

Warszawa, dnia 8 lutego 2019 r.

ID KIKE: 69-GRAP/2019

Marcin Cichy
Prezes
Urzędu Komunikacji Elektronicznej
ul. Giełdowa 7/9, 01-211 Warszawa

Stanowisko konsultacyjne dotyczące projektów decyzji w sprawie sygn.
DR.SMP.6040.1.2019, DR.SMP.6041.1.2019

Działając w imieniu Krajowej Izby Komunikacji Ethernetowej („KIKE” lub „Izba”) w związku z rozpoczęciem w dniu 10 stycznia 2019 roku przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) konsultacji projektów:

- 1) decyzji nakładającej, utrzymującej i zmieniającej obowiązki regulacyjne nałożone na Orange Polska S.A. (dalej „OPL”) na hurtowym rynku usługi lokalnego dostępu w stałej lokalizacji nr DR.SMP.6040.1.2019 („Decyzja Regulacyjna”),
- 2) decyzji stwierdzającej występowanie skutecznej konkurencji na 51 obszarach gminnych określonych w decyzji, na hurtowym rynku usługi lokalnego dostępu w stałej lokalizacji nr DR.SMP.6041.1.2019 („Decyzja Deregulacyjna”)

niniejszym składam poniższe stanowisko Izby.

Dokładna analiza projektów Decyzji Regulacyjnej oraz Decyzji Deregulacyjnej (łącznie „konsultowane decyzje”) wskazuje, że zawierają one wiele błędnych ustaleń (często wzajemnie sprzecznych). Izba pragnie zwrócić przede wszystkim na uchybienia związane z naruszeniem przepisów telekomunikacyjnych lub dokonaniem błędnych ustaleń stanu faktycznego:

1. konsultowane decyzje zostały przygotowane z naruszeniem art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Pt) w zakresie błędnego ustalenia udziałów

rynkowych OPL na 51 hurtowych rynkach geograficznych usługi lokalnego dostępu w stałej lokalizacji („rynek 3a”) podlegających deregulacji,

2. konsultowana Decyzja Regulacyjna została opracowana z naruszeniem art. 24 w zw. z art. 34 Pt poprzez niewprowadzenie obowiązku dobudowywania odcinka łącza abonenckiego w budynku, w którym OPL posiada swoją sieć.

3. konsultowane decyzje nie biorą pod uwagę przewagi konkurencyjnej OPL jak ekonomia skali czy ekonomia zakresu i ich wpływu na 51 deregulowanych rynkach geograficznych.

Jednocześnie KIKE popiera propozycję Prezesa UKE zmiany obowiązku regulacyjnego w zakresie kalkulacji kosztów z art. 40 Pt (koszty poniesione) na art. 39 Pt (koszty uzasadnione).

1. W konsultowanych projektach decyzji Prezes UKE dokonał analizy rynku 3a i uznał, że na terenie całego kraju (z wyjątkiem 51 gmin) nie występuje skuteczna konkurencja i konieczne jest utrzymanie pozycji znaczącej OPL a także utrzymanie lub zmiana obowiązków regulacyjnych. Jednocześnie Prezes UKE uznał, że na 51 rynkach geograficznych OPL nie posiada już znaczącej pozycji rynkowej i zniósł na nich obowiązki regulacyjne dla OPL.

Izba pragnie zwrócić uwagę, że Prezes UKE w prowadzonej przez siebie analizie rynku 3a popełnił kilka istotnych błędów, które wpłynęły na wynik analizy.

Przede wszystkim błędnie został ustalony rynek produktów detalicznych co spowodowało sztuczne obniżenie udziału w rynku OPL. W zakresie produktowym Prezes UKE wskazał, że usługi detaliczne podlegające badaniu to wyłącznie usługi transmisji danych i dostępu do Internetu. Pominięte zostały za to usługi głosowe co powoduje, że decyzję tę nie można uznać za zastępującą decyzję regulacyjną z dnia 30 grudnia 2010 r. sygn. DART-SMP-6040-2/10 (52). Brak jest bowiem tożsamości rynków detalicznych, gdyż w decyzji z 2010 r. usługa głosowa była również brana pod uwagę. Z kolei skutkiem przyjętego przez Prezesa UKE takiego rozstrzygnięcia jest usunięcie z analizy rynkowej wszystkich pętli lokalnych OPL, na których z woli abonenta nie są świadczone usługi dostępu do sieci Internet (a jedynie sam głos). Z treści uzasadnienia konsultowanych decyzji wynika bowiem, że łącza abonenckie na których świadczona jest jedynie usługa głosowa, choćby były one w technologii FTTH, nie są brane pod uwagę, choć podlegają one później regulacjom hurtowym.

Kolejnym błędem jest ograniczenie badanego rynku wyłącznie do lokali mieszkalnych. Tymczasem zarówno decyzja z dnia 30 grudnia 2010 roku sygn. DART-SMP-6040-2/10(52), jak też oferta ramowa SOR dla OPL nie wprowadzają takiego ograniczenia. Również Zalecenie Komisji Europejskiej z 2014 r. w sprawie rynków właściwych („Zalecenie KE”) jak też Nota wyjaśniająca do Zalecenia KE nie wprowadzają ograniczenia regulacyjnego dla lokali mieszkalnych. Również sama Decyzja Regulacyjna w swojej sentencji nie ogranicza się do zapewnienia dostępu do lokali mieszkalnych. Oznacza to, że Prezes UKE dokonał sztucznego zawężenia badanego rynku 3a. Jest to o tyle istotna wada, gdyż jak sam Prezes UKE wskazał

w konsultowanych decyzjach, lokale mieszkalne to głównie domena operatorów telewizji kablowych TVK (pkt 2.3.5 uzasadnienia Decyzji Regulacyjnej str. 34). Oznacza to, że pominięte w analizie rynkowej lokale biurowe i inne użytkowe to domena operatorów tradycyjnych, w tym właśnie OPL. Przy okazji należy zwrócić uwagę, że Prezes UKE dokonał kolejnego zawężenia badanego rynku detalicznego ograniczając go do usług świadczonych konsumentom (pkt 2.2.2 uzasadnienia Decyzji Regulacyjnej). Tymczasem konsument w polskim prawie telekomunikacyjnym nie jest tożsamy z konsumentem w Zaleceniu KE i Nocie Wyjaśniającej, gdzie wskazane jest, że konsumentem może być również osoba prawna, a więc klient biznesowy). Zgodnie z art. 2 pkt 18 Pt, konsument to wyłącznie osoba fizyczna i tak należy tłumaczyć przeprowadzone przez Prezesa UKE badania rynku 3a. W ten sposób z analizy rynkowej usunięto klientów biznesowych OPL, których, wg Izby, udział rynku jest znacznie wyższy niż klientów biznesowych TVK. Co więcej, często w budynkach mieszkalnych znajdują się biura lub nawet sklepy (te ostatnie zwłaszcza na parterze) i w ten sposób ci abonenci OPL również nie byłoby brani pod uwagę. KIKE pragnie podkreślić że klienci biznesowi są ważnym elementem rynku detalicznego i generują duże przychody, zarówno ze względu na ich ilość jak i wysokość ponoszonych przez nich opłat abonamentowych ze znacznie większą przepływnością danych niż u klientów indywidualnych. Pominięcie ich całkowicie wypacza obraz rynku.

Kolejny błąd w analizie rynkowej, zdaniem Izby, to niekonsekwencja w zakresie traktowania sieci koncentrycznych TVK (HFC). Z jednej strony są one brane pod uwagę przy analizie rynku detalicznego, dzięki czemu na 51 gminach stwierdza się stan konkurencji uzasadniający deregulację. Z drugiej strony sieci HFC nie bierze się pod uwagę przy analizie rynków hurtowych, wskazując, że z przyczyn technicznych, nie są one substytutami tradycyjnych pętli lokalnych. W efekcie tego zidentyfikowane przez Prezesa UKE rynki hurtowe na obszarach zderegulowanych w 80-90% składają się wyłącznie z pętli lokalnych sieci OPL. Powoduje to, że dla członków KIKE i innych operatorów alternatywnych niż TVK na zderegulowanych hurtowych rynkach lokalnych powstanie monopol OPL na rynku hurtowym. Praktycznie żaden z tych operatorów nie będzie mógł korzystać z żadnej innej sieci niż OPL. Szansa na to, że operatorzy ci będą mieli w tych obszarach własne sieci jest nikła, gdyż jak wskazał sam Prezes UKE większość sieci w tych obszarach to HFC. Deregulacja tych hurtowych rynków lokalnych będzie oznaczała, że OPL będzie dyktować komercyjne ceny za dostęp do swoich pętli lokalnych lub nawet odmówi świadczenia tej usługi. W tym względzie Izba zwraca uwagę, że nawet wg samego Prezesa UKE dotychczasowa cena za LLU w sieci OPL była zbyt wysoka, aby korzystały z niej inne podmioty niż Netia (99%). Wprowadzenie stawek komercyjnych, w opinii KIKE, spowoduje zaniknięcie tej usługi na rynkach zderegulowanych. W efekcie tego na tych rynkach lokalnych zapanują duopole OPL i poszczególnych operatorów TVK. Zdaniem KIKE z tego powodu sieci HFC powinny zostać usunięte z analizy rynku detalicznego, skoro usuwa się je z regulacji rynku hurtowego.

Poważne wątpliwości Izby budzą również przyjęte przez Prezesa UKE kryteria wyróżnienia rynków lokalnych na stronie 40 Decyzji Regulacyjnej i stronie 32 Decyzji Deregulacyjnej.

Teoretycznie Prezes UKE wskazuje, że kryteria 1 i 3 są kryteriami infrastrukturalnymi. Tymczasem kryterium nr 1 (co najmniej trzech operatorów świadczących usługi na danym obszarze) i kryterium nr 3 (65% lokali obsługiwanych przez co najmniej 3 operatorów) może obejmować również operatorów świadczących usługi za pomocą sieci OPL w ramach regulacji LLU czy BSA. Co więcej treść kryterium nr 2 wskazuje, że całość analizy ma podłoże usługowe a nie infrastrukturalne. Chodzi tu o wskazanie, że co najmniej 40% klientów dostępu do sieci Internet to klienci OPL. Tymczasem podstawą powinna być ilość abonentów przyłączonych do sieci OPL, a nie klientów korzystających z usług OPL. Różnica jest taka, że abonenci np. Netii przyłączeni do sieci OPL są uwzględniani jako przykład konkurencji na rynku podczas gdy mogą to być abonenci korzystający z regulowanych usług BSA i LLU. W ten sposób skuteczna regulacja hurtowego rynku lokalnego w zakresie LLU z 2010 roku byłaby powodem deregulacji i powrotu do sytuacji, gdzie OPL posiada znaczącą pozycję rynkową na badanym obszarze. Aby uzyskać prawdziwy obraz rynku lokalnego należy brać pod uwagę ilość abonentów przyłączonych do sieci OPL, w tym również tych korzystających z usług regulowanych.

Zastrzeżenia KIKE budzi również kwestia obliczeń z kryteriów nr 3 i 4 w zakresie ilości lokali (mieszkalnych czy wszystkich) z dostępem do co najmniej 3 operatorów i ilości lokali bez dostępu do stacjonarnej sieci Internet. Zdaniem Izby Prezes UKE wziął pod uwagę tylko lokale mieszkalne co sztucznie zawyżyło procent lokali z dostępem do co najmniej trzech operatorów. Ponadto nie wiadomo czy Prezes UKE brał pod uwagę operatorów świadczących usługi w tych budynkach czy tylko posiadających w ich pobliżu węzły. Jak już wcześniej wskazano, możliwa jest też sytuacja, gdzie w danym budynku jest tylko jeden operator OPL, a dwóch pozostałych świadczy w budynku usługi na podstawie usług hurtowych BSA lub LLU. Deregulacja takiego rynku nie ma sensu, bo powoduje automatyczną remonopolizację przez OPL.

2. Poważne zastrzeżenia KIKE budzi brak obowiązku po stronie OPL doprowadzenia do lokalu odcinka pętli lokalnej, jeśli OPL posiada sieć w danym budynku, ale nie do wszystkich lokali. Obecnie Prezes UKE projektuje regulację nakazującą sześciu innym operatorom udostępnianie kabli w budynkach na podstawie art. 139 Pt. Wśród obowiązków nakładanych na tych operatorów jest również obowiązek doprowadzania kabli do poszczególnych lokali. Prezes UKE nie wprowadzając dla OPL obowiązku przygotowania oferty z art. 139 ust. 1b Pt, argumentował, że jest to zbędne z uwagi na obowiązek OPL do zapewnienia LLU.

W efekcie tego dojdzie do sytuacji, gdzie sześciu operatorów alternatywnych będzie miało obowiązek instalowania kabli do poszczególnych lokali na podstawie art. 139 ust. 1b Pt, a OPL na podstawie projektowanej Decyzji Regulacyjnej nie będzie miała takiego obowiązku. Tymczasem zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 19 czerwca 2014 r. w sprawie C-556/12, organy regulacyjne nakładając obowiązki na rynku LLU mogą nakazać dobudowywanie przyłączy abonenckich do lokali znajdujących się w budynkach okablowanych przez operatora zobowiązanego. Co więcej przywołanie tego wyroku było

jednym z powodów wprowadzenia takiego obowiązku z regulacjach z art. 139 Płt co wskazane zostało w raporcie EY & Dentons „Analiza współpracy przedsiębiorstw telekomunikacyjnych w zakresie wykorzystania kabli telekomunikacyjnych w budynkach uwzględniająca kwestie finansowe, usługowe i techniczne oraz prawne wraz z przygotowaniem rekomendacji”.

Jednocześnie Izba pragnie zwrócić uwagę na niekonsekwencję regulacyjną Prezesa UKE. Jest to związane z tym, że na 51 obszarach gmin zwolnionych w Decyzji Deregulacyjnej OPL w ogólnie nie będzie musiała zapewniać dostępu do swoich kabli wewnątrzbudynkowych. Zachodzi tu więc duża sprzeczność w polityce regulacyjnej Prezesa UKE i dyskryminacja operatorów alternatywnych względem OPL. Izba pragnie wskazać, że jeśli Prezes UKE planuje deregulację usługi LLU to powinien jednocześnie wszcząć w stosunku do OPL postępowanie z art. 139 ust. 1b Płt.

3. Powyższe zarzuty zdaniem Izby wskazują, że Prezes UKE wbrew własnym twierdzeniom w uzasadnieniach konsultowanych decyzji nie badał kwestii ekonomii skali czy barier wejścia na rynek. Deregulacja usługi LLU będzie oznaczała pojawienie się ogromnej bariery dla członków KIKE do rozpoczęcia świadczenia usług na tych obszarach. Nadal występują ogromne problemy z budową własnych sieci, a tym bardziej utrudniony jest dostęp do budynków w celu budowy kolejnych sieci telekomunikacyjnych. Tymczasem jak wskazano wcześniej poza siecią OPL na zderegulowanych obszarach pozostaną głównie sieci HFC, z których członkowie KIKE nie będą mogli korzystać.

Ponadto w zakresie ekonomii skali należy wskazać, że deregulacja OPL w 51 gminach nie oznacza zmniejszenia siły OPL na tych obszarach. Ekonomia skali OPL wyraża się bowiem w jej ogólnokrajowym zasięgu. Tak więc ekonomia skali będzie umacniać pozycję OPL na każdym z obszarów rynku 3a, bez względu na to czy zostanie on uznany za konkurencyjny czy też nie. Co więcej, zdaniem Izby istnieje podejrzenie, że ilość abonentów OPL na obszarach zderegulowanych jest wyższa niż ilość abonentów OPL na obszarach w dalszym ciągu podlegających regulacjom. Deregulacji podlegają bowiem obszary miejskie o największej ilości abonentów i przynoszące najwięcej dochodów, co znacząco pogorszy możliwości członków KIKE do konkurowania z OPL na obszarach w dalszym ciągu podlegającymi regulacji. OPL będzie mogła sobie bowiem rekompensować wyższe koszty na obszarach regulowanych wysokimi dochodami z obszarów zderegulowanych. Operatorom alternatywnym pozostaną do wykorzystania tereny trudne pod względem znalezienia abonenta i o mniejszych dochodach.

Oznacza to, że deregulacja 51 gmin będzie miała więc wymiar ogólnokrajowy i wpłynie negatywnie za rozwój konkurencji zarówno na rynkach zderegulowanych jak i nadal regulowanych.

4. Izba po dokładnej analizie Decyzji Regulacyjnej popiera nałożenie przez Prezesa UKE na OPL obowiązku kalkulacji uzasadnionych kosztów na podstawie art. 39 Pt w oparciu o metodologię LRIC. Jednym z powodów niskiego zainteresowania usługą LLU była jej wysoka cena oparta na kalkulacji kosztów ponoszonych i w dodatku uwzględniających koszty stałe oraz wspólne. Proponowana nowa kalkulacja kosztów przyczyni się wg Izby do znaczącego obniżenia opłat za usługę LLU, co przyczyni się do szerszego jej wykorzystania i wzrostu konkurencji. W tym zakresie należy skorygować zapis na stronie 71 Decyzji Regulacyjnej, że dotychczasowa cena za usługę LLU była niska.

Izba popiera również zmianę obowiązku dostępu do lokalnej pętli światłowodowej z warunkowego na bezwarunkowy.

Podsumowując powyższe zarzuty i wywody, zdaniem Izby, konieczne jest ponowne zdefiniowanie rynku (rynków) 3a, a także ich ponowna analiza w zakresie wpływu ich regulacji bądź deregulacji na konkurencję na terenie całego kraju.

Ponadto konieczne jest wypełnienie luki regulacyjnej poprzez nałożenie na OPL obowiązku zapewnienia instalacji przyłączy abonenckich zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE oraz regulacjami Prezesa UKE z art. 139 Pt.

Z poważaniem,

Karol Skupień



Prezes Zarządu KIKE