

Gdynia, dnia 20 listopada 2019 r.

Multimedia Polska S.A.

ul. T. Wendy 7/9
81-341 Gdynia

L.dh. PU/18/09803

Szanowny Pan

Marcin Cichy

Prezes

Urzędu Komunikacji Elektronicznej

ul. Giełdowa 7/9
01-211 Warszawa

**STANOWISKO KONSULTACYJNE
DOTYCZĄCE PROJEKTU DECYZJI
W SPRAWIE DHRT.WIT.6082.3.2018**

Działając w imieniu Multimedia Polska S.A. (dalej „**Spółka**” lub „**MMP**”), w związku z opublikowanym projektem decyzji w sprawie określenia warunków dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej w zakresie kabli telekomunikacyjnych, przedstawiam stanowisko konsultacyjne Spółki.

(1.) W pierwszej kolejności Spółka wskazuje, że podtrzymuje wszystkie wątpliwości i uwagi zawarte w stanowisku w poprzednich konsultacjach.

(2.) Zwracamy uwagę, że Prezes UKE uzasadniając proponowaną regulację opiera się zasadniczo albo na własnych tezach albo na sporządzonych na zlecenie Prezesa UKE, poza postępowaniem administracyjnym, analizach i ekspertyzach.

(3.) Chodzi tu przede wszystkim o „*Analizę współpracy przedsiębiorstw telekomunikacyjnych w zakresie wykorzystania kabli telekomunikacyjnych w budynkach uwzględniającej kwestie finansowe, usługowe i techniczne oraz prawne wraz z przygotowaniem rekomendacji*” (dalej „**Analiza EY**”).

(4.) W kontekście też w żaden sposób nieuargumentowanych (jak np. kluczowa teza o konieczności zapewnienia jednolitych warunków współpracy) należy przytoczyć obszerny fragment uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2015 r. (sygn. akt III SK 7/14), w którym wskazano, że:

„opisany powyżej problem prawny ma swoje źródło w zauważalnej od lat praktyce działania organu regulacji komunikacji elektronicznej. Polega ona na wydawaniu decyzji w skomplikowanych i istotnych dla uczestników rynku telekomunikacyjnego sprawach w oparciu o – jak oświadczone na rozprawie – „doświadczenie życiowe” Prezesa Urzędu. Kierowanie się doświadczeniem życiowym, a raczej doświadczeniem regulacyjnym, sprawia, że Prezes Urzędu wydaje decyzje zmieniające umowy między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, których rozstrzygnięcie nie zostaje argumentacyjnie w jakikolwiek sposób połączone z materiałem dowodowym zgromadzonym w toku postępowania. Podstawy faktyczne interwencji Prezesa Urzędu zostają wyjaśnione poprzez złożenie oświadczenia wiedzy organu, kształtowanego przez wspomniane doświadczenie regulacyjne, że dane zdarzenia lub okoliczności mają (miały) miejsce. Podstawy analityczne nałożonych obowiązków nie zostają wyjaśnione w ogóle, bądź w sposób tak wybiórczy, że można jedynie domniemywać czym kierował się organ. Prezes Urzędu ogranicza się do zakomunikowania stronom postępowania, że nałożył na nie konkretne obowiązki, ponieważ uznał (bazując na doświadczeniu regulacyjnym), że nałożenie właśnie takich obowiązków jest uzasadnione według jego doświadczenia regulacyjnego. Następnie, na etapie postępowania sądowego, organ regulacji komunikacji elektronicznej wykazuje całkowitą bierność w sferze dowodowej i argumentacyjnej. W przypadku kwestionowania przez przedsiębiorcę w odwołaniu podstaw faktycznych rozstrzygnięcia decyzji, Prezes Urzędu nie wskazuje sądowi dowodów, na których opiera się decyzja.”

(5.) Zdaniem Spółki powyższy cytat oddaje zasadniczy problem w zakresie uzasadnienia proponowanego środka, które sprowadza się do postawienia tez nieznajdujących oparcia w materiale dowodowym.

(6.) Brak materiału dowodowego jest tym bardziej istotny, że mamy do czynienia z bardzo daleko idącą ingerencją w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej, która, co Spółka podkreślała w toku postępowania, funkcjonalnie odpowiada regulacji SMP.

(7.) Oczywistym jest, że regulacja o takim charakterze wymaga wykazania przez Organ spełnienia przesłanek oraz wykazania materiałem dowodowym zasadności projektowanych rozwiązań. Nie może być uznane za wystarczające postawienie niczym niepopartych tez wskazujących na konieczność czy też poprawność proponowanych rozwiązań.



(8.) Powyższe dotyczyć będzie w szczególności zasadniczej przesłanki, tj. proporcjonalności proponowanego środka. Przypomnieć należy, że Prezes UKE w żaden sposób nie przeanalizował ani korzyści ani kosztów związanych z proponowanym rozwiązaniem.

Postawiono przy tym tezę, że proporcjonalność regulacji wynika z tego, iż Prezes UKE w inny sposób nie może ustalić warunków dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej w zakresie kabli telekomunikacyjnych Spółki.

Prezes UKE wskazał jednocześnie, że:

„Wydanie decyzji jest środkiem odpowiednim dla rozwiązania stwierdzonych problemów. Warunki Dostępu nie stanowią nadmiernego obciążenia dla Operatora, gdyż obowiązkiem dostępu są objęte tylko tzw. „wolne zasoby” (kable niewykorzystywane dla własnych potrzeb przez Operatora) i tylko po wykazaniu przez OK przesłanek zobowiązujących OU do zapewnienia dostępu (ekonomiczna nieopłacalność lub techniczna niemożliwość powielenie kabla) (...) wskazywane przez MMP okoliczności (brak występowania sporów, konieczność zbadania konkurencji na obszarach działania MMP) nie stanowią przesłanek do wydania decyzji w trybie art. 139 ust. 1b Pt, a obowiązek zapewnienia dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej jest obowiązkiem ustawowym Operatora. W ocenie Prezesa UKE, tylko określenie Warunków Dostępu w drodze decyzji skutecznie przyczyni się do upowszechnienia usługi dostępu do kabli oraz do skutecznego egzekwowania obowiązków z art. 139 Pt”.

(9.) Spółka wskazywała już na inne możliwości, takie jak tzw. miękkie regulacje (rekomendacje, stanowiska, etc.) stosowane przez Prezesa UKE czy też poprzestanie na rozwiązywaniu ewentualnych sporów w zakresie dostępu do infrastruktury.

(10.) Niezależnie od powyższego w dalszym ciągu decyzja nie zawiera żadnych rozważań natury faktycznej w zakresie skali korzyści wynikających z regulacji oraz kosztów jej wdrożenia. Prezes UKE pomija bowiem niezasadnie wątek kosztów związanych z implementacją decyzji, związanych z zapewnieniem gotowości do jej wykonywania (jak już Spółka wskazywała, ewentualne zaniechania w tym zakresie zagrożone są karą pieniężną w wysokości do 3% przychodu).

(11.) Spółka wskazuje również (podtrzymując w tym zakresie konsekwentnie prezentowane stanowisko), że w jej ocenie decyzja pozostaje niewykonalna z uwagi na brak możliwości zasilenia odpowiednimi danymi narzędzia służącego wyliczeniu opłat za korzystanie z kabla.

(12.) O ile bowiem warunki dostępu pozwalają na stworzenie cenników (bez konieczności każdorazowego korzystania z narzędzia), to podstawą tychże cenników powinny być opłaty ustalone z wykorzystaniem narzędzia. Jednocześnie różnorodność w zakresie budynków wielorodzinnych nie pozwala na ustalenie jednej kategorii opłat.

- (13.) Co istotne, źródłem samego narzędzia jak i innych kluczowych ustaleń jest Analiza EY.
- (14.) Mając świadomość otwartego katalogu środków dowodowych na gruncie procedury administracyjnej należy wskazać, że środki nieprzewidziane wprost w kpa nie powinny zastępować dowodów ustawowych. Dotyczy to w szczególności aktów administracyjnych stanowiących tak istotną ingerencję w wolność gospodarczą.
- (15.) Spółka podkreśla, że autorzy Analizy EY występują niejako jako biegli, przy czym stronie nie zostały gwarantowane uprawnienia procesowe związane z tego rodzaju dowodem.
- (16.) Spółka za zdziwienie odnotowuje, że Prezes UKE w dalszy ciąg nie wyjaśnił przyczyn, dla których w ramach postępowania nie powołano biegłego celem dokonania tych ustaleń, których źródłem jest finalnie Analiza EY.
- (17.) Podsumowując, w ocenie Spółki przy takich brakach w zakresie ustaleń faktycznych brak podstaw do wydania decyzji, niezależnie od rozwiązań szczegółowych zawartych w załącznikach do Decyzji.

PREZES ZARZĄDU

Andrzej Rogowski