

Wysogotowo, dnia 11 lutego 2019 roku

Sz. P. Marcin Cichy

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej

ul. Giełdowa 7/9

01-211 Warszawa

Dot. DHRT.WIT.6082.5.2018

Stanowisko konsultacyjne

W nawiązaniu do ogłoszenia Prezesa UKE o konsultacjach projektu decyzji (dalej „Projekt”) w przedmiocie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej INEA S.A. (dalej również „Spółka” lub „INEA”), w zakresie kabli telekomunikacyjnych, o których mowa w art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t. j. Dz. U. z 2018 r. Poz. 1954 ze zm.; dalej „Pt”), Spółka przedstawia swoje stanowisko konsultacyjne, wnosząc o jego uwzględnienie.

Stanowisko Spółki składa się z trzech części obejmujących:

- 1) uwagi odnośnie zasadności wydania decyzji w stosunku do Spółki;
- 2) uwagi odnośnie nałożenia na Spółkę obowiązków regulacyjnych z rynku 3a pomimo braku uznania Spółki za podmiot o znaczącej pozycji rynkowej;
- 3) uwagi odnośnie proponowanego modelu rozliczeń za dostęp do infrastruktury;

Ad. 1) zasadność wydania decyzji z art. 139 ust. 1b Pt wobec Spółki

Zgodnie z art. 139 ust. 1a Pt, Prezes UKE może wezwać przedsiębiorcę telekomunikacyjnego do przedstawienia informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu, o którym mowa w art. 139 ust. 1 Pt, a następnie stosownie do art. 139 ust. 1b Pt, po przedstawieniu tychże informacji, Prezes UKE, kierując się potrzebą zapewnienia skutecznej konkurencji, może, w drodze decyzji, określić warunki zapewnienia dostępu, o którym mowa w ust. 1.

Przy wykładni przesłanki „zapewnienia skutecznej konkurencji” należy brać pod uwagę wymogi wynikające z konstytucyjnej zasady swobody działalności gospodarczej oraz zasady proporcjonalności. Zasada wolności

Dobrzy ludzie od internetu

gospodarczej „obejmuje (...) wolność wyboru działalności gospodarczej oraz wolność wykonywania danej działalności gospodarczej” (wyr. TK z 26 kwietnia 1999 r., sygn. K 33/98, OTK 1999/4/71). Jakkolwiek wolność działalności gospodarczej nie ma absolutnego charakteru, to jednak jej ograniczenie jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny (art. 22 Konstytucji). W wyroku z 17 grudnia 2003 r. (sygn. SK 15/02, OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 103) Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „*Odwołanie się do kategorii interesu publicznego w art. 22 Konstytucji nie oznacza więc pozostawienia ustawodawcy swobody w określaniu rodzaju chronionego interesu. Przy ustaleniu jego zawartości muszą być brane pod uwagę inne regulacje konstytucyjne, a także hierarchia wartości wynikająca z koncepcji demokratycznego państwa prawnego. Niewątpliwie do kategorii interesu publicznego zaliczyć należy te wartości, które są wskazywane w art. 31 ust. 3 Konstytucji (...)*”. Wprowadzone przez ustawodawcę ograniczenie wolności działalności gospodarczej może zostać uznane za konstytucyjnie dopuszczalne wówczas, gdy jest uzasadnione potrzebą ochrony innych konstytucyjnych wartości (dookreślają je postanowienia art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz inne normy konstytucyjne, na przykład art. 74 Konstytucji) i tylko ze względu na „ważny interes publiczny”. Wskazuje to na potrzebę respektowania zasady proporcjonalności, według której użyte przez ustawodawcę środki powinny pozostawać w odpowiedniej proporcji do zamierzonego rezultatu.” (wyr. TK z 26 marca 2007 r., sygn. K 29/06, OTK-A 2007/3/30).

Reasumując, konstytucyjne przesłanki pozwalające na ograniczenia swobody prowadzenia działalności gospodarczej obejmują:

- a) konieczność wprowadzenia ograniczeń w drodze ustawy,
- b) uzasadnienie wprowadzenia ograniczeń ważnym interesem publicznym,
- c) proporcjonalność wprowadzanych ograniczeń,
- d) nienaruszalność istoty wolności gospodarczej na skutek wprowadzenia ograniczeń.

Powyższe przesłanki powinny być również brane pod uwagę przy wykładni zakresu kompetencji Prezesa UKE do ustalenia warunków dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej INEA, w tym kabli telekomunikacyjnych, w zakresie wskazanym w art. 139 ust. 1 Pt. Należy bowiem mieć na względzie, że na skutek wydania przedmiotowej decyzji, swoboda prowadzenia działalności gospodarczej przez INEA dozna istotnych ograniczeń poprzez prawny obowiązek zawierania umów na warunkach nie gorszych, aniżeli wynikające z decyzji Prezesa UKE (art. 139 ust.1c Pt). W konsekwencji kodeksowa swoboda zawierania umów przez INEA jest ograniczona przede wszystkim w zakresie swobody kształtowania treści czynności prawnej (w różny sposób przez przepisy prawne ograniczana), ale też wpływa na autonomię INEA, w zakresie nawiązywania i rozwiązywania stosunków cywilnoprawnych.

Tym samym, Prezes UKE powinien podejmować działania wyłącznie w takim wypadku, gdy w drodze swobodnej działalności przedsiębiorców i gry rynkowej nie jest wypełniona przesłanka zapewnienia skutecznej konkurencji. Tymczasem w przypadku INEA powyższa przesłanka jest spełniona bez potrzeby ingerencji Prezesa UKE co zostanie wykazane poniżej.

W pierwszej kolejności należy wziąć pod uwagę, że INEA działa przede wszystkim na obszarach o dużej gęstości zaludnienia, gdzie z reguły działa co najmniej kilku operatorów infrastrukturalnych, a na rynku detalicznym panuje zaostzona konkurencja. Praktycznie cały obszar działalności INEA spełnia wymogi, jakie Prezes UKE określił w decyzjach dla rynków 3a i 3b, jako wymogi potwierdzające istnienie skutecznej konkurencji. Tym samym, już tylko z tego względu wątpliwe jest podejmowanie władczych działań dla obszarów, które cechuje wysoka konkurencyjność rynku. Potwierdzeniem powyższej tezy są projekty decyzji deregulacyjnych dla rynków 3a i 3b, które przewidują deregulacje w 16 gminach w Wielkopolsce dla rynku

Dobrzy ludzie od internetu

3b oraz 3 gminach dla rynku 3a. Obszary te praktycznie wyczerpują zasięg sieci INEA, co jasno dowodzi, że Spółka działa na obszarach o wysokim stopniu konkurencji, gdzie istnieje duża liczba operatorów infrastrukturalnych, a mechanizmy rynkowe skutecznie zapewniają maksymalny dobrobyt dla użytkowników końcowych.

Dodatkowo trzeba również mieć na względzie działania INEA na tym rynku i ich skutki, których ocena wprost dowodzi, że nie istnieje jakakolwiek potrzeba zapewnienia skutecznej konkurencji w zakresie dostępu do infrastruktury budynkowej Spółki, a tym samym przesłanki dostępu warunkujące wydanie decyzji z art. 139 ust. 1b Pt nie są spełnione.

Spółka od czasu rozpoczęcia modernizacji swojej sieci do standardu sieci światłowodowej FTTH postawiła na zasadę otwartego dostępu do sieci, która ma prowadzić do jak najszerzego wykorzystywania zasobów INEA zarówno w oparciu o usługi detaliczne, jak i usługi hurtowe.

INEA oferuje operatorom zarówno usługi pasywne obejmujące kanalizację, backhaul, w tym dostęp do ciemnych włókien oraz usługę dostępu do LPŚ budynkowej, jak i usługi aktywne, odpowiednik usługi BSA, umożliwiające odbiór sygnału z sieci INEA i oferowanie, w oparciu o dany produkt hurtowy, usług detalicznych dla abonentów (użytkowników końcowych), który to zakres współpracy hurtowej został ujawniony Prezesowi UKE w niniejszym postępowaniu oraz w pismach przekazanych w odpowiedzi na wezwania organu.

Dane przekazane Prezesowi UKE dobitnie dowodzą, że bez potrzeby administracyjnej ingerencji Spółka wypracowała efektywne mechanizmy współpracy rynkowej w zakresie dostępu do infrastruktury światłowodowej INEA. Tym samym, nie może być mowy, aby w przypadku INEA istniała potrzeba zapewnienia skutecznej konkurencji poprzez władcze określenie ramowych warunków dostępu do infrastruktury kablowej Spółki w zakresie wynikającym z art. 139 ust. 1 Pt.

INEA podkreśla, że nawet, jeżeli powyższe zasady otwartego dostępu nie zyskają aprobaty podmiotu wnioskującego o dostęp, Prezes UKE zachowuje swoją kompetencje do rozstrzygnięcia potencjalnego sporu. Biorąc pod uwagę, że jak dotychczas stosowane przez Spółkę warunki nie zrodziły takich sporów, w ocenie INEA interwencja organu mogłaby być potrzebna jedynie sporadycznie, w zupełnie wyjątkowych przypadkach.

Na koniec wreszcie INEA wskazuje, że oceniając rozwiązania przyjęte w Projekcie należy uznać, że warunki proponowane przez Prezesa UKE są istotnie gorsze, aniżeli obecna oferta komercyjna INEA, a ich stosowanie będzie niosło za sobą bardzo wysokie koszty. W tym kontekście, INEA stoi na stanowisku, że potencjalne wydanie przedmiotowej decyzji nie tylko nie ułatwi współpracy i nie zmniejszy liczby sporów, ale potencjalnie może pogorszyć sytuację operatorów korzystających, a także istotnie zwiększyć koszty INEA, która dążąc do maksymalizacji swojej sprzedaży hurtowej chciałaby dalej oferować obecne usługi i produkty zgodnie z aktualną ofertą Spółki. Zakładamy jednak, że mogą zdarzyć się przypadki w których dany OK będzie chciał zawrzeć umowę na warunkach określonych w Projekcie, a INEA nie będzie mogła odmówić zawarcia takiej umowy. Oznacza to, że Spółka będzie zmuszona stosować dualizm w zakresie warunków współpracy, procesów, a także ponosić bardzo wysokie koszty obsługi i rozliczania zamówień w modelu przygotowanym przez Prezesa UKE. W tym kontekście planowana regulacja nie służy więc celom wskazanym przez Prezesa UKE, ale może je wręcz zniweczyć.

Dobrzy ludzie od internetu

Ad. 2) nałożenie na Spółkę obowiązków regulacyjnych z rynku 3a pomimo braku uznania Spółki za podmiot o znaczącej pozycji rynkowej

Kolejna istotna wątpliwość Spółki dotyczy nałożenia na nią obowiązków w zakresie dostępu do kabli telekomunikacyjnych bez uprzedniej analizy rynku właściwego i nałożenia na INEA obowiązków regulacyjnych ex ante obejmujących co najmniej obowiązek zapewnienia dostępu oraz obowiązek stosowania oferty ramowej.

Należy podkreślić, że zgodnie z definicją zamieszczoną w Projekcie, INEA jest obowiązana do oferowania OK na warunkach nie gorszych niż określone w Projekcie dostępu do kabla telekomunikacyjnego tj. kabla w budynku aż do zlokalizowanego w budynku lub poza nim punktu jego połączenia z publiczną siecią telekomunikacyjną, za pośrednictwem którego są lub mogą być świadczone usługi telekomunikacyjne (w tym także kabel niedoprowadzony do lokalu abonenta).

Powyższy obowiązek jest tożsamy z obowiązkiem z art. 34 Pt jaki w Decyzji z dn. 30 grudnia 2010 r. znak DART-SMP-6060-2/10(57) Prezes UKE nałożył na Orange Polska S.A. W punkcie IV.1 lit. a tiret piąty, Prezes UKE nałożył na Orange Polska S.A. obowiązek: „zapewnienia dostępu do całości lub części segmentu zakończeń sieci dostępowej (odcinka łączącego lokale użytkowników końcowych z pierwszym punktem, w którym możliwe jest uzyskanie dostępu przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego wnioskującego o dostęp), w tym do całości lub części kabla rozprowadzonego w budynku lub jego ekwiwalentu będącego własnością Telekomunikacji Polskiej S.A.”. Spółka wnosi o załączenie przedmiotowej decyzji do akt postępowania.

Porównanie zakresu dostępu określonego w Projekcie z dostępem nałożonym na Orange Polska S.A. wskazuje, iż zakres ten jest w pełni tożsamy. Powyższy wniosek potwierdza też analiza oferty ramowej SOR Orange Polska, która określa architekturę usługi LLU dla sieci FTTx. Zgodnie z ofertą SOR Lokalne Pętla Światłowodowa jest definiowana następująco: „fragment połączenia światłowodowego zrealizowanego w technologii FTTH obejmującego odcinek od Zakończenia Sieci do pierwszego ODF poprzedzającego wielokrotniające urządzenie pasywne (Splitter optyczny).” Tym samym określenie minimalnych warunków dostępu do kabli światłowodowych INEA stanowi nałożenie na Spółkę co najmniej dwóch obowiązków regulacyjnych tj. obowiązku dostępu z art. 34 Pt oraz obowiązku stosowania oferty ramowej z art. 42 Pt. Podejście takie jest jednak wprost sprzeczne z zakazem wynikającym z art. 8 ust. 3 Dyrektywy o dostępie, który stanowi, iż nie naruszając:

- przepisów art. 5 ust. 1 oraz art. 6 Dyrektywy o dostępie
- przepisów art. 12 oraz 13 dyrektywy 2002/21/WE (Dyrektywy ramowej), wymogu nr 7 z części B Załącznika do dyrektywy 2002/20/WE (Dyrektywy o zezwoleniach), stosowanego na mocy art. 6 ust. 1 wspomnianej dyrektywy, oraz art. 27, 28 i 30 dyrektywy 2002/22/WE (Dyrektywy o usłudze powszechnej), a także stosownych przepisów dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (Dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej), które nakładają obowiązki na przedsiębiorstwa inne aniżeli te, które zostały wskazane jako posiadające znaczącą pozycję rynkową, albo
- zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego,

krajowe organy regulacyjne nie będą nakładały obowiązków określonych w art. 9-13 na operatorów, którzy nie zostali wskazani jako operatorzy SMP.

Dobrzy ludzie od internetu

Podkreślić należy, że obowiązek z art. 139 ust. 1b Pt jest obowiązkiem dalej idącym, aniżeli obowiązek określony w art. 12 Dyrektywy ramowej, a tym samym nie można mówić o stosowaniu wyjątku od powyższego zakazu, który jest dopuszczony przez Dyrektywę o dostępie.

Pośrednim potwierdzeniem powyższych twierdzeń jest okoliczność, iż postępowania w sprawie dostępu do kabli budynkowych nie jest prowadzone wobec spółki Orange Polska S.A. Gdyby dostęp określony w Projekcie nie pokrywał się z dostępem nałożonym na Orange Polska S.A. w przywołanej powyżej decyzji z dn. 30 grudnia 2010 r. to wobec Orange Polska S.A. również prowadzone byłoby postępowanie z art. 139 ust. 1b Pt w sprawie określenia warunków dostępu. Postępowanie takie nie jest prowadzone, gdyż obecnie warunki te są określone w ofercie ramowej SOR. Tym samym chociażby z zestawienia tych okoliczności jasno wynika, że Prezes UKE w projektowanej decyzji nakłada na INEA obowiązki ex ante. Oczywiście zakres tych obowiązków jest węższy, aniżeli zakres obowiązków nałożonych na Orange Polska S.A. (nie obejmując chociażby usługi backhaul), co jednak nie zmienia faktu, iż nawet przy takim węższym zakresie obowiązków nałożony na INEA należy uznać za obowiązek regulacyjny mieszczący się w zakresie obecnego rynku 3a (wcześniej rynku nr 4) zgodnie z Zaleceniem KE o którym mowa w art. 19 ust. 2 Pt.

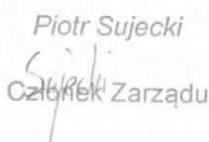
Ad. 3) uwagi odnośnie proponowanego modelu rozliczeń za dostęp do infrastruktury;

Spółka pragnie podkreślić, że proponowana formuła rozliczeń jest całkowicie nieadekwatna dla współpracy międzyoperatorskiej, kosztochłonna i jej stosowanie w praktyce będzie istotnie utrudniać współpracę.

Należy podkreślić, że zaproponowany model jest typowym modelem teoretycznym, który w przypadku dwóch, czy trzech budynków w zasobach operatora byłby być może możliwy do stosowania po koniecznych modyfikacjach, wynikających chociażby ze stosowanej technologii. Jednakże w przypadku szerokiej skali współpracy hurtowej, tak jak ma to miejsce w przypadku INEA, stosowanie takiego modelu rozliczeń wiąże się z bardzo wysokimi kosztami, zwłaszcza w przypadku budynków w których instalacje wewnątrzbudynkowe zostały wykonane dawno temu. Podkreślić należy, że Spółka nie posiada i nie jest zobowiązana do posiadania zinwentaryzowanych danych, którymi może zasilić proponowany przez Prezesa UKE model rozliczeń. Tym samym w każdym przypadku przed ustaleniem opłaty niezbędna byłaby długotrwała wizja techniczna mająca na celu zebranie danych do modelu i jego zasilenie poprawnymi danymi.

Na zakończenie Spółka wskazuje, że podobnie jak w przypadku dostępu do kanalizacji zasadne wydaje się przeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego. W przypadku decyzji dotyczącej dostępu do kanalizacji, Prezes UKE nie przeprowadził tego postępowania co niesie za sobą istotne ryzyko uchylecia powyższej decyzji. W przedmiotowej sprawie, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że określenie warunków dostępu stanowi de facto nałożenie obowiązków z art. 34 i 42 Pt, przeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego wydaje się niezbędne.


Członek Zarządu
Eugeniusz Grzybek


Piotr Sujecki
Członek Zarządu

Dobrzy ludzie od internetu