



Warszawa, dnia 17 stycznia 2018 r.

**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

DHRT.SMP.6040.2.2017.177

EmiTel sp. z o.o.

ul. Franciszka Klimczaka 1
02-797 Warszawa

**Krajowa Izba Gospodarcza
Elektroniki i Telekomunikacji**

ul. Stępińska 22/30
00-739 Warszawa

**Polska Izba Informatyki
i Telekomunikacji**

Al. Jerozolimskie 136 (IX piętro)
02-305 Warszawa

**Polska Izba Komunikacji
Elektronicznej**

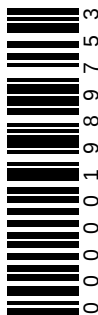
ul. Przemysłowa 30
00-450 Warszawa

Polska Izba Radiodfuzji Cyfrowej

ul. Grunwaldzka 104
60-307 Poznań

DECYZJA

Na podstawie art. 24 pkt 1 i pkt 2 lit. a, w związku z art. 21 oraz art. 22 ust. 1 i ust. 2, art. 34 ust. 1 i ust. 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i ust. 2, art. 38 ust. 1, art. 40 ust. 1 i art. 42 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r., poz.



1907 z późn. zm., 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 2017 r. poz. 1257, dalej „kpa”), w związku z art. 206 ust. 1 Pt:

- I. Określam rynek właściwy jako krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym;
- II. Ustaliam, że na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej;
- III. Wyznaczam EmiTel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej również: „EmiTel” lub „Spółka”) jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym;
- IV. Nakładam na EmiTel następujące obowiązki regulacyjne w zakresie niezbędnym do zapewnienia przez Spółkę dostępu do infrastruktury, służącej do świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym:
 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 infrastruktury, sieci oraz udogodnień towarzyszących, polegający w szczególności na:
 - a. zapewnieniu określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy, systemów transmisyjnych oraz urządzeń telekomunikacyjnych, a także innych zasobów, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną;
 - b. zapewnieniu dostępu do usługi dosyłu do sieci telekomunikacyjnej EmiTel na potrzeby świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym;
 - c. zapewnieniu infrastruktury telekomunikacyjnej, w tym masztów, słupów, wież lub innych obiektów i urządzeń technicznych w celu umieszczenia, montażu i podłączenia na obiektach EmiTel sprzętu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego chcącego współkorzystać z infrastruktury EmiTel;
 - d. zapewnieniu kolokacji polegającej na udostępnianiu przestrzeni fizycznej oraz innych form wspólnego korzystania z budynków;
 - e. zapewnieniu udogodnień towarzyszących usłudze transmisji radiofonicznych;
 - f. prowadzeniu w dobrej wierze negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego;
 2. obowiązek, o którym mowa w art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności przez:

- a. 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, w szczególności w zakresie opłat za wykorzystywanie infrastruktury telekomunikacyjnej, linii światłowodowych oraz radiolinii należących do EmiTel w celu uniknięcia dyskryminacji w zakresie warunków świadczonych usług, opłat oraz jakości usług;
 - b. stosowanie, w zakresie realizacji usług na rzecz przedsiębiorców telekomunikacyjnych, kluczowych wskaźników efektywności KPI (ang. Key Performance Indicators);
3. obowiązek, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na ogłaszaniu lub udostępnianiu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego dotyczących informacji księgowych, specyfikacji technicznych sieci telekomunikacyjnej i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci telekomunikacyjnej, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, obiektów i infrastruktury, a także opłat, w szczególności:
 - a. zakres informacji obejmuje wszystkie informacje dotyczące specyfikacji technicznych sieci telekomunikacyjnej i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki i architektury sieci, lokalizacji i przebiegu elementów infrastruktury oraz ich zajętości, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci telekomunikacyjnej, a także opłat, dotyczących infrastruktury telekomunikacyjnej EmiTel niezbędnej do wnioskowania o dostęp oraz świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym;
 - b. ogłaszanie co najmniej raz na kwartał, na oficjalnej stronie internetowej EmiTel, wartości wskaźników efektywności (KPI), liczonych odrębnie dla EmiTel oraz odrębnie dla poszczególnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie realizacji usług na rzecz przedsiębiorców telekomunikacyjnych;
 - c. udostępnianie zestawienia wartości wskaźników KPI, o których mowa w pkt IV ppkt 3 lit. b decyzji każdemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu, któremu EmiTel świadczy usługi hurtowe, zawierającego wartości indywidualnych KPI dla danego przedsiębiorcy oraz zestawienia KPI dla wszystkich zdarzeń, na podstawie którego ten przedsiębiorca będzie w stanie zweryfikować swój indywidualny wskaźnik KPI;
 - d. publikacja informacji wskazanych w pkt IV ppkt 3 lit. a-b decyzji nastąpi w formie elektronicznej na oficjalnej stronie internetowej EmiTel;
 - e. informacje, o których mowa w pkt IV ppkt 3 lit. a decyzji 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;
 - f. informacje dotyczące wskaźników KPI należy udostępnić na wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 (jednego) tygodnia od dnia jego wpływu do EmiTel.

4. obowiązek, o którym mowa w art. 38 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na prowadzeniu rachunkowości regulacyjnej w sposób umożliwiający identyfikację przepływów transferów wewnętrznych, związanych z działalnością w zakresie dostępu telekomunikacyjnego zgodnie z przepisami art. 49 - 54 ustawy Prawo telekomunikacyjne i odpowiednimi aktami wykonawczymi do ustawy Prawo telekomunikacyjne;
 5. obowiązek, o którym mowa w art. 40 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty przez EmiTel. W celu oceny prawidłowości wysokości opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, Prezes UKE będzie mógł zastosować następujące sposoby weryfikacji i ustalania opłat:
 - retail minus (cena detaliczna minus),
 - cost orientation (orientacja kosztowa),
 - benchmarking (uwzględnienie wysokości opłat stosowanych na porównywalnych rynkach konkurencyjnych);
 6. obowiązek, o którym mowa w art. 42 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na przygotowaniu i przedstawieniu w terminie 3 (trzech) miesięcy od dnia doręczenia decyzji projektu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym, jaka ma być stosowana przez EmiTel, zgodnie z zakresem wskazanym w Załączniku nr 1 do decyzji;
- V. Załącznik nr 1 - Zakres oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym obejmującej świadczenie usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym - stanowi integralną część decyzji;
- VI. Załącznik nr 2 zawierający dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowi integralną część decyzji.

Decyzja niniejsza, 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 w sprawie wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej oraz nałożenia obowiązków regulacyjnych

W związku z rozpoczęciem analizy hurtowego rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, począwszy od dnia 2 lutego 2016 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE” lub „Regulator”) zwracał się do uczestników tego rynku o przekazanie informacji niezbędnych do analiz.

Pismem z dnia 12 maja 2017 r. Prezes UKE zawiadomił EmiTel o wszczęciu postępowania w sprawie:

- a. 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,

- b. ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą,
- c. 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,
- d. utrzymania, zmiany albo uchylenia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku.

Pismem z dnia 23 maja 2017 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej: 31 maja 2017 r.) Polska Izba Radiodiffuzji Cyfrowej (dalej: „PIRC”) złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu.

Pismem z dnia 2 czerwca 2017 r. Prezes UKE postanowił o dopuszczeniu PIRC do udziału w niniejszym postępowaniu.

Pismem z dnia 14 czerwca 2017 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej: 19 czerwca 2017 r.) Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji (dalej: „KIGEiT”) złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu.

Pismem z dnia 17 czerwca 2017 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej: 22 czerwca 2017 r.) EmiTel złożyła wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z listy przedsiębiorców i oferowanych przez nich obiektów, działających na analizowanym przez Prezesa UKE rynku i ustalonych przez EmiTel w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług emisji programów Polskiego Radia S.A. w zakresie UKF-FM ogłoszonych w 2016 r.

Pismem z dnia 22 czerwca 2017 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej: 28 czerwca 2017 r.) Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (dalej: „PIIT”) złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu.

Pismem z dnia 3 lipca 2017 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej: 10 lipca 2017 r.) Polska Izba Komunikacji Elektronicznej (dalej: „PIKE”) złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu.

Pismami z dnia 17 lipca 2017 r. Prezes UKE postanowił o dopuszczeniu KIGEiT, PIIT i PIKE do udziału w niniejszym postępowaniu.

Pismem z dnia 18 września 2017 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej: 21 września 2017 r.) PIKE złożyła stanowisko w toku postępowania oraz wniosła o przeprowadzenie dowodu z obowiązujących pozwoleń na używanie urządzeń nadawczych dla stacji radiofonicznych wydanych przez Prezesa UKE, przeprowadzenie dowodu z wykazu obowiązujących koncesji oraz wybranych decyzji koncesyjnych, przeprowadzenia dowodu z publicznie dostępnej dokumentacji przetargów publicznych na świadczenie usług emisji programów dla Polskiego Radia S.A. w zakresie UKF i UKF-FM, przeprowadzenia dowodu z bazy danych Geodezyjnej Ewidencji Sieci Uzbrojenia Terenu oraz wydanie przez Prezesa UKE postanowienia o występowaniu na analizowanym rynku skutecznej konkurencji.

Pismem z dnia 21 września 2017 r. (data doręczenia do UKE 26 września 2017 r.) EmiTel wniosła o dołączenie i przeprowadzenie dowodu ze wskazanych w tym piśmie dokumentów.

Pismami z dnia 29 września 2017 r. Prezes UKE zawiadomił Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej „Prezes UOKiK”), Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (dalej „KRRiT”) oraz uczestników postępowania o rozpoczęciu w tym dniu postępowania konsultacyjnego dotyczące projektu decyzji.

Pismem z dnia 29 września 2017 r. (data doręczenia do UKE 13 października 2017 r.) PIIT złożyła wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z informacji zawartych w bazie danych prowadzonej przez Prezesa UKE dotyczących wydanych pozwoleń radiowych oraz z informacji zawartych w mapie zasadniczej każdego Powiatowego Zasobu Kartograficznego i Geodezyjnego w Polsce.

Pismem z dnia 6 października 2017 r. (data doręczenia do UKE 9 października 2017 r.) Amerykańska Izba Handlowa w Polsce (dalej „AIH”) złożyła wniosek w trybie art. 31 § 5 kpa o wyrażenie zgody na przedstawienie poglądu w sprawie przez organizację społeczną.

Pismem z dnia 11 października 2017 r. (data doręczenia do UKE 19 października 2017 r.) EmiTel podniósł, że przekazany do konsultacji projekt decyzji nie uwzględnia zasad udostępniania infrastruktury krytycznej (w rozumieniu ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 209 z późn. zm.) oraz udostępniania informacji o infrastrukturze krytycznej, które stanowią informację niejawną w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1167 z późn. zm.)

W dniu 18 października 2017 r. Prezes UKE zawiadomił uczestników postępowania o włączeniu materiału dowodowego do akt sprawy.

W dniu 18 października 2017 r. Prezes UKE wydał postanowienia o ograniczeniu uczestnikom postępowania wglądu do materiałów postępowania zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 30 października 2017 r. zakończyło się postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji. Stanowiska konsultacyjne przesłały następujące podmioty: EmiTel, AIH, Bcast sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (w tym stanowisko zastrzeżone), KIGEiT, PIKE, Grupa RMF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Radio eM Kielce, Radio ESKA S.A. z siedzibą w Warszawie, Radio fiat, Katolicka Rozgłośnia Diecezji Pelplińskiej Radio Głos, Polskie Radio Regionalna Rozgłośnia w Koszalinie Radio Koszalin S.A., Polskie Radio Regionalna Rozgłośnia w Łodzi Radio Łódź S.A., Radio Maryja z siedzibą w Toruniu, Radio PiK S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, Polskie Radio Regionalna Rozgłośnia w Poznaniu Radio Poznań S.A., Polskie Radio Szczecin S.A., Via Katolickie Radio Rzeszów, Radio Victoria, Polskie Radio Regionalna Rozgłośnia we Wrocławiu Radio Wrocław S.A. oraz Prezes UOKiK.

Postanowieniem z dnia 31 października 2017 r. Prezes UKE wyraził zgodę na przedstawienie przez AIH w trybie art. 31 § 5 kpa poglądu w sprawie.

Pismem z dnia 15 listopada 2017 r. (data doręczenia do UKE 16 listopada 2017 r.) EmiTel złożyła wniosek o włączenie do materiału dowodowego akt sprawy wskazanych w piśmie dokumentów i przeprowadzenie wniosków dowodowych..

Pismem z dnia 15 listopada 2017 r. Prezes UKE notyfikował Komisji Europejskiej (dalej: „KE”, „Komisja”), Organowi Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej

i organom regulacyjnym innych państw członkowskich projekt decyzji regulacyjnej dotyczącej przedmiotowego rynku właściwego.

W dniu 15 listopada 2017 r. Prezes UKE przekazał projekt decyzji Prezesowi UOKiK celem zajęcia przez ten organ stanowiska, w myśl art. 106 § 1 kpa.

W dniu 15 listopada 2017 r. Prezes UKE poinformował strony postępowania o przekazaniu projektu decyzji Prezesowi UOKiK.

Pismem z dnia 22 listopada 2017 r. KE zwróciła się do Prezesa UKE z prośbą o dodatkowe informacje odnośnie notyfikowanego rozstrzygnięcia.

Pismem z dnia 24 listopada 2017 r. (data doręczenia do UKE 27 listopada 2017 r.) EmiTel złożyła stanowisko zawierające zarzuty: nieproporcjonalności nakładanych obowiązków regulacyjnych, ingerencji poprzez decyzję w stosunki prawne z podmiotami trzecimi, ograniczenia wolności działalności gospodarczej, uzupełnione o opinię prof. Macieja Rogalskiego.

W dniu 28 listopada 2017 r. Prezes UOKiK wydał, na podstawie art. 106 § 5 kpa postanowienie uznające za zasadne proponowane przez Prezesa UKE rozstrzygnięcie zawarte w decyzji.

W dniu 28 listopada 2017 r. Prezes UKE przekazał KE żądane informacje.

W dniu 29 listopada KE zwróciła się o przekazanie dodatkowych informacji. Tego samego dnia Prezes UKE przekazał KE dodatkowe informacje.

Pismem z dnia 4 grudnia 2017 r. (data doręczenia do UKE 6 grudnia 2017 r.) EmiTel złożyła stanowisko dotyczące definicji rynku właściwego, oceny barier w dostępie do rynku, oceny struktury rynku, sposobu oceny wielkości udziałów rynkowych EmiTel, równoważącej siły rynkowej nadawców, uzupełnione o raport Deloitte pt. „Raport ekonomiczny dot. potrzeby regulacji ex ante”, ekspertyzę Audytel pt. „Analiza barier wejścia na rynek świadczenia usług transmisji programów telewizyjnych i radiowych”.

Pismem z dnia 11 grudnia 2017 r. (data doręczenia do UKE 13 grudnia 2017 r.) EmiTel złożyła wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dołączonych decyzji administracyjnych o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzielenia zezwolenia na budowę konstrukcji wysokościowych na okoliczność, że budowa obiektu wieżowego telekomunikacyjnego wraz z uzyskaniem zezwoleń administracyjnych zajmuje jedynie kilka miesięcy i jest procesem standardowym.

W dniu 15 grudnia 2017 r. KE wydała decyzję, w której zaakceptowała notyfikowany projekt rozstrzygnięcia oraz przedstawiła dwie uwagi w trybie art. 7 ust. 3 Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U. L 108, 24.4.2002), zwaną dalej także „dyrektywą ramową”. W pierwszej uwadze Komisja wskazała na zasadność przeanalizowania przy kolejnym przeglądzie rynku **rozróżnienia** między obiektami, które mogą być powielane, i tymi, których charakter sprawia, że są niezbędne do zapewnienia ogólnokrajowych lub regionalnych usług transmisji programów. W drugiej uwadze Komisja zwróciła się o doprecyzowanie w śródku ostatecznym, jaką metodę obliczania kosztów Prezes UKE uzna za właściwą i w jakich okolicznościach rozważy zatwierdzanie opłat proponowanych przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej.

W dniu 18 grudnia 2017 r. Prezes UKE powiadomił strony o włączeniu dokumentów do akt sprawy oraz wyznaczył stronom termin na wypowiedzenie się co do zebranych materiałów i dowodów.

Pismem z dnia 18 grudnia 2017 r. (data doręczenia do UKE 20 grudnia 2017 r.) EmiTel złożyła stanowisko dotyczące potrzeby wyznaczenia wielkości udziałów rynkowych EmiTel z uwzględnieniem okoliczności dotyczących działalności EmiTel (potrzeba uwzględnienia faktu, że EmiTel świadcząc usługi transmisji opiera się na infrastrukturze podmiotów trzecich, a także okoliczności dotyczących rynku właściwego (potrzeba uwzględnienia wielkości podaży obiektów, które mogą zostać wykorzystane do zapewnienia transmisji programów telewizyjnych (mając na uwadze kontekst w jakim występuje ten fragment pisma, Prezes UKE uznał, iż EmiTel miała w istocie na myśli transmisje programów radiofonicznych)).

Pismem z dnia 19 grudnia 2017 r. (data doręczenia do UKE 21 grudnia 2017 r.) EmiTel złożyła pismo zawierające wniosek o udostępnienie EmiTel w ramach toczącego się postępowania administracyjnego: (a) dowodów dotyczących odmowy dostępu do infrastruktury EmiTel, (b) informacji (danych) na jakich przyjęto, że istnieje potencjał do nadużyć przez EmiTel związanych z ceną (zawężanie marży lub subsydiowanie skrośne tych działań, w których EmiTel nie jest narażony na presję konkurencyjną), (c) dowodów potwierdzających, że istniejąca infrastruktura nie stanowi odpowiedniej alternatywy dla zasobów EmiTel, które mają zasięg ogólnokrajowy.

Pismem z dnia 21 grudnia 2017 r. (data doręczenia do UKE 27 grudnia 2017 r.) EmiTel złożyła stanowisko dotyczące tego, że EmiTel nie stosowała praktyk polegających na różnicowaniu cen w zależności od tego, czy spodziewała się wystąpienia konkurencji w danym postępowaniu przetargowym.

Pismem z dnia 21 grudnia 2017 r. (data doręczenia do UKE 29 grudnia 2017 r.) EmiTel złożyła stanowisko dotyczące potrzeby wyznaczenia wielkości udziałów rynkowych EmiTel z uwzględnieniem okoliczności dotyczących działalności EmiTel (potrzeba uwzględnienia faktu, że EmiTel świadcząc usługi transmisji opiera się w znacznym stopniu na infrastrukturze podmiotów trzecich), a także okoliczności dotyczących rynku właściwego (potrzeba uwzględnienia wielkości podaży obiektów, które mogą być wykorzystane do zapewnienia transmisji programów telewizyjnych).

Pismem z dnia 5 stycznia 2018 (data doręczenia do UKE 8 stycznia 2018 r.) EmiTel złożyła pismo zawierające zarzut braków dotyczących przeprowadzonego postępowania konsolidacyjnego polegających na nie odniesieniu się przez Prezesa UKE do wniosków dowodowych przed notyfikowaniem projektu decyzji KE. Mając to na uwadze, EmiTel wezwała Prezesa UKE do powtórnego notyfikowania KE projektu decyzji (po przeprowadzeniu postępowania dowodowego).

Pismem z dnia 8 stycznia 2018 r. (data doręczenia do UKE 10 stycznia 2018 r.) EmiTel poinformowała, że pełnomocnikowi EmiTel nie zostało udostępnione w ramach przeglądania akt w dniu 27 grudnia 2017 r., pismo KE z dnia 22 listopada 2017 r.

Pismem z dnia 9 stycznia 2018 r. (data doręczenia do UKE 10 stycznia 2018 r.) EmiTel złożyła wniosek dotyczący dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków: Zbigniewa Nowaka oraz Radosława Weissa, a także dowodu z oględzin obiektów wykorzystywanych na potrzeby obsługi MUX 4, na okoliczność istnienia infrastruktury alternatywnej dla infrastruktury EmiTel do świadczenia usługi transmisji programów radiowych.

W dniu 11 stycznia 2018 r. Prezes UKE doręczył EmiTel pismo Komisji z dnia 22 listopada 2017 r. *Case PL/2017/2037 – the wholesale market for television and radio broadcasting services in Poland. Request for information pursuant to article 5(2) of Directive 2002/21/EC* oraz wydruk korespondencji e-mail z dnia 29 listopada 2017 r. pomiędzy KE, a Prezesem UKE.

Pismem z dnia 12 stycznia 2018 r. (data doręczenia do UKE 15 stycznia 2018 r.) EmiTel złożyła wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wniosku Bcast sp. z o.o. z dnia 14 października 2016 r. i Łukasza Studenckiego TRANSMISJA z dnia 26 stycznia 2017 r. oraz oględzin na obiektach objętych tymi wnioskami celem ustalenia, czy istniały obiektywne przeszkody do ich realizacji.

Pismem z dnia 12 stycznia 2018 r. (data doręczenia do UKE 15 stycznia 2018 r.) EmiTel złożyła wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Pawła Paliszek – Saładyga na okoliczność, że obiekty wymienione we wniosku dowodowym EmiTel są kominami i są wykorzystywane do transmisji programów telewizyjnych i radiowych oraz dowodu z oględzin tych obiektów.

Pismem z dnia 12 stycznia 2018 r. (data doręczenia do UKE 15 stycznia 2018 r.) EmiTel złożyła wniosek o udostępnienie EmiTel informacji, w jaki sposób Prezes UKE ustalił, że (a) nawet w tych przypadkach, w których obiekty EmiTel mogą być zastąpione, to wciąż są one trudne do powielenia, (b) charakterystyka rynku sprawie, że budowa „równoległej” ogólnopolskiej infrastruktury, nie znajduje uzasadnienia ekonomicznego.

Pismem z dnia 15 stycznia 2018 r. (data doręczenia do UKE 15 stycznia 2018 r.) EmiTel stwierdziła, że doręczone pełnomocnikowi EmiTel w dniu 11 stycznia 2018 r. zawiadomienie o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań w terminie do 15 stycznia 2018 r., jest przedwczesne, albowiem do chwili złożenia tego pisma, Prezes UKE nie wydał postanowienia w przedmiocie dopuszczenia lub odmowy dopuszczenia dowodów zgłoszonych przez EmiTel w toku postępowania.

Pismem z dnia 15 stycznia 2018 r. (data doręczenia do UKE 15 stycznia 2018 r.) EmiTel złożyła stanowisko dotyczące konieczności wykorzystania 55 obiektów wymienionych w Tabeli 4 decyzji do budowy sieci o ogólnopolskim zasięgu.

Pismem z dnia 15 stycznia 2018 r. (data doręczenia do UKE 16 stycznia 2018 r.) PIKE złożyła wniosek o wyznaczenie terminu na zapoznanie się z aktami sprawy i zajęcie końcowego stanowiska w sprawie.

W dniu 17 stycznia 2018 r. Prezes UKE wydał postanowienie o ograniczeniu wglądu do wskazanych w tym postanowieniu materiałów postępowania zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 17 stycznia 2018 r. Prezes UKE wydał postanowienie w przedmiocie odmowy przeprowadzenia złożonych w toku postępowania wniosków dowodowych.

1.1. Prawne podstawy dla analizy rynków właściwych

Po przeprowadzeniu analizy rynku w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych, Prezes UKE określa rynek właściwy uwzględniając, stosownie do dyspozycji art. 22 ust. 1 pkt 1 Pt, 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. Dokument, do którego odnosi się art. 19 ust. 3 Pt to Wytyczne Komisji Europejskiej nr 2002/C 165/03 w sprawie analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej zgodnie z ramami

regulacyjnymi Wspólnoty dotyczącymi sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE C165 z dnia 11 lipca 2002 r., s. 6 - 31), dalej „Wytyczne Komisji”.

Przez „rynek właściwy” rozumie się, zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz. U. z 2017, poz. 229 z późn. zm., dalej „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów” lub „ustawa o o.k.i.k”), rynek towarów¹, które ze względu na ich przeznaczenie 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 ustawy Prawo telekomunikacyjne, powinien kierować się Prezes UKE przy analizie rynków właściwych i ustalaniu pozycji znaczącej, przewidują², iż na mocy nowych ram regulacyjnych, rynki, które mają być regulowane, definiuje się zgodnie z zasadami europejskiego prawa konkurencji, tak jak zostały one przedstawione przez Komisję w zaleceniu dotyczącym właściwych rynków produktów i usług zgodnie z art. 15 ust. 1 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE L 295 z dnia 11 października 2014 r., dalej także „dyrektywa ramowa”)³.

Obecnie obowiązującym zaleceniem Komisji Europejskiej dotyczącym właściwych rynków produktów i usług zgodnie z art. 15 ust. 1 dyrektywy ramowej jest Zalecenie 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 (Dz. Urz. UE L 295 z dnia 9 października 2014 r. str. 79) (dalej: „Zalecenie 2014”).

Rynek będący przedmiotem analizy w niniejszym postępowaniu nie został w wyżej wymienionym zaleceniu zdefiniowany, co jednak nie oznacza, że Prezes UKE nie może przeprowadzić jego analizy. Zgodnie bowiem z aktualnym Zaleceniem z 2014 r., rynek który nie został wymieniony w tym Zaleceniu może podlegać regulacji *ex ante*, jeżeli spełnia kryteria określone w tzw. teście trzech kryteriów. Wskazać należy, że w stosunku do analizowanego rynku Prezes UKE przeprowadził taki test w pkt 3 niniejszej decyzji.

Przechodząc do uzasadnienia sposobu określenia rynku właściwego w niniejszym postępowaniu Prezes UKE wskazuje, że zgodnie z pkt 34 Wytycznych Komisji użycie terminu „rynek właściwy” oznacza opis produktów lub usług, które tworzą ten rynek oraz ustalenie geograficznego zasięgu rynku (terminy: „produkty” i „usługi” są używane zamiennie w niniejszym tekście)⁴. Rynek składa się zatem z produktów lub usług, przy czym pojęcia te są stosowane zamiennie. Z uwagi na powyższe oraz uwzględniając praktykę obrotu gospodarczego na rynku telekomunikacyjnym (na którym działalność telekomunikacyjna polega co do zasady na świadczeniu usług), Prezes UKE zdecydował się określić analizowany i regulowany mocą niniejszej decyzji rynek jako krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi

¹ 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.

² Wytyczne Komisji (pkt 1.1.4).

³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2002L0021:20090702:PL:HTML>.

⁴ Wytyczne Komisji (pkt 34): The use of the term ‘relevant market’ implies the description of the products or services that make up the market and the assessment of the geographical scope of that market (the terms ‘products’ and ‘services’ are used interchangeably throughout this text).

transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

Zgodnie z Zaleceniem Komisji (motyw 7) zarówno dla Komisji, jak i dla krajowych organów regulacyjnych punktem wyjścia dla określenia rynków hurtowych, które miałyby podlegać regulacji ex ante, jest analiza odpowiadających im rynków detalicznych. Analizy tej dokonuje się poprzez rozpatrzenie, w ujęciu prognostycznym i dla danego horyzontu czasowego, substytucyjności po stronie popytu oraz, w stosownych przypadkach, po stronie podaży.

Mając na względzie powyższe, Prezes UKE uznał za celowe przeanalizowanie w szczególności, jakie usługi i produkty wchodzą w skład krajowego rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, objętego niniejszą decyzją, zarówno na poziomie detalicznym, jak i hurtowym.

1.2. Rynek produktowy na szczeblu detalicznym

Kierując się wskazówkami wynikającymi z Wytocznych Komisji, ustaleniami dokonanymi w toku postępowania oraz własną analizą, Prezes UKE postanowił dla celów niniejszej decyzji określić zakres produktowy rynku na poziomie detalicznym w sposób opisany poniżej.

Stronę popytową na szczeblu detalicznym tworzą nadawcy radiowi, zainteresowani tym, aby ich oferta programowa docierała do jak największego grona użytkowników końcowych. Im większe jest grono potencjalnych odbiorców końcowych danego programu radiofonicznego tym większe jest zainteresowanie nadawców daną metodą transmisji jego sygnału.

Transmisja programów radiofonicznych służy nadawcom radiofonicznym do dotarcia do użytkowników końcowych ze swoją ofertą programową. Nadawcy radiofoniczni rozpowszechniają lub rozprawdzają (transmitują) swoje programy w różnych sieciach transmisyjnych tak, aby dotrzeć do jak najszerzego kręgu odbiorców.

Obecnie sygnał radiofoniczny można transmitować przede wszystkim za pomocą:

1. analogowej lub cyfrowej sieci rozsiewczej naziemnej,
- oraz
2. transmisji satelitarnej/platformy satelitarnej,
3. sieci kablowych⁵,
4. innych niż sieci kablowe sieci telekomunikacyjnych⁶.

Wymienione wyżej, poszczególne sposoby transmisji programów radiofonicznych różnią się swoją dostępnością geograficzną oraz kosztem dla użytkownika końcowego, ale przede wszystkim popularnością wśród użytkowników końcowych.

Słuchanie programów radiofonicznych jest w Polsce bardzo popularne. Blisko 75% Polaków słucha radia co najmniej raz w tygodniu, przy czym 51,4% robi to codziennie. Dla większości słuchaczy (73%) najpopularniejsze otoczenie dla słuchania radia stanowi dom. Słuchanie radia w samochodzie zadeklarowało 48% respondentów. Wśród aktywnych zawodowo słuchaczy ok. 31% słucha radia w miejscu wykonywania swojej pracy. Miejsce słuchania radia różnicuje wiek, a co za tym idzie styl życia. Osoby w wieku 25-39 lat, ze względu na swoją aktywność

⁵Sieci kablowe w decyzji odnoszą się do sieci operatorów telewizji kablowej CATV, realizowanej w oparciu o kable koncentryczne lub w technologii mieszanej, czyli światłowodowo-koncentrycznej.

⁶Innych niż sieci kablowe sieci telekomunikacyjne odnoszą się do pozostałych sieci operatorów stacjonarnych, innych niż sieci operatorów kablowych

zawodową istotnie częściej słuchają radia w samochodzie (64%) oraz w pracy (27%). Z kolei w grupie osób powyżej 60 lat ponad 90% słucha radia w domu.⁷

Najbardziej popularną formą słuchania programów radiofonicznych przez użytkowników końcowych jest analogowy odbiór naziemny. Radio analogowe/tradycyjne, nadające na falach długich⁸, średnich⁹ lub ultrakrótkich-UKF¹⁰, odbierane jest za pośrednictwem analogowych stacjonarnych, przenośnych lub samochodowych radioodbiorników. W radioodbiornik analogowy wyposażonych jest ok. ¾ gospodarstw domowych (najtańsze radioodbiorniki analogowe można kupić już od ok. 40PLN – kwota ta jest w zasięgu możliwości finansowych większości Polaków) oraz przeważająca większość samochodów. Także większość telefonów komórkowych ma wbudowany odbiornik analogowy. Z biegiem lat, rozwoju smartfonów oraz równoległe internetowych rozgłośni radiowych i streamingu muzyki, producenci telefonów zaczęli wycofywać wbudowane radio analogowe ze swoich urządzeń. Okazało się jednak, że brak radia analogowego wyklucza takie smartfony z listy zakupowej szerokiej grupy potencjalnych nabywców. Obecność tradycyjnego radia w smartfonie jest stawiana na równi z agregacją pasm LTE i uważana za jedną z najważniejszych funkcji.¹¹ Dodatkowo, choć operatorzy komórkowi zarabiają na rosnącej popularności strumieniowania treści, zjawisko to na dzień dzisiejszy przysparza im sporo problemów. Powodem jest infrastruktura sieciowa nieprzygotowana na ogromny ruch generowany przez tego typu usługi. M.in. z tego powodu jeden z największych operatorów komórkowych na świecie, nie planuje wprowadzać do swojej oferty nowych smartfonów pozbawionych radia analogowego lub przynajmniej będzie zabiegał o to, by było ich jak najmniej. Przeciążona sieć to obecnie ogromny problem dla operatorów komórkowych stąd dążenie do ograniczenia strumieniowania treści przez osoby korzystające w większości z tańszych modeli smartfonów z systemem Android lub Windows. Radio tradycyjne w telefonie (w smartfonie) ma służyć tym klientom, którzy najprawdopodobniej nie będą korzystać ze strumieniowania muzyki, ze względu na dodatkowe opłaty lub nie będą dysponować pakietem internetowym wystarczającym do wykorzystania w pełni możliwości serwisów świadczących usługę strumieniowania muzyki¹². W przypadku analogowego odbioru naziemnego programów radiofonicznych jedynym kosztem, który jest ponoszony przez użytkownika końcowego (poza jednorazowym kosztem zakupu odbiornika) jest abonament radiowy.

Nadawanie na falach długich nie jest w Polsce popularne. Polska posiada tylko dwie częstotliwości na falach długich – 225 kHz i 198 kHz, w godzinach od 9.00 do 16.00. Migracja nadawców komercyjnych do tego pasma nie jest możliwa. W paśmie fal długich, na częstotliwości 225 kHz, z mocą 1000kW ERP¹³, co jest największą mocą nadawania

⁷http://www.wirtualnemedi.pl/artykul/51-proc-polakow-codziennie-slucha-radia-ponad-polowa-nie-slyszala-o-cyfryzacji_1

⁸Fale długie (fale kilometrowe) (ang. LF – Low Frequency lub LW – Long Waves), zakres fal radiowych o częstotliwości: 30-300 kHz i długości 10-1 km. Zakresy częstotliwości przydzielone dla potrzeb radiodifuzji to: 148.5 – 283.5 kHz.

⁹Fale średnie (fale hektometrowe), (ŚR, Ś), (ang. MF – Medium frequency) – zakres fal radiowych (pasmo radiowe) o częstotliwości: 300–3000 kHz i długości 1000–100 m. Obecnie radiofonie europejskie nadają programy na falach średnich w zakresie 522–1611 kHz z odstępem między kanałami 9 kHz. Zakresy częstotliwości przydzielone dla potrzeb radiodifuzji to: 526.5 – 1606.5 kHz.

¹⁰Fale metrowe (UKF, fale ultrakrótkie), ang. VHF (Very high frequency) – zakres fal radiowych (pasmo radiowe) o częstotliwości od 30 do 300 MHz, co odpowiada długości fali od 10 metrów do 1 metra. Zakresy częstotliwości przydzielone dla potrzeb radiodifuzji to: 87.50 – 108 MHz.

¹¹<http://www.telepolis.pl/artykuly/radio-fm-w-smartfonie-przezytek-czy-kuczowa-funkcja,3,3,969.html>

¹²<http://www.spidersweb.pl/2015/07/att-radio-fm-streaming-muzyki.html>

¹³ ERP, z angielskiego Effective Radiated Power, techniczny parametr określający zysk energetyczny półfalowej anteny dipolowej pomnożony przez moc doprowadzoną do anteny z podłączonego nadajnika

w naszym kraju, nadaje wyłącznie Polskie Radio - Program 1, z własnego Radiowego Centrum Nadawczego w Solcu Kujawskim. Z fizycznego punktu widzenia, nadawanie na falach długich jest najtańsze dla pokrycia silnym, stabilnym sygnałem dużej powierzchni. Większość radiosłuchaczy Polskiego Radia obiera jednak „Jedynkę” na falach ultrakrótkich (UKF). Głównym powodem tej sytuacji jest fakt, że fale długie nie są odporne na zakłócenia - nawet zwykły komputer w domu sprawia, że słuchacz słuchający programu na falach długich, odbiera go z charakterystycznymi szumami czy gwizdami. Dodatkowo na falach długich nie wysłuchamy programu radiofonicznego w stereo. Nadawanie na falach długich może mieć natomiast istotne znaczenie na wypadek klęski żywiołowej czy wojny. W takich nadzwyczajnych sytuacjach, za pomocą jednego obiektu nadającego analogowo na falach długich, można nadawać ważne komunikaty dla całego kraju. W warunkach normalnych, odbieranie programów na falach długich nosi w sobie raczej wartość sentymentalną dla fanów techniki radiowej, dla których jakość odbieranego sygnału nie ma aż tak dużego znaczenia. Ponadto większość radioodbiorników używanych przez Polaków nie jest dostosowana do odbioru programów nadawanych na falach długich, a jeżeli radioodbiornik posiada taką możliwość słuchacz musi przestawić zakres (domyślnie z UKF), co nie jest praktyką powszechną zważywszy także na fakt, że Polskie Radio równolegle nadaje na falach ultrakrótkich.

Podobnie jest w przypadku nadawania i odbierania programów radiofonicznych na falach średnich. Fale średnie, podobnie jak fale długie, są podatne na zakłócenia przemysłowe czy wynikające z włączonego telewizora lub komputera, a także na zakłócenia atmosferyczne (np. spowodowane wyładowaniami). Analogicznie jak na falach długich, na falach średnich, także nie wysłuchamy programu w stereo. Programy nadawane na falach średnich mogą być emitowane z niską mocą – do 1kW ERP. Ze względu na fizyczne warunki propagacji i silną tłumienność tych fal w ciągu dnia, zasięg nadawania programów jest mocno ograniczony, od kilku do kilkudziesięciu kilometrów (w nocy zasięg może zwiększyć się nawet do kilkuset kilometrów). W Polsce, poza nielicznymi stacjami, w ramach projektu Twoje Radio, których właścicielami są gminy, żaden inny nadawca nie nadaje w tym zakresie. Twoje Radio (inna nazwa: Radio AM) jest to sieć radia gminnego, budowana przez spółkę Polskie Fale Średnie S.A. oraz przez władze gmin chętnych do udziału w tym przedsięwzięciu. Budowane stacje nadawcze dysponują mocą od 0,1kW ERP do 0,8kW ERP. Rozgłośnie mają charakter lokalnych stacji informacyjnych nadających przeważnie ok. dwugodzinny program. W pozostałym czasie antenowym, stacje transmitują program sieciowy z głównego studia w Krakowie. Na falach średnich nie są obecnie nadawane szerzej słuchane programy radiofoniczne. Polskie Radio zrezygnowało z emisji na falach średnich pod koniec lat 90. Listę nadawanych programów na falach średnich zawiera poniższa tabela:

Tabela 1. Programy nadawane na falach średnich w Polsce

Nadawca	Program	Częstotliwość [kHz]
Polskie Fale Średnie S.A.	Radio AM Cmolasy	1062
Polskie Fale Średnie S.A.	Radio AM Puławy	1062
Polskie Fale Średnie S.A.	Radio AM Andrychów	1584
Polskie Fale Średnie S.A.	Twoje Radio Wawel	1602
Polskie Fale Średnie S.A.	Twoje Radio Krosno	1584
Polskie Fale Średnie S.A.	Twoje Radio Brzesko	963

Polskie Fale Średnie S.A.	Radio AM Silesia	531
Polskie Fale Średnie S.A.	Radio AM Lipsko	963
Polskie Fale Średnie S.A.	Radio AM Iłża	1602
Polskie Fale Średnie S.A.	Radio AM Włodawa	531

Źródło: UKE

Analogicznie jak w przypadku radiowej „Jedynki” nadawanej na falach długich, odbiór na falach średnich nie jest powszechny.

Najbardziej popularnym sposobem nadawania programów radiofonicznych w Polsce to nadawanie na falach ultrakrótkich – UKF. Analogowy naziemny odbiór programów radiofonicznych UKF jest prosty i szybki w dostępie. Dużą jego zaletą jest fakt, że odbiór ten jest możliwy w praktyce niemal w każdych warunkach (także w sytuacjach awaryjnych jak katastrofa, bardzo złe warunki atmosferyczne i pomimo spadku jakości, tzw. „szumów” jest on nadal możliwy), w odróżnieniu od radia nadawanego cyfrowo – w tym przypadku zanik jakości sygnału wiąże się z brakiem możliwości odbioru programu. Na UKF radiosłuchacz ma już możliwość odbierania programu radiofonicznego w stereo. W Polsce, wg. stanu na 25 maja 2017 r., prowadzonych było 1071 emisji, dla ok. 200 programów radiofonicznych na falach UKF w porównaniu do 10-ciu na falach średnich i jednej na falach długich. Biorąc to pod uwagę, w dalszej części analizy, pojęcie radia analogowego będzie używane w odniesieniu do radia analogowego nadawanego na falach UKF.

Analogowy naziemny odbiór programów radiofonicznych jest dostępny praktycznie na terenie całego kraju. Z danych zawartych w załączniku do Informacji KRRiT za rok 2015¹⁴ wynika, że największe stacje radiowe ogólnopolskie docierają do niemal wszystkich Polaków, co pokazuje poniższa tabela:

Tabela 2. Zasięgi (wg % populacji i % pokrycia powierzchni Polski) dla największych stacji radiowych ogólnopolskich, wg stanu na dzień 31.12.2015 r. – transmisja analogowa

	pokrycie ludnościowe	pokrycie powierzchniowe
Polskie Radio - Program 1	92,95%	91,66%
Polskie Radio - Program 2	71,77%	57,36%
Polskie Radio - Program 3	93,92%	93,31%
Polskie Radio - Program 4	35,13%	17,79%
Polskie Radio - Program Regionalny	93,88%	92,64%
Grupa RMF - Radio RMF FM	93,28%	91,30%
Grupa Eurozet - Radio ZET	86,80%	85,86%
Radio Maryja	80,49%	72,08%

¹⁴http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/komunikaty/spr-info-krrit-2015/zalacznik-do-informacji-za-2015_radio-analogowe.pdf

Źródło: KRRiT

Radio publiczne rozpowszechnia cztery programy ogólnokrajowe: Program 1 o charakterze uniwersalnym, Program 2 – muzyczno-literacki poświęcony tzw. kulturze wysokiej, Program 3 – informacyjno-publicystyczno-muzyczny poświęcony bieżącym problemom społeczno-gospodarczym i politycznym, Program Polskie Radio 24 – informacyjno-publicystyczny. Program Regionalny obejmuje 17 programów rozgłośni – dedykowany do społeczności lokalnych.

Koncesjonowane programy radiowe ogólnopolskie to: RMF FM i Radio ZET – uniwersalne, nadające najpopularniejsze formaty muzyczne, głównie AC¹⁵ oraz Radio Maryja – religijno-społeczny.¹⁶

Oprócz programów ogólnopolskich nadawane głównie w dużych miastach, są programy ponadregionalne. Programy te są sprofilowane głównie ze względu na warstwę muzyczną (wyjątek stanowi TOK FM – nadawany w formacie „talk and news”). Najbardziej popularne programy ponadregionalne to: RMF Classic – muzyczny, oferujący muzykę klasyczną i filmową, Chili Zet – muzyczny, utwory z nurtu chillout, VOX FM – muzyczny, utwory oldies, Muzo.fm – muzyczny, przedstawiający złote przeboje i największe hity, TOK FM – informacyjno-publicystyczny.¹⁷

Przeważająca większość programów radiofonicznych to programy nadawane lokalnie (ok. 100 rozgłośni lokalnych) lub wręcz bardzo lokalnie (np. na terenie jednej miejscowości, czy w jednej dzielnicy dużego miasta a wręcz na terenie obejmującym zespół budynków – np.: na obszarze kampusu szkoły wyższej). Rozgłoszenie lokalne, należące do przedsiębiorców, ale też do zakonów, diecezji, parafii, szkół wyższych, samorządów czy fundacji i stowarzyszeń tworzą unikalne programy o treści pozostającej w zainteresowaniu lokalnej społeczności.

¹⁵AC (z ang. Adult Contemporary) – nazwa gatunku muzycznego i formatu radiowego. Programy radiowe w tym formacie adresowane są głównie do osób w wieku 25-54 lat, grają mix przebojów począwszy od lat 70-tych ubiegłego wieku a skończywszy na obecnych hitach.

¹⁶Radio Maryja nie jest nadawcą komercyjnym, posiada status nadawcy społecznego. Radio Maryja nie należy do żadnej z grup radiowych.

¹⁷Na podstawie KRRiT: http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/komunikaty/zielona-ksiega/zielona-ksiega-cyfryzacji-radia-w-polsce.pdf

Programy radiofoniczne mogą być także transmitowane cyfrowo. Naziemne radio cyfrowe jest zaawansowaną technologicznie odpowiedzią na stały wzrost oczekiwań wobec radiofonii analogowej. Przepelnienie częstotliwości tradycyjnego radia analogowego oraz rosnące wymagania względem przekazu radiofonicznego, szczególnie w zakresie jakości sygnału, zdecydowały o rozwoju nowej technologii radiofonii cyfrowej DAB+¹⁸ (Digital Audio Broadcasting Plus). DAB+ umożliwia emisję dźwięku cyfrowego, oferując równolegle szereg dodatkowych usług, np.: przesyłanie opisów, obrazów, informacji o ruchu drogowym dla systemów nawigacji.

Historia radia cyfrowego w Polsce nie jest długa. Testy ruszyły w czerwcu 2009 r. – prekursorem był program Polskie Radio Wrocław. Pod koniec października 2009 r. do testów dołączyła Warszawa a emisja eksperymentalna trwała trzy lata. We wrześniu 2012 r. cyfrową emisję zaczęło prowadzić Radio Kielce. Kolejnymi miastami testującymi ten system cyfrowej radiofonii stały się Szczecin i Toruń. 1 października 2013 r. wystartowała oficjalna emisja DAB+ w Warszawie i Katowicach. W dniu 1 sierpnia 2014 r. uruchomione zostały emisje w Szczecinie i Wrocławiu. Od 1 października sygnał DAB+ dostępny jest w Łodzi i Opolu. Od 31 grudnia 2014 stała emisja radia cyfrowego realizowana jest w Gdańsku, Kielcach, Krakowie i Poznaniu. Od 30 marca 2015 stałe emisje dostępne są w Białymstoku, Koszalinie, Kołobrzegu, Lublinie, Olsztynie, Rzeszowie i Zielonej Górze, a od 30 kwietnia 2015 r. w Bydgoszczy i Toruniu. Wymienione emisje prowadzone są przez EmiTel sp. z o.o. Swoją epizod z emisją DAB+ miała spółka INFO-TV-Operator - w 2013 r. przeprowadziła synchroniczną emisję z komina w warszawskim Kawęczynie oraz Hotelu Marriott. Operator Arkena sp. z o.o. prowadzi pojedyncze emisje:

1. w Łodzi na częstotliwości 178,352 MHz/Kanale 5C,
2. oraz w Opolu na częstotliwości 220,352 MHz/Kanale 11C.

Na rzecz programu regionalnego – Polskie Radio Pomorza i Kujaw, w Solcu Kujawskim, na częstotliwości 216,928/Kanale 11A emisję samodzielnie prowadzi nadawca – Polskie Radio S.A będące dysponentem częstotliwości w MUXR3

Docelowo w multipleksie cyfrowego radia MUXR3¹⁹ powinno się znaleźć dwanaście programów – oprócz programów Polskiego Radia - Jedyńki, Dwójki, Trójki, Czwórki, Polskiego Radia dla Zagranicy i rozgłośni regionalnej ma nadawać - informacyjne Polskie Radio 24, muzyczne Radio Rytm, skierowane do dzieci Radio Krasnal, edukacyjne Radio Eureka, nastawione na starszego słuchacza Radio Retro i drugi kanał radia regionalnego. Pierwsze dwa z tej listy już działają, pozostałe mają być sukcesywnie uruchamiane (choć z powodów opisanych w dalszej części, tempo uruchamiania kolejnych cyfrowych emisji radiowych nie będzie tak szybkie jak zakładano pierwotnie). Aktualne parametry emisji radia cyfrowego w standardzie T-DAB+ realizowanych przez EmiTel sp. z o.o. w MUXR3

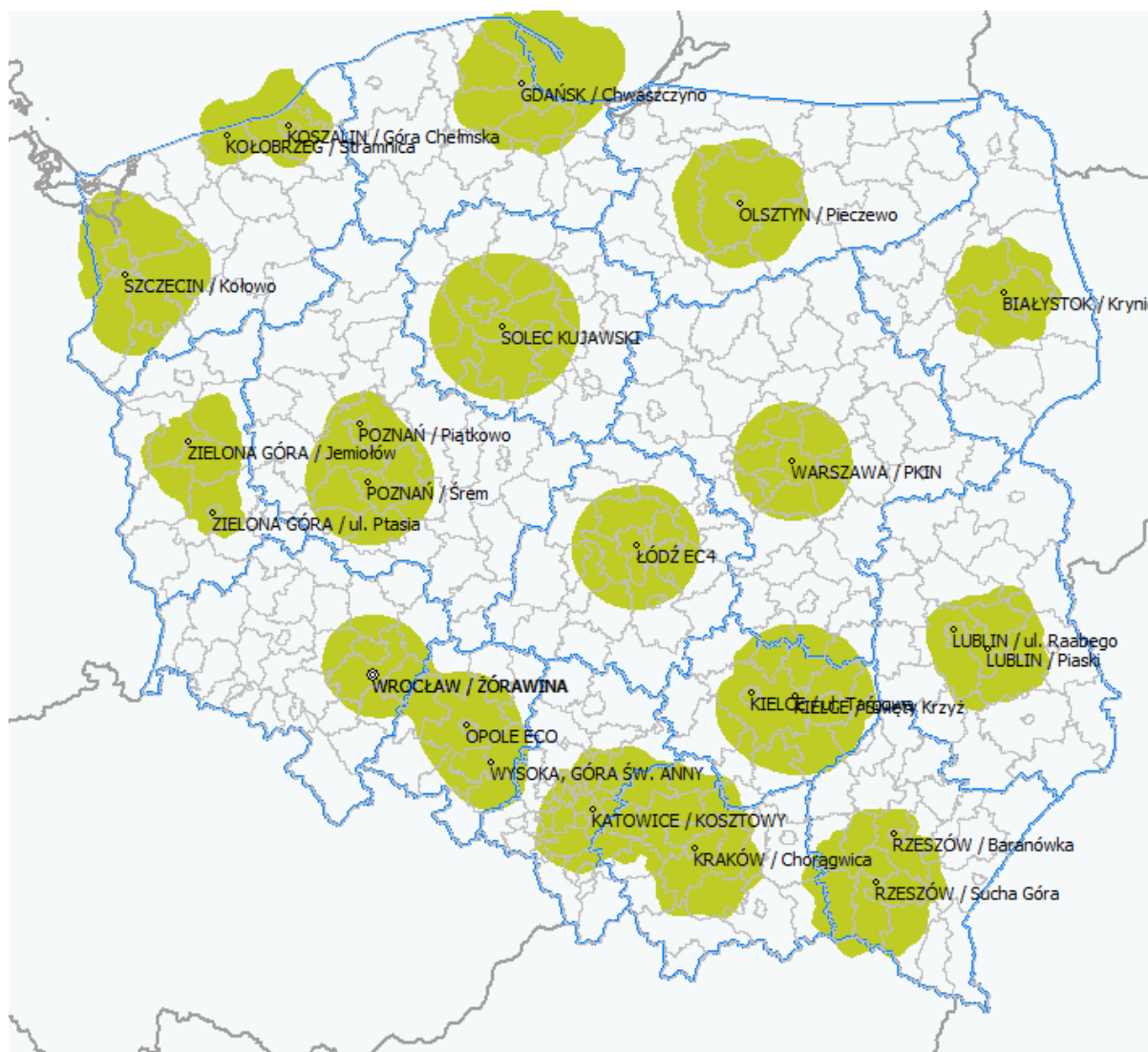
¹⁸Standard T-DAB+ (ETSI TS 102 563), nazywany w skrócie DAB+, pozwala na realizację emisji cyfrowego dźwięku, ale także usług dodatkowych takich jak przesyłanie napisów, obrazków i pokazów slajdów, przewodnika po programach, czy też aktualizacji informacji o ruchu drogowym dla systemów nawigacji (zgodnych z TPEG). Możliwe jest też przesyłanie stron internetowych i stworzenie radia hybrydowego łączącego zalety radiofonii rozsiewczej z serwisami internetowymi. Ze względu na wykorzystanie modulacji OFDM i dodatkowych mechanizmów korekcji błędów jest to też idealna platforma to odbioru w ruchu, nawet przy dużych prędkościach. Na potrzeby emisji radia cyfrowego DAB+ w Europie przewidziano kanały w III zakresie TV (VHF, 174 - 230 MHz) oraz w pasmie L (1452 - 1492 MHz). Do kodowania dźwięku w DAB+ wykorzystuje się kodek HE-AAC v2 (nazywany również AAC+) dzięki temu jeden multipleks (w przypadku DAB nazywany z francuska ensemble), w zależności od wybranej jakości dźwięku oraz ilości usług dodatkowych, może pomieścić nawet kilkanaście stacji radiowych

¹⁹MUXR3 – multipleks radia cyfrowego

są dostępne na stronie operatora, pod adresem: <https://www.emitel.pl/radio/radiofonia-cyfrowa-dab/aktualne-parametry-emisji-radia-dab-w-polsce/>. EmiTel sp. z o.o. prowadzi w ramach tego multipleksu 20 emisji. Trzy kolejne emisje prowadzi Arkena sp. z o.o., jedną sam nadawca – Polskie Radio S.A.

Zasięg radia cyfrowego jest inny niż dla radia analogowego, na dzień dzisiejszy - zdecydowanie mniejszy. Podczas gdy odbiór radiofonicznych programów analogowych dla użytkownika końcowego jest praktycznie możliwy na terenie całego kraju to w przypadku odbioru radiofonicznych programów cyfrowych taka szansa jest jedynie w rejonie kilkunastu największych miast (Białystok, Bydgoszcz, Gdańsk, Katowice, Kielce, Kołobrzeg, Koszalin, Kraków, Lublin, Olsztyn, Poznań, Rzeszów, Szczecin, Toruń, Warszawa, Wrocław, Zielona Góra, Łódź, Opole). Graficznie zasięgi dla radia cyfrowego przedstawia to poniższa mapa:

Rysunek 1. Mapa zasięgu dla multipleksu cyfrowego radia MUXR3



Źródło: UKE

Cyfrowego radia nie odbierzemy na standardowym odbiorniku – wymagane są dedykowane radia z wsparciem dla technologii DAB+. Odbiorniki obsługujące jedynie starszą wersję standardu DAB (bez plusa) nie umożliwiają odbioru radia cyfrowego w Polsce. Samochody używane, sprowadzane do Polski z krajów Europy zachodniej, jeśli posiadają wmontowane

radio do odbioru sygnały cyfrowego, to z reguły pracuje ono właśnie w standardzie DAB (nie DAB+) i jest dla polskiego kierowcy bezużyteczne. Ze względu na niskie rozpowszechnienie takich urządzeń, rodzi to już spore utrudnienia z dostępem a dodatkowo nawet ok. 10% cyfrowych radioodbiorników sprzedawanych w Polsce wspiera jedynie technologie DAB, co powoduje kolejne problemy dla użytkowników końcowych²⁰. Najprostsze kieszonkowe urządzenia z DAB+ kupimy przez Internet za ok. 70zł. W stacjonarnych sklepach z elektroniką użytkową o cyfrowe radio jest trudniej, nie są one w standardowej ofercie - znajdziemy kilkanaście różnych modeli, ale większość to towary na zamówienie lub dostępne w bardzo ograniczonych ilościach. Jeśli natomiast chcemy słuchać radia DAB+ w samochodzie jesteśmy praktycznie skazani na samodzielny zakup odbiornika - ceny zaczynają się powyżej 200 zł. Producenci nowych samochodów za radio wspierające ten standard także żądają dodatkowej opłaty.

Niezależnie od możliwości korzystania z darmowego naziemnego odbioru programów radiofonicznych, użytkownicy końcowi korzystający z usług płatnych platform satelitarnych, sieci kablowych lub innych niż kablowe sieci telekomunikacyjnych, oprócz programów telewizyjnych, mają możliwość odbioru programów radiofonicznych. Popularność „słuchania” radia przez telewizor przy użyciu dekodera platformy satelitarnej, dekodera telewizji kablowej lub przez Internet za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnych innych niż kablowe jest niska (patrz Tabela 3, w dalszej części dokumentu). Z formalności należy wskazać, że największe pod względem liczby użytkowników platformy satelitarne działające w Polsce to:

1. Cyfrowy Polsat S.A. – 3.513.600 abonentów,
2. ITI Neovision S.A. – 991.000 abonentów,
3. Orange Polska S.A. – 606.000 abonentów.²¹

Przyjmuje się, że zasięg działających w Polsce platform satelitarnych nie jest niczym ograniczony - jest więc porównywalny z naziemnym radiem analogowym. Korzystanie z platformy satelitarnej wiąże się z opłatą wstępną (obecnie operatorzy coraz częściej z niej rezygnują lub jest ona symboliczna – np. 1 PLN netto) oraz opłatą miesięczną, wahającą się w zależności od wybranej oferty programowej. Średniomiesięczny koszt dla użytkownika końcowego, na podstawie analizy wybranych ofert dostępnych na stronach internetowych operatorów, wynosi ok. 43,00 PLN netto (należy zaznaczyć, że oferta programowa platform satelitarnych to przede wszystkim bardzo bogaty wybór programów telewizyjnych (programy radiofoniczne są nadawane równolegle ale jako dodatek - uzupełnienie oferty) oraz, że użytkownik końcowy ma także możliwość wyboru oferty związanej np. z dostępem do Internetu szerokopasmowego czy usługi telefonicznej w pakiecie, przy czym średniomiesięczny koszt usługi związanej, na podstawie analizy wybranych ofert dostępnych na stronach internetowych operatorów, wynosi ok. 98,00 PLN netto). W ramach dostępnych pakietów telewizji cyfrowej użytkownicy końcowi otrzymują dostęp do programów radiofonicznych, które mogą być odbierane przez dekodery platformy satelitarnej przy wykorzystaniu telewizora.

Dostęp do sygnału (w tym również sygnału radiofonicznego) drogą satelitarną może mieć także charakter bezabonamentowy - użytkownik końcowy kupuje jedynie antenę satelitarną wraz z dekodery (koszt ok. 100-200PLN) umożliwiającym dostęp do tzw. stacji otwartych. Dostęp bezabonamentowy nie pozwala jednak na odbiór najpopularniejszych polskojęzycznych

²⁰www.krrit.gov.pl/Data/Files/public/Portals/0/stanowiska/2014/stanowisko-krrit-z-dnia-8-lipca.pdf

²¹http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/public/pliki/publikacje/raporty/kontrola-nadawcow-wyniki-badan/2015---ocena-realizacji-obowiazku-art--43-ust-1--urt_2015-12-21.pdf

programów telewizyjnych lub radiofonicznych, co powoduje, że liczba takich użytkowników w Polsce jest niewielka.

Pewnym ograniczeniem dostępności/możliwości skorzystania z usług operatora platformy satelitarnej mogą być dla użytkownika końcowego lokalne przepisy, np. uchwały wspólnot mieszkaniowych. W wielu wspólnotach mieszkaniowych wprowadzane są przepisy zabraniające współwłaścicielom mocowanie anten do odbioru telewizji satelitarnej na balkonach, elewacjach budynków a nawet na dachach. Zwykle podyktowane jest to chęcią zachowania spójności architektonicznej wyglądu osiedla. Należy również pamiętać, że takie ograniczenia istnieją także w stosunku do budynków zabytkowych i pozostających pod dozorem konserwatora zabytków. Założeniem współczesnej konserwacji obiektów zabytkowych jest dążenie do zachowania w jak największym stopniu „substancji zabytkowej”, co powoduje, że każda ingerencja np. w wygląd elewacji z gruntu prawa jest zabroniona. Sytuacje takie nie należą do rzadkości.

Dostęp do sygnału radiofonicznego dla użytkownika końcowego może być realizowany także drogą kablową lub za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej innej niż kablowa. Najwięksi pod względem ilości użytkowników końcowych operatorzy rozprowadzający programy w sieciach telekomunikacyjnych innych niż wykorzystywane do rozpowszechniania rozszewczego naziemnego lub rozszewczego satelitarnego to:

1. UPC Polska Sp. z o.o. – 1.434.600 abonentów,
2. Multimedia Polska S.A. – 825.000 abonentów,
3. Vectra S.A. – 694.820 abonentów,
4. TOYA Sp. z o.o. – 160.000 abonentów,
5. Orange Polska S.A – 150.000 abonentów + 5.000 abonentów usługi rozprowadzania w systemie teleinformatycznym),
6. Netia S.A. – 96.850 abonentów,
7. INEA S.A. – 89.010 abonentów,
8. Petrus Polska Spółka z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna - 38.360 abonentów,
9. PROMAX sp.j. Zofia Fórmanek-Okrój, Wiesław Okrój – 32.680 abonentów,
10. SAT FILM Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. komandytowa – 30.930 abonentów,
11. Przedsiębiorstwo Elektroniczno-Mechaniczne "ELPOS" Sp. z o.o. – 12.980 abonentów
12. „SATPOL” Systemy Telewizji Kablowej Hanna Siudeja, Jan Kaczkowski – 10.000 abonentów,
13. ELSAT Sp. z o.o. – 16.100 abonentów,
14. Poznańska Spółdzielnia Mieszkaniowa WINOGRADY – 16.600 abonentów,
15. Stowarzyszenie Telewizji Kablowej „RET-SAT1” – 13.590 abonentów,
16. „AZART-SAT” Spółka z o.o. – 9.500 abonentów,
17. Telewizja Kablowa „BART-SAT” Stowarzyszenie w Bartoszycach – 4.600 abonentów,
18. Beskidzka Telewizja Kablowa „Bestkabel” Sp. z o.o. – 1.430 abonentów,
19. „MARINEX-AMPOL 2” Telewizja Kablowa Sp. z o.o. – 1.080 abonentów,
20. Spółdzielnia Mieszkaniowa w Grudziądzu – 19.960 abonentów.²²

W Polsce działa kilkuset operatorów kablowych i operatorów innych niż kablowe sieci telekomunikacyjnych za pomocą których dostarczane są do użytkowników końcowych programy telewizyjne i radiofoniczne. Większość z tych operatorów to małe, lokalnie działające przedsiębiorstwa. W większości ich działalność ogranicza się do obszarów o gęstej zabudowie (miasta). Zasięg operatorów kablowych i innych sieci telekomunikacyjnych,

²²http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/pliki/publikacje/raporty/kontrola-nadawcow-wyniki-badan/2015---ocena-realizacji-obowiazku-art--43-ust-1--urt_2015-12-21.pdf

za pomocą których dostarczane są do użytkowników końcowych programy telewizyjne i radiofoniczne jest ograniczony i obejmuje on ok. 53,4% gospodarstw domowych, przede wszystkim w dużych miastach (usługi świadczone są do ok. 14,6% gospodarstw domowych)²³ - nie jest porównywalny z zasięgiem naziemnego radia (w szczególności transmitowanego analogowo) i zasięgiem platform satelitarnych. Analogicznie jak w przypadku platform satelitarnych, korzystanie z oferty operatorów kablowych i innych sieci telekomunikacyjnych, za pomocą których dostarczane są programy telewizyjne i radiofoniczne dla użytkownika końcowego wiąże się z opłatą wstępną (obecnie operatorzy coraz częściej z niej rezygnują lub jest ona symboliczna – np. 1 PLN netto) oraz opłatą miesięczną, wahającą się w zależności od wybranej oferty programowej. Średniomiesięczny koszt dla użytkownika końcowego, na podstawie analizy wybranych ofert dostępnych na stronach internetowych operatorów, wynosi ok. 58,00 PLN netto (także i w tym przypadku należy zaznaczyć, że oferta programowa to przede wszystkim różnorodne programy telewizyjne że użytkownik końcowy ma także możliwość wyboru oferty związanej np. z dostępem do Internetu szerokopasmowego czy usługi telefonicznej w pakiecie, przy czym średniomiesięczny koszt usługi związanej, na podstawie analizy wybranych ofert dostępnych na stronach internetowych operatorów, wynosi ok. 84,00 PLN netto).

Naziemna analogowa i cyfrowa transmisja programów radiofonicznych dla użytkowników końcowych jest bezpłatna, odmiennie w stosunku do transmisji programów za pośrednictwem platform satelitarnych czy dostępu do sygnału radiofonicznego drogą kablową lub za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej innej niż kablowa, co potwierdzają dane z badania zleconego przez KRRiT (patrz Tabela 3). Popularność radia transmitowanego naziemnie nie maleje na przestrzeni lat 2013÷2016. W badanym okresie, nie obserwujemy też wzrostu zainteresowania słuchaczy dostępem do programów radiofonicznych via Internet lub za pośrednictwem dekodera telewizji satelitarnej czy kablowej. Jednym z najważniejszych powodów jest niewątpliwie cena usługi, która stanowi barierę dla dużej części użytkowników końcowych i radio naziemne (analogowe lub cyfrowe) pozostaje w takim przypadku jedyną formą dostępu do programów radiofonicznych.

Tabela 3. Udział słuchalności radia w zależności od źródła sygnału, dla stacji ogólnopolskich i innych (ponadregionalnych, regionalnych i lokalnych), za lata 2013÷2016²⁴,

(Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 1)

²³Dane niezbędne do wyliczenia wskaźników na podstawie informacji: UKE – dane z SSIS (System Informacji o Infrastrukturze Szerokopasmowej) - dane o ilości abonentów i zasięgu w sieciach kablowych i innych sieciach telekomunikacyjnych za pomocą których dostarczane są do użytkowników końcowych programy telewizyjne i radiowe oraz GUS: <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ludnosc/prognoza-ludnosc/prognoza-gospodarstw-domowych-na-lata-2016-2050.9.4.html> - dane w zakresie ilości gospodarstw domowych i liczby mieszkańców przypadającej na jedno gospodarstwo domowe

²⁴wartości w poszczególnych latach mogą sumować się powyżej 100% ze względu na fakt, iż część respondentów wskazała więcej niż jeden sposób odbioru programów radiofonicznych

Poszczególne sposoby transmitowania sygnału programów radiofonicznych różnią się, oprócz ceny (darmowe dla użytkownika końcowego jest tylko radio naziemne), swoją dostępnością geograficzną – ma to przede wszystkim znaczenie w przypadku dostępu do sygnału radiofonicznego drogą kablową lub za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej innej niż kablowa, ale także w przypadku radia naziemnego transmitowanego cyfrowo. Operatorzy tzw. „kablówek” swoją sieć rozbudowują przede wszystkim w miastach, gdzie występuje gęsta zabudowa mieszkaniowa, celem optymalizacji kosztów inwestycji poniesionych na budowę lub rozbudowę infrastruktury. Także, z reguły wyłącznie w miastach, oferowany jest dostęp do programów radiofonicznych za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej innej niż kablowa, np. w technologii FTTx czy xDSL. Mocno ograniczony zasięg, zaledwie do okolic kilkunastu największych miast w Polsce, ma również cyfrowe radio naziemne.

Podsumowując, należy podkreślić, że nadawcy radiowi, stanowiący stronę popytową na szczeblu detalicznym analizowanego rynku, są zainteresowani tym, aby jak największa liczba użytkowników końcowych i na maksymalnie jak największym obszarze miała dostęp do ich oferty programowej. Traktują więc opisane powyżej różne sposoby transmisji programów jako komplementarne, a nie substytucyjne. Żaden z nadawców nie byłby skłonny do rezygnacji całkowitej z danego sposobu transmisji na rzecz innego, bowiem doprowadziłby w ten sposób do utraty grona odbiorców swoich programów. Każdemu z nich zależy na rozpowszechnianiu lub rozprowadzaniu swoich programów w każdy dostępny sposób, w każdej dostępnej technologii. Biorąc zatem pod uwagę fakt, że większość potencjalnych odbiorców jest zainteresowana odbiorem wyłącznie darmowego radia naziemnego (w szczególności radia analogowego dostępnego na terenie całego kraju) są oni zmuszeni korzystać z usług naziemnych sieci transmisyjnych. Należy podkreślić, że tylko EmiTel sp. z o.o. jako jedyny operator posiada sieć stacji nadawczych służących transmisji programów radiofonicznych o zasięgu krajowym. W tym kontekście pozycja pozostałych operatorów telekomunikacyjnych, świadczących usługi transmisji programów radiofonicznych na analizowanym rynku, jest słabsza.

1.3. Rynek produktowy na poziomie hurtowym

Kierując się wskazówkami wynikającymi z Wytycznych Komisji, ustaleniami dokonanymi w toku postępowania oraz własną analizą, Prezes UKE postanowił dla celów niniejszej decyzji określić zakres produktowy analizowanego rynku na poziomie hurtowym w sposób opisany poniżej.

Przedsiębiorcy telekomunikacyjni świadczą usługi transmisji programów radiofonicznych na rzecz nadawców radiofonicznych w celu dostarczania treści użytkownikom końcowym. Ze względu na posiadany potencjał (przede wszystkim, ze względu na: wielkość i zasięg sieci, ilość stacji nadawczych) tylko przedsiębiorca EmiTel sp. z o.o. jest w stanie zapewnić wspomniane usługi w najszerszym zakresie, zaspokajając w ten sposób zapotrzebowanie nadawców radiowych, w tym nadawców publicznych – Polskie Radio S.A. wraz z jego rozgłościami regionalnymi.

Stronę popytową na szczeblu hurtowym stanowią operatorzy sieci transmisyjnej (czyli potencjalni konkurenci EmiTel sp. z o.o.), którzy chcąc świadczyć dla nadawców usługi konkurencyjne wobec usług świadczonych przez EmiTel sp. z o.o., musieliby posiadać dostęp

²⁵Na podstawie danych przekazanych przez KRRiT do wglądu, na potrzeby niniejszej analizy. Ze względu na fakt, że użyte w analizie dane pochodzą z badania robione na wyłączność KRRiT, nie powinny one podlegać upublicznieniu (dot. praw autorskich firmy robiącej badanie na rzecz KRRiT).

do infrastruktury tego operatora. Posiadana przez nich infrastruktura wprawdzie pozwala im działać na analizowanym rynku, ale w mocno ograniczonym zakresie, co nie stanowi realnej konkurencji w stosunku do podmiotu – EmiTel sp. z o.o.

Jednocześnie należy podkreślić, że w przypadku strony popytowej na szczeblu hurtowym, operatorzy naziemnych sieci transmisyjnych nie mogą uznać za substytuty transmisji programów radiofonicznych w sieciach innych niż naziemne. Zarówno platformy satelitarne jak sieci kablowe lub sieci telekomunikacyjne inne niż kablowe nie stanowią substytutu dla tych podmiotów głównie ze względu na brak pokrycia nimi obszaru całego kraju oraz brak dostępu do potencjalnie największej grupy użytkowników końcowych, w tym do użytkowników dla których cena stanowi dużą barierę.

W przypadku usługi transmisji treści radiofonicznych świadczonej drogą naziemną w stosunku do transmisji satelitarnej nie występuje substytucja po stronie podaży. Rozpoczęcie świadczenia usług transmisji programów radiofonicznych na platformie satelitarnej wiąże się ze znacznymi kosztami rozpoczęcia takiej działalności. Chcąc świadczyć te usługi użytkownikom końcowym przedsiębiorcy zmuszeni są korzystać z usług operatorów zagranicznych. Jedyną bowiem formą transmisji satelitarnej oferowaną przez polskich operatorów, świadczących telekomunikacyjne usługi satelitarne, jest dosył (ang. uplink). Polscy przedsiębiorcy nie świadczą usług rozpowszechniania (transmisji) drogą satelitarną ze względu na brak możliwości technicznych i finansowych. Należy wyraźnie zaznaczyć, że Polska nie posiada żadnego satelity, a tym samym żaden z polskich przedsiębiorców nie jest operatorem satelitarnym. Uruchomienie polskiego satelity jest problematyczne. Polska, jako kraj-członek Międzynarodowego Związku Telekomunikacyjnego (ITU) oraz na mocy decyzji Światowych Konferencji Radiokomunikacyjnych (WARC-1985, WARC-1988, WRC-2000, WRC- 2003), uzyskała prawo do korzystania z dwóch pozycji na orbicie geostacjonarnej. Pozycja 15.2°E dla satelity telekomunikacyjnego i pozycję 50°E dla satelity radiodifuzyjnego. Pozycję 50°E dzielimy z innymi krajami (min.: Afganistan, Sri Lanka, Irak, Kirgizja, Mołdawia, Maledywy, Nepal, Rumunia, Turkmenistan) zatem ewentualne uruchomienie polskiego satelity musiałyby się odbyć w porozumieniu z administracjami tych krajów, co mogłoby być sporym utrudnieniem. Ewentualne wspólne uruchomienie satelity na pozycji innej, np. przydzielonej Czechom, Węgrom, Chorwacji czy Słowacji, objęłoby swoim zasięgiem jedynie południowe regiony Polski, zaś poszerzenie wiązki, tak aby obejmowała ona całą Polskę, nawet tylko dla wybranych kanałów, to zadanie bardzo trudne i możliwe jedynie przy zapewnieniu kompatybilności ze wszystkimi działającymi i planowanymi satelitami na pozycjach $\pm 6^\circ$ od danej pozycji – w praktyce zadanie niewykonalne. Jest jeszcze jeden, bardzo ważny, aspekt takiego przedsięwzięcia – względy ekonomiczne. Nawet jeżeli udałoby się pokonać problemy natury administracyjnej, to biorąc pod uwagę koszty zakupu satelity, jego wyniesienia na orbitę, ubezpieczenia, utrzymania oraz potencjalne zyski, byłoby to przedsięwzięcie nieopłacalne. Potencjalne przychody z wynajmu transponderów byłyby bowiem wielokrotnie niższe niż w przypadku najbardziej popularnych pozycji i nie pozwoliłyby na osiągnięcie zysku z inwestycji, czy choćby zwrotu poniesionych nakładów.

Należy też wyraźnie zaznaczyć, że przydział poszczególnych pozycji satelitarnych dla poszczególnych państw członkowskich ITU jest już dokonany i w praktyce oznacza to, że nie istnieje możliwość, aby Polska otrzymała inną, bardziej atrakcyjną, pozycję satelitarną.

Z kolei usługi oferowane przez operatorów sieci kablowych lub sieci telekomunikacyjnych innych niż kablowe, nie mogą stanowić dla operatorów naziemnych sieci transmisyjnych substytutu transmisji ich programów w sieciach naziemnych, przede wszystkim z uwagi na ograniczony, z góry ustalony zakres odbiorców, wykluczający powszechne nadawanie i odbiór danego programu. Wynika to z faktu, iż transmisja w sieciach kablowych lub sieciach

telekomunikacyjnych innych niż kablowe, charakteryzuje się inną funkcjonalnością techniczną niż transmisja w sieciach naziemnych, co wyklucza możliwość zaliczenia jej do tego samego rynku produktowego razem z transmisją radiofoniczną naziemną. Nie mamy tu bowiem do czynienia z systemem powszechnego odbioru, czyli radiokomunikacją rozsiewczą (ang. broadcasting), lecz z systemem zbiorowego odbioru (ang. cablecasting) dedykowanego do określonej grupy oznaczonych odbiorców. Jest to system zamknięty, kontrolowany przez operatora sieci kablowej lub sieci telekomunikacyjnej inna niż kablowa, a sieć ta stanowi system dystrybucji programów do oznaczonych adresatów, tworzących zamknięty zbiór odbiorców programów.

Ponadto, usługi te są dostępne jedynie na ograniczonym obszarze kraju (z reguły miasta), gdyż tylko tam opłacalne jest budowanie infrastruktury przewodowej (infrastruktury kablowej lub innej innych niż kablowe sieci telekomunikacyjnych) (gęsta zabudowa mieszkaniowa). Usługi transmisji programów radiofonicznych przez operatorów kablowych i operatorów sieci telekomunikacyjnych innych niż kablowe nie są dostępne na znacznym obszarze kraju (wsie i małe miasta), gdzie budowa odpowiedniej infrastruktury telekomunikacyjnej jest nieopłacalna a potencjalnie dostępna sieć nie umożliwia, ze względu na niskie parametry jakościowe, świadczenia usług transmisji programów radiofonicznych. Z punktu widzenia substytucyjności podażowej rynku, jest mało prawdopodobne, by któryś z istniejących operatorów świadczących usługi transmisji w sieciach naziemnych był w stanie w krótkim okresie czasu zastąpić swoją sieć naziemną siecią o charakterze przewodowym, gdyż jej wybudowanie jest czasochłonne i kosztowne. Chcąc wybudować sieć transmisyjną kablową lub inną niż kablowa sieć telekomunikacyjną przewodową należy liczyć się m.in. z: wysokimi kosztami utopionymi, długim czasem potrzebnym na przygotowanie i sfinalizowanie niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usług inwestycji, niską stopą zwrotu z inwestycji w budowę sieci.

Podsumowując przedstawione powyżej argumenty, w ocenie Prezesa UKE uzasadnione jest wyłączenie z zakresu produktowego na poziomie hurtowym usługi transmisji programów radiofonicznych przez platformy satelitarne, a także w sieciach kablowych czy innych niż sieci kablowe sieciach telekomunikacyjnych.

Prezes UKE uznał także za zasadne dokonać oceny, na ile usługi transmisji programów radiofonicznych i telewizyjnych są substytucyjne pomiędzy sobą. Biorąc pod uwagę charakterystykę tych usług można stwierdzić, iż taka substytucja nie występuje. Związane jest to z faktem, iż usługa transmisji programu telewizyjnego posiada odmienne cechy od transmisji programu radiofonicznego. W tej pierwszej elementem charakterystycznym jest przekaz obrazu (i głosu), a w drugiej wyłącznie głosu. Obraz i głos mogą być elementami, które wzajemnie się uzupełniają, ale pojedynczo żaden z nich nie może być traktowany jako substytut drugiego. Użytkownik końcowy nie postrzega programu radiofonicznego jako substytutu programu telewizyjnego. Zarówno jeden jak i drugi przekaz niosą ze sobą odmienne treści, zupełnie inny sposób ekspresji czy formy. W tej sytuacji nadawca, który chce, aby jego program radiofoniczny dotarł do użytkownika końcowego także nie będzie traktował jako substytutu programu telewizyjnego, gdyż jak wskazano powyżej jest to odmienna usługa. Zwróć należy także uwagę na istotne różnice między transmisją radiofoniczną a telewizyjną w zakresie szerokości pasma, stosowanych modulacji, zakresu częstotliwości oraz konieczności stosowania innych urządzeń na potrzeby emisji sygnałów radiofonicznego i telewizyjnego (w szczególności mowa tu o nadajnikach, modulatorach, układach sumowania mocy, fiderach, antenach czy systemach antenowych). Prezes UKE dostrzega dużą różnicę pomiędzy użytkownikiem końcowym będącym odbiorcą treści telewizyjnych a radiosłuchaczem. Różnica taka jest też widoczna pomiędzy nadawcami telewizyjnymi i radiowymi - nadawcy telewizyjni działają najczęściej na skalę ogólnopolską lub regionalną, podczas gdy przeważająca

większość nadawców radiofonicznych działa bardzo lokalnie, a jedynie nieliczni działają na skalę ogólnopolską czy regionalną.

W tej sytuacji Prezes UKE, postanowił rozdzielić rynek świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych lub radiofonicznych w celu dostarczania treści telewizyjnych lub radiofonicznych użytkownikom końcowym na dwa rynki:

- Krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, na którym można zidentyfikować następujące produkty:
 - usługi analogowej transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym,
 - usługi cyfrowej transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.
- Krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, na którym można zidentyfikować następujące produkty²⁶:
 - usługi cyfrowej transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

Z uwagi na zmiany technologiczne jakie zaszły na analizowanym rynku od ostatniego jego przeglądu, w 2010 r., na podstawie własnej analizy i konsultacji z podmiotami działającymi na tym rynku, Prezes UKE ustalił, że usługa dosyłu nie wchodzi w zakres produktowy na szczeblu hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

Przez dosył należy rozumieć dostarczanie sygnałów programów radiofonicznych ze studiów nadawców, w których są one produkowane do poszczególnych obiektów nadawczych operatora telekomunikacyjnego świadczącego usługę transmisji do użytkowników końcowych. Aktualnie stosowane powszechnie przez podmioty działające na analizowanym rynku rodzaje usługi dosyłu to:

1. satelitarny - sygnał dosyłany jest do nadawczej stacji rozsiewczej za pomocą satelity, następnie przetwarzany i emitowany w sposób naziemny,
2. radioliniowy - sygnał ze stołu mikserskiego przekazywany jest do nadajnika radiolinii, który poprzez antenę nadawczą o wąskiej wiązce przekazywany jest z anteny odbiorczej do stacji czołowej odbiornika radiolinii zlokalizowanego na obiekcie nadawczym. Odebrany sygnał przekazywany jest następnie do nadajnika radiowego na obiekcie nadawczym,
3. światłowodowo-kablowy - dwa odległe od siebie urządzenia pracują z wykorzystaniem sygnału elektrycznego i komunikują się za pośrednictwem sygnału optycznego,
4. poprzez odbiornik retransmisyjny - wykorzystywany jest tuner odbierający jedną częstotliwość naziemną, podłączony do nadajnika pracującego na innej częstotliwości,
5. via Internet.

²⁶Krajowy rynek świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym jest przedmiotem odrębnej analizy Prezesa UKE.

Najczęściej dosył sygnału radiofonicznego do obiektów nadawczych zapewniają nadawcy we własnym zakresie. W polskiej praktyce stosowane są również inne możliwości – np. przedsiębiorcy telekomunikacyjni świadczący usługi rozpowszechniania sygnałów radiofonicznych ze swoich obiektów czy stacji nadawczych, poza transmisją sygnału, oferują również usługę dosyłu tego sygnału ze studia programowego.

Należy stwierdzić także, że usługi dosyłu sygnałów do celów kontrybucji, konfekcjonowania treści programowych – dostarczanie do studia sygnałów fonicznych lub wizyjnych z ruchomych wozów transmisyjnych lub stałych obiektów produkcyjnych lub do innych radiowych studiów produkcyjnych celem zestawiania programów – ze względu na odbiorcę (są usługi świadczone agregatorom, producentom lub nadawcom programów) także nie wpisują się w zakres produktowy rynku będącego podmiotem niniejszego rozstrzygnięcia.

Tym samym wskazać należy, że usługa dosyłu, z racji sposobu jej realizacji, podmiotów na rzecz których jest świadczona, nie stanowi substytutu usługi analogowej i cyfrowej transmisji programów radiofonicznych rozpowszechnianych z obiektów nadawczych przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, a zatem nie wchodzi ona w zakres produktowy analizowanego rynku, a jedynie dostęp do niej stanowi środek zaradczy. Nałożony na EmiTel obowiązek dostępu, o którym mowa w pkt IV ust. 1 sentencji i który został szerzej omówiony w pkt 6.4.1. niniejszej decyzji obejmuje swoim zakresem również dostęp w zakresie niezbędnym do zapewnienia usługi dosyłu.

Podsumowując, rynek objęty niniejszym postępowaniem, Prezes UKE zdefiniował w sposób następujący:

Krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

Na rynku tym można zidentyfikować następujące produkty:

- usługi analogowej transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym,
- usługi cyfrowej transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

1.4. Rynek geograficzny

Zgodnie z Wytycznymi Komisji „właściwy rynek geograficzny obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa są zaangażowane w proces popytu i podaży właściwych produktów i usług, na którym to obszarze warunki konkurencji są podobne lub wystarczająco jednorodne i który to obszar można odróżnić od obszarów sąsiadujących, gdzie przeważające warunki konkurencji są znacząco różne.”²⁷ Podobną definicję rynku geograficznego zawiera art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tą 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.

W Nocie Wyjaśniającej do Zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 9 października 2014 r. stwierdzono, że: „O ile w przeszłości, ze względów historycznych rynki geograficzne łączności elektronicznej odpowiadały zazwyczaj terytorium danego państwa członkowskiego, zakres

²⁷Wytyczne Komisji (pkt 56); (...) the relevant geographic market comprises an area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of the relevant products or services, in which area the conditions of competition are similar or sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas in which the prevailing conditions of competition are appreciably different.

geograficzny zdefiniowanego rynku może zasadniczo być lokalny, regionalny, krajowy lub nawet obejmować obszary ponad granicami poszczególnych państw członkowskich.²⁸ Należy wziąć pod uwagę zakres potencjalnej sieci operatora o znaczącej pozycji rynkowej, a także to, czy ten potencjalny operator o znaczącej pozycji rynkowej działa równomiernie na obszarze całej swojej sieci, czy też ma do czynienia ze znacząco różnymi warunkami konkurencji w takim stopniu, że jego działania są ograniczone na niektórych obszarach, zaś na innych nie. Różna presja konkurencyjna, zróżnicowana w zależności od regionu, może się przejawiać na dwa odmienne sposoby.²⁹

Na granice rynku geograficznego mogą mieć również wpływ czynniki natury prawnej, w szczególności bariery dostępu do rynku, m.in.: ograniczenia wynikające z podziału i dostępności poszczególnych zakresów częstotliwości czy koncesje. Nadawcy radiowi mogą działać na skalę ogólnopolską, ponadregionalną, regionalną lub lokalną. Jak wykazano w pkt 1.2. niniejszej decyzji, różne sposoby transmisji sygnału radiofonicznego do użytkownika końcowego (naziemna transmisja analogowa lub cyfrowa, poprzez platformy satelitarne, drogą kablową lub za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej innej niż kablowa), nie są traktowane przez nadawców radiowych jako substytuty, ale jako metody wzajemnie uzupełniające się. Nadawcy radiowi, chcąc transmitować swoje programy na możliwie jak największym obszarze kraju i do potencjalnie jak największej liczby użytkowników końcowych, są zobowiązani poprzez decyzje KRRiT, do analogowej transmisji programów radiofonicznych na określonej częstotliwości (na określonym obszarze) bądź w multipleksie cyfrowym - MUXR3 – w przypadku transmisji cyfrowej. W konsekwencji prowadzi to do swoistego przywiązania nadawcy radiowego do sieci operatora telekomunikacyjnego obsługującego go od strony technicznej. Biorąc pod uwagę, że EmiTel sp. z o.o. jest „operatorem technicznym” multipleksu radiowego MUXR3 oraz, że jako jedyny operator telekomunikacyjny, działający na analizowanym rynku, posiada sieć ogólnopolską stacji nadawczych (można wskazać także takie stacje nadawcze, będące w posiadaniu lub władaniu przez EmiTel sp. z o.o., które nie mogą być zduplikowane), współpraca z tą Spółką, świadcząca swoje usługi na obszarze całego kraju, jest często jedynym dostępnym i możliwym wyborem.

Rynek właściwy w wymiarze geograficznym jest pochodną danego rynku w jego wymiarze produktowym a naziemna transmisja programów radiofonicznych jest systemem transmisji ukierunkowanym na pokrycie całej powierzchni Polski - co przemawia za uznaniem, że rynek ten ma zakres nie większy niż krajowy. Jednocześnie fakt, że w nieznaczającej części zasięg przekracza granice Polski lub jest od nich węższy nie powinien być traktowany jako wykluczający przyjęcie, że rynek geograficzny tożsamy jest z granicami Polski. Zasięg sieci, ze względu na swą specyfikę techniczną, nie może zostać bowiem zamknięty w sztywnych i precyzyjnych ramach.

Prezes UKE stwierdza jednocześnie, że nie ma podstaw do uznania, że mógłby to być rynek szerszy niż krajowy. Zarówno uwarunkowania technologiczne oraz związane ze strukturą i własnością sieci, determinują uznanie, że jest to rynek krajowy. Na obszarze Polski brak jest

²⁸Zgodnie z Artykułem 15(4) dyrektywy ramowej, po konsultacji z krajowymi organami regulacyjnymi i uwzględniając w jak największym stopniu opinię BEREC, Komisja może przyjąć decyzję określając rynki ponadnarodowe.

²⁹Nota wyjaśniająca 2014, str. 53: Whilst, in the past, for historic reasons, geographic markets for electronic communications, usually corresponded to the territory of a particular Member State, the geographic scope of a defined market can in principle be local, regional, national or even covering territories across the borders of individual Member States²⁰. Account has to be taken of the scope of the potential SMP operator's network and whether that potential SMP operator acts uniformly across its network area or whether it faces appreciably different conditions of competition to a degree that its activities are constrained in some areas but not in others. Differing competitive pressure, varying from region to region, could manifest itself in two different ways.

bowiem zróżnicowanych barier dostępu do świadczenia hurtowych usług transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, które stanowiłyby podstawę do geograficznej segmentacji tego rynku. Brak jest też różnic – w zależności od obszaru geograficznego – w preferencjach odbiorców usług. Nie występują również – zależne od obszaru – różnice cen, lub kosztów transportu.

Analiza przeprowadzona przez Prezesa UKE wskazuje na krajowy zasięg hurtowego rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

2. Struktura podmiotowa rynku właściwego

Na podmiotowym rynku po stronie podaży działają przedsiębiorcy telekomunikacyjni posiadający infrastrukturę, za pomocą której mogą oni świadczyć na rzecz nadawców radiofonicznych usługę transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym. Na podstawie zebranych przez Prezesa UKE danych i wykonanej analizy można stwierdzić, że na analizowanym rynku właściwym można wskazać podmioty o największym w nim udziale:

1. EmiTel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
2. Arkena sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
3. Bcast sp z o.o. z siedzibą w Warszawie,
4. DIGIB sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Występują także inne podmioty, np.: OPERATOR FM Anna Obertaniec z siedzibą w Legnicy, czy Spółki: Radiodyfuzja PL S.A. z siedzibą w Zamościu, Consensus sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, Rdf sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu i inne lecz ich udział w analizowanym rynku jest znikomy.

2.1. Grupa kapitałowa EmiTel

Należy zaznaczyć, iż na omawianym rynku EmiTel działa zarówno w ramach spółki EmiTel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jak również poprzez podmioty powiązane: Allford Investments sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Allford Investments”), Hubb Investments sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Hubb Investments”) oraz EM Properties z siedzibą w Warszawie (dalej „EM Properties”).

Jak wynika z informacji zawartych w Krajowym Rejestrze Sądowym EmiTel posiada całość udziałów Allford Investments. Z kolei do Allford Investments należy całość udziałów Hubb Investments oraz EM Properties. Ten układ powiązań kapitałowych spełnia kryterium uznania tych podmiotów jako tworzących grupę kapitałową w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. EmiTel występuje jako przedsiębiorca dominujący w tej grupie kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z koncepcją „jednego podmiotu gospodarczego” (ang. *single economic entity*) przynależność do grupy kapitałowej ma wpływ na ocenę rynkowych zachowań takich przedsiębiorców. Uznaje się bowiem, że przedsiębiorcy zależni od innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy dominującego) mają ograniczoną swobodę zachowań rynkowych, są wykonawcami wytycznych tego przedsiębiorcy dominującego³⁰. Koncepcja jednego

³⁰ Zob. Aleksander Stawicki, Komentarz do art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, System Informacji Prawnej Lex

podmiotu gospodarczego oparta jest na założeniu, że pomimo posiadania odrębnej osobowości prawnej, przedsiębiorców zależnych od innych podmiotów, którzy faktycznie nie mają możliwości samodzielnego kształtowania swoich działań rynkowych, należy traktować jako jeden organizm gospodarczy. Założeniem tej koncepcji jest również, że tylko od woli właściciela zależy, jak formalnie zorganizuje on prowadzoną przez siebie działalność gospodarczą, w tym czy będzie prowadził ją za pośrednictwem jednego podmiotu, czy też większej ich liczby. Celem działania spółek zależnych jest zatem nie tyle konkurowanie ze sobą, co raczej optymalizowanie i zwiększanie przychodów w ramach grupy kapitałowej, poprzez realizację określonej strategii biznesowej, nawet jeżeli strategia ta zakłada pewien stopień autonomii poszczególnych podmiotów zależnych. Podmioty takie w zdecydowanej większości wypadków będą zatem wyłącznie realizować ustaloną ogólnie strategię działania, a tym samym bardzo rzadko zachowywać się będą na rynku jak prawdziwie niezależni konkurenci. Istnienie jednego organizmu gospodarczego może wynikać zarówno z powiązań o charakterze kapitałowym, jak i faktycznej możliwości wpływu na postępowanie podmiotów zależnych, wynikającej np. z faktu zasiadania w ich władzach lub organach nadzoru.

W przypadku grupy kapitałowej EmiTel, obok powiązań kapitałowych występują również pewne powiązania o charakterze personalnym (w ramach organów określonych podmiotów). **(Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 2).**

Omówione powyżej okoliczności spowodowały, że udziały w rynku właściwym wynikające z posiadanych przez Allford Investments, Hubb Investments oraz EM Properties zasobów infrastruktury służącej świadczeniu usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, na potrzeby przeprowadzonej analizy, zostały przypisane EmiTel.

3. Test trzech kryteriów

Rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym nie został wymieniony w obowiązującym obecnie Zaleceniu z 2014 r. W celu określenia, czy powinien on podlegać regulacji *ex ante*, należy więc przeprowadzić tak zwany „test trzech kryteriów”. Kryteria wymienione przez Komisję Europejską to:

1. występowanie trudnych do przezwyciężenia i niemających przejściowego charakteru barier strukturalnych lub prawno-regulacyjnych w dostępie do rynku;
2. istnienie struktury rynku, która nie sprzyja osiągnięciu skutecznej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym, przy uwzględnieniu stanu konkurencji infrastrukturalnej i innych rodzajów konkurencji z pominięciem barier w dostępie do rynku;
3. przepisy wyłączające prawa konkurencji są niewystarczające do odpowiedniego zaradzenia stwierdzonym nieprawidłowościom w funkcjonowaniu rynku.

Wymienione powyżej kryteria muszą zostać spełnione łącznie.

3.1 Trudne do przezwyciężenia i nie mające przejściowego charakteru bariery wejścia na rynek właściwy

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.

Wyróżnia się z reguły dwa rodzaje barier wejścia: (...) *Bariery strukturalne* wynikają z warunków kosztowych i popytowych, utrudniających lub uniemożliwiających wejście na rynek zajęty przez operatora zasiedziatego. Dla barier tego typu charakterystyczne jest duże znaczenie ekonomii skali i ekonomii zakresu. (...) *Bariery prawne i regulacyjne* są wynikiem stosowania środków ustawowych lub administracyjnych ograniczających konkurencję poprzez utrudnianie wejścia na rynek lub pogarszanie pozycji operatora na rynku, np. poprzez ograniczanie dostępu do częstotliwości niezbędnych do świadczenia usług³¹.

Jak wskazuje Komisja w Zaleceniu z 2014 r., zważywszy na dynamiczną naturę i funkcjonowanie rynków łączności elektronicznej, w toku analizy tego kryterium należy uwzględnić możliwości likwidacji barier w dostępie do rynku w odpowiednim horyzoncie czasowym. Zgodnie z Zaleceniem z 2014 r. przeanalizowano dwa rodzaje barier: bariery strukturalne oraz bariery prawne i regulacyjne.

3.1.1. Bariery strukturalne

Komisja Europejska w Nocie wyjaśniającej 2014³² zauważa, iż: „*Strukturalna bariera w dostępie do rynku występuje, kiedy stan technologii i powiązana z nim struktura kosztów i/lub poziom popytu tworzą niesymetryczne warunki dla operatorów, utrudniając konkurentom wejście na rynek lub rozwój.*”³³

Dalej Komisja stwierdza, że „*Ważnym warunkiem w ramach pierwszego kryterium jest kwestia, czy jest prawdopodobne, aby wysokie bariery w dostępie do rynku okazały się stałe w kontekście zmodyfikowanych obowiązków regulacyjnych. Wymaga to oceny przez organ regulacyjny, czy w wybiegającej w przyszłość perspektywie czasu rynek cechuje efektywna konkurencja, w sytuacji braku obowiązków regulacyjnych nałożonych w oparciu o ustalenie zajmowania przez operatora pozycji znaczące*”³⁴.

Można wymienić obiektywne trudności na jakie narażeni są operatorzy chcący wejść na rynek usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, np.:

1. Ryzyko związane z kosztami „utopionymi”, czyli takimi, które nie są do odzyskania w przypadku wycofania się z działalności na danym rynku. W przypadku analizowanego rynku koszty poniesione na budowę lub rozbudowę masztów, wież czy obiektów nadawczych to koszty z natury „utopione”. Obiektów takich nie da się bowiem wykorzystać inaczej niż do prowadzenia działalności na analizowanym rynku transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych

³¹ Stanisław Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2013, teza 9 do art. 25a, str. 220 - 221

³² SWD(2014)298 NOTA WYJAŚNIAJĄCA - Dokument towarzyszący do Zalecenia Komisji w sprawie właściwych rynków produktowych i usługowych 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.

³³ *A structural barrier to entry exists when the state of the technology, and its associated cost structure, and/or the level of demand, are such that they create asymmetric conditions between operators preventing market entry or expansion of competitors.*

³⁴ *An important qualification of the first criterion is whether high entry barriers are likely to be non-transitory in the context of a modified Greenfield approach. This requires NRAs to assess whether markets are effectively competitive from a forward-looking perspective in the absence of regulation based on a finding of significant market power.*

użytkownikom końcowym. Koszty budowy infrastruktury muszą pokryć wydatki m.in. związane z:

- kosztami projektów,
- prefabrykacji elementów obiektów nadawczych oraz ich transportu i montażu,
- wykonania fundamentów bądź posadowienia obiektu,
- zagospodarowania terenu (ogrodzenie, wykonanie zabezpieczeń, często budowa drogi prowadzącej do obiektu),
- wykonania przyłącza energetycznego,
- kontenera technicznego wraz z wyposażeniem (osobno należy doliczyć koszty związane z zakupem i montażem fiderów, nadajników czy systemów antenowych),
- innych związanych z konkretną lokalizacją i liczbą oraz jakością emisji jakie są planowane z danego obiektu.

Na podstawie danych pozyskanych od operatorów prowadzących działalność na analizowanym rynku i przeprowadzonej analizy, Prezes UKE stwierdza, że występują znaczne różnice w kosztach tak poszczególnych składowych jak i kosztach całkowitych budowy (aż do 40%), nawet w obrębie obiektów o zbliżonych parametrach, i tak:

- średni koszt budowy wieży o wysokości 50-60m to 724.250,00PLN (waha się w granicach od 532.000,00PLN do 800.957,00PLN),
- średni koszt budowy wieży o wysokości 80-90m to 1.313.530,00PLN (waha się w granicach od 1.015.000,00PLN do 1.672.280,00PLN),
- średni koszt budowy wieży o wysokości ok. 120m to 1.207.335,00PLN (waha się w granicach od 1.170.570,00PLN do 1.244.100,00PLN).

Należy pamiętać, że operatorzy nie budują ani nie planują budowy obiektów tylko dla samego faktu rozwoju infrastruktury własnej, a decydują się na inwestycje celowe, tylko na potrzeby konkretnej emisji. Każda emisja ma inne parametry (zasięg geograficzny, częstotliwość, moc) i w ślad za tym koszty obsługi technicznej w każdym przypadku (oraz u każdego operatora) będą inne (wykorzystanie już posiadanej infrastruktury własnej, budowa jednego lub kilku obiektów nadawczych i systemów nadawczych). Ryzyko utraty bardzo dużych nakładów jest wysokie.

2. Kontrola operatorów działających na rynku nad trudną do powielenia infrastrukturą. Powiązana bariera strukturalna może także występować tam, gdzie świadczenie usługi wymaga elementu sieci, który nie może zostać technicznie powielony, lub gdy koszt takiego powielenia sprawia, że jest to nieopłacalne dla konkurencji. Istotny jest także zasięg sieci, którą dysponuje operator.

W przypadku analizowanego rynku mamy do czynienia z sytuacją, w której część już istniejącej infrastruktury znajduje się aktualnie w parkach przyrody, na terenach chronionych czy w terenie trudno dostępnym (np. górskim), co czyni te obiekty nie do powielenia w praktyce. Obiektami, których, ze względu na uregulowania prawne również nie da się wprost powielić są obiekty wysokiej mocy nadawania (powyżej 10kW ERP). W toku analizy oraz warsztatów z podmiotami aktywnie działającymi na analizowanym rynku ustalono, że przeważająca większość obiektów trudnych lub

niemożliwych do powielenia pozostaje w dyspozycji EmiTel sp. z o.o. Aby w sposób skuteczny i efektywny (w tym w szczególności - finansowo) transmitować sygnał radiofoniczny należy dysponować nie tylko rozległą (ogólnokrajową) siecią obiektów nadawczych, ale też obiektami wysokiej mocy nadawania oraz obiektami średniej i niskiej mocy nadawania jako obiektami uzupełniającymi dla danej emisji radiowej.

Jedynie operator posiadający maksymalnie rozległą (ogólnokrajową) i różnorodną (obiekty nadawcze różnej mocy, różnej wysokości tak bezwzględnej jak względnej) siecią obiektów nadawczych jest w stanie sprostać wymaganiom pokrycia i jakości transmisji jakie stawiają operatorowi telekomunikacyjnemu nadawcy. Analiza Prezesa UKE, na podstawie danych zebranych od operatorów telekomunikacyjnych, działających na analizowanym rynku, wykazała, że tylko EmiTel sp. z o.o. dysponuje siecią obiektów nadawczych spełniającą takie wymagania. Prezes UKE, stwierdza, że EmiTel sp. z o.o. kontroluje zdecydowaną większość infrastruktury służącej do świadczenia usługi transmisji sygnału radiofonicznego do odbiorcy.

Na podstawie analizy informacji przekazanych przez operatorów telekomunikacyjnych, Prezes UKE stwierdza, że jakiegokolwiek obiekty (w szczególności wysokościowe lub/i wysokiej mocy), które mogłyby potencjalnie posłużyć jako alternatywne dla obiektów już istniejących, z których prowadzona jest transmisja, posiadają szereg ograniczeń uniemożliwiających w praktyce ich wykorzystanie do celów transmisyjnych, np.:

- niemożność uzyskania pożądanego przez nadawcę zasięgu (w praktyce zasięg odnoszony jest do zasięgu obiektu referencyjnego – obecnie działającego), zwłaszcza w kontekście zakłóceń i wpływu na pracę innych stacji nadawczych,
- braku dostępu do obiektu i brak możliwości zainstalowania na nim niezbędnego wyposażenia, np. z powodu: ograniczonej nośności, braku zasilania energetycznego, braku monitoringu,
- ryzyko przekroczenia mocy dopuszczalnej w określonych strefach promieniowania elektromagnetycznego i idące w ślad za tym ograniczenia mocy nadawania a tym samym ograniczenia zasięgu,
- ryzyko dodatkowych ograniczeń mocy promieniowanej (dodatkowe wytłumienia), w celu ochrony zasięgów polskich i zagranicznych stacji UKF.

Powyższe ograniczenia w szczególności odnoszą się do obiektów wysokiej mocy ERP. Należy zwrócić uwagę, że w żadnym europejskim kraju, zwłaszcza o ukształtowaniu terenu analogicznym jak w Polsce (czyli uprzywilejowującym obiekty wysokie/i o dużej mocy) nie powstała alternatywna infrastruktura służąca do transmisji sygnału radiofonicznego. Jedną z przyczyn są względy ogólnowiatowych uregulowań prawnych, na podstawie uzgodnień z Genewy, z 1975 r., o tzw. położeniu obiektów wysokiej mocy (ilość takich obiektów oraz ich rozmieszczenie w poszczególnych krajach jest ustalona a jakiegokolwiek przemieszczenie obiektu wysokiej mocy aktualnie działającego w Polsce potencjalnie nosiłoby konieczność analogicznych zmian w krajach sąsiadujących – co w praktyce jest niemożliwe)³⁵. Budowa jakiegokolwiek nowej sieci alternatywnej opierałaby się wyłącznie na obiektach średnich i niskich mocach ERP. Byłoby to zadanie bardzo skomplikowane, z punktu widzenia technicznego i zapewnienia zasięgu ogólnokrajowego. (**Tajemnica przedsiębiorstwa**,

³⁵<http://www.itu.int/en/history/Pages/RadioConferencesRegional.aspx?conf=4.98>

Załącznik 2 pkt 3) twierdzi, że wręcz niemożliwa bez pominięcia niektórych obiektów (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 4**).

EmiTel sp. z o.o. korzysta z obiektów wysokiej mocy, do których inni operatorzy telekomunikacyjni nie mają w większości przypadków dostępu. Chcąc stworzyć potencjalną sieć alternatywną z pominięciem takich obiektów zmuszeni byłiby do zbudowania dużo większej ilości obiektów. Koszty budowy oraz późniejszej eksploatacji takiej sieci, opartej na dużo większej ilości obiektów, wg operatorów alternatywnych działających na analizowanym rynku, jest dużo wyższy. Pomijając nawet kwestie związane z poniesionymi nakładami na taką alternatywną sieć, to w praktyce ciężko byłoby pogodzić, od strony technicznej (ograniczenia wymienione powyżej).

3. Długi czas potrzebny na przygotowanie i sfinalizowanie niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usług inwestycji. Kluczowy wydaje się czas niezbędny nie tylko na samą budowę infrastruktury (w szczególności budowę obiektów nadawczych), ale również fazę przygotowawczą, podczas której konieczne jest zdobycie stosownych pozwoleń i uprawnień. Etap ten może trwać wiele miesięcy (lat). W obliczu szybkiego postępu technologicznego istnieje ryzyko, że realizowany biznes plan będzie już przestarzały z czasem ukończenia inwestycji. Ponadto nadawcy oczekują od operatora technicznego realizacji nadawania w określonym, często krótkim terminie. Operatorzy natomiast zwracają uwagę, że średni czas procesu inwestycyjnego mającego na celu uruchomienie transmisji na nowym obiekcie to 18 miesięcy, z czego pierwszych 6 to faza pozyskania terenu, a kolejne to czas niezbędny na uzyskanie wymaganych pozwoleń.

Sytuacja taka sprzyja operatorom już działającym na rynku i posiadającym rozbudowaną infrastrukturę.

4. Niska, niepewna stopa zwrotu z inwestycji w budowę sieci. Rynek ten cechuje się bardzo wysokimi kosztami związanymi z budową oraz utrzymaniem sieci obiektów nadawczych. Jednocześnie potencjalne zyski, w związku z wieloletnimi umowami na obsługę techniczną transmisji sygnału radiowego, są odległe i bliżej nieokreślone. Sytuacja taka nie zachęca operatorów alternatywnych do wejścia na rynek.

W przypadku analizowanego rynku właściwego można stwierdzić, że istnieją poważne trudności utrudniające lub wręcz uniemożliwiające wejście na analizowany rynek.

3.1.2. Bariery prawne i regulacyjne

Bariery prawne wynikają z legislacyjnych, administracyjnych lub innych działań podejmowanych przez państwo, które w sposób bezpośredni oddziałują na warunki wejścia i/lub na pozycję operatorów na rynku właściwym.

Co do zasady do najpoważniejszych barier o charakterze prawnym ograniczającym prowadzenie i rozwijanie działalności przez nowych operatorów na rynkach telekomunikacyjnych należą:

1. Bariery związane z budową infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności lokalnymi planami zagospodarowania przestrzennego (lub ich brakiem), prawem budowlanym, prawem ochrony środowiska.

Istotną barierą na wielu obszarach Polski jest brak miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Dla tych terenów nie ma bowiem jasnych i dostępnych inwestorowi (np. operatorowi alternatywnemu) przepisów określających warunki zagospodarowania i zabudowy terenu. W takim przypadku istnieje

konieczność uzyskania decyzji lokalizacyjnej, co prowadzi do tego, że o warunkach tych decyduje każdorazowo organ administracji. Są one więc mało przewidywalne, często niespójne z decyzjami podejmowanymi w zakresie innych obszarów i zależne od subiektywnych ocen danego organu. Niejednokrotnie inwestorzy otrzymują decyzje odmowne, od których co prawda mogą się odwoływać do właściwego organu odwoławczego, ale rozpatrzenie sprawy zajmuje niekiedy wiele miesięcy i wstrzymuje proces inwestycyjny.

Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r., poz. 1073) nakłada na gminy obowiązek uregulowania w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego m.in. zasad modernizacji, budowy i rozbudowy systemów telekomunikacyjnych.

Dopuszczalność lokalizacji inwestycji telekomunikacyjnej może zostać również zakwestionowana przez organ wydający decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach oraz przez organ administracji budowlanej wydający pozwolenie na budowę (przyjmujący zgłoszenia). Dodatkowo, inwestor, który ukończył realizację inwestycji, nie może od razu przystąpić do jej eksploatacji. Zgodnie bowiem z obowiązującym w Polsce prawem na 30 dni przed terminem oddania do użytkowania nowo zbudowanej lub zmodernizowanej instalacji, realizowanej jako przedsięwzięcie mogące znacząco oddziaływać na środowisko, musi on poinformować wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska o planowanym terminie oddania do użytku instalacji lub zakończenia rozruchu instalacji, jeżeli jest on planowany. Wojewódzki inspektor ochrony środowiska może natomiast wstrzymać oddanie instalacji do użytkowania, jeżeli nie spełnia ona wymagań ochrony środowiska. Spełnienie wymogów związanych z uwarunkowaniami środowiskowymi jest postrzegane jako jedna z istotnych przeszkód – na to zwracali uwagę operatorzy alternatywni, w ramach prowadzonych przez Prezesa UKE spotkań roboczych, które miały miejsce w okresie marzec-czerwiec 2016 r.

Warto podkreślić, że każda inwestycja związana z budową lub rozbudową obiektu nadawczego wymaga wykonania szeregu badań technicznych i środowiskowych oraz elektromagnetycznych, jak również zgody mieszkańców gmin, w których takie obiekty miałyby powstać. Bardzo często, co było znamienne przy okazji budowania stacji bazowych umieszczanych na masztach przez operatorów sieci komórkowych, protest ludności, zamieszkującej teren, w sąsiedztwie którego powstawał taki maszt uniemożliwiał jego budowę. W związku z powyższym budowa sieci alternatywnych obiektów nadawczych, szczególnie obiektów dużej mocy jest trudna, a często wręcz niemożliwa dla ewentualnych inwestorów czyli operatorów telekomunikacyjnych chcących rozbudować sieć posiadanych obiektów nadawczych.

Częściowo zmniejszenie barier prawnych, w szczególności w zakresie związanym z budową infrastruktury telekomunikacyjnej, nastąpiło w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r., poz. 2062 z późn.zm.; dalej „Megaustawa”). Określa ona:

- formy i zasady wspierania inwestycji telekomunikacyjnych, w tym związanych z sieciami szerokopasmowymi;
- zasady działalności w zakresie telekomunikacji jednostek samorządu terytorialnego oraz podmiotów wykonujących zadania z zakresu użyteczności publicznej;

- zasady dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej i innej infrastruktury technicznej, finansowanych ze środków publicznych;
- prawa i obowiązki inwestorów, właścicieli, użytkowników wieczystych nieruchomości, osób, którym przysługuje spółdzielcze prawo do lokalu, zarządców nieruchomości oraz lokatorów, w szczególności w zakresie dostępu do nieruchomości, w celu zapewnienia warunków świadczenia usług telekomunikacyjnych;
- zasady lokalizowania regionalnych sieci szerokopasmowych oraz innej infrastruktury telekomunikacyjnej.

Megaustawa zawiera rozwiązania sprzyjające rozwojowi społeczeństwa informacyjnego, realizowane poprzez zniesienie barier dla inwestycji i stworzenie rozwiązań prawnych stymulujących rozwój sieci regionalnych oraz budowę infrastruktury telekomunikacyjnej. Megaustawa wspiera jednak, w głównym stopniu, operatorów budujących sieci telekomunikacyjne przewodowe – kablowe, w tym w technologii FTTx. Jej użyteczność dla operatorów działających na analizowanym rynku jest dużo mniejsza.

2. Bariery związane z rozpoczęciem działalności na rynku telekomunikacyjnym. Działalność na rynku telekomunikacyjnym jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Ponadto przedsiębiorcy telekomunikacyjni są zobowiązani do wypełniania szeregu innych obowiązków związanych już z samym prowadzeniem działalności telekomunikacyjnej (obowiązki na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa, uiszczanie stosownych opłat – np. opłata telekomunikacyjna, a także wypełnianie obowiązku sprawozdawczości na rzecz Prezesa UKE). Wszystkie te kwestie, choć nie stanowią bezpośredniej przeszkody w rozpoczęciu i prowadzeniu działalności na rynku telekomunikacyjnym, to jednak nakładają na przedsiębiorcę dodatkowe wymagania (w porównaniu z innymi, nieregulowanymi sektorami gospodarki), które muszą zostać przez niego spełnione. Jednakże wspomniane wymagania prawne nie mogą być traktowane jako trwała bariera prawna, która w istotny sposób utrudniałaby lub uniemożliwiała wejście na rynek właściwy.

Bariery prawne i regulacyjne dotyczą w podobnym zakresie każdego podmiotu, który chciałby prowadzić swoją działalność na analizowanym rynku. W najmniejszym stopniu bariery te dotyczą EmiTel sp. z o.o. jako jedyne operatora telekomunikacyjnego, działającego na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, który posiada dostatecznie i w największym stopniu rozwiniętą sieć własnych obiektów nadawczych. Bariery te w stopniu znacznym natomiast ograniczają działalność tych operatorów, którzy zamierzaliby budować nowe/rozbudowywać istniejące obiekty nadawcze celem zwiększenia zakresu swojej działalności na analizowanym rynku oraz skutecznie zniechęcają nowe podmioty do wejścia na ten rynek.

3.2. Istnienie struktury rynku, która nie sprzyja osiągnięciu skutecznej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym, przy uwzględnieniu stanu konkurencji infrastrukturalnej i innych rodzajów konkurencji

W Nocie wyjaśniającej 2014 Komisja zauważa, że: „*Aby rynek podlegał regulacji ex ante, powinien on mieć cechy wykazujące, że nie będzie zmierzał z biegiem czasu w kierunku efektywnej konkurencji. To kryterium uwzględnia zatem szereg aspektów strukturalnych*

i środowiskowych, które w sumie wskazują na to, czy w danym okresie czasu rynek posiada cechy, które mogą uzasadniać nałożenie obowiązków regulacyjnych.

Zastosowanie tego kryterium wiąże się ze zbadaniem stanu konkurencji w sytuacji istnienia barier w dostępie do rynku; innymi słowy, nawet w przypadku istnienia wysokich barier wejścia. W rzeczywistości czynniki strukturalne lub cechy runku oraz inne gwałtowne zmiany mogą oznaczać, że rynek zmierza w kierunku efektywnej konkurencji. Jest tak na przykład w przypadku rynków z ograniczoną lecz wystarczającą liczbą przedsiębiorstw za barierą dostępu, gdzie popyt rynkowy jest elastyczny pod względem cen. Mogą zatem istnieć rynki, na których występują zachęty do innowacji lub ekspansji, a udziały w rynku mogą zmieniać się w czasie i/lub można zaobserwować spadek cen.”³⁶

Do najważniejszych wskaźników służących do oceny tego kryterium należą:

- udziały operatorów w rynku właściwym,
- kontrola nad infrastrukturą trudną do powielenia (w tym duplikacja sieci/infrastruktury),
- trendy cenowe i stosowane praktyki w określaniu tych cen.

3.2.1. Udziały operatorów w rynku właściwym

EmiTel sp. z o.o. posiada (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 5**) własnych (lub należących do spółek zależnych od EmiTel sp. z o.o. – zob. pkt 2.1. niniejszej decyzji) obiektów nadawczych, z czego Prezes UKE 55 uznał za praktycznie i ekonomicznie niemożliwe do zduplikowania – są one jednocześnie najatrakcyjniejsze z punktu widzenia transmisji sygnału radiofonicznego. Z własnych obiektów Spółka prowadzi (wg stanu na dzień 25 maja 2017 r.³⁷) 405 emisji UKF, co stanowiło 37,8% wszystkich emisji tego typu oraz 16 emisji DAB+, odpowiednio 66,7%. Spółka dzierżawi (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 6**) obiekty, z których prowadzi kolejne emisje: 140 emisji UKF i 4 emisje DAB+. Podsumowując - łącznie z obiektów własnych i dzierżawionych EmiTel sp. z o.o. prowadzi 545 emisji UKF, co daje łącznie 50,9% oraz 20 emisji DAB+ stanowiących 83,3% wszystkich emisji radia cyfrowego w Polsce. Należy podkreślić, że Spółka prowadzi zdecydowaną większość emisji z dużą (lub bardzo dużą) mocą ERP. Z punktu widzenia optymalizacji kosztów w stosunku do osiągniętych przychodów związanych ze świadczeniem usług transmisji programów radiofonicznych przez operatora świadczącego na rzecz nadawców, emisje wielkomocowe są najbardziej opłacalne. Emisje z dużą (lub bardzo dużą) mocą ERP generują także największe przychody na analizowanym rynku. W zakresie UKF, emisji z mocą od 10KW ERP EmiTel sp. z o.o. prowadzi – z obiektów własnych 105, co stanowi 33,9% wszystkich emisji tego typu oraz z obiektów dzierżawionych 130,

³⁶ Nota wyjaśniająca 2014, str. 53: To be susceptible to *ex ante* regulation a market should present characteristics demonstrating that it will not tend over time towards effective competition. This criterion therefore takes into account a number of structural and behavioural aspects which on balance indicate whether or not, over the time period considered, the market has characteristics which may justify the imposition of regulatory obligations. The application of this criterion involves examining the state of competition behind the barriers to entry, in other words, even in the presence of high barriers to entry. Indeed, structural factors or market characteristics and other disruptive developments may mean that the market tends towards effective competition. This is for instance the case in markets with a limited, but sufficient, number of undertakings behind the entry barrier facing price-elastic market demand. There may therefore be markets where incentives for innovation or expansion may exist and market shares may change over time and/or falling prices may be observed.

³⁷ Źródło UKE na podstawie danych z wykazów pozwoleń radiowych wydanych przez Prezesa UKE: <https://www.uke.gov.pl/pozwolenia-radiowe-dla-stacji-radiofonicznych-4160#> oraz danych przekazanych przez operatorów na potrzeby analizy

odpowiednio 41,9%. Łącznie 235 emisji UKF z dużą (lub bardzo dużą) mocą ERP, co daje 75,8%. W zakresie DAB+, emisji z mocą od 10KW ERP EmiTel sp. z o.o. prowadzi – z obiektów własnych 5, co stanowi 55,6% wszystkich emisji tego typu oraz z obiektów dzierżawionych 1, odpowiednio 11,1%. Łącznie 235 emisji UKF z dużą (lub bardzo dużą) mocą ERP, co daje 66,7%.

Udziały operatorów w przedmiotowym rynku zostały obliczone w oparciu wielkość przychodów uzyskiwanych ze świadczenia usługi transmisji sygnału radiofonicznego na rzecz nadawców radiowych w latach 2011-2016. W przychodach EmiTel sp. z o.o., dla spójności analizy, uwzględnione są przychody uzyskiwane ze świadczenia usługi transmisji sygnału telewizyjnego przez spółki RS TV S.A. oraz Info-TV-Operator sp. z o.o., które zostały przejęte w 2013 r. przez EmiTel sp. z o.o.

Tabela 4. Przychody uzyskiwane ze świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym przez operatorów działających na w latach 2011-2016, w PLN

(Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 7)

Źródło: UKE.

Tabela 5. Udziały poszczególnych operatorów pod względem przychodów uzyskiwanych na rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczenia treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, w latach 2011-2016

Operator:	2011	2012	2013	2014	2015	2016
TRANSMISJA Łukasz Studencki	0,0%	0,1%	0,1%	0,1%	0,0%	0,0%
Grupa Radiowa Agory sp. z o.o.	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%	0,0%
DIGIB Sp. z o.o.	0,0%	0,0%	0,0%	0,2%	0,2%	0,2%
Polskie Radio Regionalna Rozgłośnia w Opolu "Radio Opole" S.A.	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%	0,0%	0,0%
Bcast Sp. z o.o.	0,0%	0,0%	0,0%	0,4%	0,8%	1,2%
Operator FM Anna Obertaniec	0,8%	0,7%	0,6%	0,4%	0,3%	0,3%
RDF 2 Sp. z o.o.	0,7%	0,7%	0,7%	0,4%	0,3%	0,4%
Arkena Sp. z o.o.	5,2%	4,1%	4,1%	3,9%	3,8%	3,8%
EmiTel Sp. z o.o.	93,2 %	94,3 %	94,2 %	94,6 %	94,5 %	94,0 %

Źródło: UKE.

Dominującą pozycję pod względem udziałów w przychodach uzyskiwanych ze świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym posiada EmiTel sp. z o.o., średnio za badany okres – 94,1%. Drugi co do wielkości przedsiębiorca na tym rynku – operator Arkena sp. z o.o. – posiada udziały średnio za badany okres – 4,1%, a spośród pozostałych podmiotów tylko Bcast sp. z o.o., w 2016 r. przekroczył próg 1% pod względem udziałów w wielkości przychodów na analizowanym rynku.

Widoczny jest stabilny, niemal niezmienny udziałów EmiTel sp. z o.o. pod względem całkowitych przychodów uzyskiwanych z usług świadczonych na badanym rynku właściwym. Pozycja spółki jest bardzo silna, a tempo obniżania udziałów zbyt małe, aby w okresie najbliższych kilku lat mogła zaistnieć na rynku świadczenia usługi transmisji sygnału radiofonicznego skuteczna konkurencja.

Niniejsze kryterium wskazuje na konieczność regulacji *ex ante*.

3.2.2. Kontrola infrastruktury trudnej do powielania

Elementami infrastruktury telekomunikacyjnej, niezbędnymi do świadczenia usługi transmisji sygnału radiofonicznego (lub telewizyjnego) w celu dostarczania treści radiofonicznych (lub telewizyjnych) użytkownikom końcowym dysponują (własność lub dzierżawa od podmiotów trzecich) wszyscy przedsiębiorcy działający na przedmiotowym rynku. Jednakże EmiTel sp. z o.o. ma znaczącą przewagę nad swoimi konkurentami w tym zakresie.

Obiekty nadawcze mogą być wykorzystywane tak dla celów emisji sygnałów telewizyjnych jak i radiofonicznych. Jak już było wspomniane powyżej EmiTel sp. z o.o. posiada (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 8**) własnych obiektów nadawczych, z czego Prezes UKE 55 uznał za praktycznie niemożliwe do zduplikowania – są one jednocześnie najatrakcyjniejsze z punktu widzenia świadczenia usługi transmisji sygnału radiofonicznego. EmiTel sp. o.o. dzierżawi od podmiotów trzecich (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 9**) inne obiekty nadawcze, łącznie Spółka transmituje sygnał radiofoniczny lub telewizyjny z (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 10**) obiektów nadawczych. Obiekty nadawcze mogą być wykorzystywane tak dla celów emisji sygnałów radiofonicznych i telewizyjnych. Na cele transmisji sygnału radiofonicznego EmiTel sp. z o.o., wg stanu na dzień 25 maja 2017 r., wykorzystuje (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 11**) obiektów nadawczych, z czego (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 12**) własnych.

Dla porównania - Arkena sp. z o.o., drugi pod względem wielkości udziałów w przychodach uzyskiwanych ze świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, operator telekomunikacyjny, prowadzi transmisję na rzecz nadawców radiowych (Arkena sp. z o.o. nie transmituje sygnału telewizyjnego) z (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 13**) obiektów nadawczych, z czego tylko (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 14**) operator wskazał jako własne. () (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 15**)

EmiTel sp. z o.o. na badanym rynku właściwym ma zasadniczą przewagę nad pozostałymi operatorami w zakresie wielkości infrastruktury telekomunikacyjnej wykorzystywanej do świadczenia usługi transmisji sygnału radiofonicznego w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym. Niewątpliwie zatem EmiTel sp. z o.o. kontroluje przeważającą część infrastruktury niezbędnej do świadczenia usług telekomunikacyjnych na analizowanym rynku. Silna, dominująca pozycja tego operatora nie jest zagrożona i nie ulegnie zmianie w ciągu najbliższych lat.

Mamy do czynienia z sytuacją, w której EmiTel sp. z o.o. kontroluje infrastrukturę o największym zasięgu i której powielenie jest zadaniem bardzo trudnym, wręcz niemożliwym. Duplikacja infrastruktury niezbędnej do świadczenia usług transmisji sygnału radiofonicznego jest ograniczona ze względu na olbrzymie koszty (w tym ryzyko kosztów utopionych), które musiałby ponieść operator chcący konkurować z EmiTel sp. z o.o., ale przede wszystkim trudności w powieleniu istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej wynikające z fizycznych i technicznych parametrów sieci oraz ze strukturalnych i prawnych ograniczeń istniejących

na analizowanym rynku, co Prezes UKE zauważył w pkt 3.1. niniejszej decyzji.

Obiekty nadawcze, których właścicielem lub jedynym dysponentem jest EmiTel sp. z o.o. są bardzo często zlokalizowane w miejscach, gdzie nie ma możliwości wybudowania nowych obiektów, a na istniejących już obiektach nie można zainstalować dodatkowych urządzeń nadawczych. Nie do zastąpienia jest 55 obiektów, z których EmiTel sp. z o.o., na ok. 140 częstotliwościach, prowadzi emisje radiowe wysokiej mocy (od 10kW ERP).

Tabela 6. Obiekty nadawcze będące we władaniu EmiTel sp. z o.o., powielenie których wg Prezesa UKE jest w praktyce niemożliwe

Lp.	Właściciel obiektu	Nazwa obiektu	Wysokość lokalizacji obiektu nadawczego [m n.p.m.]	Wysokość obiektu nadawczego [m n.p.t.]	Maksymalna moc nadawania ERP [kW]
1	EmiTel sp. z o.o.	RON Przasnysz	121	92	10
2		RON Tarnów / Lichwin	475	60	30
3		RTCN Białystok / Krynice	185	331	120
4		RTCN Bydgoszcz / Trzeciewiec	96	314	120
5		RTCN Katowice / Kosztowy	306	359	60
6		RTCN Lublin / Piaski	215	342	90
7		RTCN Opole / Chrzelice	188	211	60
8		RTCN Piła / Rusinowo	135	317	60
9		RTCN Płock / Rachocin	114	261	60
10		RTCN Przemyśl / Tatarska Góra	330	86	10
11		RTCN Przysucha / Kozłowiec	309	213	12
12		RTCN Wrocław / Ślęza	675	118	120
13		RTCN Zielona Góra / Jemiołów	160	296	120
14		RTON Gryfice / ul. Trzygłowska	28	45	10
15		RTON Iława / Kisielice	105	320	10
16		RTON Jelenia Góra / Śnieżne Kotły	1 490	24	10
17		RTON Lębork / Skórowo Nowe	95	94	10
18		RTON Łobez / Toporzyc	205	75	10
19		RTON Ostrołęka	105	136	15
20		RTON Świnoujście / ul. Chrobrego	3	98	10
21		RTON Wisła / Skrzyczne	1 250	87	10
22		RTON Wrocław / Żórawina	130	258	10
23		RTON Zakopane / Gubałówka	1 117	101	10
24		SLR Bolewice	106	77	10
25		SLR Makarki	194	118	10
26		SLR Włodawa / ul. Żołnierzy WiN 22a	174	99	10

27		SLR Wysoka Wieś / Dylewska Góra	312	45	10
28	Em Properties sp. z o.o.	RCN Katowice / Koszęcin	282	105	10
29		RON Feliksówka - INFO	326	114	10
30		RON Lidzbark Warmiński / ul. Dąbrowskiego	89	76	10
31		RON Lubaczów - INFO	250	60	10
32		RTCN Białogard / Sławoborze	75	209	15
33		RTCN Dęblin / Ryki	160	213	10
34		RTCN Gdańsk / Chwaszczyno	185	317	120
35		RTCN Giżycko / Miłki	159	328	10
36		RTCN Kalisz / Mikstat	219	273	10
37		RTCN Konin / Żółwieniec	97	317	30
38		RTCN Koszalin / Gołogóra	207	271	60
39		RTCN Kraków / Chorągwica	421	286	60,26
40		RTCN Leżajsk - INFO Giedlarowa	224	128	60
41		RTCN Olsztyn / Pieczewo	150	357	120
42		RTCN Siedlce / Łosice	185	313	120
43		RTCN Suwałki / Krzemianucha	250	232	30
44		RTCN Szczecin / Kołowo	140	267	60
45		RTCN Zamość / Tarnawatka	317	155	30
46		RTON Elbląg / Jagodnik	154	115	10
47		RTON Lubań / Nowa Karczma	315	122	60
48		RTON Tarnów / g. Św. Marcina	375	90	10
49		SLR Dobromierz	310	41	12
50		SLR Wojsk / Borsk	202	72	10
51		Allford Investments Sp. z o.o.	RTCN Częstochowa / Wręczyca Wielka	270	323
52	RTCN Poznań / Śrem		87	266	120
53	RTCN Rzeszów / Sucha Góra		580	116	120
54	RTCN Żagań / Wichów		155	280	30
55	Hubb Investment s sp. z o.o.	RTON Szczawnica / g. Przehyba	1 150	87	10

Źródło: UKE - <https://www.uke.gov.pl/pozwolenia-radiowe-dla-stacji-radiofonicznych-4160#> RON – radiowy obiekt nadawczy, RTCN – radiowo-telewizyjne centrum nadawcze, RTON – radiowo-telewizyjny obiekt nadawczy, SLR – stacja linii radiowych. Wysokość obiektu nadawczego – tu: środek elektryczny systemu antenowego. Informacje na temat obiektów EmiTel sp. z o.o. dostępne także na oficjalnej stronie operatora, pod adresem: http://emi.emitel.pl/EMITEL/przegląd_obiektow.aspx

Obiekty wymienione w powyższej tabeli znajdują się w terenach górskich lub wyżynnych lub charakteryzuje je duża wysokość nad poziomem terenu – te dwie cechy powodują,

że nadawanie z takich obiektów może odbywać się z wysoką lub bardzo wysoką mocą oraz, że swoim zasięgiem obejmują duży obszar kraju. Są one w praktyce radiodifuzyjnej najatrakcyjniejsze, a nadawanie z nich odbywa się z największym zyskiem dla operatora telekomunikacyjnego.

Z drugiej strony proces inwestycyjny jest długotrwały i niezwykle kosztowny, co w praktyce wyklucza utworzenie nowej, konkurencyjnej infrastruktury. Zaznaczyć należy, że sieć obiektów nadawczych wykorzystywanych przez EmiTel sp. z o.o. do świadczenia usług transmisji sygnału radiofonicznego w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym nie została do tej pory zduplikowana przez jakiegokolwiek operatora alternatywnego. Operatorzy alternatywni budują swoje obiekty najczęściej w miejscach niepokrytych sygnałem z obiektów EmiTel sp. z o.o. W tym miejscu warto podkreślić fakt, że w żadnym z krajów europejskich infrastruktura służąca operatorom działającym na rynkach radiodifuzyjnych nie jest powielana. Nie należy się spodziewać zatem, że Polska będzie tu wyjątkiem. Dostęp (brak dostępu) do infrastruktury jest zatem w wielu wypadkach kluczowym czynnikiem umożliwiającym operatorom alternatywnym prowadzenie działalności na większą niż lokalna skalę i konkurowanie z EmiTel sp. z o.o. w sposób skuteczny. Problem ten dotyczy w szczególności obszarów słabo zurbanizowanych, gdzie zlokalizowane są obiekty nadawcze dużej mocy lub/i wysokie (tak pod względem wysokości względnej jak bezwzględnej), zapewniające odpowiednio duży zasięg dla transmisji sygnału z dużą mocą.

Stwierdzić zatem należy, że EmiTel sp. z o.o. posiada bardzo wysoki udział na analizowanym rynku właściwym, wynikający w znacznej mierze z faktu posiadania i wykorzystywania do świadczenia usług transmisji sygnału radiofonicznego celem dostarczenia treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, najbardziej rozbudowanej i rozwiniętej infrastruktury telekomunikacyjnej, obejmującej swoim zasięgiem obszar całego kraju. Jednocześnie powielenie jej jest, z przyczyn opisanych powyżej, niemożliwe przez działających obecnie operatorów alternatywnych. Mało prawdopodobne jest, w ciągu najbliższych kilku lat, wejście nowego operatora alternatywnego, który byłby w stanie skutecznie konkurować z EmiTel sp. z o.o. na analizowanym rynku.

Z uwagi na powyższe, Prezes UKE stwierdza, że EmiTel sp. z o.o. kontroluje infrastrukturę trudną do powielenia na rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

3.2.3. Stosowane ceny

Ceny za usługi transmisji sygnału radiofonicznego ustalane są indywidualnie dla każdego z nadawców, z którym dany operator telekomunikacyjny zawiera umowę o świadczenie usług. Wielkość cen uzależniona jest od mocy promieniowanej ERP wykorzystywanej częstotliwości (kanału) oraz od liczby częstotliwości (kanału) wykorzystywanych do rozpowszechniania programu przez nadawcę. EmiTel sp. z o.o., dysponując najbardziej rozwiniętą infrastrukturą, w szczególności obiektami wysokiej mocy i obiektami, których powielenie nie jest w praktyce możliwe (pkt. 3.2.2), obsługuje od strony technicznej znaczną część prowadzonych analogowych emisji radiowych, w tym dla stacji ogólnopolskich, ponadregionalnych i regionalnych (pkt. 3.2.1).

Brak dostępu (lub jego ograniczanie przez EmiTel sp. z o.o.) do obiektów, którymi dysponuje Spółka oznacza praktyczne i realne ograniczenie konkurencji na analizowanym rynku, a w ślad za tym możliwość uzyskiwania lepszych warunków cenowych na świadczone przez Spółkę usługi. Sytuacja ta niewątpliwie nie jest korzystna dla nadawców i może być powodem zawyżania cen przez podmiot o pozycji dominującej na rynku transmisji programów radiofonicznych - w tym nadawców publicznych. Sytuacja konkurencyjna na podmiotowym

ryнку uległa dodatkowo znacznemu ograniczeniu po akwizycji w 2013 r. przez EmiTel sp. z o.o. ówczesnych największych jej konkurentów – RS TV S.A. i Info-TV-Operator sp. z o.o. Przed akwizycją RS TV S.A. była drugim co do wielkości dysponentem infrastruktury służącej do transmisji programów radiowych (bądź telewizyjnych). Natomiast Info-TV-Operator sp. z o.o. przed akwizycją podpisał m.in. z Cyfrowym Polsatem umowę na emisję programów telewizji mobilnej w cyfrowym multipleksie MUX4³⁸. Akwizycja dwóch aktywnie działających na analizowanym rynku podmiotów (w tym w szczególności przejęcie majątku RS TV S.A.) spowodowało znaczne ograniczenie konkurencji EmiTel sp. z o.o.

Skutkiem tego EmiTel sp. z o.o. ma możliwość zawyżania cen w postępowaniach na emisję programów radiofonicznych na obszarach o ograniczonej konkurencji a obniżania ich, w takich postępowaniach (nawet wobec tego samego nadawcy), w których może spodziewać się konkurencji ze strony innych operatorów telekomunikacyjnych.

Przykładem negatywnego efektu w sytuacji opisanej powyżej może być manipulowanie stosowanymi stawkami za emisję wobec nadawcy publicznego, Polskiego Radia S.A. i jego rozgłośni regionalnych, na przestrzeni lat:

— **(Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 16)**

EmiTel sp. z o.o. dysponując największą (ogólnokrajową) i najbardziej optymalną (obiekty dużej, średniej i małej mocy nadawczej, wysoko posadowione lub wysokie, położone w miejscach niedostępnych, także takich, których ich powielenie jest w praktyce niemożliwe) siecią obiektów nadawczych ma możliwość niemal swobodnego kreowania polityki cenowej w stosunku do nadawców – zawyżania cen w sytuacji, w której konkurencja ze strony operatorów alternatywnych nie występuje oraz ich zaniżanie w przypadku kiedy konkurencja się pojawia, bez uszczerbku dla własnych przychodów w całkowitym rozrachunku, na co niewątpliwie pozwala skala działalności Spółki i wolumen sprzedaży usług. To swoiste różnicowanie cen w sposób znaczny utrudnia operatorom alternatywnym pozyskiwanie kontraktów na świadczenie emisji programów radiofonicznych a co za tym idzie rozwoju konkurencji na analizowanym rynku.

Prezes UKE stwierdza, że istnieje konieczność ograniczenia opisanej powyżej znaczącej pozycji rynkowej EmiTel poprzez regulację opłat za usługę transmisji sygnału radiofonicznego w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

3.3. Przepisy prawa konkurencji są niewystarczające do odpowiedniego zaradzenia stwierdzonym nieprawidłowościami w funkcjonowaniu rynku.

Trzecie kryterium służy rozstrzygnięciu czy dostępne w ramach prawa konkurencji działania o charakterze *ex post* są wystarczające do skorygowania występujących na danym rynku nieprawidłowości w jego funkcjonowaniu, czy też cel ten może być wyłącznie zrealizowany przy wykorzystaniu działań o charakterze *ex ante*, a więc poprzez nałożenie na konkretnego przedsiębiorcę określonych dodatkowych obowiązków.

Zgodnie z Zaleceniem 2014 fakt, że samo prawo konkurencji nie jest wystarczające by usunąć konkretne nieprawidłowości rynkowe, stanowi ostatnie z trzech kryteriów, których łączne spełnienie jest konieczne, aby krajowe organy regulacyjne mogły określić rynek inny niż wymieniony w Załączniku do Zalecenia 2014. Zgodnie z Zaleceniem 2014 interwencje

³⁸W MUX4 umieszczona jest kodowana TV Mobilna, w ramach której dostępne są programy: Polsat Sport, Polsat Sport Extra, Polsat News, Polsat Film, Polsat Cafe, Polsat Play, TVP Seriale, TVN, Style, Nickelodeon, Comedy Central, Comedy Central Family, Kino Polska. Ponadto w MUX-4 dostępnych jest 12 stacji radiowych: Rock Radio, Antyradio, Moje Polskie Radio, Radio 100,1 FM, Złote Przeboje, Radio Eska ROCK, Muzo.fm, Radio Plus, Radio Zet, RMF FM, RMF MAXXX i Tok FM.

na mocy prawa konkurencji mogą być niewystarczające, jeżeli na przykład zlikwidowanie utrzymujących się nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku wymaga podjęcia rozbudowanych środków korygujących lub jeżeli niezbędne są częste lub szybkie interwencje.

Do takich przypadków należy zaliczyć przykładowo sytuacje, gdy:

- obowiązek regulacyjny, konieczny dla skorygowania nieprawidłowości rynkowych, nie może zostać wprowadzony na mocy prawa konkurencji (np. wymagania w zakresie dostępu występujące w pewnych okolicznościach lub szczególne wymogi dotyczące księgowania kosztów),
- wymogi zgodności dotyczące interwencji w celu skorygowania nieprawidłowości rynkowych są znaczące (np. potrzeba szczegółowej księgowości w celach regulacyjnych, ocena kosztów, monitorowanie terminów i warunków z uwzględnieniem parametrów technicznych, itp.),
- częste interwencje i/lub interwencje we właściwym czasie są niezbędne, bądź kiedy stworzenie pewności prawnej ma pierwszorzędne znaczenie (np. obowiązek kontroli cen długookresowych).

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 uczestników³⁹. 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).

Z analizy rynku właściwego przeprowadzonej przez Prezesa UKE wynika, że rynek ten nie funkcjonuje w sposób prawidłowy. Obecny na tym rynku podmiot o znaczącej pozycji rynkowej w praktyce nie spotyka się z realną konkurencją. Istniejące bariery, w szczególności te o charakterze infrastrukturalnym, kosztowym i prawnym sprawiają że EmiTel nie jest ograniczony w swych działaniach, w tym dotyczących ustalania opłat, efektywnymi mechanizmami rynkowymi. Brak bowiem jakiegokolwiek podmiotu, który mógłby zapewnić transmisję sygnału na podobnych warunkach. Przedstawione w decyzji okoliczności potwierdzają również, że oferowany przez Spółkę produkt nie posiada obecnie substytutu oraz, że stan ten w perspektywie najbliższych kilku lat się nie zmieni. W konsekwencji należy uznać, że tak zakreślony rynek funkcjonuje w sposób nieprawidłowy. Nie wypełnia on bowiem podstawowych założeń rynku konkurencyjnego. Gdyby było inaczej stan skutecznej konkurencji mógłby zostać osiągnięty z wykorzystaniem mechanizmów o charakterze rynkowym.

Mając to na uwadze, należy przeanalizować, czy stwierdzone nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku mogą zostać skorygowane w oparciu o dostępne w prawie konkurencji instrumenty o charakterze *ex post*.

³⁹ Por. wyrok SN z dn. 7 lutego 2002 r. – i CKN 1002/99

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). Zgodnie zaś z art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest również nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców.

Art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera z kolei katalog typowych zachowań, które ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów kwalifikuje jako nadużycie pozycji dominującej. Może ono w szczególności polegać na:

- 1) bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów;
- 2) ograniczeniu produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów;
- 3) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;
- 4) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;
- 5) przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;
- 6) narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści;
- 7) podziale rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych.

Stosownie do treści art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazuje zaniechania jej stosowania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 6 lub 9 ustawy (w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8) lub art. 101 lub 102 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

Dodatkowo, sankcją za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję może być również kara pieniężna, nakładana w decyzji stwierdzającej stosowanie praktyk ograniczających konkurencję. Na podstawie art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku kalendarzowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9.

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 jednak pojedyncze, konkretne postępowanie zmierzające do usunięcia występującego naruszenia, nie może ono wprowadzić żadnych narzędzi w sposób trwały i skutecznie zapobiegających występującym nadużyciom wynikającym z posiadanej znaczącej pozycji rynkowej. Specyfika interwencji *ex post* wraz z powszechną praktyką zaskarżania nałożonych sankcji przez organ antymonopolowy i ich znoszenia lub istotnego zmniejszania, powoduje, że nie zapobiegają one skutecznie pojawianiu

się w przyszłości ani nie ograniczają determinacji podmiotu takiego jak EmiTel do nadużywania znaczącej pozycji rynkowej.

Nie można przeanalizować w prawidłowy sposób wystąpienia okoliczności pozwalających na stwierdzenie zrealizowania kryterium wystarczalności prawa konkurencji w ramach testu trzech kryteriów, nie biorąc pod uwagę, jaki zestaw obowiązków będzie właściwy do nałożenia i w jaki sposób realizowany oraz monitorowany w konkretnej sytuacji rynkowej. W tym miejscu należy zatem przywołać obowiązki regulacyjne, jakie Prezes UKE uznał za adekwatne i proporcjonalne, mając na uwadze problemy rynkowe (szerzej opisane w pkt 6.3) stwierdzone w toku postępowania prowadzącego do wydania niniejszej decyzji. Są to:

1. obowiązek dostępu,
2. obowiązek niedyskryminacji,
3. obowiązek przejrzystości,
4. obowiązek rachunkowości regulacyjnej,
5. obowiązek ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty,
6. obowiązek oferty ramowej.

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. Ponadto Prezes UOKiK nie może bezpośrednio wpływać na wysokość cen (nakładając obowiązki kontroli cen na operatorów telekomunikacyjnych), nie posiada też narzędzi umożliwiających wpływ na warunki współpracy międzyoperatorskiej. 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 oferty ramowej, 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.

Należy również zwrócić uwagę na kwestię funkcjonalności danego modelu regulacji. Do tego bowiem sprowadza się głównie analiza okoliczności relewantnych w analizie spełnienia trzeciego kryterium testu trzech kryteriów, tj. jaki model regulacji – *ex post* czy *ex ante* będzie najbardziej właściwy, mając na uwadze zagrożenia konkurencji występujące na danym rynku telekomunikacyjnym oraz mając na uwadze subsydiarny charakter regulacji *ex post*. Model regulacji, w którym formalną kontrolę działania EmiTel zgodnie z zasadami konkurencji prowadziłby Prezes UOKiK, nie posiadając jednak adekwatnych zasobów, wiedzy i praktyki, faktyczne obowiązki w tym zakresie spoczywałyby na Prezesie UKE, byłby z gruntu rzeczy dysfunkcyjny.

Na marginesie należy również zaznaczyć, że operatorzy alternatywni działający na analizowanym rynku właściwym podkreślają, iż spotykają się z niekonkurencyjnym

postępowaniem ze strony operatora o znaczącej pozycji – EmiTel, a ogólne prawo konkurencji, w tym zakresie, okazało się nieskuteczne.

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

Wymienione przez Komisję Europejską w Zaleceniu z 2014 r. kryteria, które służą celowi określenia, czy analizowany rynek powinien podlegać regulacji *ex ante*, czyli: występowanie trudnych do przewyciężenia i niemających przejściowego charakteru barier strukturalnych lub prawno-regulacyjnych w dostępie do rynku, istnienie struktury rynku, która nie sprzyja osiągnięciu skutecznej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym, przy uwzględnieniu stanu konkurencji infrastrukturalnej i innych rodzajów konkurencji z pominięciem barier w dostępie do rynku i niewystarczalność przepisów wyłączanie prawa konkurencji do odpowiedniego zaradzenia stwierdzonym nieprawidłowościom w funkcjonowaniu analizowanego rynku, Prezes UKE uznał za spełnione łącznie. W związku z tym krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym powinien podlegać regulacji *ex ante*.

Niezależnie od faktu spełnienia testu trzech kryteriów, dodatkowo, Prezes UKE przeprowadził w pkt 4 decyzji analizę rynku pod kątem występowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej.

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

Zgodnie z art. 21 Pt Prezes UKE przeprowadza analizę rynków właściwych w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych. Po przeprowadzeniu analizy stosownie do art. 22 Pt, Prezes UKE przeprowadza postępowanie w celu: określenia rynku właściwego, ustalenia czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, wyznaczenia przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia, utrzymania, zmiany lub uchylenia obowiązków regulacyjnych.

Jeżeli Prezes UKE ustali, że na rynku właściwym występuje przedsiębiorca lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni o znaczącej pozycji rynkowej, wydaje decyzję przewidzianą w ustawie (art. 24 Pt). Natomiast, jeżeli po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 22 Pt Prezes UKE ustali, że na rynku właściwym nie występuje przedsiębiorca lub przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej, Prezes UKE wydaje postanowienie lub decyzję, w których określa rynek właściwy, w sposób określony w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pt, oraz stwierdza, że na tym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja (art. 23 ust. 1 pkt 1 i 2 Pt).

Ustawa Prawo telekomunikacyjne zawiera definicje pozycji znaczącej oraz kolektywnej pozycji znaczącej. Zgodnie z 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 art. 25a ust. 3 Pt stwierdza, że „*dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmuje kolektywną pozycję znaczącą, jeżeli nawet przy braku powiązań organizacyjnych lub innych związków między nimi posiadają na rynku właściwym pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego*”.

Powyższe regulacje są zgodne z przepisami prawa europejskiego w kwestiach związanych z pojęciem dominacji, o której mowa w art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zwanego dalej także „TFUE” (tekst skonsolidowany, uwzględniający zmiany wprowadzone Traktatem z Lizbony, Dziennik Urzędowy UE C 115 z 9 maja 2008 r.). Jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości⁴⁰, „*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*”. W punkcie 5 Wytycznych Komisji, stwierdza się, że Komisja oraz krajowe organy regulacyjne, zwane dalej NRA (ang. National Regulatory Authority), muszą: „*opierać się na zasadach prawa konkurencji i metodologiach służących definiowaniu rynków, podlegających regulacji ex ante oraz określeniu czy przedsiębiorstwo posiada znaczącą pozycję rynkową na tych rynkach*”.

Zgodnie z art. 25a ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne Prezes UKE, przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na rynku właściwym, bierze pod uwagę kryteria wymienione w Wytycznych Komisji. Zgodnie z pkt 77 Wytycznych Komisji, to krajowe organy regulacyjne mają zdecydować, które kryteria są najbardziej odpowiednie dla zmierzenia obecności na rynku. Wymienione w Wytycznych Komisji kryteria mają więc pomagać Prezesowi UKE w dokonaniu całościowej analizy rynku, są one przykładowe i stanowią katalog otwarty.

Oznacza to więc, że Prezes UKE może posłużyć się innymi kryteriami, które w jego ocenie decydują o uznaniu, że na określonym rynku właściwym dany przedsiębiorca ma pozycję znaczącą rynkową (SMP) lub że rynek ten jest skutecznie konkurencyjny i nikt nie posiada na nim pozycji SMP, dostosowując jednocześnie te kryteria i ich wybór do sytuacji panującej na różnych obszarach geograficznych rynku właściwego.

Zgodnie z Wytycznymi Komisji przy regulacji *ex ante* siłę rynkową przedsiębiorcy należy mierzyć w odniesieniu do:

- możliwości, z jaką dany przedsiębiorca jest w stanie podnosić ceny ograniczając produkcję, bez ponoszenia znaczących strat z tytułu sprzedaży lub przychodów,
- istnienia potencjalnej konkurencji, która mogłaby ograniczyć tego przedsiębiorcę.

W tym celu należy badać różne kryteria, poczynając od udziałów rynkowych na poziomie detalicznym i hurtowym, jako główny punkt wyjścia analizy. Należy bowiem podkreślić, że bardzo duże udziały, przez co rozumie się udziały powyżej 40%, tylko w wyjątkowych sytuacjach mogą nie przesądzać o znaczącej pozycji rynkowej⁴¹: „*w praktyce podejmowania decyzji przez Komisję, obawy o występowanie samodzielnej dominacji zwykle pojawiają się w przypadku, gdy przedsiębiorstwo ma udziały w rynku powyżej 40%*”⁴². Natomiast „*zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, bardzo duże udziały w rynku – przekraczające 50 % – są same w sobie, pomijając wyjątkowe okoliczności, dowodem na istnienie pozycji dominującej*”⁴³.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Zgodnie z art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów „domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40 %”.

⁴² Wytyczne Komisji, pkt 75.

⁴³ Tamże.

Warunkiem jest to, aby przy takich udziałach konkurenci nie byli w stanie osłabić przedsiębiorcy dominującego poprzez przejęcie jego klientów, oferując im niższe ceny. Dlatego badane są też inne kryteria, aby potwierdzić zdolność przedsiębiorcy o udziałach powyżej 40% do zachowania w znacznym stopniu w sposób niezależny od konkurencji, klientów i konsumentów (wykazując, że ww. warunek jest spełniony). Przy udziałach poniżej 40% kryterium udziałów nie musi być decydujące, więc zbadanie innych kryteriów staje się konieczne w odniesieniu do całościowej oceny pozycji SMP (nie służy więc ono jedynie wykazaniu, że udział rynkowy powyżej 40% jest decydujący).

Niniejsza analiza prowadzona jest w aspekcie przyszłościowym, mając na celu określenie możliwości regulacyjnych *ex ante* na 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 niniejszej 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 Prezesa UKE różnią się także od przyszłościowo zorientowanych analiz, które przeprowadzają organy ochrony konkurencji podczas badania koncentracji przedsiębiorstw. Powyższe potwierdzają Wytyczne Komisji w punkcie 27, zgodnie z którym „punktem wyjściowym dla przeprowadzenia analizy rynku dla celów art. 15 Dyrektywy 'Ramowej' nie jest istnienie porozumienia czy praktyk uzgodnionych, objętych zakresem art. 81 TWE [obecnie art. 101 TFUE] ani koncentracja objęta zakresem rozporządzenia o fuzji, ani też domniemane nadużycie dominacji rynkowej objęte zakresem art. 82 TWE [obecnie art. 102 TFUE], lecz podstawą powinna być kompleksowa, zorientowana przyszłościowo ocena struktury i funkcjonowania badanego rynku.”⁴⁴.

Jednocześnie należy podkreślić, że „wyznaczenie przedsiębiorstwa jako posiadającego znaczącą pozycję rynkową na rynku zdefiniowanym dla celów regulacji *ex ante* nie oznacza automatycznie, iż przedsiębiorstwo to zajmuje także dominującą pozycję na rynku określaną dla celów art. 82 TWE [obecnie art. 102 TFUE] lub podobnych przepisów krajowych. (...). Po prostu wskazuje ono na to, iż z perspektywy strukturalnej i w krótkim bądź średnim okresie operator ma i będzie miał na zidentyfikowanym rynku właściwym wystarczającą pozycję rynkową, aby móc zachowywać się do pewnych granic, niezależnie od konkurencji, klientów i konsumentów”.⁴⁵

Powyższe przesądza o tym, że niniejsze rozstrzygnięcie pozostaje bez wpływu na ustalenia innych organów w zakresie ochrony konkurencji, w szczególności ustalenia Komisji Europejskiej poczynione na podstawie art. 102 TFUE.

W pkt 3 niniejszej decyzji został przeprowadzony test trzech kryteriów krajowego hurtowego rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści

⁴⁴ „The starting point for carrying out a market analysis for the purpose of Article 15 of the framework Directive is not the existence of an agreement or concerted practice within the scope of Article 81 EC Treaty, nor a concentration within the scope of the Merger Regulation, nor an alleged abuse of dominance within the scope of Article 82 EC Treaty, but is based on an overall forward-looking assessment of the structure and the functioning of the market under examination.”

⁴⁵ Punkt 30 Wytycznych: “The designation of an undertaking as having SMP in a market identified for the purpose of *ex ante* regulation does not automatically imply that this undertaking is also dominant for the purpose of Article 82 EC Treaty or similar national provisions. (...) It merely implies that, from a structural perspective, and in the short to medium term, the operator has and will have, on the relevant market identified, sufficient market power to behave to an appreciable extent independently of competitors, customers, and ultimately consumers”

radiofonicznych użytkownikom końcowym. W wyniku przeprowadzonych analiz, został sformułowany wniosek o spełnieniu tego testu. Test trzech kryteriów różni się jednak od oceny znaczącej pozycji rynkowej. Podczas gdy test trzech kryteriów skupia się na ogólnej strukturze i charakterystyce rynku w celu ustalenia tych rynków, których cechy wskazują, że należy je poddać szczegółowej analizie na poziomie krajowym przez krajowych regulatorów, ocena znaczącej pozycji rynkowej skupia się na sile rynkowej określonego operatora/operatorów na danym rynku pod kątem tego, czy operator ten powinien lub nie powinien być poddany regulacji *ex ante*. Pozytywny wynik testu trzech kryteriów jest warunkiem zasadności zastosowania środków zaradczych w formule *ex ante*. Jednak w celu oceny zasadności zastosowania takich środków w formule *ex ante* niezbędne jest jeszcze ustalenie, czy na danym rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej (lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą).

Przedstawione w rozdziale 3 argumenty, zdaniem Prezesa UKE, są dostatecznymi dowodami na to, by wnioskować, że analizowany rynek spełnia test trzech kryteriów i w związku z tym podlega regulacji *ex ante*. Dodatkowo, zgodnie z przepisami art. 22 ust. 1 pkt 2 Pt Prezes UKE, w niniejszym postępowaniu, zobowiązany jest również ustalić, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą. Zgodnie z przepisami art. 25a ust. 2 oraz art. 25a ust. 4 i 5 ustawy Prawo telekomunikacyjne, Prezes UKE zobowiązany jest w niniejszym postępowaniu do dokonania analizy określonych kryteriów stosowanych przy ocenie pozycji znaczącej przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych na rynkach właściwych i ustalenia, czy podmioty te posiadają samodzielnie lub kolektywnie pozycję znaczącą.

Pt zobowiązuje Prezesa UKE do stosowania określonych kryteriów przy ocenie pozycji przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych na rynkach właściwych i przy ustaleniu, czy podmioty te posiadają odpowiednio: samodzielnie lub kolektywnie pozycję znaczącą. Kryteria te wskazuje art. 25a ust. 2 Pt w przypadku oceny pozycji rynkowej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego i art. 25a ust. 4 i 5 Pt w przypadku oceny pozycji rynkowej dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Poniżej Prezes UKE przeprowadził analizę rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym pod kątem występowania na nim przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej, poprzez badanie tych kryteriów, które mają znaczenie dla analizy ww. rynku właściwego.

4.1.Udziały przedsiębiorców w rynku właściwym

Kryterium to przeanalizowane zostało w pkt 3.2.1 i 3.2.2.

Niniejsze kryterium wskazuje na fakt, że EmiTel sp. z o.o. jest podmiotem o znaczącej pozycji rynkowej.

Udział przedsiębiorcy w rynku to najistotniejszy wskaźnik służący do oceny pozycji zajmowanych przez przedsiębiorców. Posiadanie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znacznego udziału w danym rynku właściwym wskazuje na jego silną pozycję na tym rynku i sygnalizuje brak skutecznej konkurencji. Im większy udział w rynku ma konkretny przedsiębiorca, tym większe jest prawdopodobieństwo, że zajmuje on indywidualną pozycję znaczącą na tym rynku, a udziały EmiTel sp. z o. o. są bardzo wysokie, znacznie powyżej 90% oraz utrzymują się niezmiennie od kilkunastu lat na porównywalnym poziomie.

4.2. Wysokie i trwałe bariery wejścia na rynek właściwy

Kryterium to przeanalizowane zostało w pkt 3.1.1 i 3.1.2.

Występowanie istotnych barier wejścia na ten rynek wzmacnia pozycję EmiTel sp. z o.o. na rynku świadczenia usługi transmisji sygnału radiofonicznego w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym. Bariery te bowiem w najmniejszym stopniu dotyczą EmiTel sp. z o.o., jako jedynego operatora telekomunikacyjnego, działającego na analizowanym rynku, który posiada już dostatecznie i w największym stopniu rozwiniętą sieć własnych obiektów nadawczych. Bariery te natomiast w stopniu znacznym ograniczają działalność tych operatorów, którzy zamierzaliby budować nowe/rozbudowywać istniejące obiekty nadawcze celem zwiększenia zakresu swojej działalności na analizowanym rynku oraz skutecznie zniechęcają nowe podmioty do wejścia na ten rynek.

4.3. Brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej

Kryterium to pozwala określić, czy 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.

Kryterium to dotyczy kontroli przedsiębiorcy nad taką infrastrukturą, która pozwala mu na działalność niezależną od innych operatorów. Pojęcie infrastruktura telekomunikacyjna oznacza tu sieć, część sieci lub elementy sieci, które są używane do dostarczania produktów lub usług na danym rynku właściwym. Kontrola natomiast oznacza własność, posiadanie, wykorzystywanie lub wpływ na infrastrukturę. Trudności w powieleniu istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej mogą wynikać zarówno z wysokich kosztów jej utworzenia, jak i z fizycznych i technicznych parametrów sieci oraz ze strukturalnych i prawnych ograniczeń istniejących na danym rynku. Kryterium to jest istotne zwłaszcza przy analizie hurtowych rynków właściwych. Spełnianie tego kryterium przez przedsiębiorcę stanowi dla konkurentów istotną barierę wejścia na dany rynek właściwy.

Kryterium to przeanalizowane zostało w pkt 3.2.1 i 3.2.2. Z przedstawionych tam informacji wynika, że najbardziej rozbudowaną infrastrukturę, umożliwiającą świadczenie usług transmisji programów radiofonicznych celem dostarczenia treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, posiada EmiTel sp. z o.o. Infrastruktura wykorzystywana przez Spółkę do świadczenia usług na podmiotowym rynku jest zróżnicowana, a co za tym idzie umożliwi świadczenie usług praktycznie każdemu z nadawców na terenie całego kraju. Dzięki wykorzystywanej infrastrukturze technicznej oraz posiadaniu wielu różnorodnych obiektów nadawczych (w tym obiektów wysokiej mocy, obiektów usytuowanych w terenie trudno dostępnym, obiektów wysokich) EmiTel sp. z o.o., jako jedyny operator, może obsługiwać nadawców ogólnokrajowych, ponadregionalnych (oczywiście Spółka świadczy również swoje usługi nadawcom działającym lokalnie).

Pozostali operatorzy, będący uczestnikami określonego niniejszą decyzją rynku, posiadają mniej zróżnicowaną infrastrukturę techniczną – głównie obiekty średniej i małej mocy, rozmieszczoną nierównomiernie (bardzo lokalnie) i w związku z tym nie mają możliwości obsługi nadawców ogólnokrajowych oraz ponadregionalnych w oparciu wyłącznie o infrastrukturę własną.

EmiTel sp. z o.o. ze względu na zasięg oraz liczbę wykorzystywanych obiektów nadawczych na terenie całego kraju, a także na zróżnicowanie tych obiektów posiada kontrolę nad trudną do powielenia infrastrukturą techniczną, co stanowi zdecydowaną przewagę nad innymi

uczestnikami rynku i umacnia pozycję Spółki wobec innych operatorów świadczących usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

4.4. Ekonomie skali

Ekonomia skali (korzyści skali) to zjawisko obniżania przeciętnych kosztów całkowitych w miarę zwiększania skali produkcji lub też zmniejszania się przeciętnych kosztów stałych przy rosnącej wielkości produkcji. Ekonomie skali są charakterystyczną cechą przemysłów sieciowych, w których wysokie koszty stałe niemożliwe do uniknięcia odgrywają kluczową rolę w strukturze kosztów i gdzie działalność podmiotów opiera się o kosztowną infrastrukturę. Koszty te ponoszone są bowiem niezależnie od rozmiarów produkcji.

Nie budzi wątpliwości, iż rynek telekomunikacyjny, podobnie jak inne rynki o charakterze sieciowym charakteryzuje się występowaniem korzyści skali. Sieciowy charakter hurtowego rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym (do prowadzenia działalności na tym rynku konieczne jest posiadanie sieci obiektów nadawczych oraz nadajników różnej mocy) determinuje występowanie na nim ekonomii skali.

Ekonomia skali nie stanowi bariery rynkowej w sytuacji, kiedy przedsiębiorstwo rozpoczynające działalność jest w stanie zainwestować w konkurencyjną w stosunku do innych graczy rynkowych sieć pod względem powierzchniowym, obejmującą zbliżoną liczbę użytkowników. Nowy przedsiębiorca telekomunikacyjny musi wejść na rynek z dużą produkcją usług, aby być konkurencyjnym pod względem kosztów w stosunku do przedsiębiorców istniejących na rynku. Rozwój sieci transmisyjnej na analizowanym rynku, alternatywnej w stosunku do EmiTel sp. z o.o. wiąże się z wysokimi kosztami, które powodują, że ekonomia skali nabiera dużego znaczenia. Znaczna część tych kosztów to koszty utopione, tzn. część kosztów niezbędnych do poniesienia celem wejścia na rynek, które nie mogą zostać odzyskane w momencie wyjścia z rynku. Koszty te ponoszone są nie tylko niezależnie od wielkości produkcji, ale także niezależnie od tego czy produkuje się, czy też nie. W momencie wejścia na rynek przedsiębiorstwo musi podjąć decyzję o poniesieniu kosztów utopionych. Te nieponiesione jeszcze koszty utopione określane są jako perspektywiczne koszty utopione (stanowią one inwestycję). Konieczne jest, aby decyzja o podjęciu działalności na danym rynku przez operatora alternatywnego brała pod uwagę ww. koszty, które operator zasiedziały zdążył już ponieść, co tworzy asymetrię na rynku pomiędzy EmiTel sp. z o.o. a operatorami alternatywnymi. Należy także zauważyć, że ze względu opisane w pkt 3.1.1. i 3.1.2., bariery wejście na tak szeroką skalę jak obecnie działa EmiTel sp. z o.o., jest w praktyce niemożliwe dla żadnego operatora alternatywnego. EmiTel sp. z o.o. ponadto wykorzystuje skalę swojej działalności balansując cenami w stosunku do nadawców (na rynku detalicznym) co zostało opisane w pkt. 3.2.3.

W związku z tym, że to EmiTel sp. z o.o. dysponuje największą i najbardziej rozległą siecią transmisyjną służącą do świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, osiąga on największe korzyści skali.

4.5. Ekonomie zakresu

Kolejnym wskaźnikiem służącym ocenie występowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej są korzyści zakresu, które obrazują wyższą efektywność kosztową produkcji szerszego asortymentu produktów lub świadczenia szerszego zakresu usług przy wykorzystaniu składników wytwórczych przedsiębiorstwa. Oznacza to, że przedsiębiorca

wytwarzając kilka różnych produktów łącznie uzyskuje niższy średni koszt wytworzenia tych produktów, niż gdyby wytwarzał je osobno. W telekomunikacji ekonomie zakresu realizowane są poprzez świadczenie coraz większej liczby usług wykorzystujących tę samą infrastrukturę.

Ekonomie zakresu wiążą się przede wszystkim z możliwością wykorzystania dotychczas posiadanej infrastruktury, sieci dystrybucyjnej czy bazy klientów do rozszerzenia działalności telekomunikacyjnej. Dla oceny tego kryterium pomocne mogą być informacje uwzględniające liczbę rynków właściwych, na których ten przedsiębiorca świadczy usługi oraz stopień różnorodności oferty.

Z ekonomią zakresu najczęściej mamy do czynienia, gdy produkty lub usługi wytwarzane lub dostarczane przez konkretnego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego opierają się o wspólne procesy bądź infrastrukturę. Korzyści zakresu występują często u tych przedsiębiorców, którzy posiadają rozległą i rozwiniętą technologicznie sieć telekomunikacyjną, gdyż może ona być wykorzystywana do dostarczania jednocześnie wielu produktów bądź usług. Przedsiębiorcy dzięki temu generują dodatkowe przychody bez konieczności inwestycji w istniejącą sieć. Osiąganie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego korzyści zakresu na danym rynku właściwym wzmacnia jego pozycję na tym rynku i stanowi istotną barierę wejścia na dany rynek właściwy oraz czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Im większe korzyści zakresu osiąga konkretny przedsiębiorca, tym większe jest prawdopodobieństwo, że zajmuje on pozycję znaczącą na danym rynku.

Przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, który posiada najbardziej rozbudowaną infrastrukturę, która może służyć do świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym jest EmiTel sp. z o.o. Dzięki rozbudowanej infrastrukturze EmiTel sp. z o.o. jest w stanie samodzielnie (bez nawiązywania współpracy z pozostałymi operatorami działającymi na analizowanym rynku) świadczyć usługi na rzecz nadawców. EmiTel sp. z o.o. osiąga zdecydowanie największe korzyści zakresu, co wiąże się ściśle z kontrolą największej i trudnej, a wręcz praktycznie niemożliwej do powielania, infrastruktury telekomunikacyjnej służącej do świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym. W oparciu o infrastrukturę wykorzystywaną do świadczenia usług na analizowanym rynku Spółka może świadczyć także inne usługi, np. transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

Tym samym analizowane kryterium potwierdza, że EmiTel sp. z o.o. korzysta z ekonomii zakresu.

4.6. Pionowe i poziome zintegrowanie przedsiębiorcy

Ściśle powiązane z korzyściami zakresu są korzyści pionowego i poziomego zintegrowania przedsiębiorcy. Pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy wzmacnia jego pozycję na wszystkich rynkach właściwych, na których jest on obecny i stanowi czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Jeśli konkretny przedsiębiorca telekomunikacyjny jest pionowo zintegrowany, może to wzmacniać jego pozycję na danym rynku na dwa sposoby. Pierwszy z nich polega na tym, że dzięki kontroli nad rynkami powiązanimi przedsiębiorca może utrudniać nowym konkurentom wejście na dany rynek właściwy, a operatorom już działającym na tym rynku – utrudniać skuteczną konkurencję i powiększanie udziałów rynkowych. Rynki powiązane z danym rynkiem właściwym oznaczają w tym przypadku rynki znajdujące się powyżej (upstream markets, np. rynki półproduktów lub rynki hurtowe) lub poniżej (downstream markets, np. rynki produktów końcowych lub rynki detaliczne) w łańcuchu dostaw. Drugim sposobem jest ograniczanie przez przedsiębiorcę warunków konkurencji na kontrolowanych

rynkach powiązanych, dzięki przenoszeniu na te rynki swojej pozycji znaczącej z rynku właściwego.

W przedmiotowej analizie Prezes UKE wyodrębnił rynek produktów na poziomie detalicznym, gdzie stroną popytową tworzą nadawcy radiowi, chcący ze swoimi programami dotrzeć do jak najszerszego grona użytkowników końcowych. W ocenie Prezesa UKE, tak określony detaliczny stanowi rynek powiązany z hurtowym rynkiem świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiowych użytkownikom końcowym (będącym przedmiotem niniejszej analizy), pomimo iż nie został on określony w Zaleceniu z 2014 r. EmiTel sp. z o.o. jako jedyny operator posiada sieć stacji nadawczych służących transmisji programów radiowych o zasięgu krajowym, w związku z czym (w przeciwieństwie do swoich konkurentów) obsługuje wszystkich nadawców radiowych, których programy mają taki zasięg.

EmiTel sp. o.o. działa także na krajowym hurtowym rynku transmisji programów telewizyjnych celem dostarczenia treści telewizyjnych użytkownikom końcowym. Spółka jest „operatorem technicznym” wszystkich cyfrowych multipleksów krajowych oraz jednego multipleksu lokalnego. EmiTel sp. z o.o. jest ponadto dysponentem częstotliwości w MUX8.

Biorąc powyższe pod uwagę Prezes UKE stwierdza, że EmiTel sp. z o.o. jest przedsiębiorcą zintegrowanym pionowo i poziomo.

4.7. Brak lub niewielki poziom równoważącej siły nabywczej

Kryterium to pozwala stwierdzić, czy poziom siły nabywczej klientów konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych jest wystarczająco wysoki, aby zrównoważyć pozycję tego lub tych przedsiębiorców jako dostawców usług na danym rynku właściwym.

Niski poziom równoważącej siły nabywczej na danym rynku właściwym, czyli brak klientów lub grup klientów o silnej pozycji negocjacyjnej w stosunku do konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych wzmacnia ich pozycję na tym rynku i stanowi czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Im niższy jest poziom równoważącej siły nabywczej klientów konkretnego przedsiębiorcy na analizowanym rynku, tym większe jest prawdopodobieństwo, że przedsiębiorca taki zajmuje pozycję znaczącą na tym rynku.

Istnienie klientów o silnej pozycji negocjacyjnej ma istotny wpływ na warunki konkurencji na danym rynku i ogranicza zdolność przedsiębiorców telekomunikacyjnych do działań niezależnych od pozostałych uczestników rynku, w tym do nieuzasadnionego podwyższania cen. Poziom równoważącej siły nabywczej jest wysoki, jeśli:

- do jednego klienta bądź grupy klientów trafia duża część produktów lub usług konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych,
- najwięksi klienci są dobrze poinformowani na temat alternatywnych dostawców danych produktów lub usług,
- najwięksi klienci mogą łatwo i niewielkim kosztem przestawić się na korzystanie z produktów lub usług tych alternatywnych dostawców,
- najwięksi klienci mogą rozpocząć samodzielnie wytwarzanie danych produktów lub usług,
- przedsiębiorca lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zainwestowali znaczne środki w infrastrukturę służącą wyłącznie dostarczaniu produktów lub usług konkretnym największym klientom.

Do oceny tego wskaźnika bierze się pod uwagę przede wszystkim stopień koncentracji sprzedaży u konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych na danym rynku właściwym, czyli udział największych klientów w wartości sprzedaży u tego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców na rynku.

Na analizowanym rynku hurtowym żaden z operatorów alternatywnych nie kupuje usług od EmiTel sp. z o.o.

Wprawdzie operator o znaczącej pozycji (EmiTel sp. z o.o.) posiada klientów, którymi są bardzo duże grupy kapitałowe np. spółki: Polskie Radio S.A., Grupa Radiowa Agory sp. z o.o., Eurozet Radio sp. z o.o. czy Radio ESKA S.A. Wymienieni tu nadawcy, są największymi klientami EmiTel sp. z o.o., a Spółka czerpie największe zyski z usług świadczonych na rzecz tych nadawców. Ze racji ogólnopolskiego zasięgu większości programów rozpowszechnianych przez wymienionych wcześniej nadawców, negocjacje cen są mocno ograniczone, ze względu na fakt, że za wybór operatora mogącego zapewnić zasięg ogólnokrajowy jest tylko jeden – jest to EmiTel sp. z o.o. Wybór operatora telekomunikacyjnego dodatkowo odbywa się na określony okres (a umowy są wielokrotnie odnawiane), więc odejście klientów o potencjalnie silnej pozycji negocjacyjnej do innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego działającego na podmiotowym rynku, jest w praktyce mało prawdopodobne.

Tylko EmiTel sp. z o.o. posiada obecnie infrastrukturę pozwalającą mu na samodzielne, niezależne od innych podmiotów, świadczenie usług transmisji programów radiofonicznych celem dostarczenia treści radiofonicznych użytkownikom końcowym na terenie całego kraju. Na analizowanym rynku poziom równoważącej siły nabywczej jest w praktyce niski.

4.8.Brak konkurencji – potencjalnej i realnej

Kryterium to pozwala zbadać prawdopodobieństwo pojawienia się na danym rynku właściwym nowych operatorów, opierając się na założeniu, że przedsiębiorcy nie działający w chwili obecnej na tym rynku mogą w perspektywie krótkookresowej zdecydować się na wejście na krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, na skutek wystąpienia na nim niewielkiego, ale stałego wzrostu cen.

Przykładem wejścia na rynek nowych konkurentów w momencie jego otwarcia na początku lat 90-tych było pojawienie się operatorów alternatywnych (RS TV S.A., Polskie Sieci Nadawcze sp. z o.o., INFO-TV-FM sp. z o.o. i INFO Gumuliński Panasiuk sp. j.), stanowiących konkurencję dla wydzielonego wówczas ze struktur Telekomunikacji Polskiej S.A. operatora TP Emitel sp. z o.o. (obecnie EmiTel sp. z o.o.). Było to bezpośrednim skutkiem demonopolizacji działalności medialnej i rozpoczęcia w tym okresie działalności przez kilkadziesiąt komercyjnych nadawców telewizyjnych i radiowych, a także rozbudowy ośrodków terenowych Telewizji Polskiej S.A. i Polskiego Radia S.A. W 2006 r. pojawił się na rynku świadczenia usługi transmisji sygnału radiowego w celu dostarczania treści radiowych użytkownikom końcowym jeden nowy podmiot – OPERATOR FM Anna Obertaniec, a w miejsce spółki jawnej INFO Gumuliński Panasiuk sp.j. pojawiła się firma Zbigniewa Gumulińskiego. Po 2010 r. EmiTel sp. z o.o. zwiększyła swój zasób nabywając spółkę RS TV S.A. oraz spółkę INFO-TV-FM sp. z o.o., natomiast spółka Polskie Sieci Nadawcze sp. z o.o. przekształciła się w spółkę Arkena sp. z o.o. W 2013 r. swoją działalność na analizowanym rynku rozpoczął Bcast sp. z o.o. oraz Digib sp. z o.o. Na analizowanym rynku działają jeszcze inne podmioty jak np. grupa spółek powiązanych: Radiodyfuzja PL S.A., Consensus sp. z o.o. i Rdf sp. z o.o.

Należy podkreślić, że obecnie jedynym podmiotem zdolnym do świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, w oparciu o własną infrastrukturę na terenie całego kraju, jest EmiTel sp. z o.o. Nieliczni konkurenci EmiTela sp. z o.o., na analizowanym rynku właściwym, nie są w posiadaniu dostępu do infrastruktury, którą byłoby w stanie zastąpić infrastrukturę Spółki w zakresie pokrycia obszaru całego kraju przy spełnieniu wysokich wymogów jakościowych jakie stawiają nadawcy radiowi (w szczególności mowa tu o obiektach nadawczych wysokiej mocy, obiektach usytuowanych w terenach trudnodostępnych, o dużej wysokości względnej i bezwzględnej) i w sposób efektywny ekonomicznie..

Najsilniejszą pozycję na rynku właściwym posiada EmiTel sp. z o.o., której wysoki udział w rynku pod względem osiągniętych przychodów z Transmisji programów radiofonicznych nie uległ zasadniczej zmianie od 2010 r.

Analiza tego kryterium wskazuje, że poziom konkurencji potencjalnej i realnej na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym jest niski.

4.9. Istnienie barier dla dalszego rozwoju przedsiębiorcy oraz rynku właściwego

Jedną z najistotniejszych barier rozwoju działalności tak nadawców jak i operatorów telekomunikacyjnych na analizowanym rynku, stanowi ograniczony zasób częstotliwości przyznanych Polsce w ramach uzgodnień międzynarodowych. Rozszerzenie tego zasobu, szczególnie w zakresie ogólnopolskim, jest bardzo trudne lub wręcz niemożliwe. W praktyce możliwe jest „dobieranie” częstotliwości o niewielkim zasięgu, przeznaczonych dla nadawców działających na niewielkim obszarze określanych jako nadawcy lokalni, co w pewien sposób ogranicza ogólną liczbę nadawców będących klientami operatorów telekomunikacyjnych działających lub planujących prowadzenie swojej działalności na omawianym rynku właściwym. Ograniczona liczba klientów (nadawców) stanowi barierę dla operatorów świadczących im usługi transmisji sygnału radiofonicznego drogą naziemną, gdyż w pewnym momencie nasycenie rynku wyniesie 100%. Nastąpi stagnacja i nie będzie możliwości dalszego pozyskiwania nowych klientów, rozwoju na omawianym rynku właściwym i budowania na nim konkurencji – bariery zaspokojonego popytu. W takiej sytuacji EmiTel sp. z o.o., jako jedyny operator świadczący usługi dla nadawców w skali ogólnopolskiej, nie napotka w najbliższym czasie istotnych barier rozwoju w sytuacji dającej mu zdecydowaną przewagę nad konkurentami mimo ograniczenia tzw. „chłonności rynku.” Odpowiedzią na ten impas byłoby przejście na nadawanie cyfrowe, w standardzie DAB+. Niestety, jak opisano w pkt. 1.2, w Polsce, radio cyfrowe nie cieszy się popularnością i przez najbliższe lata sytuacja ta prawdopodobnie nie ulegnie zasadniczej zmianie.

5. Wnioski dotyczące ustalenia skutecznej konkurencji i wyznaczenia przedsiębiorcy o pozycji znaczącej lub przedsiębiorców o kolektywnej pozycji znaczącej.

Analiza kryteriów służących do oceny pozycji znaczącej wskazuje wyraźnie, że EmiTel sp. z o.o. posiada znaczącą pozycję na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

Przemawiają za tym faktem, w szczególności, następujące kryteria: występowanie trudnych do przezwyciężenia i niemających przejściowego charakteru barier strukturalnych, kontrola infrastruktury trudnej do powielania, brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej, istnienie struktury rynku, która nie sprzyja

osiągnięciu skutecznej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym, przy uwzględnieniu stanu konkurencji infrastrukturalnej i innych rodzajów konkurencji z pominięciem barier w dostępie do rynku, udział przedsiębiorcy w rynku właściwym, ekonomia skali, ekonomia zakresu.

W szczególności należy zwrócić uwagę na fakt, że na badanym rynku właściwym występują bariery wejścia. Związane są one przede wszystkim z olbrzymimi kosztami budowy sieci o zasięgu porównywalnym z zasięgiem sieci EmiTel sp. z o.o. Dotyczą one również rozległości sieci EmiTel sp. z o.o., która może zacząć oferować swoje usługi innym operatorom telekomunikacyjnym działającym na analizowanym rynku lub nadawcom nie ponosząc znaczących kosztów, korzystając z ekonomii skali. Infrastruktura ta jest również na tyle rozbudowana, że EmiTel sp. z o.o. może w oparciu o nią dostarczać swoim klientom inne produkty (np. , w zakresie cyfrowej transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym) i usług jednocześnie, korzystając z ekonomii zakresu, co powoduje obniżenie średniego kosztu produktu.

Ponadto, jak wynika z analizy krajowego hurtowego rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, nie występuje na nim dominacja dwóch lub więcej przedsiębiorców (kolektywna pozycja znacząca). Z danych zebranych przez Prezesa UKE w ramach analizy przedmiotowego rynku właściwego, wynika, że EmiTel sp. z o.o. posiada ponad 90% udziałów pod względem przychodów. Uwzględniając inne czynniki, w szczególności kontrolę nad trudną do powielenia infrastrukturą telekomunikacyjną, która obejmuje obszar całego kraju, Prezes UKE uznaje, że EmiTel sp. z o.o. jest operatorem o znaczącej pozycji rynkowej.

Jednocześnie w związku ze strukturą rynku przedstawioną w pkt 3.2.1, zgodnie z którą EmiTel posiada samodzielnie ponad 90% rynku i udziały te na przestrzeni lat nie uległy zmianie, Prezes UKE odstąpił od analizy kolektywnej pozycji znaczącej na rynku właściwym.

Ponadto, w świetle niniejszej analizy w pełni uzasadnione jest również stwierdzenie, że w perspektywie najbliższych lat, pozycja EmiTel sp. z o.o., na analizowanym rynku właściwym nie ulegnie zmianie. W związku z tym należy stwierdzić należy, iż obecna sytuacja wymaga interwencji regulacji *ex ante*.

6. Nakładanie obowiązków regulacyjnych

6.1. Regulacje prawne związane z nakładaniem obowiązków regulacyjnych

Zgodnie z punktem 114 Wytycznych Komisji, „jeśli krajowy organ regulacyjny ustali, iż konkurencja na właściwym rynku nie jest efektywna z powodu istnienia przedsiębiorstwa lub przedsiębiorstw zajmujących pozycję znaczącą, wtedy musi on wyznaczyć, zgodnie z art. 16 ust. 4 dyrektywy ramowej dane przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa jako posiadające znaczącą pozycję rynkową i nałożyć na nie właściwe obowiązki regulacyjne. Samo wyznaczenie przedsiębiorstwa jako posiadającego znaczącą pozycję na danym rynku, bez nałożenia właściwych obowiązków regulacyjnych, jest niezgodne z przepisami nowych ram regulacyjnych, a w szczególności z art. 16 ust. 4 dyrektywy ramowej. Innymi słowy NRA muszą nałożyć przynajmniej jeden obowiązek regulacyjny na przedsiębiorstwo, które zostało wyznaczone jako posiadające znaczącą pozycję rynkową.”⁴⁶

⁴⁶ Wytyczne Komisji Sekcja 4.1 (Motyw 114) If an NRA finds that competition in the relevant market is not effective because of the existence of an undertaking or undertakings in a dominant position, it must designate in accordance with Article 16(4) of the framework Directive the undertaking or undertakings concerned as having SMP and impose appropriate regulatory obligations on the undertaking(s) concerned. However, merely designating an undertaking as having SMP on a given market, without imposing any appropriate regulatory

W Wytycznych Komisji, z powołaniem się na prawo Unii Europejskiej (punkt 117), a w szczególności na art. 8 dyrektywy ramowej, zwraca się uwagę na fakt, by NRA⁴⁷ upewniły się, iż obowiązki nałożone na operatorów posiadających znaczącą pozycję rynkową są, zgodnie z art. 16 dyrektywy ramowej, uzasadnione w świetle celów przedstawionych w art. 8 i są proporcjonalne dla osiągnięcia tych celów. Dlatego też każdy obowiązek nałożony, utrzymany lub zmieniony przez krajowe organy regulacyjne musi być proporcjonalny w stosunku do problemu (stwierzonego lub potencjalnego), któremu ma zaradzić. Art. 7 ust. 2 dyrektywy ramowej stanowi, iż „Krajowe organy regulacyjne przyczyniają się do rozwoju rynku wewnętrznego poprzez przejrzystą współpracę między sobą, z Komisją i z BEREC, tak, aby zapewnić jednolite stosowanie przepisów niniejszej dyrektywy i dyrektyw szczegółowych we wszystkich państwach członkowskich. W tym celu krajowe organy regulacyjne w szczególności współpracują z Komisją i BEREC przy określaniu rodzajów instrumentów i środków naprawczych najodpowiedniejszych do zastosowania w określonych sytuacjach rynkowych”. Powyższe wymusza na NRA precyzyjne przedstawienie uzasadnienia wyjaśniającego podstawy, na których opierają się poszczególne proponowane środki. Dlatego poza analizą rynku pozwalającą na ustalenie znaczącej pozycji rynkowej, krajowe organy regulacyjne powinny przedstawić w swej decyzji uzasadnienie proponowanych środków w świetle celów podanych w art. 8 dyrektywy ramowej, a także wyjaśnienie, dlaczego uważają proponowane środki zaradcze za proporcjonalne.

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 i realizowane są przez Prezesa UKE, który w postępowaniu administracyjnym, nakładając, bądź utrzymując lub zmieniając określone obowiązki regulacyjne, jest zobowiązany wziąć pod uwagę adekwatność i proporcjonalność danego obowiązku do stwierdzonych w toku tego postępowania problemów rynkowych.

W myśl art. 24 pkt 2 lit. a Pt, 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 wyznacza przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą oraz 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 Pt.

W prawie Unii Europejskiej, kwestię możliwych do nałożenia obowiązków regulacyjnych na rynkach hurtowych, które to obowiązki mogą być utrzymane lub zmienione, reguluje dyrektywa 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych

obligations, is inconsistent with the provisions of the new regulatory framework, notably Article 16(4) of the framework Directive. In other words, NRAs must impose at least one regulatory obligation on an undertaking that has been designated as having SMP.

⁴⁷ Skrót z ang. National Regulatory Authority – krajowy organ regulacyjny

połączeń (Dz.U. UE. L 108/7 z 2002 r. z późn. zm., dalej „dyrektywa o dostępie”). Do obowiązków wymienionych w dyrektywie o dostępie należą:

- obowiązek *przejrzystości* (art. 9 dyrektywy o dostępie), polegający na udostępnianiu pozostałym uczestnikom rynku określonych informacji (informacje księgowe, specyfikacje techniczne, dane dotyczące sieci, zasady i warunki dostępu i ich użytkowania oraz ceny), w szczególności, jeżeli dany operator jest poddany obowiązkowi niedyskryminacji, możliwe jest nałożenie na niego obowiązku opublikowania oferty ramowej;
- obowiązek *niedyskryminacji* (art. 10 dyrektywy o dostępie), tj. obowiązek stosowania podobnych wymogów w podobnych okolicznościach w stosunku do innych przedsiębiorców świadczących podobne usługi oraz obowiązek świadczenia tym innym przedsiębiorcom usług i udostępniania informacji na takich samych warunkach i o tej samej jakości jak te, które zapewniają ich własnym oddziałom, filiom lub partnerom;
- obowiązek *rozdzielności księgowej* (art. 11 dyrektywy o dostępie), polegający na uczynieniu przejrzystymi cen stosowanych w ramach transferu wewnętrznego, w szczególności w celu zapewnienia wykonania obowiązku niedyskryminacji lub dla zapobieżenia subsydiowaniu krzyżowemu;
- obowiązek *dostępu* (art. 12 dyrektywy o dostępie), na który składają się w szczególności obowiązki spełnienia uzasadnionych wniosków o dostęp, o połączenie sieci lub wykorzystanie specyficznych elementów sieci; mogą one obejmować szereg obowiązków, w tym negocjowanie w dobrej wierze warunków zapewniania dostępu czy zapewnienia wzajemnych połączeń pomiędzy sieciami albo urządzeniami sieciowymi. Nadto, nakładając na operatora obowiązek zapewnienia dostępu, krajowe organy regulacyjne mogą określić wymogi techniczne lub operacyjne, które podmiot zapewniający ten dostęp lub podmiot z niego korzystający będą musiały spełnić, w przypadku gdy jest to niezbędne do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania sieci;
- obowiązek *kontroli cen oraz księgowania kosztów* (art. 13 dyrektywy o dostępie), który może wymagać od operatorów określenia cen dostępu zorientowanych na koszty lub ustanowienia kontroli cen wobec regulowanej firmy; ogranicza się to do wypadków, kiedy analiza rynku sugeruje, że w innym przypadku opłaty za dostęp mogłyby utrzymywać się na zbyt wysokim poziomie lub jeśli przedsiębiorstwo może się zaangażować w zaniżanie marży ze szkodą dla konsumentów;
- obowiązek *podziału funkcjonalnego* (art. 13a dyrektywy o dostępie) polegający na nałożeniu na przedsiębiorstwa zintegrowane pionowo obowiązku powierzenia działalności związanej z hurtowym oferowaniem odnośnych produktów dostępu niezależnie działającej jednostce organizacyjnej. Obowiązek podziału funkcjonalnego nakładany jest w drodze wyjątku gdy organ regulacyjny stwierdzi, że odpowiednie obowiązki regulacyjne nałożone na mocy art. 9-13 dyrektywy o dostępie nie zapewniły skutecznej konkurencji, oraz że istnieją istotne i trwałe problemy konkurencyjne lub niewydolność rynków związane z hurtowym oferowaniem określonych rynków produktów dostępu na przedsiębiorcę zintegrowanego pionowo;
- inny obowiązek, ponad te wymienione powyżej, w zakresie dostępu czy wzajemnych połączeń (art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie), który organ regulacyjny może zastosować w wyjątkowych okolicznościach.

Główne obowiązki przewidziane w ustawie Prawo telekomunikacyjne dla regulacji rynków hurtowych i stanowiące implementacje obowiązków wymienionych w dyrektywie o dostępie 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. 34-40 i art. 42 Pt, w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, który Prezes UKE może nałożyć w szczególnych przypadkach po uzyskaniu zgody Komisji Europejskiej (art. 44 Pt),
- 10) oraz obowiązek rozdziału funkcjonalnego (art. 44b Pt).

6.2. Podejście Regulatora w kwestii obowiązków regulacyjnych na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym

Usługa transmisji programów radiofonicznych jest niezbędna dla nadawców programów radiowych, których głównym celem jest dotarcie ze swoją ofertą programową do jak największej liczby użytkowników końcowych. Tylko duża ilość słuchaczy zapewnia nadawcom możliwości uzyskania przychodów z reklam, akcji marketingowych lub z abonamentów.

Aby było to możliwe, nadawcy są zmuszeni do korzystania z sieci transmisyjnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, ponieważ ze względu na uwarunkowania techniczne oraz koszty, żaden nadawca (w tym publiczny) nie może pozwolić sobie na wybudowanie własnej sieci, która dawałaby mu niezależność i możliwość transmisji programu w szerokim zakresie. Przypadki, gdy nadawcy posiadają elementy własnej infrastruktury nadawczej, wynikają najczęściej z konieczności podyktowanej brakiem możliwości pozyskania usługi transmisji sygnału na akceptowalnych warunkach cenowych, niż chęci samodzielnego, całościowego zapewnienia usługi rozprowadzania sygnału wyłącznie na własne potrzeby.

Pomimo pewnego otwarcia na tym rynku i rozpoczęcia świadczenia usług przez kilku operatorów sieci transmisyjnych stwierdzić należy, iż nadal jedynym operatorem, dysponującym siecią, która spełnia wymagania do transmisji krajowej programów radiofonicznych jest sieć EmiTel.

Klientami na poziomie detalicznym rynku powiązanego z objętym analizą krajowym hurtowym rynkiem transmisji radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, są przede wszystkim nadawcy radiofoniczni. Pomimo, iż Prezes UKE nie jest uprawniony do regulacji wzajemnych relacji pomiędzy nadawcami a operatorami sieci transmisyjnych, nie sposób jest opisać występujące na tym rynku problemy konkurencji nie biorąc takich relacji również pod uwagę. Nadawcy radiofoniczni będą tymi podmiotami, które pośrednio w znacznym stopniu skorzystają z wprowadzonej przez Prezesa UKE regulacji na operatora sieci transmisyjnej.

W związku z powyższym, Prezes UKE dokonując opisu tychże problemów odnosi się do sytuacji występującej we wzajemnych relacjach tych podmiotów, mając jednakże na uwadze, iż interwencja regulacyjna będzie obejmowała wyłącznie operatora sieci transmisyjnej, zmierzając do wprowadzenia konkurencji na zdefiniowanym rynku właściwym podlegającym regulacji.

6.3. Zidentyfikowane problemy rynkowe w rozwoju konkurencji

Analiza krajowego hurtowego rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym przeprowadzona przez Prezesa UKE wskazała na następujące problemy rynkowe:

- **możliwość utrudniania innym operatorom dostępu do infrastruktury EmiTel (w tym do infrastruktury służącej zapewnieniu usługi dosyłu),**
- **możliwość stosowania praktyk antykonkurencyjnego zawężania marży (*margin squeeze*⁴⁸) oraz subsydiowania skrośnego⁴⁹ przez EmiTel.**

6.3.1. Możliwość utrudniania innym operatorom dostępu do infrastruktury EmiTel (w tym do infrastruktury służącej zapewnieniu usługi dosyłu)

Zgodnie z ustaleniami Prezesa UKE dokonanymi w toku analizy rynku oraz zgłaszanymi przez uczestników rynku problemami jego funkcjonowania, należy w szczególności zwrócić uwagę na następujące szkodliwe praktyki utrudniania lub uniemożliwiania dostępu przez operatora o pozycji znaczącej:

- Proces uzyskiwania dostępu do infrastruktury EmiTel przez operatorów alternatywnych w ramach obowiązującej uprzednio umowy ramowej trwał od 6 do 12 miesięcy. Ze względu na warunki ustalane w ogłaszanych przez nadawców przetargach na usługę transmisji sygnału, w ocenie operatorów alternatywnych proces ten trwał zdecydowanie zbyt długo, ograniczając lub uniemożliwiając im złożenie oferty przetargowej;
- Opieszałość i przewlekanie działań przez EmiTel w procedurze uzyskiwania dostępu do obiektów infrastrukturalnych Spółki;

⁴⁸ Zawężanie marży (*margin squeeze*) oznacza praktykę cenową polegającą na tym, że różnica między cenami stosowanymi na hurtowym rynku usług pośrednich i cenami stosowanymi na poziomie detalicznym i poziomie hurtowym rynku nie jest wystarczająca, aby pokryć szczególne koszty, które musi ponieść sam przedsiębiorca, aby uzyskać dostęp do tego rynku. Źródło: Wyrok Trybunału (pierwsza izba) z dnia 17 lutego 2011 r. (Sprawa C-52/09, Dz. Urz. UE 2011/C 103/03 z 2.04.2011 r.).

⁴⁹ Subsydiowanie skrośne oznacza pokrywanie części kosztów ponoszonych z tytułu jednego rodzaju działalności gospodarczej (lub w związku z wytwarzaniem energii albo realizacją usługi na rzecz jednej grupy odbiorców) z przychodów pochodzących z innego rodzaju działalności gospodarczej (lub w związku z działalnością na rzecz innych grup odbiorców).

Źródło:

http://www.ure.gov.pl/portal/pl/217/1194/234_Eliminowanie_subsydiowania_skrosnego.html?search=86173.

- Powoływanie się na brak wolnych zasobów przejawiający się odmową dostępu w sytuacji, gdy EmiTel zamierzał wystąpić lub występował w tym samym przetargu na usługi transmisji sygnału, co operator alternatywny;
- Utrudnianie dostępu do obiektów infrastrukturalnych EmiTel w celu zapewnienia dosyłu. W przypadkach, w których usługa dosyłu realizowana była w ramach umowy odrębnej od umowy emisji sygnału, EmiTel powoływał się na problemy techniczne lub też przedstawiał ofertę dostępu na potrzeby zapewnienia dosyłu na nieadekwatnie wysokim poziomie cenowym, powodując brak możliwości ukształtowania konkurencyjnej oferty na świadczenie usługi transmisji sygnału przez operatora alternatywnego.

Rynek świadczenia usługi transmisji sygnału radiofonicznego w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym charakteryzuje się, jak już wspomniano wcześniej, wysokimi barierami wejścia na rynek właściwy z kilku zasadniczych powodów. Jednym z nich są bardzo wysokie koszty, jakie przedsiębiorca telekomunikacyjny musi ponieść, aby zbudować własną sieć umożliwiającą mu świadczenie usługi na jak największym obszarze. Innym utrudnieniem jest czas, który niezbędny jest dla przeprowadzania takich inwestycji. Budowa obiektu nadawczego stanowi długi proces związany z koniecznością uzyskania niezbędnych pozwoleń i uprawnień.

Jak wskazano w pkt 3.2.2. niniejszej decyzji, duplikacja infrastruktury niezbędnej do świadczenia usług transmisji sygnału radiofonicznego jest ograniczona ze względu na olbrzymie koszty (w tym ryzyko kosztów utopionych), które musiałby ponieść operator chcący konkurować z EmiTel sp. z o.o., ale przede wszystkim trudności w powieleniu istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej wynikające z fizycznych i technicznych parametrów sieci oraz ze strukturalnych i prawnych ograniczeń istniejących na analizowanym rynku, co zostało opisane m.in. pkt 3.1. niniejszej decyzji.

Obiekty nadawcze, których właścicielem lub jedynym dysponentem jest EmiTel sp. z o.o. są bardzo często zlokalizowane w miejscach, gdzie praktycznie nie ma możliwości wybudowania nowych obiektów, jak np. parki narodowe i obszary górskie, a na istniejących już obiektach nie można zainstalować dodatkowych urządzeń nadawczych.

EmiTel sp. z o.o. posiada bardzo wysoki udział na analizowanym rynku właściwym, wynikający w znacznej mierze z faktu posiadania i wykorzystywania do świadczenia usług transmisji sygnału radiofonicznego celem dostarczenia treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, najbardziej rozbudowanej i rozwiniętej infrastruktury telekomunikacyjnej, obejmującej swoim zasięgiem obszar całego kraju. Jednocześnie powielenie jej jest, z przyczyn opisanych powyżej, niemożliwe przez działających obecnie operatorów alternatywnych.

Pozostali operatorzy, będący uczestnikami określonego niniejszą decyzją rynku, posiadają mniej zróżnicowaną infrastrukturę techniczną – głównie obiekty średniej i małej mocy, rozmieszczoną nierównomiernie (bardzo lokalnie) i w związku z tym nie mają możliwości obsługi nadawców ogólnokrajowych oraz ponadregionalnych w oparciu wyłącznie o infrastrukturę własną.

EmiTel sp. z o.o. ze względu na zasięg oraz liczbę wykorzystywanych obiektów nadawczych na terenie całego kraju, a także na zróżnicowanie tych obiektów posiada kontrolę nad trudną do powielenia infrastrukturą techniczną, co stanowi zdecydowaną przewagę nad innymi uczestnikami rynku i umacnia pozycję tej Spółki wobec innych operatorów świadczących usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

Wejście na rynek właściwy lub poszerzenie zakresu działania przez operatorów alternatywnych nie musi jednak oznaczać duplikowania istniejącej infrastruktury. Jak wspomniano wcześniej, w żadnym z krajów europejskich, z uwagi na nieefektywność kosztową takiego rozwiązania lub z powodu faktycznej niemożności wybudowania na wybranych obszarach konkurencyjnych obiektów nadawczych, infrastruktura służąca operatorom działającym na rynkach radiodifuzyjnych nie jest powielana. Nie należy się spodziewać zatem, że Polska będzie tu wyjątkiem. Dostęp (brak dostępu) do infrastruktury jest zatem w wielu wypadkach kluczowym czynnikiem umożliwiającym operatorom alternatywnym prowadzenie działalności na większą niż lokalna skalę i konkurowanie w skuteczny sposób z EmiTel. Problem ten dotyczy w szczególności obszarów słabo zurbanizowanych, gdzie zlokalizowane są obiekty nadawcze dużej mocy lub/i wysokie (tak pod względem wysokości względnej jak bezwzględnej), zapewniające odpowiednio duży zasięg dla transmisji sygnału radiofonicznego z dużą mocą.

Należy podnieść, iż we wcześniejszych okresach, gdy EmiTel był objęty reżimem regulacyjnym i m.in. obowiązkiem dostępu, Spółka stosowała praktyki określane w angielskojęzycznej doktrynie prawa konkurencji jako 3d; *deny, delay, defend*⁵⁰. Operatorzy alternatywni podkreślali wówczas, że zawarcie umowy o współpracy w oparciu o zapisy określone w ofercie ramowej EmiTel jest trudne, a w niektórych przypadkach niemożliwe z uwagi na mnożenie przez Spółkę nieadekwatnych warunków. W okresie poprzedzającym bezpośrednio wydanie niniejszej decyzji, Spółka nie była obciążona żadnymi obowiązkami regulacyjnymi, miała zatem jeszcze większe możliwości uniemożliwiania lub skutecznego utrudniania innym operatorom korzystania z własnych zasobów infrastrukturalnych.

Utrudnianie realizacji dostępu do własnej sieci następować może nie tylko poprzez bezwzględną odmowę dostępu, ale również poprzez formalne umożliwienie dostępu, ale ukształtowanego w oparciu niekorzystne warunki (np. cenowe), uniemożliwiające w praktyce zbudowanie operatorowi alternatywnemu oferty konkurencyjnej wobec oferty EmiTel.

Utrudnianie realizacji dostępu do własnej sieci może również przyjąć formę utrudniania operatorom alternatywnym dostępu do infrastruktury EmiTel również w zakresie niezbędnym do realizacji usługi dosyłu. Usługa dosyłu ma bowiem komplementarny charakter wobec usługi emisji (rozpowszechniania) sygnału, stanowiąc niezbędny element świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym. Aby przeprowadzić emisję sygnału do odbiorców końcowych, niezbędne jest wcześniejsze przesłanie tego sygnału do obiektu nadawczego. Skuteczny dostęp do infrastruktury EmiTel ma być realizowany poprzez cały pakiet obowiązków regulacyjnych, w ramach którego mieści się również obowiązek określony w art. 34 ust. 1 Pt.

6.3.2. Możliwość stosowania praktyk antykonkurencyjnego zawężania marży (*margin squeeze*) oraz subsydiowania skrośnego przez EmiTel

Zgodnie z ustaleniami Prezesa UKE dokonanymi w toku analizy rynku oraz zgłaszanymi przez uczestników rynku problemami jego funkcjonowania, należy w szczególności zwrócić uwagę na następujące szkodliwe praktyki utrudniania lub uniemożliwiania dostępu przez operatora o pozycji znaczącej:

- Różnicowanie opłat za świadczenie usługi transmisji z tego samego obiektu, w zależności od przewidywania, czy w przetargu weźmie udział operator alternatywny,

⁵⁰ odmawiaj, przedłużaj, broń

- Występowanie znacznych dysproporcji pomiędzy opłatami występującymi na poziomie hurtowym rynku, a cenami na poziomie detalicznym;
- Stosowanie przez EmiTel zaniżonych cen za świadczenie usługi transmisji sygnału, na obszarach na których występuje konkurencja ze strony operatorów alternatywnych i zawyżonych na obszarach, na których takiej konkurencji brak;
- Brak przejrzystości oferty EmiTel odnoszącej się do podstaw ustalania cen za świadczenie usługi transmisji z poszczególnych obiektów. Nadawcy zwracali uwagę na znaczne dysproporcje w cenach za świadczenie usługi transmisji z obiektów EmiTel o zbliżonych parametrach.

Jak wskazano we wcześniejszej części decyzji, spośród wszystkich operatorów, EmiTel dysponuje najbardziej rozbudowaną, rozwiniętą, a przy tym trudną do powielenia infrastrukturą telekomunikacyjną, obejmującą swoim zasięgiem obszar całego kraju, wykorzystywaną do świadczenia usługi transmisji sygnału radiofonicznego celem dostarczenia treści radiofonicznych użytkownikom końcowym. Pozostali operatorzy, będący uczestnikami określonego decyzją rynku, posiadają mniej zróżnicowaną infrastrukturę techniczną – głównie obiekty średniej i małej mocy, rozmieszczoną nierównomiernie i w związku z tym nie mają możliwości obsługi nadawców ogólnokrajowych oraz ponadregionalnych w oparciu wyłącznie o własną infrastrukturę.

W tym układzie rynkowym, w ocenie Prezesa UKE, występuje istotne ryzyko antykonkurencyjnych praktyk ze strony EmiTel polegających na obniżaniu opłat dla nadawców na obszarach gdzie Spółka spodziewa się rywalizacji ze strony operatorów alternatywnych, a zawyżaniu opłat na obszarach gdzie nie występuje konkurencja ze strony innych operatorów lub konkurencja jest mało prawdopodobna. Tego rodzaju różnicowanie cen może w istotny sposób utrudnić operatorom alternatywnym pozyskiwanie kontraktów na świadczenie emisji programów radiofonicznych a co za tym idzie rozwoju konkurencji na analizowanym rynku.

Zaniżone opłaty za transmisję sygnału przy użyciu stacji nadawczych małych i średnich mocy EmiTel mogłyby sobie zrekompensować poprzez ustalanie wygórowanych cen w zakresie usług świadczonych przy użyciu stacji nadawczych o największej mocy, a więc w tym segmencie rynku gdzie nie występuje konkurencja ze strony operatorów alternatywnych.

Należy podkreślić, iż taka praktyka EmiTel, polegająca na wykorzystaniu pozycji znaczącej na rynku i prowadząca do ograniczenia możliwości pozyskiwania przez operatorów alternatywnych kontraktów na obszarach, na których mogą przedstawić oferty świadczenia usług emisji sygnału w oparciu o własną infrastrukturę, nie stanowi czysto hipotetycznego zagrożenia, ale możliwa była już do zaobserwowania. W pkt. 3.2.3. decyzji wskazane zostały przykłady takich praktyk.

6.4 .Obowiązki regulacyjne nałożone na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym

Mając na uwadze pozycję rynkową EmiTel oraz zidentyfikowane i opisane powyżej problemy rozwoju konkurencji, Prezes UKE uznał za zasadne nałożenie na EmiTel następujących obowiązków regulacyjnych:

1. obowiązek dostępu,
2. obowiązek niedyskryminacji,
3. obowiązek przejrzystości,

4. obowiązek rachunkowości regulacyjnej,
5. obowiązek ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty,
6. obowiązek oferty ramowej.

6.4.1. Obowiązek dostępu, o którym mowa w pkt. IV ust. 1 sentencji niniejszej decyzji

Na podstawie art. 34 ust. 1 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 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.

Obowiązek dostępu ma zapewnić przedsiębiorcom telekomunikacyjnym możliwość korzystania z urządzeń telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub usług świadczonych przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, na określonych warunkach, celem świadczenia usług telekomunikacyjnych. Obowiązek dostępu polega 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 czy dostępie do sieci telekomunikacyjnych.

Na otwartym i konkurencyjnym rynku nie powinno być 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 powinny w zasadzie zawierać takie umowy na zasadach komercyjnych i negocjować je w dobrej wierze. Jest to przewidziane w art. 3 dyrektywy o dostępie.

Jak wykazano powyżej konkurencyjność rynku świadczenia usług transmisji radiofonicznych jest znacząco ograniczona poprzez działania operatora EmiTel zajmującego znaczącą pozycję na tym rynku. Jednym z czynników, które mają bezpośredni wpływ na taką sytuację jest brak uregulowań w zakresie wzajemnych relacji pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi w zakresie dostępu. W szczególności na tym rynku mamy do czynienia ze znaczącą różnicą w potencjale ekonomicznym operatora EmiTel, a innych operatorów naziemnych sieci transmisyjnych. Bezsprzecznie dominująca pozycja rynkowa EmiTel daje mu przewagę nad innymi konkurentami na rynku, tym samym ograniczając konkurencję i powodując, iż nadawcy radiofoniczni (w tym publiczni) nie mają innej możliwości niż korzystać z usług EmiTel. Biorąc pod uwagę powyższe, Prezes UKE postanowił nałożyć obowiązek dostępu w takim zakresie w jakim uwzględnione zostaną potrzeby pozostałych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, w tym operatorów naziemnych sieci transmisyjnych i powstanie możliwość współkorzystania z infrastruktury telekomunikacyjnej będącej własnością operatora EmiTel. W zakres obowiązku dostępu wynikającego z art. 34 ust. 1 nałożonego przez Prezesa UKE wchodzi w szczególności następujące elementy:

- a. zapewnienie określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy, systemów transmisyjnych oraz urządzeń telekomunikacyjnych, a także innych zasobów, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną;

- b. zapewnienie dostępu do usługi dosyłu do sieci telekomunikacyjnej EmiTel na potrzeby świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym;
- c. zapewnienie infrastruktury telekomunikacyjnej, w tym masztów, słupów, wież lub innych obiektów i urządzeń technicznych w celu umieszczenia, montażu i podłączenia na obiektach EmiTel sprzętu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego chcącego współkorzystać z infrastruktury EmiTel;
- d. zapewnienie kolokacji polegającej na udostępnianiu przestrzeni fizycznej oraz innych form wspólnego korzystania z budynków;
- e. zapewnienie udogodnień towarzyszących usłudze transmisji radiofonicznych;
- f. prowadzenie w dobrej wierze negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego.

Zgodnie z treścią definicji zawartej w art. 2 pkt 35 Pt przez sieć telekomunikacyjną rozumie się 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. W przypadku hurtowej usługi świadczenia transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, zapewnienie dostępu telekomunikacyjnego nierozzerwalnie łączy się z zapewnieniem dostępu do określonych elementów sieci telekomunikacyjnej. Dlatego też Prezes UKE, mając na uwadze konieczność zapewnienia możliwości połączenia sieci współpracujących operatorów zobowiązał EmiTel do zapewnienia elementów sieci telekomunikacyjnej niezbędnych do świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

Ustawowa definicja infrastruktury telekomunikacyjnej zamieszczona jest w art. 2 pkt 8 Pt. Zgodnie z tym przepisem przez infrastrukturę telekomunikacyjną rozumie się urządzenia telekomunikacyjne, oprócz telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, oraz w szczególności linie, kanalizacje kablowe, słupy wieże maszty, kable, przewody oraz osprzęt, wykorzystywane do zapewnienia telekomunikacji. Jak wskazano we wcześniejszej części decyzji, infrastruktura obejmująca obiekty wysokościowe EmiTel, jest zlokalizowana - ze względu na parametry techniczne dogodne do świadczenia usług transmisyjnych - w bardzo korzystnych miejscach i w wielu przypadkach jest w praktyce niemożliwa do zduplikowania. Stworzenie innym operatorom telekomunikacyjnym możliwości współkorzystania z infrastrukturą EmiTel w postaci masztów, słupów, wież lub innych obiektów i urządzeń technicznych ma stworzyć warunki, w których operatorzy alternatywni będą w stanie zaproponować nadawcom radiofonicznym konkurencyjne warunki świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym. Współkorzystanie z tych obiektów może w szczególności przybrać formę dzierżawy miejsca na obiekcie wysokościowym EmiTel, w celu zainstalowania na nim nadajnika należącego do operatora alternatywnego.

Kolokacja to zgodnie z definicją ustawową zawartą w art. 2 pkt 15 Pt, udostępnienie 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. Ta forma dostępu przeciwdziałać ma utrudnieniom ze strony EmiTel związanym z zamawianiem przez operatorów alternatywnych usługi kolokacji i powierzchni dedykowanej. We wszystkich przypadkach, w których przedsiębiorcy telekomunikacyjni wynajmują od EmiTel powierzchnie na cele podłączenia sieci i urządzeń,

Spółka powinna zapewniać również możliwość skorzystania z tych powierzchni w celu realizacji świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

Kolejną formą obowiązku dostępu stanowi zapewnienie udogodnień towarzyszących usłudze transmisji radiofonicznych w celu dostępu do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej. Poprzez udogodnienia towarzyszące rozumie się, stosownie do brzmienia art. 2 pkt 44 Pt, zarówno usługi towarzyszące, jak i infrastrukturę fizyczną oraz inne urządzenia i elementy związane z siecią telekomunikacyjną lub usługami telekomunikacyjnymi, które umożliwiają lub wspierają dostarczanie usług za pośrednictwem tych sieci lub usług, które mogą służyć do tego celu. Wśród usług towarzyszących można wymienić przykładowo systemy informatyczne pozwalające na współkorzystanie z elementów infrastruktury przez różnych operatorów oraz zapewniające interoperacyjność ich sieci telekomunikacyjnych. Udogodnienia towarzyszące stanowiące infrastrukturę fizyczną oraz inne urządzenia i elementy związane z siecią telekomunikacyjną lub usługami telekomunikacyjnymi obejmują między innymi nieruchomości, w tym budynki, urządzenia służące zapewnieniu zasilania w energię elektryczną. W ocenie Prezesa UKE, zapewnienie dostępu również do tych elementów infrastruktury i systemów EmiTel jest niezbędne do efektywnego świadczenia przez operatorów alternatywnych usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, w oparciu o infrastrukturę Spółki.

Prezes UKE nałożył również obowiązek prowadzenia negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w dobrej wierze. Obowiązek prowadzenia negocjacji w dobrej wierze oznacza reakcję na typowe praktyki negocjacyjne operatora zasiedziałego, nastawione na opóźnianie lub utrudnianie dostępu, w celu utrzymania przewagi konkurencyjnej. Wymóg negocjowania w dobrej wierze należy odczytywać jako wymóg prowadzenia przez operatorów negocjacji treści umowy z zachowaniem zwykłej uczciwości kupieckiej i rzetelności prowadzenia rokowań. Obowiązek ten stanie się bodźcem motywującym EmiTel do zawierania umów o dostępie telekomunikacyjnym, który w połączeniu z obowiązkami niedyskryminacji i przejrzystości powinien zapewnić innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostęp do infrastruktury EmiTel.

Należy podkreślić, iż obowiązek dostępu obejmuje swoim zakresem również dostęp w zakresie niezbędnym do zapewnienia usługi dosyłu. W ramach tej formy dostępu, EmiTel ma obowiązek umożliwienia świadczenia usługi dosyłu w szczególności w sposób wskazany w pkt. 1.3 decyzji, tj. satelitarny, radioliniowy, światłowodowo-kablowy i poprzez odbiornik retransmisyjny. Na potrzeby świadczenia usługi dosyłu, na Spółce ciąży obowiązek dostępu realizowany w sposób określony w pkt. IV ust. 1 pkt a, c, d, e i f decyzji.

Stosowanie wobec EmiTel, jako operatora o znaczącej pozycji na rynku właściwym, obowiązku dostępu telekomunikacyjnego we wskazanym powyżej zakresie, jest w ocenie Prezesa UKE proporcjonalne i adekwatne do zidentyfikowanych problemów rynkowych związanych z utrudnianiem lub uniemożliwianiem dostępu do infrastruktury, sieci telekomunikacyjnej lub obiektów EmiTel, których rozwiązanie służy realizacji celów wskazanych w art. 1 ust. 2 pkt 1, 2 i 5 Pt. Obowiązek ten ma charakter prewencyjny i ma zapobiegać możliwości utrudniania operatorom dostępu do sieci telekomunikacyjnej EmiTel. Ww. obowiązek regulacyjny będzie stanowił dla innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych podstawę do zawierania z EmiTel umów o dostępie telekomunikacyjnym, uwzględniających warunki konkurencyjne panujące na rynku właściwym. W połączeniu z nałożonymi obowiązkami niedyskryminacji i przejrzystości (które zostaną omówione poniżej), obowiązek ten zapewni każdemu operatorowi telekomunikacyjnemu skuteczny i szeroki dostęp telekomunikacyjny, w tym do sieci i urządzeń

EmiTel, a poprzez to możliwość świadczenia wobec nadawców usług telekomunikacyjnych i skuteczną konkurencję na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

Określony decyzją zakres obowiązku dostępu jest adekwatny i proporcjonalny do stwierdzonych problemów rynkowych. Wypełnianie obowiązku z art. 34 ust. 1 i ust. 2 Pt, o którym mowa w pkt IV ust. 1 sentencji decyzji, ma służyć zapobieganiu problemom rynkowym opisanym w pkt 6.3.1 decyzji, polegającym na m.in. opieszałości i przeciąganiu procedur i nieterminowości zarówno w przypadku uruchamiania usług, jak i obsługi technicznej oraz dalszej realizacji usług i utrudnianiu dostępu do obiektów infrastrukturalnych EmiTel w celu zapewnienia dosyłu. Problemy te są szczególnie prawdopodobne i możliwe do zaistnienia w przyszłości z uwagi na bardzo silną pozycję EmiTel na rynku właściwym, co umożliwia EmiTel działanie w znacznym stopniu niezależnie od klientów, konkurentów i konsumentów.

6.4.2. Obowiązek niedyskryminacji, o którym mowa w pkt. IV ust. 2 sentencji niniejszej decyzji

Zgodnie z art. 10 dyrektywy o dostępie, krajowe organy regulacyjne mogą nałożyć na operatorów o znaczącej pozycji obowiązek niedyskryminacji. Ww. dyrektywa określa ten obowiązek jako wymóg, aby przedsiębiorcy posiadający znaczącą pozycję rynkową „*stosowali podobne wymogi w podobnych okolicznościach w stosunku do innych przedsiębiorstw świadczących podobne usługi oraz żeby świadczyły tym innym przedsiębiorstwom usługi i udostępniały informacje na takich samych warunkach i o tej samej jakości jak te, które zapewniają ich własnym oddziałom, podmiotom zależnym lub wspólnikom*”.

Niedyskryminacja jest obowiązkiem, który może zostać nałożony sam, lecz – aby był efektywnym środkiem – powinien zostać powiązany z szeregiem innych obowiązków. Naturalnym uzupełnieniem dla tego obowiązku jest obowiązek przejrzystości, ponieważ zdolność do zidentyfikowania zachowania, które może mieć negatywne skutki poprzez wykorzystanie dyskryminacyjnych praktyk, zależy od zdolności do wykrycia takiego zachowania.

Wspomniane powyżej przepisy dyrektywy o dostępie zostały wdrożone do polskiego porządku prawnego i ich odpowiednikiem jest art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Zgodnie z ww. przepisem, 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 niedyskryminacji ma więc na celu zapobieżenie tym zachowaniom EmiTel, które mogłyby wywierać szkodliwy wpływ na konkurencję.

Jako jedna z form obowiązku niedyskryminacji wprowadzony został obowiązek stosowania przez EmiTel, w zakresie realizacji usług na rzecz operatorów alternatywnych, kluczowych wskaźników efektywności. Stosowanie KPI w celu ogłaszania i udostępniania przez EmiTel wskaźników KPI, ułatwi przeciwdziałanie praktykom dyskryminacyjnym poprzez ujawnianie ewentualnych nieprawidłowości i naruszeń obowiązków ze strony EmiTel w stosunku do poszczególnych przedsiębiorców występujących z wnioskami o dostęp do elementów infrastruktury Spółki. EmiTel, stosując wskaźniki KPI, powinien uwzględnić wskaźniki szczegółowo opisane i zatwierdzone przez Prezesa UKE (listę KPI, ich definicje, poziomy

startowe, referencyjne, tolerancje, dziedziny zdarzeń oraz sposoby i wzory obliczania, procedury oraz częstotliwość pomiaru i raportowania przez EmiTel) w uzgodnieniu z innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, w stanowisku Prezesa UKE publikowanym na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej UKE. Szersze omówienie obowiązku publikowania przez EmiTel KPI zostało zawarte w dalszej części decyzji dotyczącej obowiązku przejrzystości.

Jak stwierdzono w niniejszej decyzji, EmiTel jest operatorem o znaczącej pozycji rynkowej na analizowanym rynku właściwym, dlatego należy stwierdzić, iż posiada on bodźce oraz możliwości do podejmowania działań kształtujących różne warunki dostępu dla poszczególnych konkurentów Spółki. Zajmowana przez EmiTel znacząca pozycja na rynku właściwym może stwarzać zachętę do oferowania w jednakowych okolicznościach różnych warunków zarówno technicznych, jak i cenowych wobec różnych przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem dostępu do infrastruktury EmiTel. W celu zapobiegania tego typu praktykom, Prezes UKE postanowił nałożyć na EmiTel obowiązek niedyskryminacji. Obowiązek ten jest zdaniem Prezesa UKE adekwatny i proporcjonalny do zidentyfikowanych problemów na przedmiotowym rynku związanych z utrudnianiem możliwości korzystania z usług EmiTel oraz stosowaniem zawężania marży lub subsydiowania skrośnego i stanowiąc ważny element środków zaradczych, mających wpłynąć na warunki świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, nie jest jednocześnie nadmiernie uciążliwy dla operatora wyznaczonego jako zajmującego pozycję znaczącą na przedmiotowym rynku.

Prawidłowo funkcjonujący, konkurencyjny rynek wymaga spełnienia warunku równego traktowania różnych przedsiębiorstw w porównywalnych okolicznościach. Nałożenie omawianego obowiązku ma przeciwdziałać praktykom uprzywilejowanego traktowania wybranych kontrahentów i dyskryminacji innych. Obowiązek ten jest mocno związany z innymi obowiązkami, takimi jak obowiązek przejrzystości realizowany zarówno poprzez publikację warunków dostępu telekomunikacyjnego na stronach EmiTel jak i w formie oferty ramowej. Z jednej strony zatem, ta grupa obowiązków ma zapewnić obowiązywanie przejrzystych, jasnych i jednakowych wobec wszystkich operatorów alternatywnych zasad w zakresie świadczenia dostępu przez operatora EmiTel do własnej infrastruktury. Z drugiej strony, poprzez powiązanie obowiązku niedyskryminacji z obowiązkami rachunkowości regulacyjnej oraz ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty, a także zobowiązania do publikowania KPI, Prezes UKE uzyska narzędzia weryfikacji czy we współpracy z poszczególnymi operatorami alternatywnymi działania EmiTel nie mają dyskryminującego charakteru.

Rozwiązanie opisanych wyżej problemów służy realizacji celów wskazanych w art. 1 ust. 2 pkt 1 Pt.

6.4.3. Obowiązek przejrzystości, o którym mowa w pkt. IV ust. 3 sentencji niniejszej decyzji

Zgodnie z art. 37 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne 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.

Obowiązek przejrzystości ma za zadanie zapobiegać potencjalnym antykonkurencyjnym zachowaniom Spółki. EmiTel będzie mieć bowiem świadomość, że oferowane przez Spółkę warunki są monitorowane zarówno przez Prezesa UKE, jak i przez konkurentów. Sam w sobie

nie rozwiąże problemu nacisku na marże, zawyżonych cen usług transmisyjnych, ale w powiązaniu z innymi środkami regulacyjnymi (niedyskryminacja, ustalanie opłat w oparciu o ponoszone koszty) może pośrednio przyczynić się do zlikwidowania stwierdzonych problemów rynkowych.

Nadawcy radiofoniczni będą lepiej poinformowani o ofercie w zakresie korzystania z usług transmisji programów radiowych przez EmiTel, natomiast operatorzy naziemnych sieci transmisyjnych o możliwościach i warunkach współkorzystania z infrastruktury i sieci telekomunikacyjnej Spółki.

Uwzględniając powyższe, Prezes UKE uznał za w pełni uzasadnione nałożenie na EmiTel obowiązku, o którym mowa w art. 37 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegającego na ogłaszaniu lub udostępnianiu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w zakresie świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, dotyczących informacji księgowych, specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat.

Obowiązek przejrzystości w formie nadanej w pkt. IV ust. 3 sentencji decyzji ma zapewnić operatorom alternatywnym dostęp do najważniejszych informacji związanych z charakterystyką poszczególnych obiektów EmiTel. Operatorzy alternatywni analizując możliwość zestawienia konkretnej transmisji uwzględniającej parametry określone przez nadawcę, będą mogli wstępnie ocenić przydatność obiektu(-ów) EmiTel do zestawienia takiej transmisji. Obowiązek ten ma zatem przyczynić się do zwiększenia możliwości konkurencyjnej działalności operatorów alternatywnych na rynku właściwym. Posiadając informacje wynikające z wykonywania przez EmiTel obowiązku przejrzystości operatorzy alternatywni będą mieli możliwość szybszego przedstawienia kompleksowej, opartej na rzetelnych i aktualnych danych oferty świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

Konkretyzując na podstawie art. 37 ust. 2 Pt ten obowiązek, mając na uwadze zapewnienie swobodnego wglądu do tych informacji każdemu zainteresowanemu podmiotowi, Prezes UKE wskazał następujące zasady:

- a. zakres informacji obejmuje wszystkie informacje dotyczące specyfikacji technicznych sieci telekomunikacyjnej i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki i architektury sieci, lokalizacji i przebiegu elementów infrastruktury oraz ich zajętości, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci telekomunikacyjnej, a także opłat, dotyczących infrastruktury telekomunikacyjnej EmiTel niezbędnej do wnioskowania o dostęp oraz świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym;
- b. ogłaszanie co najmniej raz na kwartał, na oficjalnej stronie internetowej EmiTel, wartości wskaźników efektywności (KPI), liczonych odrębnie dla EmiTel oraz odrębnie dla poszczególnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie realizacji usług na rzecz przedsiębiorców telekomunikacyjnych;
- c. udostępnianie zestawienia wartości wskaźników KPI, o których mowa w pkt IV ppkt 3 lit. b decyzji każdemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu, któremu EmiTel świadczy usługi hurtowe, zawierającego wartości indywidualnych KPI dla danego przedsiębiorcy oraz zestawienia KPI dla wszystkich zdarzeń, na podstawie którego ten przedsiębiorca będzie w stanie zweryfikować swój indywidualny wskaźnik KPI;
- d. publikacja informacji wskazanych w pkt IV ppkt 3 lit. a-b decyzji nastąpi w formie

elektronicznej na oficjalnej stronie internetowej EmiTel;

- e. informacje, o których mowa w pkt IV ppkt 3 lit. a decyzji 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;
- f. informacje dotyczące wskaźników KPI należy udostępnić na wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 (jednego) tygodnia od dnia jego wpływu do EmiTel.

Powyższe terminy są w ocenie Prezesa UKE wystarczające, aby EmiTel mógł przygotować wymagane informacje, jednocześnie zapewniają operatorom, którzy chcą skorzystać z infrastruktury EmiTel możliwość sprawnego dostępu do informacji niezbędnych do podjęcia, ze swojej strony, działań przygotowawczych.

Zidentyfikowana przez Prezesa UKE możliwość utrudniania przez EmiTel innym operatorom dostępu telekomunikacyjnego jest na tyle znacząca i wszechstronna, że nałożenie ogólnego obowiązku udostępniania ogólnych danych dotyczących zapewnienia dostępu nie będzie wystarczającym środkiem regulacyjnym. Koniecznym jest zatem rozszerzenie obowiązku przejrzystości, polegające na zobowiązaniu EmiTel do publikowania co najmniej raz na kwartał na oficjalnej stronie internetowej EmiTel wartości wskaźników efektywności (KPI; pkt IV ppkt 3 lit. b sentencji decyzji). Ponadto EmiTel ma udostępniać zestawienia wskaźników KPI każdemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu, któremu EmiTel świadczy usługi hurtowe. Zestawienia te powinny zawierać wartości indywidualnych KPI dla danego przedsiębiorcy oraz zestawienia KPI dla wszystkich zdarzeń, dzięki czemu przedsiębiorca ten będzie obiektywnie mógł zweryfikować swój indywidualny wskaźnik KPI (pkt IV ppkt 3 lit. b sentencji decyzji).

Głównym celem publikacji i stosowania wskaźników KPI jest ocena poziomu terminowości realizacji wniosków o dostęp do infrastruktury EmiTel składanych przez operatorów alternatywnych. Raporty, porównujące wskaźniki KPI różnych przedsiębiorców, będą przygotowywane przez EmiTel co najmniej raz na kwartał. Każdy z przedsiębiorców telekomunikacyjnych korzystających z usług hurtowych EmiTel otrzyma raport, w którym jego wskaźniki zostaną skonfrontowane ze średnią wartością wskaźników wszystkich przedsiębiorców. EmiTel ma przekazywać do każdego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, któremu świadczy usługi hurtowe, następujące dane: wartość indywidualnych wskaźników przedsiębiorcy telekomunikacyjnego; zestawienie wszystkich zdarzeń, na podstawie którego przedsiębiorca telekomunikacyjny będzie w stanie obiektywnie zweryfikować swój indywidualny wskaźnik. Wskaźniki powinny dotyczyć poszczególnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych (wyliczone odrębnie dla każdego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego).

Wskaźniki KPI mają w szczególności mierzyć parametry dotyczące sprawności i terminowości realizowania przez EmiTel wniosków o dostęp, podpisywania umów na podstawie oferty ramowej, czy rozpatrywania reklamacji, a także jakości świadczonych usług. Uszczegółowienie poszczególnych wskaźników KPI nastąpi, poprzez publikację stanowiska Prezesa UKE, po zaakceptowaniu oferty ramowej. EmiTel, ogłaszając i udostępniając wskaźniki KPI, powinien uwzględnić wskaźniki szczegółowo opisane i zatwierdzone przez Prezesa UKE (listę KPI, ich definicje, poziomy startowe, referencyjne, tolerancje, dziedziny zdarzeń oraz sposoby i wzory obliczania, procedury oraz częstotliwość pomiaru i raportowania przez EmiTel) w uzgodnieniu z innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, w stanowisku Prezesa UKE publikowanym na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej UKE.

Obowiązek ten jest proporcjonalny i adekwatny, ponieważ za pomocą niezbędnych narzędzi regulacyjnych służy wyeliminowaniu problemów z utrudnianiem i uniemożliwianiem dostępu do infrastruktury i zasobów sieci telekomunikacyjnej EmiTel. Rozwiązanie tych problemów jednocześnie służy realizacji celów wskazanych w art. 1 ust. 2 pkt 1 Pt.

6.4.4. Obowiązek rachunkowości regulacyjnej, o którym mowa w pkt. IV ust. 4 sentencji niniejszej decyzji

Obowiązek ten, określony został w art. 11 dyrektywy o dostępie. Celem nałożenia tego obowiązku jest uczynienie przejrzystymi cen stosowanych w ramach transferu wewnętrznego, w szczególności w celu zapewnienia wykonania obowiązku niedyskryminacji. w zakresie ustalania i stosowania opłat oraz dla zapobieżenia subsydiowaniu skrośnemu. W ustawie Prawo telekomunikacyjne odpowiednikiem określającym ten obowiązek jest art. 38 ust. 1 Pt, zgodnie z którym 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 prowadzenia rachunkowości regulacyjnej w sposób umożliwiający identyfikację przepływów transferów wewnętrznych związanych z działalnością w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, zgodnie z przepisami art. 49 – 54 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Cele rachunkowości regulacyjnej, m.in. przeciwdziałanie praktykom dyskryminacji (w tym również dyskryminacji cenowej), zgodnie z art. 49 ust. 1 Pt, realizowane są bezpośrednio poprzez wyodrębnienie i przypisanie aktywów, pasywów, przychodów i kosztów przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do działalności w zakresie dostępu telekomunikacyjnego lub działalności w zakresie usług na rynku detalicznym, tak jakby każdy rodzaj działalności był świadczony przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, a także ustalenie przychodów i związanych z nimi kosztów odrębnie dla każdej z usług objętych kalkulacją kosztów.

Obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej nałożony na EmiTel niniejszą decyzją stanowi adekwatny środek wobec stwierdzonych problemów rynkowych na rynku właściwym, ponieważ jest jedynym skutecznym środkiem umożliwiającym przeciwdziałanie pojawieniu się zjawiska subsydiowania skrośnego w celu stosowania antykonkurencyjnego zawężania marży. Jednym ze stwierdzonych zagrożeń prawidłowego funkcjonowania rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, jest możliwość stosowania przez EmiTel niższych cen na obszarach, gdzie Spółka spotyka się z konkurencją ze strony operatorów alternatywnych, przy jednoczesnym zawyżaniu cen na obszarach, na których taka konkurencja nie występuje. Celem nałożenia obowiązku rachunkowości regulacyjnej jest zidentyfikowanie tego typu praktyk poprzez analizę przepływów finansowych dotyczących poszczególnych obszarów działalności EmiTel i w szczególności zapobieżenie dyskryminacji cenowej oraz stosowaniu praktyki typu *margin squeeze*. W oparciu o informacje uzyskane na podstawie obowiązku rachunkowości regulacyjnej, możliwe jest monitorowanie wartości opłat transferowych pomiędzy wyodrębnionymi rodzajami działalności oraz ocena kondycji finansowej operatora: wyniku każdej z działalności odrębnie oraz zbiorczo, poziomu kosztów, przychodów, średniorocznego kapitału zaangażowanego. Powyższe stanowi, istotne narzędzie regulacyjne dla weryfikacji zasady niedyskryminacji cenowej oraz czy możliwe jest skonstruowanie przez operatorów alternatywnych oferty detalicznej konkurencyjnej cenowo względem oferty operatora o znaczącej pozycji rynkowej.

Biorąc pod uwagę negatywny wpływ opisanych powyżej zachowań antykonkurencyjnych na stan rynku, omawiany obowiązek ten jest proporcjonalny i adekwatny do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji celów wskazanych w art. 1 ust. 2 pkt 1 Pt.

6.4.5. Obowiązek ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty, o którym mowa w pkt IV ust. 5 sentencji niniejszej decyzji

Krajowy organ regulacyjny może, zgodnie z postanowieniami artykułu 13 dyrektywy ramowej, nałożyć obowiązki kontroli cen i kalkulacji kosztów, jeżeli analiza rynkowa wykaże brak skutecznej konkurencji, nadmiernie wysoki poziom cen lub wymuszanie cen działające na niekorzyść użytkowników końcowych. Obowiązek taki powinien promować skuteczną i zrównoważoną konkurencję oraz maksymalizować korzyści konsumentów.

W ustawie Prawo telekomunikacyjne, ustawodawca określił następujące obowiązki kosztowe:

- obowiązki, o których mowa w art. 39 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegające na kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego oraz na stosowaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora;
- obowiązek, o którym mowa w art. 40 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty operatora.

Krajowe organy regulacyjne nakładając obowiązki regulacyjne powinny rozważyć, czy dostępne są wystarczające informacje dla zapewnienia efektywnej kontroli wymogu niedyskryminacji lub czy konieczne są dodatkowe obowiązki w postaci rozdzielności księgowej w celu zapewnienia efektywnego przestrzegania wymagań. Wreszcie, często może być tak, że rzeczywisty poziom opłat za dostęp musi zostać ustalony przez krajowy organ regulacyjny, a tym samym może zostać nałożona kontrola kosztów. Kontrola cen może być konieczna w przypadku, gdy analiza na danym rynku wykaże nieefektywną konkurencję.

Interwencja regulacyjna w tym zakresie może być stosunkowo niewielka, w postaci obowiązku ustalania rozsądnych cen, lub większa, w postaci obowiązku orientowania cen na koszty w celu zapewnienia pełnego uzasadnienia dla tych cen, kiedy konkurencja nie jest wystarczająco silna, by zapobiec zawyżaniu cen.

Przy obliczaniu przez krajowy organ regulacyjny kosztów, wykorzystana metoda powinna być odpowiednia do okoliczności, biorąc pod uwagę potrzebę promowania efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz maksymalizowania korzyści konsumentów.

Prezes UKE stwierdził, iż z punktu widzenia osiągnięcia celów regulacyjnych koniecznym jest będzie zastosowanie obowiązku ustalania opłat za dostęp telekomunikacyjny w oparciu o ponoszone koszty, czyli obowiązku przewidzianego w art. 40 ustawy Prawo telekomunikacyjne

Obowiązek z art. 40 Pt, zdaniem Prezesa UKE, stanowi mechanizm, który nie będzie wymagał od EmiTel, implementacji specjalnego modelu kalkulacji kosztów „top down” oraz stosowania przez EmiTel wysokości wskaźnika zwrotu zaangażowanego kapitału⁵¹ określonego przez Prezesa UKE na poziomie odzwierciedlającym strukturę kapitału efektywnie działającego operatora.

Obowiązek kalkulacji kosztów z art. 39 Pt, przewiduje zastosowanie przez operatora wyznaczonego ściśle określonej metodyki kalkulacji kosztów oraz sposobów alokacji poszczególnych kategorii kosztowych odpowiadający funkcjonowaniu efektywnie działającego przedsiębiorcy, jaki funkcjonowałby na w pełni konkurencyjnym rynku.

⁵¹ ang. *weighted average cost of capital (WACC)*

Dlatego też Prezes UKE uznał, że adekwatnym i proporcjonalnym rozwiązaniem, biorąc okoliczności rynkowe, w jakich funkcjonuje EmiTel, będzie zobowiązanie EmiTel do wyznaczenia opłat za dostęp na podstawie kosztów ponoszonych z art. 40 Pt. W ramach realizacji obowiązku z art. 40 Pt, operator ma możliwość wyznaczenia kosztów ponoszonych stosując wybraną przez siebie metodę kalkulacji. Na EmiTel ciąży zatem obowiązek udowodnienia, że opłaty i stawki są ustalone zgodnie z ciężącym na Spółce obowiązkiem regulacyjnym.

W celu oceny prawidłowości wysokości opłat ustalonych przez EmiTel Prezes UKE może zastosować sposoby weryfikacji opłat wskazane poniżej. W przypadku, gdy według przeprowadzonej przez Prezesa UKE oceny wysokość opłat ustalonych przez EmiTel okaże się nieprawidłowa, wówczas Prezes UKE ustala wysokość opłat stosując metody, o których mowa poniżej.

W tym miejscu należy też wskazać, iż art. 40 ust. 1a Pt zobowiązuje Prezesa UKE do wskazania w decyzji nakładającej obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty, sposobów weryfikacji i ustalania tych opłat. Sposoby te muszą być określone w katalogu zamkniętym, tj. Prezes UKE nie może posłużyć się metodą inną niż wskazane w decyzji.

W związku z tym faktem, Prezes UKE określił w niniejszej decyzji następujące metody, które mogą być wykorzystane do weryfikacji i ustalania wysokości opłat ze strony operatorów alternatywnych za dostęp do zasobów EmiTel na potrzeby świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym (katalog zamknięty metod):

- Retail Minus (cena detaliczna minus),
- Cost orientation (orientacja kosztowa),
- Benchmarking (uwzględnienie wysokości opłat stosowanych na porównywalnych rynkach konkurencyjnych).

W opinii Prezesa UKE wskazane metody stanowią podstawowe i najważniejsze metody przy weryfikacji i ustalaniu wysokości opłat.

Metoda „Cena detaliczna minus” ustala cenę usługi hurtowej w stosunku do ceny detalicznej danej usługi, a nie poprzez obliczanie kosztów poniesionych przy powstawaniu usługi hurtowej. Przy stosowaniu tej metody od ceny detalicznej danej usługi odejmuje się wszystkie koszty niezwiązane ze świadczeniem usługi hurtowej (tj. koszty związane ze świadczeniem usługi detalicznej oraz zysk przedsiębiorcy).

Metoda orientacji kosztowej polega na weryfikacji stawek operatora w odniesieniu do prowadzonej przez niego rachunkowości regulacyjnej.

W przypadku wyboru metody polegającej na uwzględnieniu danych dotyczących poziomu cen na rynkach porównywalnych (benchmarking), do analizy brane są tylko te kraje, które spełniają kryterium konkurencyjności, rozumiane jako rywalizacja o klientów pomiędzy przedsiębiorcami obecnymi na rynku. Przy porównaniu z innymi konkurencyjnymi rynkami Prezes UKE odniesie się do państw bardziej zaawansowanych we wprowadzaniu prokonkurencyjnych rozwiązań. Prezes UKE może odnieść się do państw obecnych w Unii Europejskiej przed dniem 1 maja 2004 r. lub do tych państw, które osiągnęły najlepsze efekty w zapewnieniu dostępu do danej usługi.

Zgodnie z art. 40 ust. 3 Pt wybór metody weryfikacji i ustalania wysokości opłat stosowanych przez EmiTel pozostaje w kompetencji Prezesa UKE dokonującego oceny prawidłowości wysokości opłat ustalonych przez operatora.

Prezes UKE, podejmując decyzję o wyborze konkretnej metody weryfikacji i ustalania opłat, dokona oceny najbardziej adekwatnej metody do ustalonego stanu faktycznego i związanych z tym potrzeb rynku.

Rynek telekomunikacyjny jest jednym z najbardziej dynamicznie zmieniających się rynków zarówno pod względem warunków funkcjonowania na nim operatorów, jak również cen świadczonych przez nich usług. W takim więc środowisku stworzenie przez Prezesa UKE jednej uniwersalnej metody wykonywania analiz porównawczych i wykorzystywanie jej w każdym przypadku należy uznać za bezzasadne.

Z kolei silna pozycja EmiTel na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym daje temu operatorowi swobodę działania już w chwili obecnej w zakresie ustalenia cen powyżej konkurencyjnego poziomu, czyli takiego, który zostałby ustalony, gdyby rynek ten był faktycznie konkurencyjny. Opłaty przekraczające poziom konkurencyjny powodują nieefektywny rozdział dóbr i kapitału oraz utrudniają powstanie warunków wspierania równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych w celu zapewnienia użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych. W najbliższej przyszłości nie jest możliwe, by EmiTel utracił swą znaczącą pozycję na rynku i nie można raczej spodziewać się pojawienia bodźców motywujących tego operatora do ustalania konkurencyjnych cen.

Powyższa sytuacja oznacza konieczność nałożenia na EmiTel obowiązku z art. 40 ustawy Prawo telekomunikacyjne, w celu bardziej efektywnej kontroli przez Regulatora opłat za dostęp telekomunikacyjny. Obowiązek ten jest proporcjonalny i adekwatny, ponieważ za pomocą niezbędnych narzędzi regulacyjnych służy wyeliminowaniu problemów nadmiernie wysokich opłat za dostęp do elementów infrastruktury EmiTel, ustalania zawyżonych cen, i działania tym samym na niekorzyść użytkowników końcowych. Umożliwiając zweryfikowanie zasadności opłat za dostęp pobieranych przez EmiTel od operatorów alternatywnych, przyczynia się również do realizacji obowiązku niedyskryminacji. Zapobiega bowiem dowolnemu, uznaniowemu i nierównemu kształtowaniu przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej warunków cenowych w relacjach z operatorami alternatywnymi. Jak wskazano wcześniej, obowiązek z art. 40 stanowi niezbędny środek osiągnięcia tych celów regulacyjnych, w ramach którego operator ma możliwość wyznaczenia kosztów ponoszonych stosując wybraną przez siebie metodę kalkulacji. W odróżnieniu od obowiązku kosztowego przewidzianego w art. 39 Pt, obowiązek z art. 40 Pt można uznać za mniej restrykcyjny, albowiem nie wymaga od EmiTel, implementacji specjalnego modelu kalkulacji kosztów „top down” oraz stosowania przez EmiTel wysokości wskaźnika WACC określonego przez Prezesa UKE na poziomie odzwierciedlającym strukturę kapitału efektywnie działającego operatora. Tym samym nałożonego na EmiTel obowiązku kosztowego na podstawie art. 40 nie można uznać za nadmiernie uciążliwy. Tym samym służy jednocześnie realizacji celów wskazanych w art. 1 ust. 2 pkt 1 Pt.

6.4.6. Obowiązek oferty ramowej, o którym mowa w pkt. IV ust. 6 sentencji niniejszej decyzji

W doktrynie prawa telekomunikacyjnego przyjmuje się, że obowiązek sporządzenia oferty ramowej stanowi jedną z form realizacji obowiązku zapewnienia przejrzystości w sprawach związanych z zapewnieniem dostępu telekomunikacyjnego przez operatorów o znaczącej

pozycji rynkowej. W opinii Prezesa UKE, obowiązek przejrzystości nałożony na podstawie art. 37 ust. 1 Pt i w formie nadanej w pkt. IV ust. 3 niniejszej decyzji stanowi, jakkolwiek uzasadniony, to niewystarczający środek zaradczy w odniesieniu do zapewnienia operatorom alternatywnym dostępu do informacji w zakresie niezbędnym do efektywnej współpracy z EmiTel związanej z procedurą uzyskiwaniem dostępu do zasobów infrastrukturalnych EmiTel. Problematyka związana z korzystaniem z infrastruktury EmiTel jest tak szeroka i skomplikowana, iż brak precyzyjnych wskazówek odnośnie formy i zakresu przedstawiania danych i informacji, mogłoby uniemożliwić skuteczne negocjacje w zakresie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego.

Mając powyższe na uwadze, Prezes UKE nałożył na EmiTel obowiązek, o którym mowa w art. 42 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na przygotowaniu i przedstawieniu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie transmisji radiofonicznych.

Z uwagi na zbliżony zakres oferty ramowej na rynku krajowym hurtowym świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym oraz na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, Prezes UKE uznał za zasadne przygotowanie przez EmiTel wspólnej oferty ramowej obejmującej oba te rynki. W ocenie Prezesa UKE ujednotoci to i tym samym uprości oraz uczyni przejrzystymi procedury obowiązujące na rynku telekomunikacyjnym, przez co przyczyni się do jego dalszego, szybkiego i wszechstronnego rozwoju.

Zakres oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym, uregulowany został w Załączniku nr 1 stanowiącym integralną część niniejszej decyzji, dotyczy m.in. takich kwestii jak określenie terminów poszczególnych czynności w ramach procedury dostępowej, sposobów rozstrzygania sporów, przeprowadzania testów interoperacyjności usług i kompatybilności elektromagnetycznej, postępowania w przypadku reklamacji, długości obowiązywania umów oraz rozwiązywania umów o dostępie, procedury uzyskiwania dostępu oraz warunków cenowych. Obowiązek przygotowania i przedstawienia oferty ramowej o którym mowa w art. 42 ust. 1 Pt ma więc za zadanie przede wszystkim stworzenie warunków sprawnego i efektywnego uzyskiwania dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej EmiTel przez operatorów alternatywnych w oparciu o przejrzyste zasady dla wszystkich zainteresowanych stron procedury dostępowej.

Obowiązek przygotowania i przedstawienia oferty ramowej działać ma ograniczająco na ewentualne antykonkurencyjne zachowania operatora o znaczącej pozycji rynkowej. Operatorzy alternatywni chcący skorzystać z usługi EmiTel będą nadal mieć dostęp do informacji o możliwościach efektywnego prowadzenia działalności na rynku właściwym. Stosowanie tego obowiązku przyczyni się do ograniczenia zachowań dyskryminacyjnych. Ma również pozwolić na uniknięcie zachowań o charakterze obstrukcyjnym w toku procedury uzyskiwania dostępu do zasobów infrastrukturalnych EmiTel przez operatorów alternatywnych, jak. np. celowe, bez racjonalnych podstaw przedłużanie negocjacji, mnożenie nieadekwatnych przeszkód. Obowiązek oferty ramowej ma również za zadanie zapewnienie operatorom alternatywnym działającym na rynku właściwym dostęp do niezbędnych informacji technicznych i biznesowych na temat warunków dostępu telekomunikacyjnego oferowanego przez EmiTel. Stosowanie tego obowiązku przyczyni się również do ograniczenia zachowań dyskryminacyjnych, ponieważ Prezes UKE posiada możliwość kontroli, czy zaproponowane przez EmiTel warunki współpracy są racjonalne i niedyskryminujące.

Nałożenie na EmiTel, jako operatora o znaczącej pozycji na rynku właściwym, obowiązku oferty ramowej we wskazanym powyżej zakresie, jest w ocenie Prezesa UKE proporcjonalne

i adekwatne do zidentyfikowanych problemów konkurencyjnych związanych z utrudnianiem lub uniemożliwianiem dostępu do infrastruktury, sieci telekomunikacyjnej lub obiektów EmiTel, których rozwiązanie służy realizacji celów wskazanych w art. 1 ust. 2 pkt 1, 2 i 5 Pt. Zobowiązanie EmiTel do przedstawienia kompleksowej, precyzyjnej i przejrzystej procedury uzyskiwania dostępu do zasobów Spółki, ma przyczynić się do powstania mechanizmu efektywnej realizacji obowiązku dostępu i współpracy pomiędzy EmiTel i operatorami alternatywnymi w tym zakresie. Tym samym obowiązek ten należy uznać za proporcjonalny i adekwatny do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji celów wskazanych w art. 1 ust. 2 pkt 1, 2 i 5 Pt. Nie można go również uznać za nadmierny, albowiem brak jego zastosowania, czy też jego ujęcie w okrojonej formie, w kontekście stwierdzonych i omówionych wcześniej problemów rynkowych, mogłoby nie doprowadzić do osiągnięcia założonych celów regulacji.

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

Prezes UKE odniósł się do zgłoszonych przez strony oraz uczestników postępowania konsultacyjnego twierdzeń, wniosków i żądań, a w szczególności do zarzutów zawartych w stanowiskach konsultacyjnych.

Stanowiska konsultacyjne

Prezes UKE odniósł się do najbardziej istotnych uwag zgłoszonych przez uczestników postępowania konsultacyjnego. Uwagi nieistotne lub niejasne zostały pominięte.

1. Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji z siedzibą w Warszawie, wobec niemożności uzyskania kompromisu wewnątrz organizacji, nie zajęła stanowiska w tej sprawie.
2. Bcast sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wyraziła poparcie dla ustaleń i proponowanych rozstrzygnięć Prezesa UKE.
3. Nadawcy radiowi: Grupa RMF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Radio ESKA S.A. z siedzibą w Warszawie, Radio eM Kielce z siedzibą w Kielcach, Radio Fiat z siedzibą w Częstochowie, Polskie Radio Rozgłośnia Regionalna w Koszalinie „Radio Koszalin” S.A. z siedzibą w Koszalinie, Polskie Radio Rozgłośnia Regionalna w Łodzi „Radio Łódź” S.A. z siedzibą w Łodzi, Katolicka Rozgłośnia Diecezji Pelplińskiej – Radio Głos z siedzibą w Pelplinie, Radio Via – Katolickie Radio Rzeszów z siedzibą w Rzeszowie, Radio Victoria Między Łodzią a Warszawa z siedzibą w Łowiczu, Radio Maryja z siedzibą w Toruniu, Polskie Radio Rozgłośnia Regionalna w Bydgoszczy „Polskie Radio Pomorza i Kujaw” S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, Polskie Radio Rozgłośnia Regionalna w Poznaniu „Radio Poznań” S.A. z siedzibą w Poznaniu, Polskie Radio Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie, Polskie Radio Rozgłośnia Regionalna we Wrocławiu „Radio Wrocław” S.A. z siedzibą we Wrocławiu wyrazili poparcie dla ustaleń i proponowanych rozstrzygnięć Prezesa UKE.
4. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zgłosił kilka uwag, które Prezes UKE uznał za zasadne i wprowadził zmiany w odpowiednich fragmentach w decyzji. Jednocześnie wprowadzone zmiany nie mają wpływu na rozstrzygnięcie i sentencję decyzji.

Uwagi Prezesa UOKiK:

- a. Prezes UOKiK wyraził wątpliwość w kwestii posiłkowania się Zaleceniem w sprawie rynków właściwych podlegających regulacji *ex ante* z 2003 r. (Zalecenie 2003) jako jedną z podstaw określenia rynku właściwego.

Uznając uwagę za zasadną, Prezes UKE dokonał odpowiednich korekt w treści decyzji związanych z powoływaniem się na Zalecenie 2003. Jednocześnie należy wskazać, że Prezes UKE ma prawo wyznaczyć rynek właściwy inny niż w Zaleceniu 2014, jeżeli wykaże, że rynek taki spełnia test trzech kryteriów i powinien podlegać regulacji *ex-ante*. W związku z tym brak wskazania w aktualnym Zaleceniu z 2014 r. rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym nie jest przeszkodą formalną dla Prezesa UKE do podjęcia działań zmierzających do jego określenia, a następnie regulacji.

- b. Prezes UOKiK w swoim stanowisku wyraził zastrzeżenia co do kwestii określenia pkt. 3.2.3 „Trendy cenowe”

Uznając uwagę za zasadną Prezes UKE dokonał zmiany nazwy tego punktu decyzji. Zmiana ta pozostaje bez wpływu na wnioski wynikające z analizy. Opisywany decyzją rynek charakteryzuje się tym, że cena jest ustalana jednostkowo per emisja. Określenie „trendy” mogło być więc niejasne i budzące wątpliwości.

- c. Prezes UKE uznając zasadność uwagi zgłoszonej przez Prezesa UOKiK dotyczącej przywołania niewłaściwej okoliczności, przeredagował opis dotyczący trzeciego kryterium z testu trzech kryteriów poprzez usunięcie stwierdzenia, iż fakt zmiany w drodze postępowania sądownoadministracyjnego decyzji Prezesa UOKiK z dnia 25 października 2007 r. znak DOK 95/07 stanowi przesłankę niewystarczalności prawa konkurencji. Zmiana dokonana przez Prezesa UKE w decyzji, nie miała wpływu na aktualność pozostałej zaprezentowanej w punkcie 3.3 decyzji argumentacji wskazującej na spełnienie trzeciego kryterium testu trzech kryteriów.

- d. Prezes UKE zdecydował też o usunięciu pkt 4.4 decyzji – Istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorstwa. Zmiana w tym zakresie pozostaje bez wpływu na wnioski wynikające z analizy, albowiem cały szereg innych przesłanek wskazuje na zajmowanie przez EmiTel znaczącej pozycji rynkowej na rynku właściwym.

- e. Prezes UKE przeprowadził (na podstawie wybranych przypadków) analizę porównawczą cen stosowanych przez EmiTel sp. z o.o. w zależności od spodziewanego wystąpienia presji konkurencyjnej ze strony innych operatorów telekomunikacyjnych. Prezes UKE wziął pod uwagę kilka różnych przypadków postępowań przetargowych na rzecz nadawców (dla Rozgłośni Regionalnych Polskiego Radia) i porównał ceny jakie EmiTel sp. z o.o. oferowała za tą samą usługę emisji (z tego samego obiektu nadawczego, na tej samej częstotliwości, z taką samą mocą) w kolejnych edycjach przetargów. Wnioski z porównania cen są następujące:

- w sytuacji, kiedy EmiTel sp. z o.o. spodziewała się konkurencyjnej oferty, Spółka obniżyła ceny w stosunku do oferowanych w poprzednich latach za analogiczne usługi,
- w sytuacji braku konkurencyjnych ofert EmiTel sp. z o.o. stosowała ceny wyższe.

Prezes UKE uznaje takie praktyki za wysoce niekonkurencyjne. Krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym jest rynkiem infrastrukturalnym i jego specyfika sprzyja operatorom będącym w posiadaniu jak najbardziej rozbudowanej sieci obiektów nadawczych (obiektów różnej mocy, ze szczególnym uwzględnieniem obiektów wysokiej mocy). Struktura rynku oraz brak alternatywnej infrastruktury, niemożność uzyskania przez operatorów alternatywnych dostępu do obiektów będących we władaniu przez EmiTel sp. z o.o. nie sprzyja osiągnięciu skutecznej konkurencji.

5. EmiTel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Polska Izba Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie oraz Amerykańska Izba Handlowa w Polsce z siedzibą w Warszawie nie podzielają rozstrzygnięcia jak i części argumentacji zawartej w decyzji Prezesa UKE. Niektóre z zarzutów w stanowiskach wymienionych tu podmiotów powielają się, w związku z czym Prezes UKE odniósł się do części z nich wspólnie:
 - a. Aspekty związane z określeniem produktów substytucyjnych względem naziemnej transmisji programów radiofonicznych, zarzuty błędnego wyznaczenia produktów na rynku detalicznym oraz błędnego celu i metody badawczej przyjętej przez Prezesa UKE

Prezes UKE zwraca uwagę, że zasięg sieci (tu: sieci kablowych, w decyzji odnoszących się do sieci operatorów telewizji kablowej CATV, realizowanej w oparciu o kable koncentryczne lub w technologii mieszanej, czyli światłowodowo-koncentrycznej) nie jest jednoznaczny z faktem posiadania (zakupu) usługi dostępu do programów radiofonicznych oferowanych przez operatorów takich sieci przez użytkownika końcowego. Liczba gospodarstw domowych pozostających w zasięgu takich sieci nie jest równa liczbie faktycznych jej użytkowników. To samo dotyczy pozostałych sieci operatorów stacjonarnych, innych niż sieci operatorów kablowych (w tym także dostępu do programów radiofonicznych realizowanego za pośrednictwem Internetu). Bardzo ważnym aspektem ograniczającym, oprócz technicznej możliwości skorzystania z takiego rodzaju usługi, jest aspekt cenowy. Aspekt ceny ma także duże znaczenie dla użytkownika końcowego w odniesieniu do oferty platform satelitarnych.

Prezes UKE wyjaśnia jednocześnie, że w ramach analizy średniomiesięcznego kosztu dostępu do sieci płatnych pod uwagę wzięte zostały oferty najtańsze (podstawowe i dostępne na oficjalnych stronach www operatorów telekomunikacyjnych) z ofert następujących spółek: Cyfrowy Polsat S.A. z siedzibą w Warszawie, ITI Neovision S.A. z siedzibą w Warszawie, UPC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Multimedia Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Vectra S.A. z siedzibą w Gdyni, Toya sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Inea S.A. z siedzibą w Poznaniu - łącznie 32 oferty. W związku z faktem, że w przypadku oferty sieci kablowych czy platform satelitarnych nie jest możliwy zakup dostępu wyłącznie do programów radiofonicznych oczywistym jest, że użytkownik końcowy chcący słuchać programów radiofonicznych za pośrednictwem modemu kablowego lub satelitarnego (przy użyciu np. odbiornika telewizyjnego) nie ma innej opcji niż zakup całego pakietu, razem z podstawowym pakietem programów telewizyjnych. Dalej w swojej decyzji Prezes UKE wyjaśnia, że ten rodzaj dostępu do programów

radiofonicznych jest niepopularny. Trudno zatem mówić o substytucji takiej usługi względem transmisji programów radiofonicznych drogą naziemną.

Odnosząc się do przywołanego przez Polską Izbę Komunikacji Elektronicznej w kontekście tego zarzutu wyroku Sądu Najwyższego z 5 listopada 2015 r. o sygn. III SK 7/15, sąd w tym wyroku stwierdził, że podstawę dla wyznaczenia rynku właściwego powinny, modelowo, stanowić badania i analizy rynku pozwalające zgromadzić dane o tym, jacy przedsiębiorcy, jacy klienci na nim występują i w jaki sposób zachowują się na rynku. Taka analiza, obejmująca elementy o jakich mówi sąd, na potrzeby wyznaczenia rynku właściwego w decyzji została przeprowadzona. Nie wynika ze wskazanego orzeczenia sądu konieczność, na co wskazuje PIKE, zbadania zachowań i preferencji nadawców w celu ustalenia jaki jest poziom gotowości nadawców do uiszczenia ceny za transmisję naziemną i czy ewentualnie podniesienie takiej ceny nie spowoduje u nadawcy skłonności zaspokojenia swoich potrzeb emisyjnych w innej technologii np. satelitarnej, kablowej czy w internecie. W opinii PIKE nadto, Prezes UKE powinien nadać należytą wagę lokalnym programom radiowym oraz adekwatnie ocenić poziom substytucyjności usług transmisji naziemnej z usługami świadczonymi z wykorzystaniem usług płatnych.

Należy wskazać, iż zarzut ten jest bezpodstawny, albowiem Prezes UKE w sposób szeroki opisał dlaczego nadawanie za pomocą platform satelitarnych nie stanowi substytutu dla nadawania naziemnego, przy czym kwestia koniecznych do poniesienia przez nadawcę kosztów dotarcia z contentem do odbiorcy końcowego, była tylko jednym z elementów, które legły u podstaw stwierdzenia braku takiej substytucyjności. Przeprowadzając swoje ustalenia Prezes UKE oparł się przy tym również na odpowiedziach samych nadawców, wskazujących że zasięg, dostępność i brak odpłatności technologii nadawania naziemnego powoduje, że platformy alternatywne mogą być traktowane jedynie jako uzupełnienie podstawowej formy nadawania naziemnego, a nie sposób zastąpienia tej formy dotarcia z contentem do odbiorcy końcowego.

- b. W zakresie zarzutu niewłaściwego określenia rynku właściwego ze względu na brak substytucyjności usług transmisji sygnału radiofonicznego analogowego i cyfrowego, należy stwierdzić, że obydwa produkty (obydwa rodzaje transmisji sygnału radiofonicznego – analogowa i cyfrowa) są zaliczone do rynku będącego przedmiotem analizy. W decyzji Prezes UKE stwierdza m.in.: „Obecnie sygnał radiofoniczny można transmitować przede wszystkim za pomocą: analogowej lub cyfrowej sieci rozsiewczej naziemnej” czy „Krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, na którym można zidentyfikować następujące produkty: usługi analogowej transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, usługi cyfrowej transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym”. Co do zasady treść, z którą nadawca dociera do użytkownika końcowego jest taka sama w przypadku obydwu rodzajów transmisji. Prezes UKE stwierdza, że transmisja cyfrowa sygnału radiofonicznego jest na chwilę obecną niepopularna wśród nadawców i choć technologicznie jest to możliwe, to nie obejmuje obszaru całego kraju. Cena dla użytkownika końcowego jest również niezmienna (dostęp darmowy). Obydwa

produkty (transmisja sygnału radiofonicznego analogowa i cyfrowa) są zaliczone zatem do rynku będącego przedmiotem analizy.

- c. Zarzut błędnego wyznaczenia rynku produktowego na poziomie detalicznym i posłużenie się błędną metodą badawczą. Odpowiadając na ten zarzut należy stwierdzić, że w pkt 1.2 decyzji Prezes UKE jednoznacznie wykazał brak substytucji transmisji programów radiofonicznych drogą naziemną vs transmisji satelitarnej/za pomocą platformy satelitarnej, drogą kablową - w sieciach operatorów telewizji kablowej CATV, realizowanej w oparciu o kable koncentryczne lub w technologii mieszanej, czyli światłowodowo-koncentrycznej czy innych niż sieci kablowe sieci telekomunikacyjnych - pozostałe sieci operatorów stacjonarnych, inne niż sieci operatorów kablowych (w tym także za pośrednictwem usługi dostępu do Internetu realizowanej w oparciu o takie sieci). Statystyki będące w posiadaniu Prezesa UKE wskazują, że programów radiofonicznych przez platformę Internetową słucha zaledwie ok. **Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 1** słuchaczy, podczas gdy programów radia tradycyjnego (naziemnego) niemal **Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 1**. EmiTel sp. z o.o w swoim stanowisku zwraca uwagę na inne formy przekazu muzyki – np. Spotify. Prezes UKE pragnie zauważyć, że usługa Spotify to muzyczny serwis oferujący swoim użytkownikom dostęp do utworów w strumieniu IP. W ramach usługi nie są oferowane treści inne niż muzyczne. Brak jest bloków informacyjnych, wiadomości z regionów, prognozy pogody czy choćby możliwości interakcji z prowadzącym program redaktorem. Z serwisu można korzystać jedynie za pomocą smartfonów, tabletów, komputerów oraz na niektórych konsolach i telewizorach. Z serwisu Spotify nie można korzystać za pomocą tradycyjnego radiodbiornika, a jedynie specjalnych zazwyczaj znacznie droższych modeli urządzeń posiadających taką funkcjonalność. Dostęp do w pełni funkcjonalnej usługi jest płatny. Prezes UKE nie rozpatruje tej usługi jako substytutu programu radiofonicznego transmitowanego naziemnie tak w sposób analogowy jak i cyfrowy.

Prezes UKE wskazał także, że nadawcy radiowi, stanowiący stronę popytową na szczeblu detalicznym analizowanego rynku, są zainteresowani tym, aby jak największa liczba użytkowników końcowych i na maksymalnie jak największym obszarze miała dostęp do ich oferty programowej – to powoduje, że czynnikiem kluczowym jest to w jaki sposób programy radiofoniczne są odbierane przez użytkowników końcowych oraz czy są oni skłonni za możliwość odbioru programów radiofonicznych płacić dodatkowe opłaty (w tym również zainwestować w sprzęt elektroniczny).

- d. Odnosząc się do zarzutu błędnego celu i przyjętej metody badawczej, Prezes UKE stwierdza, że wymienione w decyzji, poszczególne sposoby transmisji programów radiofonicznych różnią się swoją dostępnością geograficzną oraz kosztem dla użytkownika końcowego, ale przede wszystkim popularnością wśród użytkowników końcowych. Nadawcy radiowi, stanowiący stronę popytową na szczeblu detalicznym analizowanego rynku, są zainteresowani tym, aby jak największa liczba użytkowników końcowych i na maksymalnie jak największym obszarze miała dostęp do ich oferty programowej i niewątpliwie kierują się oni preferencjami użytkowników końcowych. Nielinearny odbiór programów radiofonicznych nie jest w Polsce popularny, nie jest popularne „słuchanie” radia przez użytkowników końcowych za pośrednictwem Internetu

czy modemu telewizji satelitarnej lub kablowej. Żaden z nadawców, bazując na zwyczajach użytkowników końcowych, nie będzie rozpatrywał wyłącznego nadawania swoich programów radiofonicznych przez medium inne niż naziemne sieci teletransmisyjne. W tym względzie Prezes UKE nie podziela stanowiska EmiTel sp. z o.o.

- e. Zarzuty związane z nieuwzględnieniem przez Prezesa UKE obiektów innych niż profesjonalne obiekty nadawcze jako potencjalnej do nich alternatywy, błędnego określenia struktury podmiotowej, zarzut nie występowania barier strukturalnych i stwierdzenia występowania rzekomej konkurencji lokalnej (w tym odniesienie się do faktu, że 62% emisji EmiTel sp. z o.o. prowadzonych jest z obiektów nie należących do Spółki)

Prezes UKE nie podziela poglądu o istnieniu dużej podaży obiektów wysokościowych na rynku mogących być alternatywą do obiektów nadawczych EmiTel sp. z o.o. Prezes UKE stoi na stanowisku, że nie każdy obiekt wysokościowy (maszty/wieże telefonii komórkowej, kominy, wysokie budynki, dzwonnice i inne) jest czy może być alternatywą do już wybudowanych i funkcjonujących obiektów nadawczych, zwłaszcza takich, których lokalizacja (warunki terenowe) jest unikalna. Jak podkreślają nadawcy i operatorzy alternatywni, działający na analizowanym rynku, takie budowle stanowią wyłącznie rzekomą konkurencję w stosunku do profesjonalnych obiektów nadawczych. Nadawanie z takich obiektów wiąże się z reguły z obniżeniem jakości, pogorszeniem zasięgu, a także np. problemami szybszego zużycia się infrastruktury nadawczej (np. poprzez zadymienie i zapylenie wokół kominów). Korzystanie z „zastępczych” obiektów nadawczych jest z reguły wymuszone, ze względu na zbyt wysokie ceny jakie dyktuje EmiTel sp. z o.o. za techniczną realizację usługi z profesjonalnych obiektów nadawczych. Z punktu widzenia optymalizacji kosztów w stosunku do osiągniętych przychodów związanych ze świadczeniem usług transmisji programów radiofonicznych przez operatora świadczącego na rzecz nadawców, emisje wielkiej mocy są najbardziej opłacalne. Nie można zatem uznać, aby równie skuteczne (w tym pod względem osiągniętych zysków) było zastąpienie transmisji z obiektów wielkiej mocy transmisjami z obiektów średniej lub niskiej mocy.

- f. Odnosząc się do wątku rzekomej konkurencji jaka występuje lokalnie Prezes UKE zwraca uwagę na fakt, że nadawcy wielokrotnie, także w stanowiskach konsultacyjnych, podkreślają, że samodzielne nadawanie jest z reguły wymuszone, ze względu na zbyt wysokie ceny jakie dyktuje EmiTel sp. z o.o. za techniczną realizację usługi. „Ze względu na koszty utrzymania emisji radiowych na obiektach EmiTel sp. z o.o. byliśmy zmuszeni do technicznej realizacji naszej misji na obiektach alternatywnych (np. wieże kościelne), które parametrami technicznymi zdecydowanie ustępują profesjonalnym obiektom operatora dominującego” – stanowisko nadawców: Radio eM Kielce z siedzibą w Kielcach, Radio Fiat z siedzibą Częstochowie, Katolicka Rozgłośnia Diecezji Pelplińskiej – Radio Głos z siedzibą w Pelplinie. Także: „Dostęp do szerokiej ilości obiektów nadawczych, którymi dysponuje EmiTel sp. z o.o. pozwoliłby nam na osiągnięcie większego zasięgu (dotarcie z misją i programem do jak największego gremium) z wykorzystaniem optymalizacji sieci, parametrów częstotliwości i zasięgów na bazie właśnie takiej infrastruktury nadawczej” – Radio Fiat z siedzibą Częstochowie. Kolejne: „W kontekście omawianej

regulacji patrzymy z optymizmem na zmianę takiej sytuacji przede wszystkim ze względu na możliwość obniżenia kosztów wejścia na profesjonalne obiekty nadawcze zarówno na potrzeby emisji analogowych, jak rozwoju radia cyfrowego” – Katolicka Rozgłośnia Diecezji Pelplińskiej – Radio Głos z siedzibą w Pelplinie. Także: „Niestety do dnia dzisiejszego nie otrzymaliśmy oferty konkurencyjnej ze strony operatorów alternatywnych, gdyż nie dysponują oni taką infrastrukturą, która mogłaby stanowić techniczną konkurencję w stosunku do wskazanego obiektu (obiekt EmiTel sp. z o.o.)” – Polskie Radio Rozgłośnia Regionalna w Bydgoszczy „Polskie Radio Pomorza i Kujaw” S.A. z siedzibą w Bydgoszczy.

Dodatkowo w tabeli 6, w pkt. 3.2.2. decyzji, Prezes UKE wskazał obiekty należące do EmiTel sp. z o.o. (i podmiotów zależnych od EmiTel sp. z o.o.), które jego zdaniem nie są możliwe do zastąpienia. Są to obiekty dużej mocy i wykorzystują dobra rzadkie – warunki geograficzno-propagacyjne terenu (niejednokrotnie to obiekty położone w miejscach, w których budowa obiektu alternatywnego o porównywalnych parametrach jest niemożliwa). Jednocześnie Prezes UKE wyjaśnia, że na dzień sporządzenia analizy wszystkie wymienione we wspomnianej tabeli obiekty były obiektami, z których prowadzona była transmisja programów radiofonicznych. Lista obiektów sporządzona została na podstawie danych przekazanych przez operatorów telekomunikacyjnych oraz z ogólnodostępnych źródeł (np. informacje na oficjalnych stronach www operatorów telekomunikacyjnych).

Prezes UKE przeprowadził analizę udziałów operatorów w analizowanym rynku, w tym udział w liczbie emisji w pkt. 3.2.1. decyzji. EmiTel sp. z o.o., ze swoich obiektów nadawczych prowadzi 37,8% wszystkich emisji analogowych i 66,7% cyfrowych. Należy podkreślić, że Spółka prowadzi zdecydowaną większość emisji z dużą (lub bardzo dużą) mocą ERP. Z punktu widzenia optymalizacji kosztów w stosunku do osiągniętych przychodów związanych ze świadczeniem usług transmisji programów radiofonicznych przez operatora świadczącego na rzecz nadawców, emisje wielkiej mocy są najbardziej opłacalne. W efekcie EmiTel sp. z o.o., średnio za lata 2011-2016 miała 94,1% udziałów w przychodach uzyskiwanych ze świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym. Liczba emisji nie przekłada się jednoznacznie na uzyskiwane przychody. Emisje lokalne, z reguły z małą mocą i o małym zasięgu, nie generują takich zysków jak emisje ogólnokrajowe, w szczególności wielkiej mocy.

g. Zarzut nieuwzględnienia przetargowego charakteru rynku detalicznego

Okoliczność, że analizowany rynek jest rynkiem przetargowym nie zmienia faktu, że najistotniejszym problemem rynkowym jaki dostrzega Prezes UKE jest dostęp do kontrolowanej przez EmiTel sp. o.o. infrastruktury, zwłaszcza infrastruktury trudnej do powielenia. W wielu przypadkach tylko EmiTel sp. z o.o. jest w stanie złożyć ofertę spełniającą wymogi techniczne w ramach przetargów organizowanych przez nadawców, zwłaszcza nadawców o zasięgu krajowym. EmiTel sp. z o.o. może w związku z powyższym manipulować ceną – narzucać nieuczciwe ceny, w tym ceny nadmiernie wygórowane. Nadawca, pozbawiony wyboru innego niż związanie się z umową z EmiTel sp. z o.o., nie

ma wpływu na proponowaną w przetargu cenę. Konkurencja w cyklach przetargowych jest czysto teoretyczna na analizowanym rynku.

Przywołane przez PIKE stwierdzenie, iż rynek przetargowy charakteryzuje się występowaniem konkurencji w cyklach przetargowych, kiedy to po upływie kolejnego cyklu inny podmiot może wygrać przetarg, w wąskim kontekście konkretnego przetargu można uznać za słuszne. Należy jednak dodać, że warunkiem efektywności trybu przetargowego jest występowanie takiej struktury rynku, którą można określić jako sprzyjający konkurencji. W sytuacji analizowanego rynku mówimy o faktycznej dominacji, gdy jeden uczestnik rynku dysponuje takimi elementami przewagi konkurencyjnej, które nie są do przewyciężenia przez jego konkurentów. Stosowanie przetargów na takim rynku może stanowić zatem jedynie fasadę mechanizmów rynkowych, jednak nie jest w stanie zapobiec petryfikacji stanu faktycznej dominacji jednego podmiotu, wynikającego z przewag o charakterze strukturalnym, które zniwelować może jedynie interwencja regulacyjna, a nie mechanizmy rynkowe.

- h. Prezes UKE nie dostrzegł występowania równoważnej siły nabywczej po stronie nadawców, podmiotów wielokrotnie silniejszych ekonomicznie od EmiTel sp. z o.o.

Prezes UKE odniósł się tego wątku w pkt. 4.7 decyzji. Prezes UKE dostrzega fakt, że istnieje grupa nadawców o silnej pozycji ekonomicznej (komercyjni nadawcy, np.: Grupa Radiowa Agory sp. z o.o., Eurozet Radio sp. z o.o. czy Radio ESKA S.A. oraz nadawca publiczny – Polskie Radio S.A. wraz z Rozgłościami Regionalnymi). Niemniej jednak ich pozycja negocjacyjna, niezależnie od posiadanej pozycji ekonomicznej, jest mocno ograniczona ze względu na fakt, że wybór dostawcy usług transmisji programów radiofonicznych drogą naziemną w praktyce jest jeden – EmiTel sp. z o.o. ze względu na fakt, że tylko ten podmiot jest w stanie zapewnić transmisję sygnału na teren całego kraju.

- i. Zarzut nieprawidłowego przeanalizowania trzeciego kryterium testu trzech kryteriów

Odnosząc się do stwierdzenia, że trzeciego kryterium nie można uznać za spełnione jedynie ze względu na to, że Prezes UOKiK nie dysponuje takimi narzędziami jak Prezes UKE, trzeba podnieść że fakt spełnienia trzeciego kryterium został w decyzji obszernie uzasadniony i uzasadnienie to nie sprowadza się bynajmniej do okoliczności posiadania przez Prezesa UKE efektywnych narzędzi regulacyjnych o charakterze *ex ante*, którymi nie dysponuje Prezes UOKiK. Prezes UKE podniósł również takie okoliczności wpływające na wypełnienie trzeciego kryterium, jak w szczególności: niezbędność regulacji typu *ex ante*, która jest wyłączną domeną Prezesa UKE a nie regulacji *ex post*, jaką stosuje Prezes UOKiK. Wskazane zostało również, że Prezes UKE, jako wyspecjalizowany organ w obszarze telekomunikacji posiada szczególne kompetencje z zakresu regulacji sektora telekomunikacyjnego, których nie posiada organ zajmujący się ogólnym prawem konkurencji. Odnosząc się do przywołanego wyroku VI ACa 1625/15 należy podnieść, iż zasadniczą podstawą rozstrzygnięcia sądu wydającego ten wyrok było uznanie, że uzasadniając spełnienie trzeciego kryterium, Prezes UKE powołał się na strukturę rynku, a nie przeanalizował w tym kontekście

kompetencji Prezesa UOKiK. W przedstawionym do konsultacji projekcie decyzji kompetencje Prezesa UOKiK zostały w sposób wyczerpujący przedstawione i wyprowadzony został z nich jednoznaczny wniosek, że nie pozwalają one na efektywne wyeliminowanie nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku właściwego.

Należy nadto podnieść, że Prezes UKE, co wynika bezpośrednio z treści decyzji, zważył na fakt wynikający z treści obowiązującego Zalecenia 2014, iż interwencja regulacyjna typu *ex ante* na rynku objętym decyzją ma szczególny charakter i powinna być przeprowadzona wyłącznie w sytuacji, gdy mechanizmy rynkowe, jak też potencjalna interwencja *ex post*, są niewystarczające, aby w sposób efektywny ograniczyć nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku. Jak jednak wynika z treści Zalecenia 2014, stopniowe zmniejszanie regulacji sektorowej typu *ex ante* warunkowane jest następowaniem zmian rynku, polegających na wzroście konkurencji. W sytuacji omawianego rynku właściwego, zmiany takie nie następują, co znajduje szczególny wyraz w utrzymujących się na wysokim poziomie udziałach rynkowych podmiotu o pozycji znaczącej, co zostało w sposób szczegółowy przedstawione w decyzji.

- j. Zarzut błędnych ustaleń faktycznych dotyczących czasu niezbędnego na uzyskanie dostępu do infrastruktury EmiTel przez operatorów alternatywnych

Przywołanie w uzasadnieniu zarzutu okoliczności, jakoby w warunkach rynku właściwego, EmiTel znajdował się w większym stopniu po stronie popytu, a nie podaży w pozyskiwaniu obiektów infrastrukturalnych, w żaden sposób nie podważa stwierdzenia, że w ramach obowiązującej wcześniej oferty ramowej procedura uzyskiwania dostępu do obiektów EmiTel przez operatorów alternatywnych mieściła się w okresie 6 – 12 miesięcy. W ocenie Prezesa UKE jest to okres zbyt długi i jednym z celów obecnej regulacji jest jego ograniczenie.

6. Amerykańska Izba Handlowa w Polsce z siedzibą w Warszawie zarzuca ponadto błędne ustalenie pozycji ekonomicznej EmiTel sp. z o.o. bez badania ekonomicznego, np. wykonania testu SSNIP.

Prezes UKE przeprowadził test trzech kryteriów. Wymienione przez Komisję Europejską w Zaleceniu z 2014 r. kryteria, które służą określeniu, czy analizowany rynek powinien podlegać regulacji *ex ante*, czyli: występowanie trudnych do przewyciężenia i niemających przejściowego charakteru barier strukturalnych lub prawno-regulacyjnych w dostępie do rynku, istnienie struktury rynku, która nie sprzyja osiągnięciu skutecznej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym, przy uwzględnieniu stanu konkurencji infrastrukturalnej i innych rodzajów konkurencji z pominięciem barier w dostępie do rynku i niewystarczalność przepisów wyłącznie prawa konkurencji do odpowiedniego zaradzenia stwierdzonym nieprawidłowościom w funkcjonowaniu analizowanego rynku, Prezes UKE uznał za spełnione łącznie. W związku z tym Prezes UKE uznał, że krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym powinien podlegać regulacji *ex ante*.

Niezależnie od faktu spełnienia testu trzech kryteriów, dodatkowo, Prezes UKE przeprowadził w pkt 4 decyzji, analizę rynku pod kątem występowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej, z której wnioski (zawarte w pkt. 5) wskazują, że EmiTel sp. z o.o. posiada znaczącą pozycję na analizowanym rynku.

Tak przeprowadzony test trzech kryteriów jak i analiza pod kątem ustalenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej są wystarczające. Prezes UKE nie jest zobowiązany i nie uznał za niezbędne przeprowadzać dodatkowe badania i analizy.

7. EmiTel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie podnosi ponadto w swoim stanowisku konsultacyjnym następujące kwestie:

a. Prezes UKE informuje, że dokonał edytorskiej korekty z „Polskie Radio S.A. wraz z jego oddziałami regionalnymi” na: „Polskie Radio S.A. wraz z jego Rozgłościami Regionalnymi”. Zmiana ta pozostaje bez wpływu na wnioski wynikające z analizy.

b. Błędnie określony rynek geograficzny (nie uwzględnione rynki lokalne)

Prezes UKE ponownie pragnie podkreślić, że największe przychody jakie operatorzy telekomunikacyjni są w stanie osiągnąć na rynku transmisji sygnału radiofonicznego są związane z obsługą nadawców o zasięgu ogólnokrajowym (komercyjni nadawcy, np.: Grupa Radiowa Agory sp. z o.o., Eurozet Radio sp. z o.o. czy Radio ESKA S.A. oraz nadawca publiczny – Polskie Radio S.A. wraz z Rozgłościami Regionalnymi). Od swojego partnera technicznego nadawcy wymagają, aby był w gotowości zapewnić pokrycie sygnałem obszaru całego kraju, w tym sygnałem wysokiej mocy. Jedynym, na rynku polskim dostawcą infrastruktury telekomunikacyjnej spełniającej takie wymogi jest EmiTel sp. z o.o. Dodatkowo w tabeli 6, w rozdziale 3.2.2. decyzji, Prezes UKE wskazał obiekty należące do EmiTel sp. z o.o. (i podmiotów zależnych od EmiTel sp. z o.o.), które jego zdaniem nie są możliwe do zastąpienia. Są to obiekty wielkiej mocy i wykorzystują dobra rzadkie - warunki geograficzno-propagacyjne terenu (niejednokrotnie to obiekty położone w miejscach, w których budowa obiektu alternatywnego o porównywalnych parametrach jest niemożliwa). Zdaniem Prezesa UKE nie jest możliwe stworzenie siatki emisji na obszar całego kraju bez skorzystania z wymienionych w tabeli 6-ej, w rozdziale 3.2.2. decyzji, obiektów nadawczych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes UKE, uznał, że nie jest słuszne dzielenie rynku na obszar mniejszy niż krajowy.

Odnosząc się do stwierdzenia EmiTel sp. z o.o., że przedstawił on alternatywę wobec każdego obiektu nadawczego własnego – Prezes UKE nie potwierdza tej tezy; taka alternatywa dla transmitowania sygnału radiofonicznego analogowego nie jest możliwa w każdym przypadku. Jak było to już opisane wcześniej tezę tę obalają także lokalni nadawcy radiowi.

c. EmiTel sp. z o.o. twierdzi iż niemożliwe jest podniesienie ceny ustalonej w toku postępowania publicznego

Stwierdzenie EmiTel sp. z o.o., iż niemożliwe jest podniesienie ceny ustalonej w toku postępowania publicznego jest prawdziwe tylko w odniesieniu do jednej edycji przetargu na określoną emisję. Prezes UKE przeprowadził (na podstawie

wybranych przypadków) analizę porównawczą cen stosowanych przez EmiTel sp. z o.o. w zależności od spodziewanego wystąpienia presji konkurencyjnej ze strony innych operatorów telekomunikacyjnych. Prezes UKE wziął pod uwagę kilka różnych przypadków postępowań przetargowych na rzecz nadawców (dla Rozgłośni Regionalnych Polskiego Radia) i porównał ceny jakie EmiTel sp. z o.o. oferowała za tą samą usługę emisji (z tego samego obiektu nadawczego, na tej samej częstotliwości, z taką samą mocą) w kolejnych edycjach przetargów. Wnioski z porównania cen są następujące:

- w sytuacji, kiedy EmiTel sp. z o.o. spodziewała się konkurencyjnej oferty, Spółka obniżyła ceny w stosunku do oferowanych w poprzednich latach za analogiczne usługi,
- w sytuacji braku konkurencyjnych ofert EmiTel sp. z o.o. stosowała ceny wyższe.

Prezes UKE uznaje takie praktyki za wysoce niekonkurencyjne.

- d. EmiTel sp. z o.o. twierdzi, że bariery wejścia na rynek, w tym bariery strukturalne są pomijalne.

Prezes UKE nie podziela zdania EmiTel sp. z o.o., że budowa obiektów nadawczych na potrzeby transmisji programów radiofonicznych jest zadaniem bagatelnym. Ponadto Prezes UKE stoi na stanowisku, że nie każdy obiekt wysokościowy (maszty/wieża telefonii komórkowej, kominy, wysokie budynki, dzwonnice i inne) jest/może być alternatywą do już wybudowanych i funkcjonujących obiektów nadawczych, zwłaszcza takich, których lokalizacja (warunki terenowe) jest unikalna. Prezes UKE nie podziela zatem zdania EmiTel sp. z o.o. jakoby istniała realna alternatywa dla wszystkich obiektów nadawczych. Zdaniem Prezesa UKE nie jest możliwe stworzenie siatki emisji na obszar całego kraju bez skorzystania z wymienionych w tabeli 6-ej, w pkt. 3.2.2. decyzji, obiektów nadawczych. Tezę tę potwierdzają także operatorzy alternatywni i nadawcy.

Twierdzenie iż obiekt nadawczy wysokiej mocy można zastąpić kilkoma obiektami mocy niższej, na podstawie warsztatów z innymi podmiotami, działającymi na rynku poddanemu analizie w decyzji nie jest prawdziwe. Zwłaszcza w przypadku transmisji programów radiofonicznych analogowych rodzi duże problemy natury technicznej - niesie ryzyko niewłaściwego pokrycia sygnałem terenu, jest dużo bardziej kosztowne w utrzymaniu (nawet przy pominięciu kosztów samej budowy obiektów i kosztów związanych z uzyskaniem wymaganych zgód, gdyż m.in. wzrastają koszty związane z opłatami za grunt – kupno lub dzierżawa, koszty budowy przyłączy, koszty energii elektrycznej, koszty monitoringu czy dozoru), pogorszenia jakości sygnału.

- e. Uwagi EmiTel sp. z o.o. w odniesieniu do opisanych decyzją ekonomii skali i zakresu

Uwagi EmiTel sp. z o.o. pozostają bez związku z analizą tych kryteriów.

Uwagi przedstawione w stanowisku konsultacyjnym, jakoby niektórzy (bez dokładnego wskazania o jakie podmioty chodzi) – nadawcy radiowi, operatorzy telekomunikacyjni, inne podmioty, obecni i potencjalni w dużo większy sposób mogą korzystać z ekonomii zakresu jest zbyt lakoniczne i nic nie wnoszące do sprawy.

- f. EmiTel sp. z o.o. wskazuje na błędy w zakresie ustalenia dotyczącego skutków pionowego i poziomego zintegrowania przedsiębiorcy

Argumentacja EmiTel sp. z o.o. opiera się głównie na tezie, że EmiTel sp. z o.o. wykorzystuje w swojej działalności nie tylko własne obiekty nadawcze. Zdaniem Prezesa UKE nie prowadzi to jednak automatycznie do wniosku, że sytuacja Spółki jest dokładnie taka sama, jak innych operatorów alternatywnych. Tak w treści decyzji jak i w odniesieniu się do stanowisk konsultacyjnych Prezes UKE wykazał, że EmiTel sp. z o.o. posiada największą, najbardziej rozbudowaną i unikalną infrastrukturę telekomunikacyjną służącą do transmisji programów radiofonicznych drogą naziemną, której powielenie nie jest możliwe.

- g. Zarzut błędnej oceny przez Prezesa UKE barier o charakterze prawnym i regulacyjnym wejścia na rynek

Uwaga niezasadna. Akceptując stwierdzenie EmiTel, że ograniczenia prawne i regulacyjne są wspólne dla wszystkich podmiotów działających lub zamierzających podjąć działalność na rynku właściwym, nie można się zgodzić ze stwierdzeniem, że obciążają one w sposób równy operatorów alternatywnych z jednej strony i EmiTel z drugiej. Należy przypomnieć, iż kryterium to dotyczy wejścia na rynek właściwy, a więc w szczególności podmiotów, które nie są na nim obecne lub zamierzają rozszerzyć prowadzoną działalność. W odróżnieniu od operatorów alternatywnych, których sieć własnych obiektów jest bardzo ograniczona, EmiTel posiada sieć obiektów wysokościowych zoptymalizowaną pod kątem zapewnienia zasięgu nadawania sygnału na obszarze całego kraju. Jak zostało wskazane w decyzji, jako jedyny operator działający na rynku właściwym EmiTel posiada szczególnie cenne ze względu na parametry transmisji obiekty wysokie i o dużej mocy, jak też znajdujące się na obszarach parków narodowych. Z racji tych okoliczności, faktyczne bariery o charakterze prawnym i regulacyjnym związane z działalnością na rynku właściwym są zasadniczo różne wobec EmiTel i – także potencjalnych – operatorów alternatywnych.

- h. EmiTel sp. z o. twierdzi, że Prezes UKE błędnie ustalił konkurencję potencjalną i realną

Należy podkreślić, że obecnie jedynym podmiotem zdolnym do świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, w oparciu o własną infrastrukturę na terenie całego kraju, jest EmiTel sp. z o.o. Nieliczni konkurenci EmiTel sp. z o.o., na analizowanym rynku właściwym, nie są w posiadaniu dostępu do infrastruktury, którą byliby w stanie zastąpić infrastrukturę Spółki w zakresie pokrycia obszaru całego kraju przy spełnieniu wysokich wymogów jakościowych jakie stawiają nadawcy radiowi (w szczególności mowa tu o obiektach nadawczych wysokiej mocy, obiektach usytuowanych w terenach trudnodostępnych, o dużej wysokości względnej i bezwzględnej) i w sposób efektywny ekonomicznie.

Prezes UKE stoi na stanowisku iż nie każdy obiekt wysokościowy (maszty/wieża telefonii komórkowej, kominy, wysokie budynki, dzwonnice i inne) jest/może być alternatywą do już wybudowanych i funkcjonujących obiektów nadawczych, zwłaszcza takich, których lokalizacja (warunki terenowe)

jest unikalna. Ponownie Prezes UKE uważa, że nie jest możliwe stworzenie siatki emisji na obszar całego kraju bez skorzystania z wymienionych w tabeli 6- ej, w pkt. 3.2.2. decyzji, obiektów nadawczych. Tezę tę potwierdzają także operatorzy alternatywni i nadawcy.

- i. EmiTel podniósł, iż błędnie została stwierdzona możliwość stosowania przez ten podmiot praktyk antykonkurencyjnego zawężania marży (margin squeeze) oraz subsydiowania skrośnego.

Stanowisko EmiTel w tym zakresie ma polemiczny charakter i opiera się na przyjęciu hipotetycznego założenia, że bariery wejścia na rynek nie są wysokie, a operatorzy alternatywni mogą działać bez wykorzystywania infrastruktury eksploatowanej przez EmiTel. W takiej sytuacji, jak stwierdził EmiTel, możliwość stosowania antykonkurencyjnego zawężania marży oraz subsydiowania skrośnego nie wystąpi. Prezes UKE nie przychylił się do stanowiska EmiTel również w tym zakresie, albowiem dokonane w toku analizy rynku właściwego ustalenia w sposób rażący odbiegają od założeń, na których EmiTel oparł swój zarzut, wskazując na realne i wysokie prawdopodobieństwo stosowania przez EmiTel praktyk takich jak antykonkurencyjne zawężanie marży (margin squeeze) oraz subsydiowanie skrośne.

- j. Zarzut objęcia regulacją usługi dosyłu, pomimo uznania że usługa ta nie wchodzi w zakres rynku właściwego.

Prezes UKE podtrzymuje zaprezentowaną w decyzji ocenę niezbędności objęcia usługi dosyłu obowiązkiem dostępu, uznając jej niezbędność dla zapewnienia efektywnej regulacji rynku właściwego. Prezes UKE uznał za niezbędne zdefiniowanie obowiązku dostępu do infrastruktury EmiTel na potrzeby świadczenia usługi dosyłu w sposób otwarty, tak aby uwzględniał również takie sytuacje, w których EmiTel nabywa usługę dosyłu od innego operatora, a z pewnych przyczyn, związanych np. z ograniczeniami związanymi z ochroną środowiska naturalnego, możliwość poprowadzenia innego połączenia sieciowego do konkretnego obiektu nadawczego EmiTel jest znacznie ograniczona lub praktycznie niemożliwa.

- k. Zarzut niejasności i uznaniowości zakresu oferty ramowej

Odnosząc się do wniosku EmiTel o uwzględnienie ograniczenia odpowiedzialności Stron z tytułu niewykonywania bądź nienależytego wykonywania umowy o dostępie telekomunikacyjnym do wartości opłaty z umowy o dostępie za 24 miesiące jej obowiązywania oraz wniosku o wskazanie wszystkich obiektów w odniesieniu do których EmiTel będzie realizować obowiązek dostępu Prezes UKE wskazuje, iż Załącznik nr 1 do niniejszej decyzji określa jedynie zakres przyszłej oferty ramowej, a nie szczegółowe postanowienia dotyczące przyszłej współpracy operatorów na jej podstawie. Tym samym wnioski EmiTel powinny zostać zgłoszone w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 43 ust. 1 Pt tj. na etapie zatwierdzania przedstawionej oferty ramowej.

Prezes UKE wskazuje jednocześnie, iż nie jest możliwe nałożenie kar umownych i bonifikat na przedsiębiorców, którzy będą korzystać z usług EmiTel na podstawie przyszłej oferty ramowej, z uwagi na to, że nie są to przedsiębiorcy telekomunikacyjni o znaczącej pozycji rynkowej i brak jest

podstawy prawnej do obciążenia ich dodatkowymi obowiązkami regulacyjnymi. Zdaniem Prezesa UKE, na etapie postępowania o zatwierdzenie przyszłej oferty ramowej EmiTel może proponować wprowadzenie innych rozwiązań zabezpieczających jego interesy.

Stanowisko Komisji Europejskiej złożone w postępowaniu konsolidacyjnym

W dniu 15 grudnia 2017 r. KE wydała decyzję, w której zaakceptowała notyfikowany projekt rozstrzygnięcia oraz przedstawiła dwie uwagi w trybie art. 7 ust. 3 Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U. L 108, 24.4.2002), zwaną dalej także „dyrektywą ramową”.

W pierwszej uwadze Komisja wskazała na zasadność przeanalizowania przy kolejnym przeglądzie rynku rozróżnienia między obiektami, które mogą być powielane, i tymi, których charakter sprawia, że są niezbędne do zapewnienia ogólnokrajowych lub regionalnych usług transmisji programów. Uwaga ta nie dotyczy obecnego postępowania, lecz stanowi rekomendację na przyszłość, którą Prezes UKE weźmie pod uwagę przy kolejnym przeglądzie tego rynku.

W drugiej uwadze Komisja zwróciła się o doprecyzowanie w środку ostatecznym, jaką metodę obliczania kosztów Prezes UKE uzna za właściwą i w jakich okolicznościach rozważy zatwierdzenie opłat proponowanych przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej. Odnosząc się do tej uwagi KE należy podkreślić, że w pkt. IV.5. sentencji decyzji Prezes UKE wskazał konkretne trzy metody (katalog zamknięty) metod weryfikacji opłat (retail minus (cena detaliczna minus), cost orientation (orientacja kosztowa), benchmarking (uwzględnienie wysokości opłat stosowanych na porównywalnych rynkach konkurencyjnych)). Taki sposób wskazania sposobów weryfikacji i ustalania opłat jest zgodny art. 40 ust. 1a Pt, zgodnie z którym w decyzji regulacyjnej, Prezes UKE wskazuje sposoby weryfikacji i ustalania opłat, o których mowa w ust. 3 i 4 art. 40 Pt. Z brzmienia tego przepisu nie wynika konieczność wskazania jednej metody weryfikacji opłat. Działanie Prezesa UKE jest zatem zgodne z dyspozycją art. 40 ust. 1a Pt.

Nadto Prezes UKE odniósł się do następujących podań, wniosków i zarzutów wniesionych przez strony oraz uczestników postępowania poza fazą postępowania konsultacyjnego.

1. Stanowisko EmiTel z dnia 11 października 2017 r. (data doręczenia do UKE 19 października 2017 r.) EmiTel podniósł, że przekazany do konsultacji projekt decyzji nie uwzględnia zasad udostępniania infrastruktury krytycznej (w rozumieniu ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 209 z późn. zm.) oraz udostępniania informacji o infrastrukturze krytycznej, które stanowią informację niejawną w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1167 z późn. zm.)

Obowiązki regulacyjne wynikające z decyzji regulacyjnej Prezesa UKE nie naruszają postanowień wynikających z innych aktów prawnych, w szczególności o randze ustawowej, takich jak np. aktów prawnych ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 209 z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1167 z późn. zm.).

2. Stanowisko EmiTel z dnia 24 listopada 2017 r. (data doręczenia do UKE 27 listopada 2017 r.) zawierające zarzuty: nieproporcjonalności nakładanych obowiązków regulacyjnych, ingerencji poprzez decyzję w stosunki prawne z podmiotami trzecimi,

ograniczenia wolności działalności gospodarczej, uzupełnione o opinię prof. Macieja Rogalskiego.

Nie negując zasadności wielu tez zawartych w stanowisku należy zauważyć, że odnoszą się one do stanów prawnych i faktycznych, które nie zostaną wykreowane w wyniku wejścia w życie przedmiotowej decyzji. W pierwszej kolejności raz jeszcze należy podnieść, iż zakres obowiązków regulacyjnych ciążących na EmiTel rozciąga się zarówno na elementy infrastruktury będące własnością tego operatora, jak i te, które nie są jego własnością, ale które wykorzystuje on na podstawie stosunków zobowiązaniowych łączących go z podmiotami trzecimi. Prezes UKE zgadza się jednocześnie z główną tezą EmiTel, że obowiązki wynikające z decyzji regulacyjnej nie mogą obciążać podmiotu trzeciego będącego właścicielem określonych elementów infrastruktury w dysponowaniu swoją własnością. Oba te stwierdzenie nie wykluczają się, albowiem na gruncie przedmiotowej decyzji występować będą dwie kategorie infrastruktury, wobec których obowiązki regulacyjne będą mogły być wykonywane w odmiennym zakresie. Pierwszą grupę stanowią będą obiekty stanowiące własność EmiTel lub spółek od niego zależnych, którymi EmiTel dysponować może w pełnym zakresie i wobec których obowiązki regulacyjne również będą mogły być wykonywane w pełnym zakresie. Drugą grupę stanowią będą elementy infrastruktury, będące własnością podmiotów trzecich, które EmiTel wykorzystuje na podstawie stosunku zobowiązaniowego. Odnośnie tych elementów infrastruktury obowiązek dostępu będzie obowiązywał w takim zakresie, w jakim nie będzie naruszał postanowień umownych pomiędzy podmiotem trzecim, będącym właścicielem obiektu, a EmiTel, która z niego korzysta. Zakres obowiązku dostępu do tej grupy obiektów będzie zatem uwzględniał np. postanowienia umowne pomiędzy właścicielem obiektu a EmiTel, ograniczające uprawnienie EmiTel do samodzielnego, bez uzyskania uprzedniej zgody właściciela, dalszego udostępnienia do korzystania z obiektu podmiotowi trzeciemu, np. operatorowi alternatywnemu. Uprawnienie EmiTel do dalszego dysponowania obiektem może przybrać formę uprawnienia blankietowego zapisanego w umowie pomiędzy właścicielem obiektu a EmiTel lub też przewidywać konieczność każdorazowego wyrażenia zgody przez właściciela obiektu. Niniejsza decyzja nie nakłada w takiej sytuacji obowiązku na właściciela obiektu na wyrażenie takiej zgody. W obydwu przypadkach zatem, udostępnienie obiektu z którego korzysta EmiTel podmiotowi trzeciemu, będzie warunkowane wyrażeniem zgody przez właściciela obiektu. Tym samym brak jest podstaw do uznania, że na skutek wydania decyzji dojdzie do ograniczenia prawa własności innych podmiotów, które nie są jej adresatami. Nie można zgodzić się ze stwierdzeniem zawartym w stanowisku, że w przypadku posiadania infrastruktury, której właścicielem jest inny podmiot, istniejący stosunek zobowiązaniowy zawsze będzie ograniczać możliwość dysponowania taką infrastrukturą. To w jaki sposób ukształtowany zostanie stosunek zobowiązaniowy zależy od woli stron tego stosunku. Nadto, w przypadku stosowanych typowo na przedmiotowym rynku umów dzierżawy, kodeks cywilny normuje stosunek poddzierżawy, dotyczący właśnie odpłatnego używania przedmiotu dzierżawy przez osobę trzecią na podstawie umowy zawartej przez dzierżawcę. Podobne relacje mogą powstać również na gruncie nazwanej umowy najmu lub też umów nienazwanych, z zachowaniem zasady *nemo plus iuris in alium transfere potest quam ipso habet*, gwarantującej poszanowanie uprawnień właściciela do dysponowania rzeczą.

3. Stanowisko EmiTel z dnia 4 grudnia 2017 r. z dnia 4 grudnia 2017 r. (data doręczenia do UKE 6 grudnia 2017 r.) dotyczące definicji rynku właściwego, oceny barier w dostępie do rynku, oceny struktury rynku, sposobu oceny wielkości udziałów

rynkowych EmiTel, równoważące siły rynkowej nadawców, uzupełnione o raport Deloitte pt. „Raport ekonomiczny dot. potrzeby regulacji ex ante”, ekspertyzę Audytel pt. „Analiza barier wejścia na rynek świadczenia usług transmisji programów telewizyjnych i radiowych”.

a. Definicja rynku właściwego

Należy podkreślić, że w pkt 1.2 decyzji Prezes UKE jednoznacznie wykazał brak substytucji transmisji programów radiofonicznych drogą naziemną vs transmisji satelitarnej/za pomocą platformy satelitarnej, drogą kablową - w sieciach operatorów telewizji kablowej CATV, realizowanej w oparciu o kable koncentryczne lub w technologii mieszanej, czyli światłowodowo-koncentrycznej czy innych niż sieci kablowe sieci telekomunikacyjnych - pozostałe sieci operatorów stacjonarnych, inne niż sieci operatorów kablowych (w tym także za pośrednictwem usługi dostępu do Internetu realizowanej w oparciu o takie sieci). Statystyki będące w posiadaniu Prezesa UKE wskazują, że programów radiofonicznych przez platformę Internetową słucha zaledwie ok. kilka procent radiosłuchaczy. Prezes UKE pragnie zauważyć, że usługa jak np.: Spotify (czy innych nielinearnych przekazów) to muzyczny serwis oferujący swoim użytkownikom dostęp do utworów w strumieniu IP. W ramach usługi nie są oferowane treści inne niż muzyczne. Brak jest bloków informacyjnych, wiadomości z regionów, prognozy pogody czy choćby możliwości interakcji z prowadzącym program redaktorem. Z serwisu można korzystać jedynie za pomocą smartfonów, tabletów, komputerów oraz na niektórych konsolach i telewizorach. Z serwisu Spotify nie można korzystać za pomocą tradycyjnego radioodbiornika, a jedynie specjalnych zazwyczaj znacznie droższych modeli urządzeń posiadających taką funkcjonalność. Dostęp do w pełni funkcjonalnej usługi jest płatny. Prezes UKE nie rozpatruje tej usługi jako substytutu programu radiofonicznego transmitowanego naziemnie tak w sposób analogowy jak i cyfrowy.

b. Ocena barier w dostępie do rynku

Prezes UKE stoi na stanowisku, że nie każdy obiekt wysokościowy (maszty/wieża telefonii komórkowej, kominy, wysokie budynki, dzwonnice i inne) jest czy może być alternatywą do już wybudowanych i funkcjonujących obiektów nadawczych, zwłaszcza takich, których lokalizacja (warunki terenowe) jest unikalna. Dodatkowo w tabeli 6, w pkt. 3.2.2. decyzji, Prezes UKE wskazał obiekty należące do EmiTel sp. z o.o. (i podmiotów zależnych od EmiTel sp. z o.o.), które jego zdaniem nie są możliwe do zastąpienia. Są to obiekty dużej mocy i wykorzystują dobra rzadkie – warunki geograficzno-propagacyjne terenu (niejednokrotnie to obiekty położone w miejscach, w których budowa obiektu alternatywnego o porównywalnych parametrach jest niemożliwa). Jednocześnie Prezes UKE jednocześnie wyjaśnia, że na dzień sporządzenia analizy wszystkie wymienione we wspomnianej tabeli obiekty były obiektami, z których prowadzona była transmisja programów radiofonicznych. Lista obiektów sporządzona została na podstawie danych przekazanych przez operatorów telekomunikacyjnych oraz z ogólnodostępnych źródeł (np. informacje na oficjalnych stronach www operatorów telekomunikacyjnych). Prezes UKE wyjaśniał już w swojej decyzji, że na podstawie analizy informacji przekazanych przez operatorów telekomunikacyjnych, Prezes UKE stwierdza, że jakiegokolwiek obiekty (w szczególności wysokościowe lub/i wysokiej mocy),

które mogłyby potencjalnie posłużyć jako alternatywne dla obiektów już istniejących, z których prowadzona jest transmisja, posiadają szereg ograniczeń uniemożliwiających w praktyce ich wykorzystanie do celów transmisyjnych, np.:

- niemożność uzyskania pożądanego przez nadawcę zasięgu (w praktyce zasięg odnoszony jest do zasięgu obiektu referencyjnego – obecnie działającego), zwłaszcza w kontekście zakłóceń i wpływu na pracę innych stacji nadawczych,
- braku dostępu do obiektu i brak możliwości zainstalowania na nim niezbędnego wyposażenia, np. z powodu: ograniczonej nośności, braku zasilania energetycznego, braku monitoringu,
- ryzyko przekroczenia mocy dopuszczalnej w określonych strefach promieniowania elektromagnetycznego i idące w ślad za tym ograniczenia mocy nadawania a tym samym ograniczenia zasięgu,
- ryzyko dodatkowych ograniczeń mocy promieniowanej (dodatkowe wytłumienia), w celu ochrony zasięgów polskich i zagranicznych stacji UKF.

Powyższe ograniczenia w szczególności odnoszą się do obiektów wysokiej mocy ERP. Należy zwrócić uwagę, że w żadnym europejskim kraju, zwłaszcza o ukształtowaniu terenu analogicznym jak w Polsce (czyli uprzywilejowanym obiekty wysokie/i o dużej mocy) nie powstała alternatywna infrastruktura służąca do transmisji sygnału radiofonicznego. Jedną z przyczyn są względy ogólnoswiatowych uregulowań prawnych, na podstawie uzgodnień z Genewy, z 1975 r., o tzw. położeniu obiektów wysokiej mocy (ilość takich obiektów oraz ich rozmieszczenie w poszczególnych krajach jest ustalona a jakiegokolwiek przemieszczenie obiektu wysokiej mocy aktualnie działającego w Polsce potencjalnie nosiłoby konieczność analogicznych zmian w krajach sąsiadujących – co w praktyce jest niemożliwe)⁵². Budowa jakiegokolwiek nowej sieci alternatywnej opierałaby się wyłącznie na obiektach średnich i niskich mocach ERP. Byłoby to zadanie bardzo skomplikowane, z punktu widzenia technicznego i zapewnienia zasięgu ogólnokrajowego.

c. Ocena struktury rynku

Opisywany decyzją jest rynek telekomunikacyjny - Krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, na którym można zidentyfikować następujące produkty:

- usługi analogowej transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym,
- usługi cyfrowej transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

Do oceny struktury rynku Prezes UKE uwzględnia zatem wyłącznie podmioty, przedsiębiorców telekomunikacyjnych, świadczących wyżej wymienione usługi. Działalność dostawców jakiegokolwiek obiektów wysokościowych, o ile nie prowadzą oni z nich usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, nie podlega tym

⁵²<http://www.itu.int/en/history/Pages/RadioConferencesRegional.aspx?conf=4.98>

samym analizie Prezesa UKE – tym samym nie wchodzi w zakres strukturalny rynku.

d. Sposób oceny wielkości udziałów rynkowych EmiTel

Wyraźnie należy podkreślić, że analizowanym rynkiem jest rynek telekomunikacyjny - krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym. Prezes UKE uwzględnia zatem wyłącznie podmioty, przedsiębiorców telekomunikacyjnych, świadczących wyżej wymienione usługi i osiągają z nich przychód bez względu czy transmisję prowadzą z własnych obiektów nadawczych czy obiektów pozyskanych od podmiotów trzecich..

W rozdziale 3.2.1. swojej decyzji, Prezes UKE, wskazał, że dominującą pozycję pod względem udziałów w przychodach uzyskiwanych ze świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym posiada EmiTel sp. z o.o., średnio za badany okres – 94,1%. Drugi co do wielkości przedsiębiorca na tym rynku – operator Arkena sp. z o.o. – posiada udziały średnio za badany okres – 4,1%, a spośród pozostałych podmiotów tylko Beast sp. z o.o., w 2016 r. przekroczył próg 1% pod względem udziałów w wielkości przychodów na analizowanym rynku.

Prezes UKE w swojej decyzji zwraca jednocześnie uwagę, że z własnych obiektów EmiTel sp. z o.o. prowadzi (wg stanu na dzień 25 maja 2017 r.) 405 emisji UKF, co stanowiło 37,8% wszystkich emisji tego typu oraz 16 emisji DAB+, odpowiednio 66,7%. Należy podkreślić, że Spółka prowadzi zdecydowaną większość emisji z dużą (lub bardzo dużą) mocą ERP. Z punktu widzenia optymalizacji kosztów w stosunku do osiągniętych przychodów związanych ze świadczeniem usług transmisji programów radiofonicznych przez operatora świadczącego na rzecz nadawców, emisje „wielkomocowe” są najbardziej opłacalne. Emisje z dużą (lub bardzo dużą) mocą ERP generują także największe przychody na analizowanym rynku. W zakresie UKF, emisji z mocą od 10KW ERP EmiTel sp. z o.o. prowadzi – z obiektów własnych 105, co stanowi 33,9% wszystkich emisji tego typu. W zakresie DAB+, emisji z mocą od 10KW ERP EmiTel sp. z o.o. prowadzi – z obiektów własnych 5, co stanowi 55,6% wszystkich emisji tego typu.

Należy zwrócić uwagę, że Prezes UKE przeprowadził analizę dotyczącą zróżnicowania podmiotów prowadzących emisje programów radiofonicznych. Faktem jest, że dużą część takich emisji prowadzą sami nadawcy, co Prezes UKE uwzględnił w swojej analizie – być może nie zostało to zbyt wyraźnie podkreślone. Rozkład ilości i rozkład procentowy emisji radiofonicznych (UKF) prowadzonych z własnych obiektów nadawczych poszczególnych podmiotów przedstawiony jest w poniższej tabeli:

Podmiot	Ilość prowadzonych emisji	Udział
EmiTel Sp. z o.o.	405	37,8%
Warszawska Prowincja Redemptorystów	78	7,3%
Grupa Radiowa Agory Sp. z o.o.	39	3,6%
Radio Eska S.A.	36	3,4%
Arkena Sp. z o.o.	25	2,3%

Eurozet Radio Sp. z o.o.	21	2,0%
Inforadio Sp. z o.o.	20	1,9%
Multimedia Sp. z o.o.	16	1,5%
Opera FM Sp. z o.o.	15	1,4%
Romford Investments Sp. z o.o.	15	1,4%
Diecezja Legnicka	11	1,0%
Archidiecezja Wroclawska	10	0,9%
BCAST Sp. z o.o.	8	0,7%
Eska Rock S.A.	8	0,7%
International Communication Sp. z o.o.	8	0,7%
Prowincja Warszawska Zgromadzenia Najświętszego Odkupiciela (Redemptoryści)	7	0,7%
Radio ELKA Sp. z o.o.	7	0,7%
Radio Plus Polska Zachód Sp. z o.o.	7	0,7%
Muzyczne Radio Sp. z o.o.	6	0,6%
Piotr Bajer	6	0,6%
Radio Muzyka Fakty Sp. z o.o.	6	0,6%
Diecezja Łowicka	5	0,5%
OPERATOR FM Anna Obertaniec	5	0,5%
Radio CCM Sp. z o.o.	5	0,5%
RADIO WEEKEND sp. z o.o.	5	0,5%
RS TV S.A.	5	0,5%
Archidiecezja Szczecińsko-Kamieńska	4	0,4%
Diecezja Opolska	4	0,4%
Fundacja Ananke	4	0,4%
Radio Bielsko Sp. z o.o.	4	0,4%
Radio PARK Sp. z o.o.	4	0,4%
RDF2 Sp. z o.o.	4	0,4%
Diecezja Koszalińsko-Kołobrzeska	3	0,3%
Diecezja Łomżyńska	3	0,3%
Diecezja Pelplińska	3	0,3%
Diecezja Rzeszowska	3	0,3%
DIGIB Sp. z o.o.	3	0,3%
Fundacja Edukacji Medialnej	3	0,3%
Jarosław Dziemian	3	0,3%
Polskie Radio Regionalna Rozgłośnia w Opolu "Radio Opole" S.A.	3	0,3%
Radio 90 Sp. z o.o.	3	0,3%
Radio Leliwa Sp. z o.o.	3	0,3%
Radio TOP Sp. z o.o.	3	0,3%
MAZOWSZE FM sp. z o.o.	2	0,2%
Radio SUD sp. z o.o.	2	0,2%
Radio TAK Sp. z o.o.	2	0,2%
Agencja Radiowo-Telewizyjna "Fama" Sp. z o.o.	2	0,2%
AIDA S.A.	2	0,2%

Archidiecezja Białostocka	2	0,2%
Archidiecezja Częstochowska	2	0,2%
Archidiecezja Przemyska Obrządku Łacińskiego	2	0,2%
BAJKA - Fundacja na Rzecz Rozwoju Dzieci	2	0,2%
Białoruskie Centrum Informacyjne Sp. z o.o.	2	0,2%
Diecezja Płocka	2	0,2%
Diecezja Radomska	2	0,2%
Diecezja Tarnowska	2	0,2%
INFO-TV-OPERATOR sp. z o.o.	2	0,2%
MCC Group Sp. z o.o.	2	0,2%
MEDIA Sp. z o.o.	2	0,2%
Miejski Ośrodek Kultury w Skierniewicach	2	0,2%
Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Bydgoszczy "Polskie Radio Pomorza i Kujaw" S.A.	2	0,2%
Polskie Radio Regionalna Rozgłośnia w Opolu PRO FM S.A.	2	0,2%
POLSKIE SIECI NADAWCZE sp. z o.o.	2	0,2%
Prowincja Zakonu Braci Mniejszych Konwentalnych (Ojcowie Franciszkanie)	2	0,2%
Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe Radio-Media Ziemi Wieluńskiej Sp. z o.o.	2	0,2%
Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe "MAKS" Sp. z o.o.	2	0,2%
Radio Gra Sp. z o.o.	2	0,2%
Radio Muzyka Fakty Grupa RMF Sp. z o.o. sp. k.	2	0,2%
Radio Pasma Piotrków Sp. z o.o.	2	0,2%
Radio VANESSA Sp. z o.o.	2	0,2%
Radio W Sp. z o.o.	2	0,2%
Stowarzyszenie radioznin.pl	2	0,2%
Trendy Media Mikoś i Jedziniak sp. j.	2	0,2%
Vigor Media Sp. z o.o.	2	0,2%
Wawa S.A.	2	0,2%

Kolejnych 171 (niewymienionych w powyższej tabeli) podmiotów prowadzi po jednej emisji programu radiofonicznego. Jak podkreślają nadawcy, samodzielne nadawanie z „budowli zastępczych” jest z reguły wymuszone, ze względu na zbyt wysokie ceny jakie dyktuje EmiTel sp. z o.o. za techniczną realizację usługi z profesjonalnych obiektów nadawczych. Dodatkowo takie budowle (maszty/wieżę telefonii komórkowej, kominy, wysokie budynki, dzwonnice i inne) stanowią wyłącznie rzekomą konkurencję w stosunku do profesjonalnych obiektów nadawczych. Nadawanie z takich obiektów wiąże się z reguły z obniżeniem jakości, pogorszeniem zasięgu, a także np. problemami szybszego zużycia się infrastruktury nadawczej (np. poprzez zadymienie i zapylenie wokół kominów).

W przypadku transmisji programów radiofonicznych w standardzie DAB+, rozkład ilości i rozkład procentowy emisji radiofonicznych przedstawiamy poniżej:

Podmiot	Ilość prowadzonych emisji	Udział
EmiTel Sp. z o.o.	16	66,7%

Samodzielne prowadzenie emisji programów radiofonicznych, choć jest stosunkowo popularne, to jak już było to wspomniane wcześniej, jest wymuszone głównie warunkami ekonomicznymi i dotyczy w zdecydowanej większości emisji na małym obszarze/bardzo lokalnych i niskiej mocy.

Należy także zdecydowanie podkreślić, że większość z wymienionych w powyższych zestawieniach podmiotów nie jest operatorami telekomunikacyjnymi.

e. Równoważąca siła rynkowa nadawców

W pkt. d. powyżej wskazano, jakie podmioty prowadzą transmisje programów radiofonicznych z własnych obiektów. Na uwagę zwraca fakt, że najwięksi (o zasięgu ogólnokrajowym) nadawcy pomimo, jak twierdzi EmiTel sp. z o.o. rzekomej równoważącej sile rynkowej, samodzielnie prowadzą na swoją rzecz zaledwie niewiele emisji. Zdecydowaną większość emisji prowadzi na ich rzecz EmiTel sp. z o.o. Nadawcy podkreślają, że ich podstawowym biznesem jest produkcja kontentu/treści zaś transmisja programów radiofonicznych nie jest i nic nie wskazuje na to aby miała być w przyszłości strategicznym kierunkiem ich działania - pod tym względem na przestrzeni wielu lat (od ostatniego przeglądu rynku, w 2010 r.) nic się nie zmieniło i nie ma żadnych ku temu przesłanek aby jakiegokolwiek zmiany miały miejsce w najbliższej przyszłości. EmiTel sp. z o.o. wskazał tylko pojedyncze przykłady emisji, w przypadku których nadawcy sami zdecydowali się na prowadzenie emisji.

Przechodzenie nadawców na model samodzielnej transmisji jest nadal wyjątkiem, a nie regułą, zwłaszcza w przypadku nadawców programów ogólnopolskich.

4. Stanowisko EmiTel z dnia 18 grudnia 2017 r. (data doręczenia do UKE 20 grudnia 2017 r.) dotyczące potrzeby wyznaczenia wielkości udziałów rynkowych EmiTel z uwzględnieniem okoliczności dotyczących działalności EmiTel (potrzeba uwzględnienia faktu, że EmiTel świadcząc usługi transmisji opiera się na infrastrukturze podmiotów trzecich, a także okoliczności dotyczących rynku właściwego (potrzeba uwzględnienia wielkości podaży obiektów, które mogą zostać wykorzystane do zapewnienia transmisji programów telewizyjnych)

Wyraźnie należy podkreślić, że analizowanym rynkiem jest rynek telekomunikacyjny - krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, a nie rynek dzierżawy obiektów wysokościowych. Prezes UKE uwzględnia zatem wyłącznie podmioty, przedsiębiorców telekomunikacyjnych, świadczących wyżej wymienione usługi i osiągają z nich przychód bez względu czy transmisję prowadzą z własnych obiektów nadawczych czy obiektów pozyskanych od podmiotów trzecich.

W rozdziale 3.2.1. swojej decyzji, Prezes UKE, wskazał, że dominującą pozycję pod względem udziałów w przychodach uzyskiwanych ze świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym posiada EmiTel sp. z o.o., średnio za badany okres – 94,1%. Drugi co do wielkości przedsiębiorca na tym rynku – operator Arkena sp. z o.o. – posiada udziały średnio za badany okres – 4,1%, a spośród pozostałych podmiotów tylko Bcast sp. z o.o., w 2016 r. przekroczył próg 1% pod względem udziałów w wielkości przychodów na analizowanym rynku.

Prezes UKE w swojej decyzji zwraca jednocześnie uwagę, że z własnych obiektów EmiTel sp. z o.o. prowadzi (wg stanu na dzień 25 maja 2017 r.) 405 emisji UKF, co stanowiło 37,8% wszystkich emisji tego typu oraz 16 emisji DAB+, odpowiednio 66,7%. Należy podkreślić, że Spółka prowadzi zdecydowaną większość emisji z dużą (lub bardzo dużą) mocą ERP. Z punktu widzenia optymalizacji kosztów w stosunku do osiągniętych przychodów związanych ze świadczeniem usług transmisji programów radiofonicznych przez operatora świadczącego na rzecz nadawców, emisje „wielkomocowe” są najbardziej opłacalne. Emisje z dużą (lub bardzo dużą) mocą ERP generują także największe przychody na analizowanym rynku. W zakresie UKF, emisji z mocą od 10KW ERP EmiTel sp. z o.o. prowadzi – z obiektów własnych 105, co stanowi 33,9% wszystkich emisji tego typu. W zakresie DAB+, emisji z mocą od 10KW ERP EmiTel sp. z o.o. prowadzi – z obiektów własnych 5, co stanowi 55,6% wszystkich emisji tego typu.

Należy nadto zauważyć, iż wartość poszczególnych obiektów oceniana przez pryzmat kryterium prowadzenia z nich emisji sygnału może różnić się znacząco. Dla potrzeb prowadzenia emisji sygnału radiofonicznego przydatność wieży kościelnej będzie znacznie mniejsza niż kilkusetmetrowego masztu wybudowanego specjalnie na potrzeby prowadzenia z niego z dużą mocą emisji sygnału radiofonicznego, w którego zasięgu mieszka ponad 2 mln. ludzi. Stąd też kryterium przychodowe, w odróżnieniu ilościowego, pozwala w znacznie pełniejszy sposób odzwierciedlić realny kształt rynku.

5. Stanowisko EmiTel z dnia 19 grudnia 2017 r. (data doręczenia do UKE 21 grudnia 2017 r.) EmiTel złożyła pismo zawierające wniosek o udostępnienie EmiTel w ramach toczącego się postępowania administracyjnego: (a) dowodów dotyczących odmowy dostępu do infrastruktury EmiTel, (b) informacji (danych) na jakich przyjęto, że istnieje potencjał do nadużyć przez EmiTel związanych z ceną (zawężanie marży lub subsydiowanie skrośne tych działań, w których EmiTel nie jest narażony na presję konkurencyjną), (c) dowodów potwierdzających, że istniejąca infrastruktura nie stanowi odpowiedniej alternatywy dla zasobów EmiTel, które mają zasięg ogólnokrajowy.

Ad (a) i (b). Wynik przeprowadzonych przed upływem kilku lat kontroli EmiTel wskazujących na brak po stronie EmiTel nieprawidłowości związanych z ustalaniem cen ma drugorzędne znaczenie w kontekście projektowanej regulacji. Oparta jest ona na analizie aktualnego stanu rynku właściwego i z istoty regulacji typu *ex ante* ma charakter prospektywny, a więc odnosi się do antykonkurencyjnych działań operatora o pozycji znaczącej, które potencjalnie może on podejmować wykorzystując swoją pozycję rynkową obecnie i w najbliższej przyszłości. Potencjał do nadużyć związanych z ceną, takich jak zawężanie marży lub subsydiowanie skrośne, wynika z kompleksowej oceny takich czynników jak znacząca, sięgająca 94 % udziałów, pozycja EmiTel, w połączeniu ze strukturą rynku (słaba, występująca tylko lokalnie konkurencja ze strony innych operatorów) oraz charakter EmiTel jako operatora zintegrowanego poziomo i pionowo.

Ad (c) Prezes UKE wykazał, w szczególności w pkt. 3.1.1 i 3.2.2 decyzji, że EmiTel sp. z o.o. posiada największą, najbardziej rozbudowaną i unikalną infrastrukturę telekomunikacyjną służącą do transmisji programów radiofonicznych drogą naziemną, której powielenie nie jest możliwe. Jednocześnie istniejąca, inna infrastruktura (maszty/wieża telefonii komórkowej, kominy, wysokie budynki, dzwonnice i inne) nie stanowi odpowiedniej alternatywy dla zasobów EmiTel sp. z o.o., które mają zasięg ogólnokrajowy. Zdaniem Prezesa UKE nie jest możliwe stworzenie siatki emisji na obszar całego kraju bez skorzystania z wymienionych w tabeli 6-ej, w pkt. 3.2.2.

decyzji, obiektów nadawczych. Tezę tę potwierdzają także operatorzy alternatywni i nadawcy.

6. Stanowisko EmiTel z dnia 21 grudnia 2017 r. (data doręczenia do UKE 29 grudnia 2017 r.) dotyczące potrzeby wyznaczenia wielkości udziałów rynkowych EmiTel z uwzględnieniem okoliczności dotyczących działalności EmiTel (potrzeba uwzględnienia faktu, że EmiTel świadcząc usługi transmisji opiera się w znacznym stopniu na infrastrukturze podmiotów trzecich), a także okoliczności dotyczących rynku właściwego (potrzeba uwzględnienia wielkości podaży obiektów, które mogą być wykorzystane do zapewnienia transmisji programów telewizyjnych).

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że rynek, którego dotyczy decyzja został określony jako krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, na którym można zidentyfikować następujące produkty:

- usługi analogowej transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym,
- usługi cyfrowej transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

Do oceny struktury rynku Prezes UKE uwzględnia zatem wyłącznie podmioty, przedsiębiorców telekomunikacyjnych, świadczących wyżej wymienione usługi i osiągające z nich przychód.

Działalność dostawców jakichkolwiek obiektów wysokościowych, o ile nie prowadzą oni z nich usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, nie podlega tym samym analizie Prezesa UKE – tym samym nie wchodzi w zakres strukturalny rynku.

Jednocześnie Prezes UKE podkreśla, że kryterium przychodowe nie jest jedynym kryterium wg którego stwierdzona została pozycja dominująca EmiTel sp. z o.o. W rozdziale 3 decyzji Prezes UKE przeprowadził test trzech kryteriów, w ramach którego przeanalizowane zostały trzy kryteria:

1. występowanie trudnych do przewyciężenia i niemających przejściowego charakteru barier strukturalnych lub prawno-regulacyjnych w dostępie do rynku;
2. istnienie struktury rynku, która nie sprzyja osiągnięciu skutecznej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym, przy uwzględnieniu stanu konkurencji infrastrukturalnej i innych rodzajów konkurencji z pominięciem barier w dostępie do rynku;
3. przepisy wyłącznie prawa konkurencji są niewystarczające do odpowiedniego zaradzenia stwierdzonym nieprawidłowościom w funkcjonowaniu rynku.

Ponadto w rozdziale 4 przeprowadzona została dodatkowa analiza rynku pod kątem występowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej. Analiza kryteriów służących do oceny pozycji znaczącej wskazuje wyraźnie, że EmiTel sp. z o.o. posiada znaczącą pozycję na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

Przemawiają za tym faktem, w szczególności, następujące kryteria: występowanie trudnych do przewyciężenia i niemających przejściowego charakteru barier strukturalnych, kontrola infrastruktury trudnej do powielania, brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej, istnienie struktury rynku, która nie sprzyja osiągnięciu skutecznej konkurencji

w odpowiednim horyzoncie czasowym, przy uwzględnieniu stanu konkurencji infrastrukturalnej i innych rodzajów konkurencji z pominięciem barier w dostępie do rynku, udział przedsiębiorcy w rynku właściwym, ekonomia skali, ekonomia zakresu.

7. Pismo EmiTel z dnia 5 stycznia 2018 r. (data doręczenia do UKE 8 stycznia 2018 r.) zawierające zarzut braków dotyczących przeprowadzonego postępowania konsolidacyjnego polegających na nie odniesieniu się przez Prezesa UKE do wniosków dowodowych przed notyfikowaniem projektu decyzji KE. Mając to na uwadze, EmiTel wezwała Prezesa UKE do powtórnego notyfikowania KE projektu decyzji (po przeprowadzeniu postępowania dowodowego).

W ocenie Prezesa UKE postawiony zarzut nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawnych, a w konsekwencji brak jest podstaw do powtórnego notyfikowania projektu decyzji KE.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż przepis art. 18 Pt narzuca Prezesowi UKE ramy czasowe przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego. Jakkolwiek poprzez posłużenie się sformułowaniem „niezwłocznie po zakończeniu postępowania konsultacyjnego i rozpatrzeniu stanowisko uczestników postępowania” ustawodawca nie określił w sposób ścisły, kiedy rozpoczęte powinno być postępowanie konsolidacyjne, to jednak nie pozostawił tej kwestii swobodnemu uznaniu Prezesa UKE. Powszechnie przyjmuje się, że zwrot „niezwłocznie”, należy interpretować jako „bez zbędnej zwłoki”, co również stanowi pojęcie nieostre. Dlatego też, dla pełniejszego wyjaśnienia jego znaczenia należy przywołać dorobek judykatury.

W wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06) Sąd Najwyższy zauważa, że terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym. Termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu. Pojęcie „niezwłocznie” jest zatem odczytywane na podstawie wszystkich okoliczności sprawy, a przede wszystkim w oparciu o sytuację osoby zobowiązanej do wykonania określonej czynności prawnej w takim właśnie terminie. Na gruncie przedmiotowej sprawy, postępowanie konsultacyjne zakończyło się w dniu 30 października 2017 r. Kierując się koniecznością niezwłocznego przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, Prezes UKE rozpoczął je 15 listopada 2017 r.

W odróżnieniu od terminu rozpoczęcia postępowania konsolidacyjnego, termin odniesienia się przez organ do złożonych przez strony wniosków dowodowych nie jest w podobny sposób określony. Wyjaśnienia stanu faktycznego i prawnego sprawy dokonuje się w postępowaniu wyjaśniającym, które obejmuje całokształt czynności podejmowanych w postępowaniu administracyjnym dla wyjaśnienia sprawy. Jedną z tych form jest postępowanie dowodowe. 15 listopada 2017 r., gdy Prezes UKE rozpoczął postępowanie konsolidacyjne, postępowanie dowodowe wciąż było w toku, zatem Prezes UKE mógł dopuszczać i przeprowadzać dowody zgłoszone przez strony również po tym terminie. Nie był przy tym zobowiązany, aby dopuścić i przeprowadzić je przed rozpoczęciem postępowania konsolidacyjnego.

Należy przy tym zaznaczyć, że ostatecznie postanowieniem z dnia 17 stycznia 2018 r. Prezes UKE odmówił przeprowadzenia dowodów wskazanych w stanowisku EmiTel z dnia 5 stycznia 2018 r. Zatem nawet gdyby Prezes UKE wydał analogiczne postanowienie o odmowie przeprowadzenia dowodów przed rozpoczęciem postępowania konsolidacyjnego, to okoliczność ta pozostałaby bez wpływu na treść

projektu decyzji przekazanego KE. W tej sytuacji ponowne notyfikowanie KE projektu decyzji byłoby bezcelowe, albowiem Komisji zostałby przekazany projekt decyzji o takiej samej treści, jaki KE otrzymała już 15 listopada 2017 r.

8. Pismo EmiTel z dnia 12 stycznia 2018 r. (data doręczenia do UKE 15 stycznia 2018 r.), w którym EmiTel złożyła wniosek o udostępnienie EmiTel informacji, w jaki sposób Prezes UKE ustalił, że (a) nawet w tych przypadkach, w których obiekty EmiTel mogą być zastąpione, to wciąż są one trudne do powielenia, (b) charakterystyka rynku sprawie, że budowa „równoległej” ogólnopolskiej infrastruktury, nie znajduje uzasadnienia ekonomicznego.

W ocenie Prezesa UKE, złożony wniosek nie zasługuje na uznanie, albowiem okoliczności jakie legły u podstaw stwierdzenia, iż (a) nawet w tych przypadkach, w których obiekty EmiTel mogą być zastąpione, to wciąż są one trudne do powielenia, (b) charakterystyka rynku sprawie, że budowa „równoległej” ogólnopolskiej infrastruktury, nie znajduje uzasadnienia ekonomicznego, zostały w sposób wystarczająco jasny i obszerny wskazane w decyzji, w związku z czym brak jest potrzeby ich dalszego omawiania.

9. Pismo z dnia 15 stycznia 2018 r. (data doręczenia do UKE 15 stycznia 2018 r.), w którym EmiTel stwierdziła, że doręczone pełnomocnikowi EmiTel w dniu 11 stycznia 2018 r. zawiadomienie o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań w terminie do 15 stycznia 2018 r., jest przedwczesne, albowiem do chwili złożenia tego pisma, Prezes UKE nie wydał postanowienia w przedmiocie dopuszczenia lub odmowy dopuszczenia dowodów zgłoszonych przez EmiTel w toku postępowania.

Prezes UKE nie podzielił ocen EmiTel zawartych w tym piśmie. W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż w toku całego postępowania każda z jego stron, w tym EmiTel, nie była ograniczana w realizacji uprawnień do zapoznawania się ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Pełnomocnicy EmiTel dwukrotnie zapoznawali się ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, a także w licznych pismach wypowiadali się co do zebranych dowodów i materiałów. Prezes UKE jest zobowiązany rozpatrzyć wnioski dowodowe przed wydaniem decyzji, co uczynił w dniu 17 stycznia 2018 r. Fakt rozpatrzenia wniosków dowodowych nie ma związku z wyznaczeniem stronie terminu do wypowiedzenia się w sprawie.

10. Stanowisko EmiTel z dnia 15 stycznia 2018 r. (data doręczenia do UKE 15 stycznia 2018 r.) dotyczące konieczności wykorzystania 55 obiektów wymienionych w Tabeli 4 decyzji do budowy sieci o ogólnopolskim zasięgu.

Kwestia możliwości replikacji 55 obiektów wymienionych w Tabeli 4 decyzji była podnoszona przez EmiTel w wielu wcześniejszych pismach i Prezes UKE odniósł się już do niej m.in. w części postanowienia dowodowego z dnia 17 stycznia 2018 r., która dotyczy pkt. 12 wniosku dowodowego EmiTel z dnia 15 listopada 2017 r.

11. Wniosek PIKE z dnia 15 stycznia 2018 r. (data doręczenia do UKE 16 stycznia 2018 r.) o wyznaczenie terminu na zapoznanie się z aktami sprawy i zajęcie końcowego stanowiska w sprawie.

Wniosek PIKE nie zasługuje na uwzględnienie. Wbrew twierdzeniom PIKE, Prezes UKE nie włączał do akt sprawy dodatkowych materiałów, o których PIKE nie byłaby informowana. Dokumenty, o których PIKE wspomina we wniosku to następująca

korespondencja pomiędzy Komisją Europejską, a Prezesem UKE: pismo Komisji z dnia 22 listopada 2017 r. *Case PL/2017/2037 – the wholesale market for television and radio broadcasting services in Poland. Request for information pursuant to article 5(2) of Directive 2002/21/EC* oraz korespondencja e-mail z dnia 29 listopada 2017 r. pomiędzy Komisją Europejską, a Prezesem UKE. Dokumenty te powstały w ramach prowadzonego postępowania, w związku z postępowaniem konsolidacyjnym projektu decyzji, a zatem brak jest potrzeby wydawania odrębnego postanowienia o włączeniu ich do akt sprawy.

Nie jest również prawdziwe stwierdzenie PIKE, jakoby inne strony zostały powiadomione o włączeniu tych dwóch pism do materiału dowodowego sprawy. Na skutek błędu technicznego pełnomocnikowi EmiTel w dniu 27 listopada 2017 r. w ramach przeglądania akt sprawy, nie zostały udostępnione opisane wyżej dwa dokumenty. Uchybienie to zostało naprawione poprzez doręczenie tych dokumentów pełnomocnikowi EmiTel w dniu 11 stycznia 2018 r. Jednak zarówno pismo Komisji z dnia 22 listopada 2017 r. *Case PL/2017/2037 – the wholesale market for television and radio broadcasting services in Poland. Request for information pursuant to article 5(2) of Directive 2002/21/EC* oraz korespondencja e-mail z dnia 29 listopada 2017 r. pomiędzy Komisją Europejską, stanowiły materiał sprawy od chwili ich otrzymania przez Prezesa UKE, tj. odpowiednio od 22 i 29 listopada 2017 r.

8. Natychmiastowe wykonanie decyzji

Zgodnie z art. 206 ust. 2 i ust. 2aa ustawy Prawo telekomunikacyjne, decyzje w sprawie ustalenia znaczącej pozycji rynkowej i nałożenia obowiązków regulacyjnych podlegają natychmiastowemu wykonaniu. Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż niniejsza decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

POUCZENIE

Stosownie do art. 206 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 ustawy Prawo telekomunikacyjne, w związku z art. 479⁵⁸ § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r., poz. 1822, z późn. zm.) od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, które wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji.

z up. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej
Zastępca Prezesa

Krzysztof Dyl
Dokument podpisany elektronicznie

Otrzymują:

1. Artur Salbert
pełnomocnik EmiTel sp. z o.o.
Kancelaria Modzelewska i Paśnik sp.k.
ul. Wiejska 17 lok. 5
00-480 Warszawa
2. Rafał Duczek
pełnomocnik Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji
ul. Stępińska 22/30
00-739 Warszawa
3. Arleta Adamus
pełnomocnik Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji
Al. Jerozolimskie 136 (IX piętro)
02-305 Warszawa
4. Jakub Woźny
pełnomocnik Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej
Kancelaria Prawna Media s.c.
ul. Łąkowa 21/17
61-879 Poznań
5. Paweł Łuczak
pełnomocnik Polskiej Izby Radiodiffuzji Cyfrowej
ul. Grunwaldzka 104
60-307 Poznań

Załącznik nr 1

Zakres oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym obejmującej świadczenie usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym

Oferta ramowa o dostępie telekomunikacyjnym powinna określać:

- I. Procedurę zgłaszania i rozpatrywania wniosków o dostęp.
- II. Procedurę zawierania i realizowania umów o dostęp.
- III. Oferowane usługi, w ramach dostępu, a w szczególności:
 - 1) usługi polegające na zapewnieniu określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii, łączy, kabli, przewodów, kanalizacji kablowych, nadawczych systemów transmisyjnych oraz urządzeń telekomunikacyjnych, a także innych zasobów, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną;
 - 2) usługi polegające na zapewnieniu infrastruktury telekomunikacyjnej, w tym masztów antenowych, słupów, wież antenowych, szaf telekomunikacyjnych lub innych urządzeń technicznych i konstrukcji wysokościowych w celu umieszczenia, montażu i podłączenia na obiektach EmiTel sprzętu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego chcącego współkorzystać z infrastruktury EmiTel;
 - 3) usługi polegające na zapewnieniu kolokacji polegającej na udostępnianiu przestrzeni fizycznej oraz innych form wspólnego korzystania z budynków;
 - 4) usługi polegające na zapewnieniu udogodnień towarzyszących w dziedzinie transmisji radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostępu do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej;
- IV. Terminy:
 1. czas realizacji dostępu od momentu złożenia zamówienia:
 - 1.1. ustalenia i wdrożenia warunków dostępu,
 - 1.2. modyfikacji warunków dostępu,
 2. maksymalnego czasu usunięcia awarii,
 3. minimalny czas trwania umowy.
- V. Zasady rozliczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczonych usług (z uwzględnieniem kar umownych i bonifikat).
- VI. Warunki płatności, w tym terminy wnoszenia należności za usługi zsynchronizowane z terminem rozpoczęcia świadczenia usługi zgodnie z umową.
- VII. Cennik przejrzyste określający rodzaj, wysokość i sposób naliczania opłat jednostkowych za poszczególne usługi jednorazowe i abonamentowe, umożliwiające w szczególności zakup przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego odrębnych usług hurtowych na potrzeby usług transmisji radiowych lub telewizyjnych od dostępu telekomunikacyjnego na potrzeby usług dosyłu (z uwzględnieniem różnic w zakresie opłat, gdy urządzenia nadawcze stanowią własność EmiTel lub innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego).
- VIII. Fizyczną i/lub logiczną lokalizację punktów dostępu, w szczególności określenie na potrzeby usługi polegającej na transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych następujących parametrów :

- nazwa lokalizacji oraz położenie geograficzne obiektu nadawczego, na którym zainstalowany jest system antenowy, umożliwiający transmisję programów radiofonicznych lub telewizyjnych;
- dane techniczne wykorzystywanego systemu antenowego (dane techniczne pojedynczego elementu antenowego, z którego składa się system antenowy, konfiguracja systemu antenowego /piętra x ściany/, maksymalny zysk systemu antenowego, charakterystyka tłumienia mocy promieniowanej układu antenowego, całkowite tłumienie toru zasilającego system antenowy, maksymalna dopuszczalna moc na wejściu toru antenowego);
- maksymalna wysokość zawieszenia systemu antenowego (wysokość środka elektrycznego systemu antenowego w metrach nad poziomem terenu u podstawy maszty/wieży);
- warunki dostępu do obiektów nadawczych EmiTel (ilość przewidzianej dostępności dla danego wnioskodawcy zagwarantowana w świadczeniu);

Liczba i lokalizacja punktów dostępu powinny pozwolić uwzględnić uzasadnione wnioski przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy pragną przyłączyć się do sieci EmiTel. EmiTel udostępni w szczególności istniejące punkty dostępu z co najmniej ich dotychczasową funkcjonalnością usługową.

- IX. Techniczne opcje dotyczące warunków dostępu.
- X. Zasady realizowania usług w ramach dostępu.
- XI. Łącza służące do realizacji dostępu (ich rodzaj oraz poziom jakości usług dla tych łączy) oraz elementy infrastruktury telekomunikacyjnej takie jak linie, kable, łącza kanalizacje kablowe, słupy, wieże maszty, kable, przewody oraz osprzęt wykorzystywane do świadczenia usług transmisji radiofonicznych lub telewizyjnych.
- XII. Usługi pomocnicze, świadczenia dodatkowe oraz usługi zaawansowane związane ze świadczeniem usług transmisji radiofonicznych lub telewizyjnych
- XIII. Specyfikacje techniczne dotyczące sposobu realizacji punktu dostępu, z powołaniem właściwych norm krajowych, norm Europejskiego Instytutu Norm Telekomunikacyjnych (ETSI) lub zaleceń Międzynarodowego Związku Telekomunikacyjnego (ITU), a w przypadku ich braku - innych standardów technicznych wykorzystywanych przez EmiTel, w szczególności:
 1. parametry elektryczne i fizyczne punktu dostępu,
 2. wymagania transmisyjne,
 3. wymagania dotyczące sygnalizacji,
 4. wymagania dotyczące transmisji treści radiofonicznych lub telewizyjnych,
 5. wymagania specyficzne z podziałem na rodzaje dostępu.
- XIV. Parametry jakości oferowanych usług świadczonych w ramach dostępu.
- XV. Ogólne warunki i procedury:
 1. postępowania w przypadku zmian standardowych warunków umów o dostępie;
 2. rozstrzygnięcia sporów;
 3. przeprowadzania testów interoperacyjności usług i kompatybilności elektromagnetycznej;
 4. zachowania integralności sieci oraz zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej lub ochrony danych w sieci;

4. postępowania w przypadku awarii sieci telekomunikacyjnej lub w sytuacjach szczególnego zagrożenia w celu zachowania ciągłości świadczenia usług telekomunikacyjnych;
 5. postępowania w przypadku reklamacji;
 8. postępowania w przypadku zaproponowania zmian w sieciach lub usługach oferowanych przez jedną ze stron, włączając w to sposób dostępu do nowych lub zmienionych usług przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej;
 9. rozwiązania umowy o dostępie;
 10. wspólnego korzystania z budynków oraz infrastruktury telekomunikacyjnej
 11. warunki i zasady dostępu do wolnych zasobów oraz terminy ich rezerwacji.
- XVI. Kompletny katalog wzorów niezbędnych dla realizacji zamówienia dokumentów w szczególności wniosku o dostęp, wzorów umowy o dostępie wraz z załącznikami w szczególności wzorami formularzy wniosków, zamówień i protokołów zdawczo-odbiorczych oraz wzór umowy kolokacyjnej oraz wzorce innych niezbędnych w ramach kontaktów handlowych z EmiTel wzorców dokumentów.

Załącznik nr 2

Dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa