



UPC Polska Sp. z o.o.
Al. „Solidarności” 171, 00-877 Warszawa, Polska

Warszawa, dnia 20 listopada 2019 r.

Organ **Prezes Urzędu Komunikacji Elektroniczej**
ul. Giełdowa 7/9, 01-211 Warszawa

Strona **UPC Polska sp. z o.o.**
al. Solidarności 171, 00-877 Warszawa
reprezentowana przez
r.pr. Jakuba Woźnego
Kancelaria Prawna Media
ul. Łąkowa 21/17, 61-879 Poznań

Uczestnicy **Polska Izba Komunikacji Elektroniczej**
ul. Przemysłowa 30, 00-450 Warszawa

Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji
Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa

Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji
ul. Stępińska 22/30, 00-739 Warszawa

**Stanowisko konsultacyjne
dotyczące projektu decyzji w sprawie DHRT.WIT.6082.2.2018**

1. W imieniu UPC Polska (UPC, Operator), w pierwszej kolejności pragnę podkreślić, że projektowana decyzja nie powinna zostać wydana. Zmiany, które Prezes UKE planuje wprowadzić projektowaną decyzją drugoinstancyjną nie zmieniają ogólnej negatywnej oceny regulacji przez UPC. Co więcej, regulacja nie uwzględnia dużej części uwag ujętych w *Opinii na temat Narzędzia kalkulacyjnego UKE do wyznaczania opłat miesięcznych za dostęp do kabli telekomunikacyjnych*, przekazanej w toku niniejszego postępowania.
2. Regulacja dostępu do kabli UPC nie powinna zostać przyjęta ze względu na:
 - a. niezgodność z podstawowymi zasadami postępowania administracyjnego, w szczególności z zasadą prawdy obiektywnej i zasadą pogłębiania zaufania do organów administracji publicznej, ponieważ Prezes UKE dopuścił się ogromnych zaniedbań w zakresie postępowania dowodowego, a nadto, pomimo tego, że treść art. 139 ust. 1a-1c Pt nie uległa zmianie od czasu ogłoszenia *Stanowiska Prezesa UKE w sprawie wdrożenia obowiązku umożliwienia dostępu do nieruchomości, w tym budynków oraz infrastruktury telekomunikacyjnej*, Prezes UKE zastosował inną wykładnię tych przepisów niż ujęta w ww. Stanowisku (pkt I niniejszego stanowiska),
 - b. niezgodność z prawem materialnym, stanowiącym podstawę wydania decyzji, ponieważ art. 139 ust. 1b w zw. z art. 139 ust. 1 i 4 Pt nie dają podstawy do nałożenia obowiązku odstąpienia kabla na rzecz konkurenta w razie przejściowego zaniku popytu na usługi detaliczne operatora udostępniającego kabel, jak również nie pozwalają na regulację zasad udostępniania kabli telekomunikacyjnych w odniesieniu do wszystkich zasobów operatora i na terytorium całego kraju (pkt II niniejszego stanowiska),
 - c. jej dyskryminacyjny charakter, w szczególności ze względu na stosowaną technologię, ponieważ zastosowanie rozwiązania tego samego rodzaju w przypadku UPC, stosującego kable koncentryczne, z których współkorzystać nie można, jak i OPL, która używa w dużej mierze kabli światłowodowych, odpowiednich do współużytkowania (pkt III niniejszego stanowiska),
 - d. swoją antykonkurencyjność, ponieważ w odniesieniu do znacznej części rynku regulacja otwiera możliwość zastępowania kalkulacji cen opartej na faktycznych kosztach operatora – ceną sztywną (oferta ramowa Orange Polska S.A (SOR)) (pkt IV niniejszego stanowiska).



3. Należy dodać, że UPC co do zasady zgadza się z argumentacją przedstawioną w stanowisku konsultacyjnym PIKE dotyczącym projektowanej decyzji, przy czym uznaje za zasadne, aby niektóre zagadnienia bardziej uwypuklić.

I. Niezgodność z procedurą administracyjną

I.1. Naruszenie zasady zaufania

4. Projektowana decyzja narusza zasadę zaufania do organu administracji publicznej, którym jest Prezes UKE. Przepisy art. 139 ust. 1a-1c Pt zostały bowiem dodane do Pt ustawą z dnia 16 listopada 2012 r. Przepisy te weszły w życie 21 stycznia 2013 r. Osiem miesięcy później, czyli we wrześniu 2013 r., Prezes UKE opublikował *Stanowisko Prezesa UKE w sprawie wdrożenia obowiązku umożliwienia dostępu do nieruchomości, w tym budynków oraz infrastruktury telekomunikacyjnej*.
5. UPC nie podziela wielu twierdzeń ujętych w ww. Stanowisku. Należy jednak zauważyć, że w ww. *Stanowisku* Prezes UKE, definiując swe obowiązki wynikające z art. 139 Pt, wskazuje wyraźnie, iż: „w zakresie warunków dostępu do konkretnych nieruchomości (w tym budynków) oraz infrastruktury telekomunikacyjnej zasadą winna być współpraca stron w oparciu o umowy zawierane dobrowolnie, natomiast **interwencje Prezesa UKE powinny być ograniczone do wyjątkowych wypadków, związanych z blokowaniem dostępu do nieruchomości (w tym budynków) oraz do infrastruktury telekomunikacyjnej** [wyróżnienie nasze]”¹.
6. UPC nie są znane przypadki sporów z operatorami, związane z blokowaniem dostępu do nieruchomości, czy do infrastruktury telekomunikacyjnej przez UPC. Prezes UKE w projektowanej decyzji nie twierdzi zresztą inaczej. Brak sporów w tym zakresie, w odniesieniu do infrastruktury telekomunikacyjnej UPC, jest zatem okolicznością bezsporną. **UPC mogło zatem zasadnie oczekiwać, że skoro nie było przypadków blokowania przez UPC dostępu do nieruchomości oraz do infrastruktury telekomunikacyjnej (w tym kabli), Prezes UKE nie podejmie w stosunku do niego interwencji na podstawie art. 139 Pt.**
7. Podjęcie zatem interwencji regulacyjnej w odniesieniu do UPC, na podstawie art. 139 Pt, stanowi działanie wyraźnie niezgodne z ww. Stanowiskiem Prezesa UKE i jawne naruszenie zasady zaufania do organu administracji publicznej.
8. Bardziej rozbudowana argumentacja prawna dotycząca naruszenia przez Prezesa UKE zasady zaufania została zawarta w stanowisku konsultacyjnym Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej (PIKE), dotyczącym projektu pierwszoinstancyjnej decyzji w sprawie DHRT.WIT.6082.2.2018. UPC w pełni tę argumentację podziela.

I.2. Naruszenie zasady prawdy obiektywnej (postępowanie dowodowe)

9. Należy wspomnieć, że zdaniem UPC art. 139 Pt nie daje podstaw ani do regulacji sposobu prowadzenia ewidencji kosztów przez operatora udostępniającego (OU), ani do nałożenia obowiązku ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty, ani do regulacji poziomu marży OU. W art. 139 ust. 4 Pt mowa jest bowiem wyłącznie o określaniu szczegółowych warunków rozliczeń, przy uwzględnieniu stopnia występującego w danym przypadku ryzyka. UPC kwestionuje zatem w ogóle zasadność regulacji opłat za dostęp do kabli telekomunikacyjnych w taki sposób, jak planuje to zrobić Prezes UKE.
10. W kontekście postępowania dowodowego podkreślenia wymaga, że najważniejszym brakiem w zakresie postępowania dowodowego w niniejszym postępowaniu jest **całkowite zaniedbanie przeprowadzenia jakichkolwiek dowodów na okoliczność poziomu i struktury kosztów ponoszonych przez UPC**. Prezes UKE powinien był te koszty zbadać, aby nie dopuścić do sytuacji, gdy nałoży obowiązek świadczenia usług nie tylko nie po cenach rynkowych, ale wręcz poniżej tych kosztów.
11. Prezes UKE ustalił konkretną stawkę za czynności Nadzoru i Wizji, którą UPC będzie mogła pobierać za te czynności od operatora korzystającego (OK). Stawka ta pozostaje w całkowitym oderwaniu od realiów prowadzenia działalności przez UPC, jak i obiektywnych realiów rynkowych. Prezes UKE ustalił te stawki na takim samym poziomie, jak stawki za Nadzór i Wizję ustalone w przypadku decyzji regulującej dostęp do

¹ *Stanowisko Prezesa UKE w sprawie wdrożenia obowiązku umożliwienia dostępu do nieruchomości, w tym budynków oraz infrastruktury telekomunikacyjnej*, str. 5.



kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej budynku. Tymczasem zarówno czynności Nadzoru, jak i Wizji, w przypadku kabli telekomunikacyjnych, są zabiegami znacznie bardziej czasochłonnymi i wymagającymi wyższych kompetencji technicznych niż czynności Nadzoru i Wizji w przypadku kanalizacji. Prezes UKE także i w tym zakresie nie przeprowadził postępowania dowodowego – postępowania w zakresie realiów dokonywania czynności, które postanowił uregulować m.in. w zakresie poziomu stawek. UPC szacuje, iż stawki za te czynności w przypadku dostępu do kabli telekomunikacyjnych będą wyższe o ok. 20%, ponieważ wszelkie czynności podejmowane w przypadku realizacji ewentualnego dostępu do kabli telekomunikacyjnych wymagają posiadania przez technika wyższych kwalifikacji niż w przypadku kanalizacji.

12. W związku z powyższym całkowita rezygnacja Prezesa UKE z przeprowadzenia postępowania dowodowego na okoliczność kosztów, które UPC może ponosić w przypadku udzielania dostępu do kabla telekomunikacyjnego jest brakiem, którego nie sposób w żaden sposób usprawiedliwić. Ustalenie stawek za Nadzór i Wizję na poziomie wskazanym przez Prezesa UKE będzie prowadziło do prowadzenia przez UPC działalności gospodarczej – w tym zakresie – na zasadach rażąco odbiegających od zasad rynkowych.
13. Ponadto, Prezes UKE nieprawidłowo ocenił dowód w postaci „Analizy możliwości technicznych dostarczenia usług hurtowych w oparciu o infrastrukturę CATV”, EY, październik 2017 (Analiza CATV).
14. Prezes UKE w uzasadnieniu projektowanej decyzji na str. 23-24 wskazał, że „Ponadto nie sposób zgodzić się z argumentami PIKE i Operatora, że w przypadku kabli koncentrycznych współkorzystanie z tych kabli nie jest technicznie możliwe. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że w sieciach kablowych ostatni segment sieci wykonywany jest przy wykorzystaniu kabli miedzianych współosiowych magistralnych oraz dostępowych, które budowane są przeważnie z wykorzystaniem topologii magistrali lub drzewa, co oznacza, że na przebiegu sieci pomiędzy węzłem optycznym, a gniazdkiem abonenckim występuje kilka punktów podziału sygnału – rozdzielaczy oraz wzmacniaczy. Powoduje to, że nie jest możliwe fizyczne uwolnienie kabla współosiowego na całym odcinku, od węzła optycznego do gniazdka optycznego, a możliwy do uwolnienia jest jedynie odcinek pomiędzy ostatnim punktem podziału sygnału a gniazdkiem abonenckim. W praktyce oznacza to możliwość uwolnienia kabla współosiowego od punktu podziału (rozdzielacz, wzmacniacz sygnału) znajdującego się w budynku do gniazdka abonenckiego. Przypis: Analiza CATV”.
15. Przywoływana przez Prezesa UKE argumentacja pochodzi z „Analizy możliwości technicznych dostarczenia usług hurtowych w oparciu o infrastrukturę CATV”, EY, październik 2017 (Analiza CATV). W żadnym wypadku z tego fragmentu nie wynika, że możliwe jest jednoczesne świadczenie usług z wykorzystaniem kabla współosiowego przez dwóch operatorów.
16. Zacytowany przez Prezesa UKE fragment Analizy CATV nie jest w całości poprawny merytorycznie, m.in. z tego powodu, że zawiera on odniesienie do uwolnienia „całego odcinka” kabla współosiowego „od węzła optycznego do gniazdka optycznego”, podczas gdy za węzłem optycznym nie ma gniazdka optycznego, tam już mamy do czynienia z siecią koncentryczną. Niezależnie od tego, fragment ten **nie odnosi się on merytorycznie do kwestii współdzielenia uwolnionego odcinka toru transmisyjnego przez dwu lub więcej operatorów**, czyli inaczej mówiąc alokacji różnych kanałów (reprezentowanych przez różne częstotliwości) w całym zakresie częstotliwości dla różnych dostawców.
17. Co więcej, dalszy fragment Analizy CATV potwierdza, że jednoczesne korzystanie (współkorzystanie, współużytkowanie) z kabla współosiowego przez dwóch operatorów nie jest technicznie możliwe. W punkcie 5.2.4 Analizy CATV wskazano: „Uwolnienie częstotliwości na poziomie radiowym jest technicznie możliwe. Niemniej jednak takie podejście prowadzi do problemów operacyjnych (np. konieczność statycznego przydziału pasma, a co za tym idzie brak możliwości dynamicznego zarządzania siecią, konieczność stosowania filtrów, konieczność koordynacji i uzgadniania planów rozbudowy sieci z operatorami korzystającymi), **co w praktyce jest niewykonalne**. Podstawową przeszkodą w chwili obecnej jest niehomogeniczność sieci kablowych tzn. w każdej domenie tworzonej przez CMTS plan zagospodarowania kanałów radiowych może być różny. Poza tym problemy pojawiają się dla wzmacniaczy, ponieważ sprzężenie sygnałów na poziomie wzmacniacza nie różni się od sprzęgania ich na poziomie węzła, co prowadzi do problemów dotyczących częstotliwości i siły sygnału.”.
18. **Wydzielenie pewnego fragmentu kabla współosiowego (koncentrycznego) jest zatem technicznie możliwe. W praktyce niewykonalne jest jednak jednoczesne świadczenie usług z wykorzystaniem tego samego kabla przez dwóch operatorów (OU i OK). W przypadku takich kabli niewykonalne jest zatem współkorzystanie, czy też – zgodnie z terminologią unijną – współużytkowanie.**
19. Kolejne naruszenie zasad w zakresie postępowania dowodowego, jest związane z dowodem mającym przemawiać za doborem podmiotów objętych regulacją. Prezes UKE uznał, że za podjęciem interwencji



regulacyjnej przemawia udział regulowanych operatorów, w tym UPC, w rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych.

20. Nawet przy założeniu, że udział w rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych może mieć jakiekolwiek znaczenie przy podejmowaniu działań regulacyjnych na podstawie art. 139 Pt (co UPC kwestionuje), Prezes UKE nieprawidłowo obliczył udział regulowanych operatorów w tym rynku. Wynika to z prostego faktu, że wszystkie procentowe udziały w rynku podmiotów świadczących usługi na rynku telekomunikacyjnym powinny wynosić 100%. Tymczasem procentowe udziały w rynku podmiotów wyróżnionych przez Prezesa UKE dają sumę wyższą. Nie jest to prosty błąd literowy, bowiem został on powielony w dwóch różnych wykresach (nr 2 i 3), nie tylko w projekcie decyzji dotyczącym UPC, lecz również w projektach decyzji dotyczących wszystkich regulowanych operatorów, członków PIKE.
21. Kolejną wątpliwością na gruncie postępowania dowodowego są twierdzenia Prezesa UKE na temat praktyki europejskiej w zakresie symetrycznej regulacji dostępu do kabli telekomunikacyjnych. Twierdzenia te Prezes UKE wywodzi z prezentacji przygotowanej przez przedstawicieli regulatora chorwackiego i włoskiego, przedstawionej podczas jednego ze spotkań grup roboczych Organu Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej, a także korespondencji mailowej z chorwackim regulatorem.
22. UPC podziela argumentację PIKE wyrażoną w stanowisku konsultacyjnym dotyczącym projektu decyzji drugoinstancyjnej UPC. Korespondencja mailowa i prezentacja – z natury rzeczy przedstawiająca uogólniony obraz sytuacji – nie mogą ostać uznane za wystarczające dowody na praktykę regulacyjną w jakimkolwiek kraju, który Prezes UKE przywołuje w uzasadnieniu projektowanej decyzji.

II. Niezgodność z art. 139 ust. 1b w zw. z art. 139 ust. 1 i 4 Pt (podstawa prawna decyzji)

23. UPC podziela argumentację wyrażoną w stanowisku konsultacyjnym PIKE, dotyczącą projektowanej decyzji, w zakresie jej niezgodności z art. 139 ust. 1b w zw. z art. 139 ust. 1 i 4 Pt oraz z Europejskim Kodeksem Łączności Elektronicznej. Przepisy te przewidują możliwość regulacji dostępu do infrastruktury, w tym m.in. do okablowania, lecz jedynie wyjątkowo, np. w razie wystąpienia problemów z dostępem do infrastruktury, i z pewnością nie na całym obszarze kraju. Co więcej, przepisy te nakładają obowiązek współkorzystania, czy też współużytkowania infrastruktury (w tym okablowania), względnie zapewnienia możliwości korzystania z infrastruktury (np. kabla), lecz żaden z tych przepisów nie przewiduje możliwości wyłączenia OU, nawet jeśli wyłączenie to miałoby granice czasowe. Taki jednak skutek może mieć projektowana decyzja.
24. Należy przy tym ponownie podkreślić, że **skoro ww. przepisy dotyczą współkorzystania z kabli (ich współużytkowania) – nie nakładają one obowiązku odstępowania kabli na rzecz konkurentów**. Obowiązki w zakresie współkorzystania z kabli (ich współużytkowania) można realizować w praktyce wówczas, gdy jest to technicznie możliwe, czyli np. w przypadku kabli światłowodowych o dwóch lub większej liczbie włókien.
25. Współkorzystanie z kabli koncentrycznych (ich współużytkowanie przez dwóch operatorów) – a z takich kabli zbudowana jest duża część sieci UPC – nie jest technicznie możliwe, co wynika także m.in. z *Analizy CATV* dołączonej do materiały dowodowego (szersza argumentacja w tym zakresie została ujęta powyżej). W związku z tym projektowana decyzja nie powinna obejmować takich kabli. Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, gdy UPC udostępni kabel OK, a następnie – zanim dojdzie do zakończenia umowy danego Abonenta z OK – ten sam Abonent chciałby skorzystać np. z jednej z usług UPC. Czyli po pewnym czasie przestoju może pojawić się popyt na usługi OU tam, gdzie przez pewien czas takiego popytu nie było. W przypadku, gdy UPC udostępni kabel koncentryczny OK, UPC nie będzie już mogła świadczyć żadnych usług Abonentowi.
26. **Prezes UKE, obejmując kable koncentryczne obowiązkiem udostępniania, w istocie nakłada na UPC obowiązek odstępowania kabli konkurentom, a jest to obowiązek nieznaný ustawie.**

III. Naruszenie zasady niedyskryminacji

27. Projektowana decyzja jest niezgodna z zasadą niedyskryminacji, przy wzięciu pod uwagę pozostałych decyzji adresowanych do członków PIKE oraz do Orange Polska S.A. (OPL), co zostało trafnie ujęte w stanowisku konsultacyjnym PIKE.
28. Nawet przy objęciu OPL regulacją w jej dotychczasowym kształcie doszłoby do dyskryminacji członków PIKE względem OPL. Wynika to m.in. z tego względu, że:



- a. stawki za Nadzór i Wizję zostały ustalone w wysokości równej, jak w przypadku stawek ujętych w SOR, podczas gdy ze względu na skalę działalności prowadzonej przez OPL jest jasne, że OPL ponosi niższe koszty m.in. w przypadku czynności Nadzoru i Wizji, choćby z tego względu, że może liczyć na większe rabaty od podwykonawców lub wręcz zrezygnować z konieczności korzystania z usług podwykonawców i stworzyć odpowiednie struktury w ramach własnej organizacji, a ponadto wszelkie koszty działalności prowadzonej przez OPL rozkładają się na większą liczbę Abonentów; stawki za Nadzór i Wizję oparte są o koszty ponoszone przez OPL i zapewniają OPL realną możliwość uzyskania marży, podczas gdy te same stawki – przynajmniej w przypadku UPC – oznaczają wykonywanie czynności Nadzoru i Wizji poniżej ponoszonych kosztów;
 - b. OPL nie zbudowała sieci w oparciu o kable koncentryczne, a w oparciu o kable miedziane (które – w przypadku kabli stosowanych przez OPL – nie zawsze są odpowiednie do realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej, o której mowa w art. 139 ust. 1 pkt 3 Pt, a wówczas już z literalnego brzmienia przepisu wynika, że ich udostępnianie może nie być nim objęte) i kable światłowodowe (które – w przypadku kabli o dwóch lub większej liczbie włókien – można współużytkować, czyli może z nich jednocześnie korzystać dwóch lub więcej operatorów, a zatem współużytkowanie kabli światłowodowych może odbywać się bez uszczerbku dla możliwości świadczenia usług detalicznych przez OPL);
 - c. w taki sam sposób zostały uregulowane zasady dostępu do kabli, z których może korzystać dwóch operatorów jednocześnie (kable światłowodowe o dwóch włóknach), jak i kable, w przypadku których jest to niemożliwe; w ten sposób Prezes UKE dopuszcza się dyskryminację technologiczną, ponieważ w taki sam sposób można regulować technologie, które są porównywalne w zakresie kluczowego parametru – tymczasem kable światłowodowe o dwóch włóknach i kable koncentryczne nie są porównywalne pod względem możliwości ich współużytkowania przez dwóch operatorów; brak możliwości jednoczesnego świadczenia usług przez dwóch operatorów z wykorzystaniem jednego kabla koncentrycznego wynika wprost z Analizy CATV, zaliczonej przez Prezesa UKE do materiału dowodowego (por. pkt 16-21 powyżej),
 - d. na OPL został nałożony obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej i kalkulacji kosztów zgodnie z zasadami określonymi przez Prezesa UKE, więc zasilenie narzędzia do wyznaczania opłat danymi byłoby z pewnością w przypadku OPL prostsze niż w przypadku UPC.
29. W projekcie decyzji zarówno adresowanym do OPL, jak i do UPC, Prezes UKE dopuszcza możliwość, aby w przypadku kabli światłowodowych regulowani operatorzy mogli stosować stawki, jak za dostęp do Lokalnej Pętli Światłowodowej (LPŚ) ujętych w SOR. W przypadku innych kabli operatorzy będą zobowiązani stosować wysoce niedoskonałe i niekorzystne dla operatorów narzędzie do wyznaczania opłat.
30. Powyższa regulacja ma efekt wysoce dyskryminacyjny. Po pierwsze, ze względów wskazanych powyżej, możliwy jest scenariusz, gdy OPL zastosuje wyłącznie stawki jak za dostęp do LPŚ – czyli stawki oparte o jej koszty i zarazem stawki, które realnie zapewniają OPL możliwość uzyskania marży. Po drugie, OPL tym samym uniknie obowiązku zasilania danymi narzędzia do wyznaczania opłat, co samo w sobie wiąże się już z dużymi kosztami, które nie zostaną UPC zwrócone. Po trzecie, wprowadzenie alternatywy w stosunku do narzędzia do wyznaczania opłat samo w sobie jest krokiem w dobrym kierunku, ponieważ narzędzie to – jak szczegółowo uzasadniono w stanowisku konsultacyjnym PIKE – gwarantuje, że opłaty zostaną wyznaczone na poziomie znacznie poniżej ponoszonych kosztów.
31. Sposób wprowadzenia możliwości oparcia się na stawkach zaczerpniętych z SOR powoduje, że UPC jest dyskryminowane względem OPL w dwóch wymiarach:
- a. OPL ma alternatywę (SOR lub narzędzie do wyznaczania opłat) na istotnej części swojej sieci, a UPC nie,
 - b. UPC może stosować SOR jako swoją stawkę nie wiedząc jak została wyliczona, jakie elementy kosztowe uwzględnić i jakie one mają wagi. Jeżeli SOR miałby być stosowany, to tylko w sytuacji, gdyby operator mógł aktywnie uczestniczyć i wpływać na kształt narzędzia kalkulacyjnego stojącego za SOR.
32. Reasumując, wprowadzenie alternatywy w stosunku do narzędzia do wyznaczania opłat jest scenariuszem ze wszech miar pożądanym. Wprowadzenie jednak możliwości stosowania stawek w oparciu o SOR, i to wyłącznie w odniesieniu do kabli światłowodowych, stanowi podwójną dyskryminację UPC względem OPL. **Nawet w razie wyboru stawek, jak za LPŚ, w przypadku kabli światłowodowych, UPC będzie udostępniać kable po stawkach, które dla UPC są znacznie mniej korzystne niż dla OPL.**



IV. Efekt regulacji: ograniczenie konkurencji

33. Należy podkreślić, że realny jest scenariusz, gdy operator zarządzający największą siecią, będzie mógł wykorzystać narzędzie, jaki stanowi projektowana decyzja, w celu praktycznego wywłaszczenia swoich konkurentów świadczących usługi w dużej mierze w oparciu o kable koncentryczne. Operator ten, ze względu na większą skalę prowadzonej działalności, mógłby przekonać Abonenta do zmiany dostawcy usług zaniżonymi cenami, głównie w celu odcięcia UPC (operatora świadczącemu usługi w dużej mierze w oparciu o kable koncentryczne) od takiego Abonenta, czyli od marży detalicznej oraz w celu narażenia UPC na ponoszenie kosztów, które nie zostaną w żaden sposób zrekompensowane.
34. Innymi słowy, operator zarządzający największą siecią w kraju mógłby wykorzystać narzędzie, które stanowią projektowane decyzje (zwłaszcza, że świadczy on usługi zarówno stacjonarne, jak i mobilne) do budowania lub nawet nadużywania pozycji dominującej, o której mowa w art. 9 pkt 4 i 5 u.o.k.i.k. Ma on bowiem możliwość oferowania różnorodnych usług (stacjonarnych i mobilnych jednocześnie) i zarazem może subsydiować skrótnie poszczególne usługi w ramach pakietu oferowanego Abonentom.
35. Ww. operator mógłby następnie uzyskać dostęp do kabla OU, stosującego w dużej mierze kable koncentryczne, uniemożliwiając mu tym samym świadczenie jakichkolwiek usług detalicznych w danym lokalu. Należy przy tym pamiętać, że powszechną praktyką na rynku jest zawieranie z nowymi Abonentami umów na czas określony (2-letni). Zawierając takie umowy operator ten mógłby przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji (art. 9 pkt 5 u.o.k.i.k.²). Projektowane decyzje stwarzają także warunki do oferowania przez niego Abonentom umów, które wymagają przyjęcia przez Abonenta innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy (art. 9 pkt 4 u.o.k.i.k.).
36. Projektowana decyzja, łącznie z projektowanymi decyzjami adresowanymi do innych operatorów, może naruszyć unijne oraz krajowe prawo konkurencji. W szczególności należy zwrócić uwagę na art. 101 ust. 1 TFUE³ i art. 6 ust. 1 u.o.k.i.k.⁴, które zakazują porozumień ograniczających konkurencję. Art. 101 TFUE znajduje zastosowanie do państw członkowskich⁵ w związku z art. 4 ust. 3 TUE⁶, czyli zgodnie z zasadą lojalności.
37. W świetle art. 101 ust. 1 TFUE niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są: wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą mieć wpływ na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego, a w szczególności te, które polegają m.in. na: a) ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji; b) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycji.
38. Mając na uwadze, że projektowana decyzja – łącznie z pozostałymi projektowanymi decyzjami, kierowanymi do OPL i innych regulowanych operatorów – nakazują wyznaczanie cen w oparciu o zaniżone koszty (przykładowo, przewidziany w decyzji mechanizm wyznaczania kosztów nie uwzględnia wszystkich kosztów bezpośrednich, a także nie pozwala na uwzględnienie narzutu kosztów pośrednich jako takich, a wyłącznie w postaci iloczynu tych kosztów i WACC), efekt projektowanych decyzji może być zbliżony do narzucanego przez Prezesa UKE antykonkurencyjnego porozumienia, o którym mowa w art. 101 ust. 1 lit. a TFUE, zakazanego na mocy prawa UE.
39. Co więcej, zastosowanie przez wszystkich regulowanych operatorów stawek jak za dostęp do LPS mogłoby doprowadzić do efektu tożsamego z antykonkurencyjnym porozumieniem ustalającym cenę, gdy tymczasem przedsiębiorcy wobec innych kosztów mogą i powinni stosować samodzielną politykę cenową.
40. Regulacja może także prowadzić do systemowego ryzyka dla konkurencji, gdyż w odniesieniu do znacznej części rynku otwiera możliwość kalkulacji cen w oderwaniu od faktycznych kosztów i zastąpienia jej ceną sztywną, co stanowi efekt antykonkurencyjny. Tu widzimy konieczność konsultacji projektu z organami ochrony konkurencji, jeżeli UKE chciałoby jednak wydać decyzję.

² Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów.

³ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

⁴ Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów.

⁵ G.B. - INNO - B.M C-13/77, Macroton GmbH C-41/90, Job Centre coop. arl C 55/96.

⁶ Traktat o Unii Europejskiej.



UPC Polska Sp. z o.o.
Al. „Solidarności” 171, 00-877 Warszawa, Polska

V. Podsumowanie

41. Projekt decyzji drugoinstancyjnej zmienia regulację w zakresie dostępu do kabli UPC w tak niewielkim zakresie, że regulacja ta pozostaje w dalszym ciągu bezzasadna i bezpodstawną. Należy przy tym pokreślić wymiar dyskryminacyjny regulacji. Pomimo, że – wbrew wcześniejszym zapowiedziom – wydanie podobnej decyzji jest planowane w odniesieniu do OPL, regulacja dostępu do kabli nadal rażąco faworyzuje OPL. Po pierwsze, dyskryminacja ze względu na technologię wyraża się w tym, że w przypadku OPL udostępnienie kabla innemu operatorowi nie będzie równoznaczne z jego odstąpieniem na rzecz konkurenta. W przypadku UPC jest inaczej, ponieważ sieć UPC jest w dużej mierze zbudowana w oparciu o kable koncentryczne. Po drugie, dyskryminacja UPC względem OPL ma także wymiar finansowy: OPL ma wybór, w jaki sposób wyznaczy opłaty za dostęp do kabli, a UPC takiego wyboru jest w istocie pozbawiona. Wybór ten jest zresztą złudny – OPL wie, w oparciu o jakie koszty ponoszone przez OPL wyznaczane są stawki w SOR i ma na nie realny wpływ, a UPC jest całkowicie odcięta od możliwości wpływu na te stawki.

Jakub Woźny
radca prawny

Załącznik:

- odpis pełnomocnictwa wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
- odpis pełny z KRS UPC.