organy regulacyjne definiują zakres geograficzny rynków zakańczania połączeń jako krajowy (np.*

Czechy), inne jako zasięg geograficzny danych sieci (np. Zjednoczone Królestwo). W większości przypadków nie stanowi to rzeczywistej różnicy, ponieważ sieci stacjonarne i ruchome obejmują zazwyczaj całe terytorium państwa członkowskiego. Niektóre sieci stacjonarne mają jednak tylko zasięg regionalny. Dlatego też zdefiniowanie właściwego rynku geograficznego w odniesieniu do zasięgu sieci jest bardziej precyzyjne, a zatem jest to zalecane podejście.

Pochodzenie geograficzne (to samo państwo członkowskie lub inne państwo) zakończonych połączeń nie ma znaczenia dla definicji rynku geograficznego, ponieważ usługa zakańczania połączeń jest funkcjonalnie taka sama i często nie do odróżnienia z punktu widzenia operatora zakańczającego połączenia”.

Powyższe odnosi się również do usługi zakańczania połączeń w poszczególnych ruchomych sieciach telefonicznych na terenie Polski. W każdym przypadku, użytkownik końcowy inicjujący połączenie, płacąc cenę detaliczną za to połączenie pokrywa również opłatę za jego zakończenie w sieci danego operatora. Z tych względów właściwym rynkiem powinno być zakończenie połączeń w sieciach indywidualnych tj. w sieciach poszczególnych operatorów.

Mamy więc do czynienia z sytuacją, w której każdy operator publicznie dostępnej ruchomej sieci telefonicznej jest jedynym dostawcą usługi zakańczania połączeń we własnej sieci. Oznacza to, że tylko w obszarze sieci konkretnego operatora można mówić o jednorodnej usłudze zakańczania połączeń. Zakończenie sieci (karta SIM i przypisany do niej numer Operatora) jest bowiem ściśle związana z siecią danego operatora. Przyłączenie użytkownika końcowego do sieci Operatora powoduje, że tylko on uzyskuje techniczną możliwość zakańczania połączeń kierowanych do lokalizacji (numerów) funkcjonujących w jego sieci.

Zatem to zasięg poszczególnych ruchomych publicznych sieci telefonicznych decyduje o zakresie dostępności usługi zakańczania połączeń dla dostawców usług zainteresowanych jej kupnem. Warunki zakupu tej usługi mogą więc różnić się w zależności od wielkości sieci i jej poziomu technologicznego. Wreszcie to operator danej sieci będzie decydował o stawce międzyoperatorskiej za świadczenie tej usługi. Z tych względów Prezes UKE uznaje za zasadne wyodrębnienie tylu rynków właściwych zakańczania połączeń, ile funkcjonuje – dostarczanych przez poszczególnych operatorów – ruchomych publicznych sieci telefonicznych, w których świadczona jest hurtowa usługa zakańczania połączeń głosowych.

W analizowanej sprawie mamy więc do czynienia z rynkiem, który w ujęciu geograficznym będzie zgodny z obszarem publicznej ruchomej sieci telefonicznej Operatora, w której następuje zakończenie połączenia.

3. Test trzech kryteriów ex ante

Zgodnie z Zaleceniem 2020, rynek usługi zakańczania połączeń głosowych w poszczególnych sieciach telefonii komórkowej nie wchodzi już w skład listy rynków podlegających regulacji ex ante, dlatego konieczne jest każdorazowe przeprowadzenie i zbadanie spełnienia testu trzech kryteriów ex ante. Jeżeli przynajmniej jedno z tych kryteriów nie będzie spełnione, wtedy organ regulacyjny powinien uznać, że rynek nie może podlegać regulacji, a zatem, że należy na nim stwierdzić brak operatora SMP i skuteczną konkurencję.

Jak wskazała Komisja Europejska w pkt 41 Zalecenia 2020, mimo wykreślenia rynku z listy, może istnieć nadal zasadność jego regulacji: „*Niemniej jednak szczególne okoliczności mogą uzasadniać regulację wybranych aspektów rynków zakańczania połączeń w niektórych państwach członkowskich. Konkretnie okoliczności krajowe mogą wskazywać na to, że wspomniane rynki nie zmierzają do osiągnięcia konkurencji w ujęciu perspektywicznym lub że*

nadal występują na nich problemy z konkurencją. Może to mieć miejsce w przypadku, gdy operatorom odmówiono wzajemnego połączenia lub napotkali problemy z zakańczaniem połączeń, które wychodzą z ich sieci, w sieciach innych operatorów. Krajowe organy regulacyjne powinny rozwiązywać takie problemy, nakładając obowiązki oparte na znaczącej pozycji rynkowej inne niż kontrola cen, jeżeli spełnione są trzy kryteria, albo stosując inne odpowiednie narzędzia regulacyjne, tj. art. 61 ust. 2 EKŁE, jeżeli spełnione są określone w nim warunki”.

Kryteria wymienione przez Komisję Europejską w Zaleceniu 2020 (w ślad za przepisami art. 67 EKŁE) to:

- a) występujące trudne do przewyciężenia i niemające przejściowego charakteru bariery strukturalne lub prawno-regulacyjne w dostępie do rynku;
- b) struktura rynku nie sprzyja osiągnięciu efektywnej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym, przy uwzględnieniu stanu konkurencji opartej na infrastrukturze i innych źródeł konkurencji stanowiących przyczynę istnienia barier w dostępie do rynku;
- c) same przepisy prawa konkurencji są niewystarczające, aby odpowiednio zaradzić stwierdzonym nieprawidłowościom w funkcjonowaniu rynku.

Wymienione powyżej kryteria muszą zostać spełnione łącznie, aby hurtowy rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w sieci komórkowej Operatora mógł podlegać regulacji ex ante.

3.1. Bariery w dostępie do rynku

Analiza tego kryterium pozwala ocenić występowanie oraz istotność barier, które mogą utrudnić lub uniemożliwić w perspektywie krótkookresowej (1 rok) wejście na dany rynek właściwy nowych operatorów.

Potencjalne zagrożenie ze strony nowych konkurentów powstrzymuje przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających na danym rynku właściwym przed nieuzasadnionym podnoszeniem cen. Istnienie barier wejścia na rynek ogranicza tę presję i umożliwia operatorom już na nim obecnym podnoszenie cen i osiąganie przez dłuższy czas nieuzasadnionych, dodatkowych zysków wynikających z braku skutecznej konkurencji.

Jak stwierdza Komisja Europejska w pkt 8 Zalecenia 2020 *„pierwszym kryterium jest występowanie trudnych do przewyciężenia i niemających przejściowego charakteru barier w dostępie do rynku. Ma ono na celu ustalenie, czy, kiedy i w jakim stopniu prawdopodobne jest wejście na rynek, a także określenie czynników istotnych dla udanego wejścia na rynek łączności elektronicznej. Ze statycznego punktu widzenia dwa rodzaje barier w dostępie do rynku są szczególnie istotne dla celów niniejszego zalecenia: bariery strukturalne oraz bariery prawno-regulacyjne”.*

Bariery strukturalne

Komisja Europejska stwierdza dalej w Zaleceniu 2020, że *„strukturalne bariery w dostępie do rynku mają swoje źródło w odmiennych warunkach po stronie kosztów lub po stronie popytu, które determinują asymetryczne warunki między operatorami zasiedziałymi i nowymi podmiotami, utrudniając lub uniemożliwiając tym ostatnim dostęp do rynku. Istnienie trudnych do przewyciężenia barier strukturalnych można na przykład także stwierdzić, jeżeli na rynku występują takie zjawiska, jak przewaga w zakresie kosztów bezwzględnych albo znaczne korzyści skali lub efekty sieciowe, ograniczenia przepustowości lub wysokie koszty*

utopione. Bariery strukturalne mogą także występować tam, gdzie świadczenie usługi wymaga elementu sieci, który nie może zostać technicznie powielony albo jego powielenie nie jest ekonomicznie wykonalne”.

Cechą charakterystyczną rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w sieci Operatora jest sytuacja tzw. naturalnego monopolu, wynikająca z faktu, że Operator kontroluje wszystkie zakończenia i numery telefoniczne w swojej sieci, przy jednoczesnym braku technicznej możliwości świadczenia takiej usługi w sieci Operatora przez inny podmiot. Sytuacja ta stwarza nieprzezwycięzalną barierę strukturalną w dostępie do rynku.

Strukturalne cechy rynku, jak 100% udziały Operatora, brak możliwości dotarcia do użytkowników Operatora z pominięciem dostępu do sieci Operatora, konieczność posiadania wyłącznego dostępu do pasm i zasobów częstotliwości, determinują istnienie istotnych strukturalnych barier na tym rynku.

Barierę prawne i regulacyjne

W odniesieniu do barier prawnych Komisja Europejska zauważa w pkt 10 Zalecenia 2020, że „bariery prawne lub regulacyjne mogą mieć bezpośredni wpływ na warunki dostępu do rynku lub na pozycję operatorów na rynku właściwym. W sektorach podlegających regulacji procedury udzielania zezwoleń, ograniczenia terytorialne, normy bezpieczeństwa i ochrony oraz inne wymogi prawne mogą być zniechęcające albo opóźniać wejście na rynek. Na rynkach łączności elektronicznej maleje jednak znaczenie barier prawnych i regulacyjnych. Bariery prawno-regulacyjnych, które prawdopodobnie zostaną usunięte w odpowiednim horyzoncie czasowym wynoszącym 5 lat, zazwyczaj nie powinny stanowić bariery w dostępie do rynku spełniającej pierwsze kryterium”.

Specyfiką hurtowego rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w sieci Operatora, poza naturalnym monopolem, jest też konieczność uzyskiwania pozwoleń na korzystanie z pasm i zasobów częstotliwości. Zasady dostępu i korzystania z częstotliwości jako dóbr ograniczonych i niepowielalnych, stanowią podstawową, znaczną i trwałą barierę o charakterze prawno-regulacyjnym na przedmiotowym rynku. Ponadto rynek ten cechuje konieczność utrzymywania i rozwijania zarówno infrastruktury pasywnej, jak i aktywnej rozproszonej na terytorium całego kraju. Rodzi to szereg trudności z uzyskiwaniem lokalnych pozwoleń i zgód od gmin i samorządów. Nierzadko też z powodów protestów społeczności lokalnych (np. niechęć wobec technologii sieci 5G) rozwój sieci jest utrudniony.

Czynniki te stanowią o istnieniu na rynku trwałych barier o charakterze prawno-regulacyjnym.

Także z opinii KE (Nota wyjaśniająca do Zalecenia 2020 – pkt. 4.2.3.) wynika, że kryterium to jest spełnione. *„Połączenie może zakończyć tylko operator strony wywoływanej. Żaden inny operator sieci nie jest w stanie powielić tej usługi. Bariera dla zakończenia połączenia przez jakiegokolwiek operatora sieci innego niż operator strony wywoływanej jest nie do pokonania.*

W związku z tym pierwsze kryterium trudnych do przewyciężenia i niemających przejściowego charakteru barier w dostępie do rynku jest spełnione”.

3.2. Struktura rynku nie sprzyja osiągnięciu efektywnej konkurencji

Analiza drugiego kryterium pozwala ocenić, czy struktura rynku, a więc czynniki strukturalne, sprzyjają osiągnięciu efektywnej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym, przy uwzględnieniu stanu i możliwości zaistnienia konkurencji opartej na infrastrukturze i innych

źródeł konkurencji stanowiących przyczynę istnienia barier w dostępie do rynku. Analiza skutecznej konkurencji oznacza, że rynek stanie się skutecznie konkurencyjny przy braku regulacji ex ante w okresie objętym analizą, albo osiągnie ten status w późniejszej perspektywie. Mogą tu więc wchodzić w grę takie czynniki strukturalne rynku jak udziały operatorów w rynku właściwym, czy kontrola nad infrastrukturą trudną do powielenia (w tym duplikacja sieci/infrastruktury).

Jak wskazała Komisja Europejska w pkt 15 Zalecenia 2020 „*oceniając adekwatność konkurencji oraz konieczność interwencji regulacyjnej, krajowe organy regulacyjne powinny również brać pod uwagę, czy każde zainteresowane przedsiębiorstwo ma zapewniony dostęp hurtowy na rozsądnych warunkach handlowych umożliwiających uzyskanie zrównoważonych korzyści wynikających z konkurencji dla użytkowników końcowych na rynku detalicznym. Umowy handlowe, w tym umowy o dostępie hurtowym, umowy w sprawie współinwestycji oraz umowy międzyoperatorskie w sprawie zapewnienia wzajemnego dostępu, które zostały zawarte w sposób trwały i są zrównoważone, mogą poprawić dynamikę konkurencji i ostatecznie rozwiązać problemy w zakresie konkurencji na powiązanim rynku detalicznym, a zatem doprowadzić do deregulacji rynków hurtowych. W związku z tym, pod warunkiem że umowy te są zgodne z zasadami prawa konkurencji, powinny być brane pod uwagę przy ocenie, czy oczekuje się, że rynek stanie się konkurencyjny w przyszłości*”.

Nota wyjaśniająca do Zalecenia 2020 wskazuje (pkt. 4.2.3.) „*Jak wyjaśniono, jednolite maksymalne ogólnounijne stawki za zakańczanie połączeń głosowych eliminują najpoważniejszy problem w zakresie konkurencji stwierdzony na tych rynkach – ryzyko wygórowanych cen. Kontrola cen nie jest jednak jedynym środkiem naprawczym, który można by nałożyć na operatorów zakańczających połączenia. Operatorzy mogą być zobowiązani do zapewnienia dostępu na niedyskryminacyjnych i przejrzystych warunkach. **Obowiązki te mają szczególne znaczenie w kontekście zapobiegania zachowaniom antykonkurencyjnym dużych operatorów wobec małych operatorów i są zazwyczaj nakładane przez krajowe organy regulacyjne wraz z kontrolą cen.** Niektóre krajowe organy regulacyjne nakładają również obowiązki dotyczące urządzeń towarzyszących, takich jak urządzenia do kolokacji lub wzajemnego połączenia, oraz innych szczegółowych aspektów zapewniania wzajemnych połączeń i dostępu (zamknięcie/przeniesienie punktów wzajemnego połączenia, oferta ramowa, przejście na wzajemne połączenia IP)*”.

O ile, na rynku telefonii ruchomej działa 4 głównych operatorów infrastrukturalnych (Orange Polska S.A., Polkomtel sp. z o.o., T-Mobile Polska S.A. oraz P4 sp. z o.o.) o porównywalnej skali działania, to należy wskazać, że na polskim rynku telefonii stacjonarnej działa kilkuset przedsiębiorców telekomunikacyjnych świadczących usługi telefoniczne, których skala działalności w większości jest mała lub bardzo mała. Wydane 11 grudnia 2019 r. decyzje częściowe na rynku zakańczania połączeń głosowych w sieciach stacjonarnych dotyczyły 191 podmiotów. Z kolei kilkuset przedsiębiorców posiada przydzieloną strefową numerację stacjonarną i świadczy lub potencjalnie może świadczyć usługi głosowe. To wyraźnie wskazuje na istotną różnicę pomiędzy bardzo dużymi operatorami działającymi na rynku telefonii ruchomej a znaczną liczbą niewielkich operatorów stacjonarnych, których siła negocjacyjna jest niewielka. To w szczególności wobec tych operatorów, MNO⁹ mogą stosować różnego rodzaju działania utrudniające dostęp takie jak: przedłużanie negocjacji, stawianie warunków dostępu niemożliwych do spełnienia przez małe podmioty czy ich dyskryminację, przez m.in. niesymetryczne warunki finansowe.

⁹ ang. Mobile Network Operator – operator infrastruktury sieci mobilnej

W swoim stanowisku konsultacyjnym z dnia 4 sierpnia 2021 r., KIKE reprezentująca małych operatorów telekomunikacyjnych, zwróciła uwagę między innymi na następujące kwestie sporne i problemowe w relacjach z operatorami MNO:

- dyskryminujące warunki dostępu dla małych i średnich przedsiębiorców, w tym kosztowne obowiązki zabezpieczeń finansowych utrudniające lub uniemożliwiające dostęp do sieci mobilnych;
- niedostosowane do rynku zasady techniczne dostępu do sieci mobilnych, w tym odmowa połączenia sieci w trybie SIP/IP mimo wskazania przez Komisję Europejską, że taki tryb z uwagi na niskie koszty i uniwersalność powinien być powszechnie wykorzystywany;
- blokowanie połączeń do sieci stacjonarnych na numery 80x oraz 70x. Korzystając z tego, że niewiele podmiotów stać na połączenie sieci z operatorami mobilnymi, podmioty te blokują połączenia swoich użytkowników do numeracji niegeograficznej w polskich sieciach stacjonarnych, mimo że mają taki obowiązek wynikający z art. 79 Pt. W trakcie sporów z członkami KIKE operatorzy sieci mobilnych tłumaczą, że nie mają możliwości przesyłania połączeń na numery 80x i 70x ze swoich sieci, gdyż nie mają bezpośrednich punktów styku z małymi i średnimi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, podczas gdy sami blokują budowę takich punktów styku a jednocześnie nie występują o ich budowę.

Niezależnie od powyższych problemów w relacjach międzyoperatorskich wskazanych w stanowisku konsultacyjnym KIKE, zaznaczyć trzeba, że do Prezesa UKE wpływały wnioski o rozstrzygnięcie sporów pomiędzy mniejszymi operatorami telekomunikacyjnymi oferującymi stacjonarne usługi telekomunikacyjne a dużymi operatorami MNO o silnej pozycji rynkowej. Według jednego z wnioskodawców operator MNO stosował praktyki utrudniające negocjacje i zawarcie umowy o połączeniu sieci, jak np. wymóg stosowania zabezpieczenia w postaci gwarancji bankowych, co oznaczało konieczność zamrożenia znacznych środków finansowych, jak również niesymetryczne i dyskryminujące mniejszy podmiot warunki rozliczeniowe za usługi interkonektowe. Co więcej w ostatnim czasie do Prezesa UKE wpłynęły wnioski innego operatora stacjonarnego o skrócenie terminu negocjacji z operatorami MNO, jak również o wydanie decyzji zastępującej umowę o połączeniu sieci, co jednoznacznie wskazuje, że w trakcie negocjacji strony nie mogą dojść do porozumienia w zakresie współpracy. Tym samym, konieczność władczego rozwiązania sporu przez Prezesa UKE oznacza, że możemy mówić o zaistniałych realnych problemach rynkowych, a nie tylko potencjalnych. Różnice potencjału ekonomicznego przedsiębiorców działających na rynku są na tyle istotne, że bez interwencji Prezesa UKE, słabsza strona będzie mogła zostać poszkodowana. Należy wskazać, że nie dotyczy to tylko sfery finansowej, ale również możliwości zawarcia umowy o połączeniu sieci i zapewnienie dostępu abonentów niewielkiego przedsiębiorcy do abonentów MNO.

Z drugiej strony fakt iż, liczba sporów, które trafiają do Prezesa UKE, jest ograniczona, wskazuje na skuteczność obowiązków ex ante nałożonych na operatorów MNO, którzy są już regulowani od kilkunastu lat (pierwsze decyzje regulacyjne były wydane w 2006 r.). W tym świetle uzasadniona jest wątpliwość, czy zdjęcie niekosztowych obowiązków regulacyjnych z tych operatorów pozwoli utrzymać dotychczasowy stan rzeczy i nie spowoduje, że operatorzy MNO będą mogli odmawiać dostępu do swoich sieci, zaś ich konkurenci zostaną pozbawieni jakichkolwiek ochronnych narzędzi regulacyjnych. Ma to znaczenie szczególnie w odniesieniu do operatorów sieci stacjonarnych, którzy w Polsce są rozdrobieni (około kilkaset podmiotów) i posiadają słabą pozycję negocjacyjną wobec dużego operatora sieci ruchomej, działającego na terenie całego kraju z własną bazą kilku/kilkunastu milionów

klientów. Konieczność zapewnienia ochrony regulacyjnej, poprzez możliwość zapewnienia bezpośredniego dostępu na niedyskryminujących warunkach jest również niezwykle istotna, ze względu na fakt, że w przypadku odmowy możliwości zapewnienia bezpośredniego połączenia sieci, mali przedsiębiorcy będą zmuszeni do korzystania z usług pośredników tranzytujących takie połączenie. To z kolei spowoduje zwiększenie kosztów po stronie małych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a w konsekwencji zaburzy konkurencję na rynku. Mali przedsiębiorcy nie będą mieli bowiem możliwości oferowania konkurencyjnych cenowo usług detalicznych.

W Nocie wyjaśniającej do Zalecenia 2020 KE wskazała także, że *„odmowa przyznania dostępu szkodzi również konkurentom, ale ma to swoją cenę. Operatorzy odmawiający zakańczania połączeń z innych sieci staliby się mniej atrakcyjni dla klientów, a tym samym osłabiliby swoją własną działalność”*. Co do zasady, stwierdzenie to jest prawdziwe, ale nie w przypadku, gdy dotyczy relacji pomiędzy operatorami o znacznej różnicy w skali działalności (mały operator nie może sobie pozwolić na brak dostępu do abonentów operatora dużego, dla dużego brak dostępu do abonentów operatora małego nie jest już tak istotnym problemem).

KE wskazała także (Nota wyjaśniająca do Zalecenia 2020 pkt. 4.2.3.), że *„...operatorzy mogą „obejść” każdą odmowę przyznania dostępu, wykorzystując pośrednie wzajemne połączenia (usługi tranzytowe). Możliwość zastąpienia bezpośredniego wzajemnego połączenia pośrednim wzajemnym połączeniem może być różna na poszczególnych rynkach”*. W tym kontekście należy wskazać, że odmowa dostępu może także dotyczyć operatora tranzytującego połączenia innych operatorów, jak również fakt, że korzystanie z usługi tranzytu nie jest bezpłatne i negatywnie może wpływać na możliwości świadczenia konkurencyjnych usług przez korzystających z niego operatorów, dla których bardziej opłacalnym rozwiązaniem byłoby posiadanie bezpośredniego punktu styku z siecią danego MNO.

Warto także wskazać na Notę wyjaśniającą do Zalecenia 2020, w którym KE wskazała, że *„w związku z powyższym służby Komisji uznają, że drugie kryterium nie zostało spełnione na poziomie Unii. Wprowadzenie maksymalnych ogólnounijnych stawek za zakańczanie połączeń głosowych może jednak nie wyeliminować wszystkich zagrożeń dla efektywnej konkurencji na rynkach zakańczania połączeń. Jeżeli pojawią się problemy lub jeżeli istnieje duże ryzyko, że tak się stanie, krajowe organy regulacyjne mogą stwierdzić, że rynki zakańczania połączeń nie wykazują tendencji do efektywnej konkurencji. Może to mieć miejsce w przypadku, gdy krajowe organy regulacyjne otrzymały uzasadnione skargi od operatorów, którym odmówiono wzajemnego połączenia. W takim przypadku rynki zakańczania połączeń mogłyby pozostać uregulowane w odniesieniu do aspektów innych niż kontrola cen, jeżeli spełniono wspomniane trzy kryteria. **Może to być uzasadnione zwłaszcza w okresie następującym bezpośrednio po wprowadzeniu aktu delegowanego określającego maksymalne ogólnounijne stawki za zakańczanie połączeń głosowych”***.

Niewątpliwie wejście w życie niniejszej decyzji nastąpi w okresie bezpośrednio po wprowadzeniu ogólnounijnej stawki z zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych, co abstrahując od innych poruszonych wyżej kwestii, dodatkowo uzasadnia utrzymanie niekosztowych obowiązków regulacyjnych.

Jak zauważono wyżej cechą charakterystyczną rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w sieci Operatora jest sytuacja tzw. naturalnego monopolu, wynikająca z faktu, że Operator kontroluje wszystkie zakończenia i numery telefoniczne w swojej sieci, przy jednoczesnym braku technicznej możliwości świadczenia takiej usługi w sieci Operatora

przez inny podmiot. Sytuacja ta stwarza nieprzewidywalną barierę strukturalną w dostępie do rynku.

Tym samym, należy stwierdzić, że stosowanie aktu delegowanego rozwiąże potencjalne problemy z zawyżaniem stawek za zakańczanie połączeń, to jednak pozostałe problemy związane z możliwością odmowy dostępu lub stosowaniem dyskryminujących warunków umownych mogą być rozwiązane tylko przez regulację ex ante.

Dlatego nie można stwierdzić, aby struktura analizowanego rynku podążała w stronę efektywnej konkurencji zarówno w krótszym, jak i dłuższym horyzoncie czasowym, w szczególności przy braku regulacji ex ante tego rynku.

3.3. Niewystarczalność prawa konkurencji

Jak wskazała Komisja Europejska w pkt 17 Zalecenia 2020 „decyzja o zdefiniowaniu rynku jako podlegającego regulacji ex ante powinna również zależeć od oceny tego, czy prawo konkurencji jest wystarczające, aby należyście wyeliminować stwierdzone nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku. Celem wspomnianego trzeciego kryterium jest ocena adekwatności prawa konkurencji jeśli chodzi o zdolność eliminowania stwierdzonych i utrzymujących się nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku, w szczególności zważywszy na fakt, że obowiązki wynikające z regulacji ex ante mogą skutecznie zapobiec naruszeniom prawa konkurencji. Interwencje na mocy prawa konkurencji będą prawdopodobnie niewystarczające, w przypadku gdy do zlikwidowania utrzymujących się nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku niezbędna jest częsta lub odpowiednio szybka interwencja. W takich okolicznościach regulację ex ante należy uznawać za właściwe uzupełnienie prawa konkurencji. Ogólnie rzecz biorąc, wystarczające powinno być wówczas zastosowanie ogólnych zasad konkurencji na rynkach charakteryzujących się zrównoważoną i skuteczną konkurencją opartą na infrastrukturze”.

W Nocie wyjaśniającej do Zalecenia 2020 KE nie analizowała tego kryterium, ponieważ nie spełniono drugiego kryterium. W tym kontekście warto wskazać, że w Zaleceniu Komisji (2014/710/UE) z dnia 9 października 2014 r. w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dalej „Zalecenie 2014”) KE uznała, że wszystkie trzy kryteria zostały spełnione. W Nocie wyjaśniającej do Zalecenia 2014 wskazano, że „w odniesieniu do trzeciego kryterium, interwencja ex post na mocy przepisów prawa konkurencji nie byłaby wystarczająca, by osiągnąć pewność regulacyjną w odniesieniu do warunków zakupu usług zakańczania połączeń głosowych. Biorąc pod uwagę kluczowe znaczenie zapewnienia skutecznych i terminowych wzajemnych połączeń, same przepisy prawa konkurencji ex post nie są jeszcze w stanie rozwiązać problemu „wąskich gardeł” na rynkach zakańczania połączeń. W związku z tym, komplementarne zastosowanie regulacji ex ante wydaje się niezbędne, przynajmniej na chwilę obecną. Tak więc trzecie kryterium także jest spełnione”.

W opinii Prezesa UKE, na gruncie analizowanej sprawy wystąpiła sytuacja opisana powyżej w Zaleceniu 2014.

Zespół norm prawnych składających się na polskie prawo konkurencji, tworzą ustawy oraz wydane na ich podstawie akty wykonawcze odnoszące się do: ochrony konkurencji, ochrony konsumentów, pomocy publicznej, zwalczania nieuczciwej konkurencji oraz nadzoru rynku. Najistotniejszym aktem prawnym – z punktu widzenia oddziaływania na rynek, w tym rynek telekomunikacyjny – jest ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Zawarty w tej

ustawie zespół norm prawnych służy rozwojowi i ochronie wolnej konkurencji przed jej ograniczeniami. Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wyznaczają publicznoprawne granice swobody działalności gospodarczej i swobody umów w celu kreowania lub przestrzegania nieskrępowanego dokonywania wyborów gospodarczych na rynku przez jego uczestników¹⁰. Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mają więc na celu zapewnienie, aby konkurencja w ogóle istniała (wolna konkurencja) i mogła spełniać swoje zasadnicze funkcje (skuteczna konkurencja). Dział II ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zatytułowany: „Zakaz praktyk ograniczających konkurencję” zawiera otwarty katalog zakazanych porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym (art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Organ antymonopolowy posiada określone narzędzia do realizacji swoich ustawowych zadań, przy czym jego działania przybierają formę kontroli konkurencji, która dokonywana jest *ex post*. Prawo ochrony konkurencji obejmuje pojedyncze, konkretne postępowanie zmierzające do usunięcia występującego naruszenia, nie może ono jednak wprowadzić trwałych narzędzi pozwalających na przewyżczenie problemów na rynkach takich jak rynki zakańczania połączeń.

W tym kontekście należy stwierdzić, iż narzędzia, którymi na mocy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów posługuje się Prezes UOKiK nie są wystarczające, by w sposób ciągły monitorować rynek telekomunikacyjny, w tym rynek będący przedmiotem niniejszej analizy i eliminować skłonność podmiotu o znaczącej pozycji rynkowej do praktyk ograniczania konkurencji i szkodliwego nadużywania swojej pozycji na rynku. Prezes UOKiK nie prowadzi bieżącej i regularnej analizy rynku telekomunikacyjnego, do której na mocy ustawy Prawo telekomunikacyjne zobowiązany jest z kolei Prezes UKE. Przykładowo Prezes UKE zbiera dane i informacje na temat rynków telekomunikacyjnych przy wykorzystaniu specjalistycznych formularzy, którymi nie dysponuje Prezes UOKiK, które pozwalają na przeprowadzanie analiz rynków właściwych i w konsekwencji stosowanie odpowiednich środków zaradczych. Mając na względzie charakter zespołu obowiązków regulacyjnych przewidzianych w niniejszej decyzji, należy zauważyć, że ich realizacja i monitorowanie wymaga szczególnych kompetencji z zakresu regulacji sektora telekomunikacyjnego właściwych Prezesowi UKE. Na gruncie prawa konkurencji nie można zakładać, że Prezes UOKiK będzie zajmował się ustalaniem warunków współpracy i dostępu, czy też rozstrzyganiem sporów międzyoperatorskich wynikłych w związku z realizacją obowiązku dostępu, w sytuacji, gdy istnieje wyspecjalizowany organ regulacyjny posiadający szczególne kompetencje w tym zakresie.

Z uwagi na przedstawione powyżej okoliczności, kryterium niewystarczalności prawa konkurencji należy w odniesieniu do rozpatrywanego rynku właściwego uznać za spełnione.

3.4. Podsumowanie testu trzech kryteriów *ex ante*

Przeprowadzony test trzech kryteriów *ex ante* wykazał, że na analizowanym rynku wszystkie kryteria przemawiają za zasadnością jego dalszej regulacji w trybie *ex ante*. Zarówno bariery strukturalne, jak i regulacyjne mają tu charakter trwałe i wymagają interwencji o charakterze przyszłościowym. Również samo prawo konkurencji jest niewystarczające do ich zniwelowania, z uwagi na nietrwały i akcydentalny charakter interwencji *ex post*. Dlatego należy w dalszym kroku przejść do analizy pozycji znaczącej Operatora.

¹⁰ Por. wyrok SN z dn. 7 lutego 2002 r. – i CKN 1002/99.

4. Analiza rynku pod kątem występowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej

4.1. Prawne podstawy do wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na rynku właściwym

Zgodnie z normą art. 24 pkt 1 i pkt 2 lit. a, b i c ustawy Prawo telekomunikacyjne, jeżeli Prezes UKE ustali, że na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej, określa rynek właściwy, wyznacza przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji oraz nakłada, utrzymuje, zmienia lub uchyla obowiązki regulacyjne wskazane w ustawie Prawo telekomunikacyjne. Ustawa Prawo telekomunikacyjne zawiera definicję pozycji znaczącej. Zgodnie z art. 25a ust. 1 tej ustawy: *„przedsiębiorca telekomunikacyjny zajmuje znaczącą pozycję rynkową, jeżeli na rynku właściwym samodzielnie posiada pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego”*.

Ze względu na omówioną wyżej specyfikę przedmiotowego rynku (może działać na nim tylko jeden przedsiębiorca telekomunikacyjny), w dalszej części nie będzie analizowana kwestia występowania kolektywnej pozycji znaczącej, która ze swojej istoty może dotyczyć co najmniej dwóch przedsiębiorców.

Zgodnie z art. 25a ust. 2 Pt, Prezes UKE przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na rynku właściwym bierze pod uwagę kryteria wymienione w Wytycznych Komisji. Kryteria dla oceny indywidualnej pozycji znaczącej określone zostały jako katalog otwarty w motywie 58 Wytycznych Komisji. Jednocześnie należy zauważyć, iż zgodnie z motywem 58 Wytycznych Komisji źródłem pozycji dominującej może być kombinacja kryteriów wymienionych w poprzednim motywie. Oznacza to, że pozycja dominująca nie musi opierać się na wszystkich kryteriach wymienionych w Wytycznych Komisji. W przypadku rynku zakańczania połączeń telefonicznych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej, gdzie mamy do czynienia z rynkiem naturalnie monopolistycznym, czyli z jednym podmiotem mającym niezmienny 100% udział w rynku, kryterium, które świadczy o zajmowaniu pozycji znaczącej jest właśnie udział tego przedsiębiorcy w rynku właściwym. Zważywszy na to, że Operator niezmiennie ma i będzie miał w analizowanej perspektywie 100 % udział w rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Operatora, kryterium udziałów rynkowych stanowi wystarczający dowód istnienia pozycji znaczącej.

Powyższe twierdzenia są zgodne z zapisami prawa Unii Europejskiej w kwestiach związanych z pojęciem dominacji, o której mowa w art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dalej także „TFUE” (tekst skonsolidowany, uwzględniający zmiany wprowadzone Traktatem z Lizbony, Dz. U. UE C 83/49 z 2010 r.). Jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹¹: *„Pozycja dominująca, o której mowa w tym artykule [82 dawnego Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, zwanego dalej także „TWE”, obecnie art. 102 TFUE], oznacza pozycję siły ekonomicznej posiadanej przez danego przedsiębiorcę, która umożliwia mu powstrzymanie skutecznej konkurencji na danym rynku poprzez swobodę zachowania się w dużej mierze niezależnie od konkurentów, klientów (dostawców) i w końcu konsumentów”*.

¹¹ Case 27/76; [1978] ECR 207; [1978] 1 CMLR 429 za Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów: Problem nadużywania pozycji dominującej w świetle przepisów i orzecznictwa wspólnotowego, Warszawa 2003, str. 46.

W motywie 9 Wytycznych Komisji, stwierdza się, że zgodnie z ramami regulacyjnymi definicja rynków właściwych i ocena znaczącej pozycji rynkowej powinna opierać się na tych samych metodach, jak to ma miejsce w przypadku unijnego prawa konkurencji. Jak podkreślają to Wytyczne Komisji, udział w rynku może stanowić dla krajowych organów regulacyjnych pierwszą użyteczną informację na temat struktury rynku i względnego znaczenia różnych działających na nim przedsiębiorstw. Orzecznictwo wspólnotowe oparte jest na przekonaniu, że posiadanie dużych udziałów w rynku – przekraczających 50% – pozwala, poza wyjątkowymi okolicznościami, założyć, że dane przedsiębiorstwo posiada pozycję dominującą.

Analiza rynku na potrzeby decyzji przeprowadzona została w aspekcie przyszłościowym, mając na celu zbadanie czy konieczne jest podjęcie działań regulacyjnych ex ante na analizowanym rynku. Może więc prowadzić do wyników odmiennych niż te, które wynikałyby z zastosowania reguł konkurencji ex post (w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Przedmiotem analizy nie jest bowiem badanie zachowań rynkowych przedsiębiorców w przeszłości, w szczególności pod kątem potencjalnego nadużywania pozycji dominującej lub zawierania niedozwolonych przez prawo konkurencji porozumień ograniczających konkurencję. Analizy dokonywane przez Regulatora różnią się także od przyszłościowo zorientowanych analiz, które przeprowadzają organy ochrony konkurencji, podczas badania koncentracji przedsiębiorstw.

4.2. Przesłanki ustalenia pozycji znaczącej

Udziały rynkowe

Podstawowym wskaźnikiem określania pozycji rynkowej danego operatora jest jego udział w rynku właściwym. Wskaźnik ten określa udział przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w danym rynku właściwym, mierzony wartością, bądź wolumenem jego sprzedaży na tym rynku. W okresie od 1 stycznia 2020 r. do 31 grudnia 2020 r. łączny czas trwania wszystkich połączeń zakończonych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Operatora wyniósł **(Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik nr 1 pkt 1)** minut. W okresie od 1 stycznia 2020 r. do 31 grudnia 2020 r. łączny przychód jaki osiągnął Operator ze świadczenia usługi zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Operatora wyniósł **(Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik nr 1 pkt 2)** zł.

Posiadanie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącego udziału w danym rynku właściwym wskazuje na jego silną pozycję na tym rynku i sygnalizuje brak skutecznej konkurencji. Im większy udział w rynku ma przedsiębiorca, tym większe jest prawdopodobieństwo, że zajmuje on pozycję znaczącą na tym rynku.

W analizie trzeba jednak podkreślić specyfikę rynku świadczenia usług zakańczania połączeń telefonicznych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej), która wynika z uwarunkowań technicznych. Jej świadczenie związane jest z realizacją połączeń, inicjowanych w dowolnej sieci (stacjonarnej, ruchomej), które kończone są w sieci ruchomej Operatora, a konkretnie u użytkownika końcowego tego operatora. Numer takiego użytkownika końcowego, działający w sieci Operatora, jest unikalny i każde połączenie kierowane na ten numer jest zakańczane w sieci Operatora. Rynkiem produktowym na poziomie hurtowym jest usługa zakańczania połączeń (inicjowanych w innej sieci stacjonarnej, sieci ruchomej) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Operatora, tj. u użytkownika końcowego Operatora.

Podsumowując analizowane kryterium należy stwierdzić, że 100% udział Operatora w rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Operatora niewątpliwie wskazuje na znaczącą pozycję Operatora na tak określonym rynku.

Brak równoważącej siły nabywczej

Kryterium braku albo niewielkiego poziomu równoważącej siły nabywczej pozwala określić, czy poziom siły nabywczej klientów konkretnego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego jest wystarczająco wysoki, aby zrównoważyć pozycję tego przedsiębiorcy jako dostawcy usług na danym rynku właściwym. Istnienie klientów o silnej pozycji negocjacyjnej ma istotny wpływ na warunki konkurencyjności na danym rynku i ogranicza zdolność przedsiębiorców telekomunikacyjnych do działań niezależnych od pozostałych uczestników rynku, w tym do nieuzasadnionego podwyższania cen.

Z punktu widzenia istnienia równoważącej siły nabywczej ważne jest, aby w rękach kupującego była możliwość zmiany dostawcy usługi zakańczania połączeń, jako narzędzie ostateczne. Możliwość ta może zniechęcić świadczącego usługi zakańczania połączeń do ewentualnej podwyżki stawek. Na rynku zakańczania połączeń w sieci ruchomej, takiej możliwości nie ma. Tylko operator danej sieci może zakańczać połączenia w swojej sieci. Zakańczania połączeń do abonenta w sieci Operatora może dokonywać tylko Operator. Uniemożliwia to zatem wykorzystanie jakiegokolwiek usługi zastępczej, co osłabia czy wręcz redukuje do zera siłę nabywczą klienta. Brak jest zatem jakiegokolwiek elastyczności w realizacji połączeń do sieci Operatora. Oznacza to, że siła nabywczą ze strony popytowej badanego rynku jest znikoma, a co za tym idzie kryterium to również wskazuje na znaczącą pozycję Operatora na analizowanym rynku.

Brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej

Kryterium pozwala stwierdzić, czy konkretny przedsiębiorca telekomunikacyjny posiada na danym rynku właściwym kontrolę nad infrastrukturą telekomunikacyjną, która jest trudna do powielenia przez innych operatorów działających na tym rynku bądź mogących na niego wejść w badanym okresie. Posiadanie przez przedsiębiorcę kontroli nad trudną do powielenia infrastrukturą telekomunikacyjną wzmacnia jego pozycję na danym rynku właściwym i stanowi czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Im trudniejsza do powielenia jest ta infrastruktura oraz im pełniejsza jest kontrola nad nią konkretnego przedsiębiorcy, tym większe jest prawdopodobieństwo, że zajmuje on pozycję znaczącą na tym rynku.

Operator jest jedynym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym zakańczającym połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Operatora, jednocześnie (jak zostało to wcześniej wskazane) to obszar sieci telefonicznej Operatora określa obszar analizowanego rynku właściwego. Budowa własnej infrastruktury przez innego przedsiębiorcę nie stanowi więc konkurencji dla pozostałych przedsiębiorców, ponieważ sytuacja taka przyczyni się jedynie do powstania nowego rynku zakańczania połączeń, nie zaś do wprowadzenia konkurencji na analizowanym rynku.

Podsumowując analizę powyższego kryterium, należy stwierdzić, że jest ono spełnione, gdyż przede wszystkim nie ma technicznych możliwości wybudowania alternatywnej sieci, w której możliwe byłoby zakańczanie połączeń kierowanych do użytkowników końcowych Operatora. Tym samym, kryterium braku technicznej i ekonomicznej zasadności budowy

alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej przemawia za stwierdzeniem znaczącej pozycji Operatora na analizowanym rynku.

Brak potencjalnej konkurencji

Kryterium braku potencjalnej konkurencji służy do pomiaru zdolności danego przedsiębiorstwa, co do którego zachodzi istotne przypuszczenie o posiadaniu pozycji znaczącej, do zachowania się w sposób niezależny od konkurentów. Wówczas należy badać, czy dane przedsiębiorstwo może być powstrzymane od niezależnych zachowań przez potencjalnych konkurentów – takich, którzy w danej chwili nie istnieją, ale którzy mogliby się na danym rynku dość łatwo pojawić.

Za pomocą tego kryterium bada się prawdopodobieństwo pojawienia się na danym rynku właściwym nowych operatorów, opierając się na założeniu, że przedsiębiorcy niedziałający w chwili obecnej na tym rynku mogą w perspektywie krótkookresowej (1 rok) zdecydować się na wejście na ten rynek, na skutek wystąpienia na nim niewielkiego, lecz stałego wzrostu cen.

Jak wskazywano już wcześniej, nie ma możliwości wejścia innego podmiotu na rynek określony jako rynek zakańczania połączeń głosowych w sieci ruchomej Operatora. Żaden z innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych nie może zatem być uznany za potencjalnego konkurenta, gdyż nie posiada możliwości zakańczania połączeń w sieci Operatora w sposób, który nie byłby uzależniony od faktu zakupu tej usługi u Operatora.

Tak więc, analiza powyższego kryterium wskazuje na znaczącą pozycję Operatora na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w sieci ruchomej Operatora.

Ekonomia skali

Ekonomie skali (inaczej rosnące przychody ze skali) występują, gdy zwiększenie wolumenu produkcji przez przedsiębiorstwo powoduje spadek średnich kosztów produkcji, czyli obniżenie jednostkowego kosztu wytworzenia danego produktu lub usługi. Ekonomie skali są charakterystyczną cechą przemysłów sieciowych, w których wysokie koszty stałe niemożliwe do uniknięcia odgrywają kluczową rolę w strukturze kosztów¹² i gdzie działalność podmiotów opiera się o kosztowną infrastrukturę. Koszty te ponoszone są bowiem niezależnie od rozmiarów produkcji.

W publikacjach na ten temat spotkać można również odniesienie do sektora telekomunikacyjnego: „Definicja traktująca połączenie (długość połączenia ma znikomy wpływ na koszty) jako jednostkę produkcji mówi, że ekonomie skali polegają na malejącym koszcie przeciętnym, gdy w równych proporcjach rosną ruch i struktura sieci. Natomiast jeśli potraktujemy abonenta jako jednostkę produkcji, to ekonomie skali polegają na tym, że koszt na abonenta spada, gdy rośnie liczba abonentów. Relatywnie wysokie koszty stałe powodują ekonomię skali. Przeważającym źródłem ekonomii skali w telekomunikacji są koszty infrastruktury”.

Nie budzi więc wątpliwości, że badany rynek właściwy charakteryzuje się występowaniem korzyści skali. Sieciowy charakter rynku zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Operatora (do prowadzenia działalności na nim konieczne jest posiadanie sieci) determinuje występowanie także na nim ekonomii skali. Należy bowiem zaznaczyć, że usługi zakańczania połączeń w sieciach ruchomych mogą być świadczone jedynie przez przedsiębiorcę, do którego należy sieć. Tym samym Operator, dysponując

¹² Stanisław Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2019, wyd. 4

rozbudowaną ruchomą publiczną siecią telefoniczną obsługującą abonentów na terenie całego kraju, bez wątplenia korzysta ze zjawiska ekonomii skali w największym zakresie.

Podsumowanie

Rynek właściwy charakteryzuje się występowaniem naturalnego monopolu, a więc udziały analizowanego podmiotu wynoszą 100%. W tej sytuacji, pomimo braku takiej konieczności, celem uzyskania pełniejszego obrazu rynku, Prezes UKE rozważył również dodatkowo inne kryteria, służące do analizy pozycji danego operatora na rynku, takie jak: brak równoważącej siły nabywczej, brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej, brak potencjalnej konkurencji, ekonomia skali. Analizie poddane zostały te kryteria, których omówienie, w opinii Prezesa UKE, było szczególnie przydatne do pełniejszego zobrazowania i stwierdzenia zajmowania przez Operatora znaczącej pozycji rynkowej na rynku zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Operatora.

W ocenie Prezesa UKE spełnienie wyżej wymienionych kryteriów, a w szczególności kryterium udziałów w rynku właściwym oraz kryterium braku równoważącej siły nabywczej przesądza o tym, że Operator zajmuje znaczącą pozycję rynkową na analizowanym rynku.

5. Obowiązki regulacyjne

5.1. Regulacje prawne związane ze stosowaniem obowiązków regulacyjnych

Zgodnie z art. 8 ust. 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 połączeń międzysieciowych (dalej: „dyrektywa o dostępie”) jeżeli, w wyniku analizy rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej), dany operator został wskazany jako posiadający znaczącą pozycję na danym rynku, stosownie do okoliczności, krajowe organy regulacyjne nałożą na niego obowiązki wymienione w art. 9-13 niniejszej dyrektywy.

Art. 8 ust. 4 dyrektywy o dostępie wskazuje, że obowiązki nałożone zgodnie z niniejszym artykułem muszą opierać się na charakterze stwierdzonego problemu oraz muszą być proporcjonalne i uzasadnione w świetle celów określonych w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej). Obowiązki te mogą być nałożone tylko po przeprowadzeniu konsultacji zgodnie z art. 6 oraz 7 wspomnianej dyrektywy.

Zasada proporcjonalności wymaga, by środki użyte do osiągnięcia określonego celu nie wykraczały poza to, co właściwe i niezbędne do osiągnięcia tego celu. Dla ustalenia, czy proponowany środek jest zgodny z zasadą proporcjonalności, działanie, które ma być podjęte, musi zmierzać do uzasadnionego celu, a zaangażowane do osiągnięcia celu środki muszą być zarówno niezbędne, jak i najmniej kłopotliwe, tzn. musi to być niezbędne minimum dla osiągnięcia celu.

Powyższe zasady zostały zaimplementowane do polskiego porządku prawnego w art. 24 pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, zgodnie z którym Prezes UKE wyznacza przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą oraz:

a) nakłada obowiązki regulacyjne, biorąc pod uwagę adekwatność i proporcjonalność danego obowiązku do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji celów określonych w art. 1 ust. 2, lub

b) utrzymuje nałożone obowiązki regulacyjne, jeżeli przedsiębiorca telekomunikacyjny lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie utracili tej pozycji, lub

c) zmienia lub uchyla nałożone obowiązki regulacyjne, jeżeli przedsiębiorca telekomunikacyjny lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie utracili tej pozycji, ale warunki na rynku właściwym uzasadniają zmianę lub uchYLENIE tych obowiązków.

Na marginesie należy wskazać, że normy prawne dotyczące stosowania obowiązków regulacyjnych zawarte są również w EKŁE. Zgodnie z art. 68 ust. 2 EKŁE jeżeli w wyniku analizy rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 67 EKŁE dane przedsiębiorstwo zostało wyznaczone jako posiadające znaczącą pozycję rynkową na danym rynku, krajowe organy regulacyjne nakładają, stosownie do przypadku dowolne spośród obowiązków wymienionych w art. 69–74 i art. 76 i 80 EKŁE. Zgodnie z zasadą proporcjonalności krajowy organ regulacyjny wybiera najmniej interwencyjny sposób podejścia do problemów zidentyfikowanych w analizie rynku.

Art. 68 ust. 4 EKŁE wskazuje, że obowiązki nałożone zgodnie z niniejszym artykułem muszą:

- a) opierać się na charakterze problemu stwierdzonego przez krajowy organ regulacyjny w jego analizie rynku, w stosownych przypadkach uwzględniając identyfikację popytu ponadnarodowego na podstawie art. 66;
- b) być proporcjonalne z uwzględnieniem, w miarę możliwości, kosztów i korzyści;
- c) być uzasadnione w świetle celów określonych w art. 3; oraz
- d) zostać nałożone po przeprowadzeniu konsultacji zgodnie z art. 23 i 32.

Pełna implementacja przepisów EKŁE nastąpi w nowym akcie prawnym, który obecnie jest w trakcie prac wdrożeniowych do polskiego systemu prawnego.

5.2. Identyfikacja możliwych problemów na rynku właściwym

5.2.1. Możliwość utrudniania operatorom dostępu do sieci Operatora (lub odmowa połączenia sieci) w celu ograniczania konkurencji

Skorzystanie z hurtowej usługi, która zapewnia realizację połączeń telefonicznych do abonentów Operatora, możliwe jest dzięki dostępowi telekomunikacyjnemu do sieci ruchomej Operatora, w tym dzięki połączeniu sieci Operatora i sieci operatorów korzystających z usługi zakańczania połączeń. W efekcie proces ten umożliwia konkurowanie innych operatorów z Operatorem na rynku detalicznym (budowę alternatywnej infrastruktury dostępowej lub oferowanie konkurencyjnych usług) i przyczynia się do wzrostu poziomu konkurencji i poprawy jakości usług na rynku detalicznym.

Mając na uwadze wyżej przedstawioną analizę, z której jednoznacznie wynika pozycja znacząca Operatora na analizowanym rynku właściwym, należy stwierdzić, iż posiada on bodźce oraz możliwości do podejmowania działań utrudniających realizację dostępu do jego sieci lub połączenia sieci Operatora z innymi sieciami, bądź też takie kształtowanie warunków tego dostępu lub połączenia sieci, które będą niekorzystne dla konkurentów Operatora. Warunki współpracy mogą zatem zmierzać do eliminacji lub utrudnienia działalności innym przedsiębiorcom w zakresie, w jakim korzystają oni z zakańczania połączeń w sieci ruchomej Operatora.

5.2.2. Możliwość stosowania praktyk dyskryminacyjnych

Jak zostało wskazane i opisane powyżej w analizie testu trzech kryteriów, w związku z pozycją Operatora na analizowanym rynku i możliwością odmowy lub utrudniania dostępu

istnieje też możliwość stosowania różnych praktyk dyskryminacyjnych. W szczególności Operator może eliminować niektórych tylko konkurentów wnoszących o dostęp. Praktyki te mogą polegać na stosowaniu innych niekorzystnych i uciążliwych zapisów umowy w podobnych okolicznościach, mogą one także polegać na wprowadzaniu w błąd lub ograniczaniu dostępu do informacji, aby skutecznie zniechęcić konkretne podmioty do współpracy z Operatorem. Mogą one również polegać na stosowaniu niesymetrycznych, a więc dyskryminujących mniejszy podmiot, warunków rozliczeniowych za różne usługi interkonektu.

5.3. Obowiązki regulacyjne zastosowane wobec Operatora

Główne obowiązki przewidziane w ustawie Prawo telekomunikacyjne dla regulacji rynków hurtowych to:

- 1) obowiązek uwzględniania uzasadnionych wniosków operatorów o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego (art. 34 Pt),
- 2) obowiązek równego traktowania operatorów w zakresie dostępu telekomunikacyjnego (art. 36 Pt),
- 3) obowiązek ogłaszania lub udostępniania informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego (art. 37 Pt),
- 4) obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej (art. 38 Pt),
- 5) obowiązek kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego (art. 39 ust. 1 pkt 1 Pt),
- 6) obowiązek stosowania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora (art. 39 ust. 1 pkt 2 Pt),
- 7) obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty (art. 40 ust. 1 Pt),
- 8) obowiązek przygotowania i przedstawienia projektu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym (art. 42 Pt),
- 9) obowiązek inny, niż wymienione w art. 34, 36-40 i art. 42 Pt, w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, który Prezes UKE może nałożyć w szczególnych przypadkach po uzyskaniu zgody Komisji Europejskiej (art. 44 Pt).

W niniejszej decyzji Prezes UKE utrzymał obowiązki, o których mowa w art. 34, 36 i 37 Pt (pkt. IV sentencji decyzji). Odnośnie obowiązku kontroli cen we Wcześniejszej decyzji SMP wydanego na podstawie art. 44 Pt, Prezes UKE nie przeprowadził analizy związanej z zasadnością stosowania obowiązku kosztowego i wyznaczenia wysokości stawki MTR. Wynika to z faktu wejścia w życie od 1 lipca 2021 r. stosowanych bezpośrednio przepisów aktu delegowanego dotyczących w szczególności wysokości stawki MTR. Odnośnie obowiązku z art. 44 Pt, który został nałożony Wcześniejszą decyzją SMP, w związku z obowiązkiem bezpośredniego stosowania stawki MTR wynikającej z aktu delegowanego, wydana zostanie decyzja deklaratoryjna tj. stwierdzająca wygaśnięcie z dniem 1 lipca 2021 r. Wcześniejszej decyzji SMP, w zakresie, w jakim odnosi się ona do obowiązku kontroli cen z art. 44 Pt.

5.3.1. Obowiązek dostępu

Zgodnie z art. 34 ust. 1 Pt Prezes UKE może zgodnie z przesłankami, o których mowa w art. 24 pkt 2 lit. a Pt w drodze decyzji nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek uwzględnienia uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w szczególności biorąc pod uwagę poziom konkurencyjności rynku detalicznego i interes użytkowników końcowych. Zgodnie natomiast z art. 24 pkt 2 lit. b Pt, Prezes UKE utrzymuje nałożone obowiązki regulacyjne, jeżeli przedsiębiorca telekomunikacyjny lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie utracili tej pozycji.

Obowiązek dostępu ma zapewnić przedsiębiorcom telekomunikacyjnym korzystanie z urządzeń telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub usług świadczonych przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego na określonych warunkach, celem świadczenia usług telekomunikacyjnych polegających w szczególności na: łączeniu urządzeń telekomunikacyjnych, dostępie do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej, dostępie do odpowiednich systemów oprogramowania, dostępie do translacji numerów lub systemów zapewniających analogiczne funkcje, a także dostępie do sieci telekomunikacyjnych.

Na otwartym i konkurencyjnym rynku nie powinno być bowiem żadnych ograniczeń, które mogłyby uniemożliwiać przedsiębiorstwom negocjowanie między sobą rozwiązań dotyczących dostępu i łączenia sieci, z uwzględnieniem norm dotyczących konkurencji. Przedsiębiorstwa otrzymujące wnioski o dostęp lub łączenie sieci (w tym Operator) powinny w zasadzie zawierać takie umowy na zasadach komercyjnych i negocjować je w dobrej wierze.

Na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Operatora, gdzie inni przedsiębiorcy telekomunikacyjni zależą od infrastruktury udostępnianej przez Operatora w celu świadczenia przez nich usług, konieczne jest ustanowienie ram regulacyjnych dla zapewnienia efektywnego funkcjonowania rynku. Dlatego też Prezes UKE uważa za adekwatne i proporcjonalne do problemów rynkowych, których rozwiązanie służyć ma realizacji celów określonych w art. 1 ust. 2 Pt, stosowanie obowiązku dostępu, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w celu zakańczania połączeń głosowych w sieci Operatora, w interesie użytkowników końcowych.

Z kolei jak wykazano powyżej, w pkt 4.2 uzasadnienia niniejszej decyzji, konkurencyjność rynku zakańczania połączeń w sieci Operatora jest z natury ograniczona z uwagi na specyfikę tego rynku, gdzie udział Operatora wynosi 100 %. Dlatego też inny operator, chcąc umożliwić połączenie swojego użytkownika końcowego z użytkownikiem końcowym Operatora musi zakończyć to połączenie w sieci telefonicznej Operatora. Istnieje więc realna możliwość odmowy przez Operatora dostępu do jego sieci (a tym samym do użytkowników końcowych). Dlatego na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Operatora, gdzie inni przedsiębiorcy telekomunikacyjni zależą od infrastruktury udostępnianej przez Operatora w celu świadczenia przez nich usług, konieczne jest ustanowienie ram regulacyjnych dla zapewnienia efektywnego funkcjonowania rynku.

Wskazać należy, że stosowanie powyższego obowiązku dostępu w połączeniu z obowiązkiem przejrzystości, zapewni każdemu operatorowi telekomunikacyjnemu dostęp do sieci i urządzeń Operatora, a poprzez to zapewni komunikację pomiędzy jego abonentami a użytkownikami końcowymi innych sieci telefonicznych. Obowiązek ten ma również

charakter prewencyjny i ma zapobiegać możliwości utrudniania operatorom dostępu do sieci telekomunikacyjnej Operatora. Prezes UKE uznał także, że konieczne jest zapewnienie dostępu poprzez prowadzenie negocjacji w dobrej wierze, a także utrzymywanie uprzednio ustanowionego dostępu w zakresie zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Spółki, aby zapewnić innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostęp do ruchomej publicznej sieci telefonicznej Operatora.

Usługa zakańczania połączeń głosowych w sieci Operatora jest usługą dostępu do sieci Operatora dla operatorów publicznych stacjonarnych i ruchomych sieci telefonicznych, niezbędną do świadczenia użytkownikom końcowym usług telekomunikacyjnych. Przy tym przez sieć Operatora należy rozumieć te jej elementy, do których dostęp dla innego operatora wnioskującego jest niezbędny, aby móc korzystać z usługi zakańczania połączeń w sieci Operatora oraz wykonywać połączenia do użytkowników końcowych Spółki.

Odnosząc się do kwestii własnościowych sieci, do której Operator ma zapewniać dostęp należy wskazać, iż zakańczanie połączeń, jako usługa hurtowa związana jest z prowadzeniem działalności polegającej na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnej. Zgodnie z art. 2 ust. 4 Pt dostarczanie sieci telekomunikacyjnej polega na przygotowaniu sieci telekomunikacyjnej w sposób umożliwiający świadczenie w niej usług, jej eksploatację, nadzór nad nią lub umożliwianie dostępu telekomunikacyjnego. Zatem definicja ta oparta jest na elementach funkcjonalnych, co oznacza, że podmiot dostarczający sieci powinien mieć możliwość przygotowania sieci, jej eksploatację, nadzór i umożliwienie dostępu telekomunikacyjnego. Z punktu widzenia definicji bez znaczenia są stosunki własnościowe w zakresie infrastruktury, istotne jest jedynie faktyczne władztwo i wpływ na sieć, które może wynikać również z innych tytułów prawnych niż prawo własności. Tym samym prawo do korzystania z infrastruktury telekomunikacyjnej może wynikać także z szeregu innych praw rzeczowych takich jak np.: najem, leasing, dzierżawa, a więc również infrastruktura, do której prawa Spółki wynikają z innych tytułów prawnych niż tylko prawo własności, będzie objęta obowiązkiem dostępu, na mocy niniejszej decyzji.

Omówienie poszczególnych elementów obowiązku dostępu, o którym mowa w pkt IV pkt 1 sentencji decyzji:

Zapewnienie określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy, niezbędnych do zapewnienia dostępu do sieci oraz zapewnienie infrastruktury telekomunikacyjnej, kolokacji oraz innych form wspólnego korzystania z budynków

Wskazać należy, że rynek usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Operatora obejmuje fizyczny dostęp do infrastruktury sieciowej, który jest realizowany przy wykorzystaniu zasobów infrastruktury sieciowej w połączeniu z innymi elementami sieci telekomunikacyjnej.

Zakres tego obowiązku należy interpretować w szczególności w kontekście ujętej w art. 2 pkt 35 Pt definicji ustawowej sieci telekomunikacyjnej, obejmującej systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, w tym nieaktywne elementy sieci, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju.

Zapewnienie natomiast określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy, ma na celu umożliwienie rzeczywistego połączenia sieci operatora wnioskującego z siecią operatora udostępniającego poprzez zapewnienie dostępu do elementów sieci

telekomunikacyjnej niezbędnych do korzystania z usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej).

W zawartej w art. 2 pkt 8 Pt definicji ustawowej, do infrastruktury telekomunikacyjnej zaliczono urządzenia telekomunikacyjne (art. 2 pkt 46 Pt), z wyjątkiem telekomunikacyjnych urządzeń końcowych (art. 2 pkt 43 Pt), czyli urządzeń przeznaczonych do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do zakończeń sieci. To powoduje, że pomiędzy infrastrukturą telekomunikacyjną oraz siecią telekomunikacyjną nie daje się przeprowadzić ścisłego rozgraniczenia, gdyż obydwa pojęcia pokrywają się w pewnej części. Typową kategorię składników infrastruktury tworzą kable, przewody i osprzęt, używane w sieciach telekomunikacyjnych. Przepisy prawa nie określają wyraźnej różnicy pomiędzy kablami a przewodami. Z analizy przepisów celnych i technicznych wynika, że pod pojęciem kabla z reguły rozumie się odpowiednio ukształtowaną wiązkę przewodów lub włókien albo przewód o specjalnej konstrukcji. Pojęcia kabla i przewodu są często używane zamiennie, z tym że przewody mogą stanowić część składową kabla, natomiast w zasadzie nie występują sytuacje odwrotne. Pojęcie osprzętu nie oznacza jednolitej kategorii rzeczy. Występuje ono w różnych dziedzinach techniki dla oznaczenia rzeczy ruchomych, które z reguły są wykorzystywane w połączeniu z samodzielnymi urządzeniami lub instalacjami, i tylko w połączeniu z tymi urządzeniami lub instalacjami pełnią swe funkcje użytkowe. Osprzęt może być jednak odłączony od tych urządzeń lub instalacji oraz stanowić przedmiot samodzielnego obrotu¹³.

Pojęcie „kolokacji” oznacza udostępnianie fizycznej przestrzeni lub urządzeń technicznych w celu umieszczenia i podłączenia niezbędnego sprzętu operatora podłączającego swoją sieć do sieci innego operatora lub korzystającego z dostępu do lokalnej pętli abonenckiej (art. 2 pkt 15 Pt). Definicja kolokacji składa się z dwóch części. Pierwsza część tej definicji określa przedmiot świadczeń, które są udostępniane między operatorami. Świadczenie to polega na udostępnieniu fizycznej przestrzeni lub urządzeń technicznych przystosowanych do umieszczenia i podłączenia sprzętu telekomunikacyjnego. Druga część definicji istotnie zawęża zastosowanie omawianego pojęcia. Ma ono zastosowanie tylko do przypadków udostępniania przestrzeni lub urządzeń na cele związane z podłączeniem sieci jednego operatora do sieci innego operatora¹⁴.

Obowiązki te stanowią podstawowe usługi dostępowe na rynku właściwym, które mają zapewnić konkurentom możliwość korzystania z dostępu do sieci Operatora w celu świadczenia korzystnych cenowo i jakościowo usług detalicznych użytkownikom końcowym.

Przyznawanie dostępu do interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług, w tym usług sieci wirtualnych oraz zapewnienie funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług, w tym świadczenia usług w sieciach inteligentnych

Interoperacyjność usług oznacza zdolność sieci telekomunikacyjnych do efektywnej współpracy w celu zapewnienia wzajemnego dostępu użytkowników do usług świadczonych w tych sieciach (art. 2 pkt 13 Pt). Interoperacyjność usług jest stanem zdolności sieci do współdziałania przy wykonywaniu usług, który jest osiąganym dzięki odpowiednim rozwiązaniom technicznym i współpracy operatorów. Celem wymogów dotyczących

¹³ Stanisław Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2019, wyd. 4

¹⁴ Stanisław Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2019, wyd. 4

Urząd Komunikacji Elektronicznej

Warszawa, ul. Giełdowa 7/9,

tel. 22 53 49 440, fax 22 53 49 306, platforma e-usług: pue.uke.gov.pl

interoperacyjności jest niezakłócony, wzajemny dostęp użytkowników połączonych sieci do usług świadczonych w tych sieciach.

Z kolei integralność sieci to możliwość łączenia sieci telekomunikacyjnych zainteresowanych przedsiębiorców poprzez ściśle określone interfejsy, przy zagwarantowaniu właściwego poziomu wykonywanych usług telekomunikacyjnych.

Obowiązek przyznania dostępu do interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług oraz obowiązek zapewnienia funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług mają zagwarantować, że techniczne rozwiązania na potrzeby usług regulowanych stosowane przez Operatora i przedsiębiorców telekomunikacyjnych (innych niż Operator) nie będą naruszać integralności ich sieci ani zakłócać realizacji innych usług telekomunikacyjnych, a tym samym zapewniać wzajemny dostęp użytkowników końcowych połączonych sieci do usług świadczonych w tych sieciach.

Zapewnienie połączenia sieci lub urządzeń telekomunikacyjnych oraz udogodnień z nimi związanych

Zgodnie z art. 2 pkt 25 Pt połączenie sieci oznacza fizyczne i logiczne połączenie publicznych sieci telekomunikacyjnych użytkowanych przez tego samego lub różnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, celem umożliwienia użytkownikom korzystającym z usług lub sieci jednego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego komunikowania się z użytkownikami korzystającymi z usług lub sieci tego samego lub innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego albo dostępu do usług dostarczanych przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego; połączenie sieci stanowi szczególny rodzaj dostępu telekomunikacyjnego realizowanego pomiędzy operatorami. Połączenie sieci stanowi więc niezbędny element obowiązku dostępu. Bez połączenia sieci nie może być mowy o świadczeniu przez innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych usług na bazie infrastruktury Operatora. Jednocześnie zapewnienie dostępu telekomunikacyjnego wymaga umożliwienia dostępu do urządzeń i udogodnień telekomunikacyjnych z uwagi na fakt, że żądanie połączenia sieci może dotyczyć nie tylko całej sieci, lecz także urządzeń telekomunikacyjnych oraz udogodnień, które są z nimi związane oraz są niezbędne dla korzystania z usługi zakańczania połączeń.

Ponadto obowiązek zapewnienia połączenia sieci lub urządzeń telekomunikacyjnych oraz udogodnień z nimi związanych niezbędnych dla korzystania z usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej, ma zagwarantować, że techniczne rozwiązania na potrzeby usług regulowanych stosowane przez Operatora i przedsiębiorców telekomunikacyjnych (innych niż Operator) nie będą naruszać integralności ich sieci ani zakłócać realizacji innych usług telekomunikacyjnych.

Realizacja omówionych powyżej elementów obowiązku dostępu, przeciwdziałać ma problemowi realnej możliwości utrudniania dostępu do sieci Operatora.

Prowadzenie negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w dobrej wierze oraz utrzymanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego do określonych sieci telekomunikacyjnych, urządzeń lub udogodnień towarzyszących

Prowadzenie negocjacji w dobrej wierze wiąże się z zadeklarowaniem przez operatorów przy negocjowaniu treści umowy zwykłej uczciwości i rzetelności. Dobra wiara w negocjacjach odnosi się przede wszystkim do rzetelności informacji i danych przedstawianych w negocjacjach oraz rzeczywistego celu ich prowadzenia. Przedsiębiorca zobowiązany do prowadzenia negocjacji w dobrej wierze powinien przedstawiać dane i informacje zgodne

z jego przekonaniem o rzeczywistym stanie rzeczy i podejmować działania negocjacyjne prowadzące do ustalenia warunków umowy i jej zawarcia.

Z kolei zobowiązanie Operatora do utrzymywania uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego, stanowi środek zaradczy na stwierdzone problemy rynkowe związane z możliwością utrudniania dostępu do sieci Operatora. Operator ma obowiązek utrzymywać uprzednio ustanowiony dostęp telekomunikacyjny w zakresie świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora, dopóki inny przedsiębiorca telekomunikacyjny będzie zainteresowany korzystaniem z tego dostępu i zawarciem stosowanej umowy dostępowej.

Uwzględnianie uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny poprzez interfejs systemu informatycznego

Obowiązek ten ma umożliwić rozpatrywanie wniosków o dostęp telekomunikacyjny w sposób najbardziej efektywny, sprawny i nie generujący nadmiernych kosztów, tj. poprzez system informatyczny. Operatorzy alternatywni bez dostępu do wspomnianego systemu musieliby zamawiać dostęp telekomunikacyjny za pośrednictwem innych form komunikacji, co w negatywny sposób wpłynęłoby na czas i koszty realizacji zlecenia. Tym samym obowiązek ten pozwoli na uniknięcie wyższych kosztów po stronie operatorów alternatywnych oraz na wspieranie równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Podsumowanie

Zastosowanie wobec Operatora – operatora o znaczącej pozycji na omawianym rynku właściwym – obowiązku dostępu w zakresie wymienionych w sentencji decyzji elementów dostępu niezbędnych do świadczenia usługi zakańczania połączeń jest, w ocenie Prezesa UKE, proporcjonalne i adekwatne do problemów konkurencyjnych, które mogą pojawić się na rynku właściwym. Do problemów tych zaliczyć można przede wszystkim realną możliwość utrudniania dostępu do sieci Operatora. Prezes UKE uznał, że zapewnienie dostępu innym operatorom do wyżej wskazanych elementów sieci, infrastruktury, interfejsów i protokołów, funkcji sieci i udogodnień, a także usług połączenia sieci lub urzędzeń, jest niezbędne do korzystania z usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Operatora. Prezes UKE uznał także, że konieczne jest zastosowanie wobec Operatora obowiązku prowadzenia negocjacji w dobrej wierze, a także utrzymywania uprzednio ustanowionego dostępu w zakresie zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej tego operatora. W opinii Prezesa UKE wskazany powyżej katalog zobowiązań składających się na obowiązek dostępu, o którym mowa w punkcie IV ppkt 1 sentencji niniejszej decyzji, jest wystarczający i jednocześnie konieczny dla zapewnienia realizacji omawianego obowiązku regulacyjnego. Dobór zastosowanych w decyzji środków zaradczych jest podyktowany specyfiką procesu uzyskiwania dostępu do usługi zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych (długotrwała, restrykcyjna procedura), a także charakteryzuje się stopniem uciążliwości, pozwalającym na uznawanie go za proporcjonalny.

Środki te stanowią bowiem minimum, wymagane do zabezpieczenia wszystkich uczestników rynku, w tym konsumentów, przed możliwym nadużywaniem pozycji znaczącej przez Operatora. Środki te mają więc też charakter prewencyjny i zniechęcający Operatora do podejmowania działań w zakresie utrudniania dostępu telekomunikacyjnego innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym. Dostęp innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych do sieci Operatora jest kluczowy z punktu widzenia zapewnienia użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych.

Tak więc w sytuacji kiedy na rynku nie występuje skuteczna konkurencja, do zaistnienia pozytywnych aspektów konkurencyjnego rynku, konieczna jest odpowiednia regulacja (niniejsza decyzja), która stworzy warunki do ich zapewnienia, w tym poprzez zastosowanie ww. obowiązku dostępu do sieci Operatora.

Z kolei biorąc pod uwagę cele określone w art. 1 ust. 2 pkt 1, pkt 2, pkt 4 i pkt 5 Pt w ocenie Prezesa UKE, powyższy środek zaradczy jest uzasadniony i konieczny, w tym z punktu widzenia adekwatności i proporcjonalności do stwierdzonych problemów. Będzie on wspierał równoprawną i skuteczną konkurencję w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych, zapewniając przedsiębiorcom telekomunikacyjnym (innym niż Operator) możliwość dostępu do sieci Operatora (możliwość zakańczania połączeń w jego sieci). Zapewni to użytkownikom osiągnięcie maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych, poprzez wzmocnienie mechanizmów konkurencji na rynku właściwym.

Mając na uwadze powyższe, Prezes UKE uznał za konieczne i uzasadnione, aby utrzymać w mocy obowiązek dostępu nałożony Wcześniejszą decyzją SMP. Z uwagi na brak zmian w uwarunkowaniach rynkowych i wciąż istniejącą możliwość opisanych powyżej działań nie byłoby w szczególności zasadnym zniesienie tego obowiązku.

5.3.2. Obowiązek niedyskryminacji

Stosownie do art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne, Prezes UKE może zgodnie z przesłankami, o których mowa w art. 24 pkt 2 lit. a Pt w drodze decyzji, nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności poprzez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowanie usług oraz udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi. Obowiązek ten ma na celu zapobieganie zachowaniom dyskryminującym Operatora, które mogłyby wywierać istotnie szkodliwy wpływ na konkurencję.

Jak stwierdzono w niniejszej decyzji Operator jest operatorem o znaczącej pozycji rynkowej na analizowanym rynku właściwym, dlatego należy stwierdzić, iż posiada bodźce oraz możliwości do podejmowania działań kształtujących różne warunki dostępu dla poszczególnych konkurentów Operatora. Ze względu na charakterystykę analizowanego rynku, przedsiębiorca posiadający na nim znaczącą pozycję może w zasadzie dowolnie kształtować warunki biznesowe na nim panujące. Zatem przedsiębiorca chcący uzyskać dostęp do ruchomej publicznej sieci telefonicznej Operatora może zostać zmuszony do przyjęcia warunków narzuconych mu przez Operatora. W razie odmowy przyjęcia warunków narzuconych przez Operatora przedsiębiorca zostałby pozbawiony możliwości skorzystania z usługi zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Operatora, co z kolei uniemożliwiłoby jego abonentom uzyskanie połączenia z abonentami sieci Operatora. Taka sytuacja stanowi zachętę dla Operatora do ograniczania, a wręcz eliminowania konkurencji poprzez utrudnianie prowadzenia działalności, na skutek odmowy lub opóźniania udzielenia dostępu do sieci Operatora. Stąd interwencja Prezesa UKE na analizowanym rynku jest niezbędna dla zapewnienia realizacji ustawowych celów działalności Prezesa UKE, wskazanych w art. 189 Pt. Przykładem takich działań Operatora mogą być taktyki opóźniające, które Operator może stosować wobec konkurentów działających na rynku detalicznym. Warunki współpracy określone przez Operatora mogą zatem zmierzać

do utrudnienia działalności konkurencji w zakresie, w jakim korzysta ona z zakańczania połączeń w sieci telekomunikacyjnej Operatora.

Obowiązek niedyskryminacji wymaga, aby przedsiębiorcy telekomunikacyjni stosowali podobne wymogi w podobnych okolicznościach w stosunku do innych przedsiębiorców świadczących podobne usługi i udostępniali informacje na takich samych warunkach i o tej samej jakości jak te, które zapewniają oddziałom w ramach własnego przedsiębiorstwa, czy podmiotom zależnym. Tym samym realizacja tego obowiązku spowoduje, że nie wystąpi sytuacja, w której wybrane podmioty mogłyby być dyskryminowane w stosunkach handlowych. Należy zatem uznać, że zastosowanie tego obowiązku będzie środkiem adekwatnym do stwierdzonych problemów rynkowych.

Jednocześnie należy wskazać, że obowiązek ten jest środkiem proporcjonalnym do zaistniałej sytuacji. Wymaga on bowiem od przedsiębiorcy równego traktowania partnerów rynkowych (poprzez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach). Nie powoduje jednocześnie konieczności wdrażania nowych systemów czy innych rozwiązań obciążających nadmiernie podmiot, na którego nałożono ten obowiązek.

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności, Prezes UKE zdecydował o skorzystaniu z uprawnień przysługujących na podstawie art. 24 pkt 2 lit. b Pt i utrzymaniu nałożonego Wcześniejszą decyzją SMP obowiązku. Z uwagi na brak zmian w uwarunkowaniach rynkowych i wciąż istniejącą możliwość opisanych powyżej działań nie byłoby zasadnym zniesienie lub zmiana tego obowiązku. Mając powyższe na uwadze, Prezes UKE zdecydował o jego utrzymaniu. Jednocześnie stwierdzić należy, że powyższy obowiązek niedyskryminacji jest proporcjonalny do zidentyfikowanych problemów, wystarczający i stanowi ważny element środków zaradczych, mających wpłynąć na warunki świadczenia usługi zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Operatora.

5.3.3. Obowiązek przejrzystości

Zgodnie z art. 37 ust. 1 Pt Prezes UKE może nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek ogłaszania lub udostępniania informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, dotyczących informacji księgowych, specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat.

Przejrzystość na rynku hurtowym może zostać wdrożona poprzez nałożenie obowiązku ogłaszania warunków oraz proponowanych zmian warunków zanim zostaną wprowadzone. Wymóg ogłaszania warunków oraz ich zmian przed wprowadzeniem ma dwa cele:

- wspomaganie przejrzystości w celu monitorowania potencjalnych antykonkurencyjnych zachowań oraz
- poinformowanie z wyprzedzeniem klientów kupujących hurtowe usługi zakańczania połączeń o zmianach dotyczących warunków świadczenia usług.

Obowiązek przejrzystości ma za zadanie zapobiegać potencjalnym antykonkurencyjnym zachowaniom Operatora powodując, iż ma on świadomość, że oferowane przez niego warunki są monitorowane zarówno przez krajowe organy regulacyjne, jak i przez konkurentów. Informowanie o warunkach z wyprzedzeniem może być ważne w celu zapewnienia innym dostawcom niezbędnego czasu do zaplanowania zmian, ponieważ może na przykład zaistnieć potrzeba restrukturyzacji cen w odpowiedzi na zmiany warunków oferowanych na poziomie hurtowym. Ma to istotne znaczenie w odniesieniu do rynków,

na których konkurencja jest bardzo ograniczona, lub nie występuje wcale, jak ma to miejsce na rynku zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Operatora.

Należy stwierdzić, że obowiązek ogłaszania informacji dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a w szczególności opłat dotyczących usługi zakańczania połączeń w sieci Operatora będzie sprzyjał istnieniu przejrzystych zasad na rynku. W opinii Prezesa UKE publikacja tych informacji na stronie internetowej Operatora jest niezbędna dla przedsiębiorcy zainteresowanego dostępem do sieci Operatora. Powinien on posiadać wszelkie niezbędne informacje do złożenia wniosku o dostęp telekomunikacyjny, bez konieczności występowania z wnioskiem do Operatora. Taka forma realizacji obowiązku przejrzystości jest jednocześnie spójna z realizacją obowiązku niedyskryminacji. Tylko bowiem udostępnienie informacji na stronie internetowej operatora daje gwarancję, że warunki dostępu będą jednakowe dla wszystkich zainteresowanych operatorów. Wystąpienie każdorazowo na wniosek zainteresowanego operatora informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, nie stanowi wystarczającej gwarancji, że dostęp ten będzie realizowany na równych, niedyskryminacyjnych zasadach.

Uwzględniając powyższe, Prezes UKE uznał za w pełni uzasadnione utrzymanie wobec Operatora obowiązku, o którym w art. 37 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Konkretyzując ten obowiązek – mając na uwadze zapewnienie swobodnego wglądu do tych informacji każdemu zainteresowanemu podmiotowi – wskazał następujące zasady:

- zakres informacji obejmuje wszystkie informacje dotyczące specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci a także opłat, niezbędne do przygotowania przez zainteresowanych operatorów wniosku w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w zakresie usług zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Operatora,
- publikacja wskazanych powyżej informacji nastąpi w formie elektronicznej na oficjalnej stronie internetowej Operatora,
- informacje należy ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia decyzji, a w przypadku zmiany zakresu bądź treści publikowanej informacji należy ją ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 tygodnia od dnia wprowadzenia zmiany.

Prezes UKE zdecydował o skorzystaniu z art. 24 pkt 2 lit. b Pt i utrzymaniu nałożonego Wcześniejszą decyzją SMP obowiązku. Z uwagi na brak zmian w uwarunkowaniach rynkowych i wciąż istniejącą możliwość opisanych powyżej działań nie byłoby zasadnym zniesienie tego obowiązku. Mając powyższe na uwadze, Prezes UKE zdecydował o jego utrzymaniu. Nadto zgodnie z dyspozycją wskazanego powyżej przepisu utrzymanie tego obowiązku było zasadne z uwagi na utrzymanie pozycji znaczącej przez Operatora.

W ocenie Prezesa UKE zakres tego obowiązku wypełnia niezbędne minimum dla zapewnienia sprawnego pozyskania informacji umożliwiających przedsiębiorcom telekomunikacyjnym współpracę z Operatorem na poziomie międzyoperatorskim.

Kierując się zasadą adekwatności i proporcjonalności obowiązków, Prezes UKE uznał za niezasadne zobowiązanie Operatora w ramach wyżej wymienionego obowiązku do udostępniania przedmiotowych informacji w inny sposób, wychodząc z założenia, iż

wystarczającym dla realizacji obowiązku przejrzystości jest możliwość zapoznania się przez zainteresowane podmioty z publikowanymi danymi w formie elektronicznej na oficjalnej stronie internetowej Operatora. Dodatkowo tego typu sformułowanie obowiązku z art. 37 Pt nie naraża Operatora na dodatkowe koszty związane z udostępnianiem informacji w formie innej niż elektroniczna (np. papierowej).

Wskazując termin ogłoszenia informacji Prezes UKE wziął pod uwagę zarówno konieczność zapewnienia szybkiego dostępu do informacji innym podmiotom, jak i czas niezbędny na przygotowanie danych do ogłoszenia przez Operatora.

5.4. Akt delegowany

W dniu 22 kwietnia 2021 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej został opublikowany akt delegowany którego zapisy weszły w życie z dniem 23 kwietnia 2021 r. (z okresem stosowania od 1 lipca 2021 r.). Postanowienia aktu delegowanego są adresowane do m.in. wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy zakańczają połączenia głosowe w swoich sieciach mobilnych, niezależnie od skali działalności przedsiębiorcy. Regulacja dotyczy wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych, także tych, których Prezes UKE nie wyznaczył jako posiadających pozycję znaczącą na rynkach zakańczania połączeń w sieciach mobilnych.

W zakresie stawki MTR przewidziana jest ścieżka dojścia do stawki docelowej, która ma być stosowana od 1 stycznia 2024 r. (poniższa tabela).

Maksymalna stawka za zakończenie połączenia w sieci mobilnej (MTR)	
Od rozpoczęcia stosowania aktu delegowanego do 31 grudnia 2021 r.	0,7 eurocenta za minutę połączenia
Od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2022 r.	0,55 eurocenta za minutę połączenia
Od 1 stycznia 2023 r. do 31 grudnia 2023 r.	0,4 eurocenta za minutę połączenia
Od 1 stycznia 2024 r.	0,2 eurocenta za minutę połączenia

W 2021 r. przeliczenie euro na złotówki ma być dokonane na podstawie średniej referencyjnych kursów wymiany EUR – PLN publikowanych przez Europejski Bank Centralny w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniach 1 stycznia, 1 lutego i 1 marca 2021 r.

W kolejnych latach przeliczenie z euro na złotówki ma być dokonywane co roku (1 stycznia każdego roku) biorąc pod uwagę najbardziej aktualną średnią referencyjnych kursów wymiany EUR - PLN publikowanych przez Europejski Bank Centralny w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniach 1 września, 1 października i 1 listopada każdego roku. Wysokość docelowych stawek FTR i MTR jest jednakowa dla wszystkich państw członkowskich UE / EOG¹⁵.

¹⁵ **Europejski Obszar Gospodarczy, EOG** (ang. European Economic Area, EEA) – utworzona na podstawie porozumień i umów strefa wolnego handlu i Wspólny Rynek, obejmujące państwa Unii Europejskiej i Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA), z wyjątkiem Szwajcarii.

Co do zasady, postanowienia aktu delegowanego dotyczą wyłącznie połączeń inicjowanych w krajach EOG. Niemniej jednak, w poniższych przypadkach również stosuje się stawki z aktu delegowanego:

1. gdy państwo trzecie (spoza EOG) stosuje stawki FTR/MTR nie wyższe niż wynikające z aktu delegowanego, albo
2. gdy operator z państwa trzeciego (spoza EOG) reguluje wysokość stawki FTR/MTR zgodnie z zasadami wskazanymi w art. 75 EKŁE oraz Załączniku III do EKŁE, oraz gdy państwo to jest wpisane na listę stanowiącą, załącznik do aktu delegowanego.

Zgodnie z motywem 2 aktu delegowanego „*niniejsze rozporządzenie pozostaje bez uszczerbku dla przysługujących krajowym organom regulacyjnym uprawnień do definiowania rynków właściwych stosownie do okoliczności krajowych, przeprowadzania testu trzech kryteriów i wprowadzania środków naprawczych innych niż kontrola cen zgodnie z art. 64 ust. 3, art. 67 i 68 kodeksu. W związku z tym wejście w życie niniejszego rozporządzenia nie będzie miało wpływu na obowiązki niezwiązane z ustalaniem cen nałożone obecnie przez krajowe organy regulacyjne na operatorów o znaczącej pozycji rynkowej w odniesieniu do usług zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych lub ruchomych, a zatem pozostaną one ważne do czasu ich przeglądu zgodnie z przepisami unijnymi i krajowym*”.

Zatem akt delegowany w zakresie swojej mocy obowiązującej odnosi się jedynie do obowiązku cenowego. Obowiązki pozacenowe nakładane przez NRA¹⁶ są poza zakresem regulacji określonej w akcie delegowanym. Akt delegowany pozostaje bez uszczerbku dla uprawnień NRA w zakresie definiowania rynków właściwych, przeprowadzania testu trzech kryteriów i nakładania środków zaradczych innych niż kontrola cen zgodnie z art. 64 ust. 3, art. 67 i 68 EKŁE (art. 22 - 24 Pt). W konsekwencji, wejście w życie aktu delegowanego, nie miało wpływu na obowiązki pozacenowe, które są obecnie stosowane przez Prezesa UKE wobec operatorów o znaczącej pozycji rynkowej w odniesieniu do usług zakańczania połączeń w sieci stacjonarnej i mobilnej, a zatem pozostały ważne do czasu ich przeglądu, zgodnie z przepisami unijnymi i krajowymi.

W związku z wejściem w życie od 1 lipca 2021 r. stosowanych bezpośrednio przepisów aktu delegowanego dotyczących w szczególności wysokości stawki MTR, Prezes UKE nie przeprowadził analizy w celu utrzymania/zmiany/uchylenia obowiązku kosztowego nałożonego Wcześniejszą decyzją SMP na podstawie art. 44 Pt. Odnośnie obowiązku z art. 44 Pt bowiem, w związku z obowiązkiem bezpośredniego stosowania stawki MTR wynikającej z aktu delegowanego, wydana zostanie decyzja deklaratoryjna tj. stwierdzająca wygaśnięcie z dniem 1 lipca 2021 r. Wcześniejszej decyzji SMP, w zakresie, w jakim odnosi się ona do obowiązku kontroli cen z art. 44 Pt.

Ponadto z regulacji aktem delegowanym wyłączone są połączenia do numerów wykorzystywanych na potrzeby:

- usług o podwyższonej opłacie (tzw. Premium Rate Services),
- usług bezpłatnych,
- usług o opłacie podzielonej (usługi o wartości dodanej),
- strefowych Abonenckich Usług Specjalnych (strefowe AUS),
- komunikacji maszyna – maszyna (M2M).

¹⁶ NRA – z ang. *National Regulatory Authority* – krajowy organ regulacyjny

Urząd Komunikacji Elektronicznej

Warszawa, ul. Giełdowa 7/9,

tel. 22 53 49 440, fax 22 53 49 306, platforma e-usług: pue.uke.gov.pl

6. Odniesienie do podań, wniosków i zarzutów wniesionych przez strony oraz uczestników postępowania

Operator oraz PIIT nie złożyły stanowisk (nie dotyczy stanowisk Operatora i PIIT złożonych w postępowaniu konsultacyjnym) lub wniosków w niniejszym postępowaniu.

7. Odniesienie do Załączników stanowiących integralną część niniejszej decyzji

Załącznik nr 1 do niniejszej decyzji zawierający dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Operatora, stanowi integralną część niniejszej decyzji.

Załącznik nr 2 do niniejszej decyzji zawierający komentarz Prezesa UKE do stanowisk zgłoszonych przez uczestników postępowania konsultacyjnego, jakie zostało przeprowadzone w dniach 5 lipca – 4 sierpnia 2021 r., stanowi integralną część niniejszej decyzji.

8. Natychmiastowe wykonanie Decyzji

Zgodnie z art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, decyzje w sprawie ustalenia znaczącej pozycji rynkowej i nałożenia, zniesienia lub zmiany obowiązków regulacyjnych podlegają natychmiastowemu wykonaniu.

Mając powyższe na uwadze, decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

POUCZENIE

Stosownie do art. 206 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne w związku z art. 479⁵⁸ § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r., poz. 1575, dalej „k.p.c.”) od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wnoszone za pośrednictwem Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji.

Od odwołania od niniejszej decyzji pobiera się opłatę stałą w kwocie 1000 zł, na podstawie art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 755 z późn. zm., zwanej dalej „Ustawą o kosztach sądowych”).

Strona może ubiegać się o zwolnienie od kosztów sądowych stosownie do przepisów Tytułu IV Ustawy o kosztach sądowych lub przyznanie pomocy prawnej z urzędu stosownie do przepisów Części I Tytułu V Działu II k.p.c.

Prezes

Jacek Oko

Otrzymują:

1. (dane osobowe)
Pełnomocnik Orange Polska S.A.
Al. Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa
2. (dane osobowe)
pełnomocnik Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji
Al. Jerozolimskie 136
(IX piętro)
02-305 Warszawa

Załącznik nr 1
Dane stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa

Urząd Komunikacji Elektronicznej
Warszawa, ul. Giełdowa 7/9,
tel. 22 53 49 440, fax 22 53 49 306, platforma e-usług: pue.uke.gov.pl