



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
ADAM JASSER

DOK2-0799-10/14/KR

Warszawa, 1 września 2014 r.

Postanowienie

Na podstawie art. 106 § 5 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 267), w związku z art. 25c pkt 1 oraz art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.), w związku z przekazaniem przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej projektu decyzji w sprawie o sygn. akt DART-SMP-6040-1/14(69), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznaje, iż zasadne jest:

- I.** określenie rynku właściwego jako rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na obszarze całego kraju z wyłączeniem obszarów gminnych określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do opiniowanej decyzji;
- II.** ustalenie, że na rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na obszarze całego kraju z wyłączeniem obszarów gminnych określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do opiniowanej decyzji, występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej;
- III.** wyznaczenie Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (zwaną dalej jako „Orange”) jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na obszarze całego kraju z wyłączeniem obszarów gminnych określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do opiniowanej decyzji;
- IV.** nałożenie na Orange Polska S.A. na rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na obszarze całego kraju z wyłączeniem obszarów gminnych określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do opiniowanej decyzji, następujących obowiązków regulacyjnych:
 - 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 sieci oraz udogodnień towarzyszących, celem korzystania z hurtowych usług dostępu szerokopasmowego – zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową – poprzez:
 - a.** zapewnienie dostępu do strumienia bitów (BSA, ang. Bitstream Access) lub innego niefizycznego lub wirtualnego dostępu do usług szerokopasmowej transmisji danych, który realizowany jest przy wykorzystaniu zasobów fizycznych, na wszystkich

poziomach dostępu na zasadach określonych w ofercie ramowej, o której mowa w pkt IV ppkt 7 opiniowanej decyzji, w tym w szczególności zapewnienie hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na poziomie MSAN/OLT, ATM, Ethernet¹, IP Zarządzanego oraz IP Niezarządzanego;

- b.** zapewnienie dostępu (według wyboru przedsiębiorcy telekomunikacyjnego wnioskującego o dostęp) do urządzeń telekomunikacyjnych, punktów dostępowych i węzłów sieci telekomunikacyjnej w celu korzystania z hurtowych usług dostępu szerokopasmowego świadczonych przez Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie na poziomach dostępu, w szczególności na poziomie MSAN/OLT, ATM, Ethernet, IP Zarządzanego oraz IP Niezarządzanego na zasadach określonych w ofercie ramowej, o której mowa w pkt IV ppkt 7 opiniowanej decyzji;
- c.** zapewnienie dostępu (według wyboru przedsiębiorcy telekomunikacyjnego wnioskującego o dostęp) do infrastruktury telekomunikacyjnej, kolokacji oraz innych form wspólnego korzystania z budynków w celu korzystania z hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na każdym poziomie dostępu, w szczególności na poziomie MSAN/OLT, ATM, Ethernet, IP Zarządzanego oraz IP Niezarządzanego na zasadach określonych w ofercie ramowej, o której mowa w pkt IV ppkt 7 opiniowanej decyzji, w tym w szczególności: kabli, masztów, słupów, wież lub powierzchni dachowej, drożnej kanalizacji kablowej, ciemnych włókien światłowodowych oraz innych usług hurtowego (fizycznego) dostępu do infrastruktury sieciowej (w tym dostępu dzielonego lub w pełni uwolnionego) w stałej lokalizacji, które są niezbędne w celu korzystania z hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na wszystkich poziomach dostępu, w szczególności na poziomie MSAN/OLT, ATM, Ethernet, IP Zarządzanego oraz IP Niezarządzanego na zasadach określonych w ofercie ramowej, o której mowa w pkt IV ppkt 7 opiniowanej decyzji;
- d.** zapewnienie połączenia sieci, urządzeń telekomunikacyjnych, udogodnień z nimi związanych oraz wszelkich form korzystania z tych urządzeń i udogodnień, niezbędnych dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych do korzystania z hurtowych usług dostępu szerokopasmowego;
- e.** zapewnienie dostępu do usługi typu backhaul do sieci telekomunikacyjnej Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie na warunkach określonych w ofercie ramowej, o której mowa w pkt IV ppkt 7 opiniowanej decyzji, w celu zapewnienia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego;
- f.** zapewnienie dostępu do nowych produktów hurtowego dostępu szerokopasmowego, opartych na sieci dostępu nowej generacji, co najmniej na 6 (sześć) miesięcy przed wprowadzeniem przez Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie nowych produktów

¹ MSAN (ang. Multi Service Access Node) – wielousługowy węzeł dostępowy.

OLT (ang. Optical Line Termination/Terminal) – węzeł dystrybucyjny kończący linię optyczną.

ATM (ang. Asynchronous Transfer Mode) – dostęp w oparciu o asynchroniczny tryb transmisji pakietowej.

Ethernet – dostęp w oparciu o standardy transmisji pakietowej, należące obecnie do grupy standardów IEEE 802.3x.

detalicznych stanowiących odpowiednik nowych produktów hurtowego dostępu szerokopasmowego w sieci dostępu nowej generacji;

- g.** zakończenie procedury związanej z migracją z technologii miedzianej lub w części światłowodowej do w pełni światłowodowej w terminie 3 (trzech) miesięcy od dnia złożenia wniosku przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego w przypadku, gdy przedsiębiorca telekomunikacyjny, korzystający z hurtowych usług dostępu szerokopasmowego świadczonych w oparciu o technologię miedzianą, złoży wniosek o dostęp do hurtowych usług dostępu szerokopasmowego świadczonych w oparciu o technologię światłowodową, wykorzystywaną przez Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie;
- h.** zapewnienie dostępu do systemu informatycznego, stosowanego przez część hurtową działającą w ramach przedsiębiorstwa Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w celu zamawiania za jego pośrednictwem dostępu telekomunikacyjnego;
- i.** przyznawanie dostępu do interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług;
- j.** zapewnienie funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług;
- k.** zapewnienie możliwości zarządzania obsługą użytkownika końcowego przez uprawnionego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego i podejmowania rozstrzygnięć dotyczących wykonywania usług na jego rzecz;
- l.** prowadzenie negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w dobrej wierze;
- m.** utrzymywanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową, a w szczególności:
 - utrzymywanie uprzednio ustanowionego dostępu na warunkach nie gorszych od dotychczasowych (w szczególności warunkach cenowych, technicznych, jakościowych i ilościowych);
 - obowiązek utrzymywania uprzednio ustanowionego dostępu obejmuje również dostęp do strumienia bitów (BSA) lub innego niefizycznego lub wirtualnego dostępu do usług szerokopasmowej transmisji danych świadczony zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową, który stanowi przedmiot uzasadnionego wniosku przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o ten dostęp, złożonego Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie najpóźniej w dniu wydania opiniowanej decyzji, pod warunkiem, że przedsiębiorca ten nie zrezygnuje z ubiegania się o ten dostęp;
- n.** zapewnienie możliwości zmiany dotychczasowych warunków dostępu na wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego korzystającego z dostępu, o ile istnieją odpowiednie możliwości techniczne;
- o.** zapewnienie możliwości migracji z hurtowego dostępu szerokopasmowego w oparciu o technologię miedzianą lub w części światłowodową do hurtowego dostępu szerokopasmowego w oparciu o technologię w pełni światłowodową;

- p.** zapewnienie możliwości migracji ustanowionego hurtowego dostępu szerokopasmowego do dostępu do uwolnionej lokalnej pętli lub podpętli abonenckiej;
- 2.** obowiązek, o którym mowa w art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia usług hurtowego dostępu szerokopasmowego – zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową – w szczególności przez:
- a.** oferowanie przedsiębiorcom telekomunikacyjnym jednakowych warunków dostępu telekomunikacyjnego w porównywalnych okolicznościach, a także oferowanie im usług na warunkach nie gorszych w szczególności cenowych, jakościowych i ilościowych, niż części detalicznej działającej w ramach przedsiębiorstwa Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie lub w stosunkach z podmiotami zależnymi oraz nie później niż dla części detalicznej działającej w ramach przedsiębiorstwa Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie lub w stosunkach z podmiotami zależnymi, a także udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych dla części detalicznej działającej w ramach przedsiębiorstwa Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie lub w stosunkach z podmiotami zależnymi, w tym nie później niż dla części detalicznej działającej w ramach przedsiębiorstwa Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie lub w stosunkach z podmiotami zależnymi;
 - b.** zapewnienie obsługi realizacji zamówień na usługi i świadczenia tych usług na warunkach nie gorszych niż części detalicznej działającej w ramach przedsiębiorstwa Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie lub w stosunkach z podmiotami zależnymi;
 - c.** zapewnianie usług dodatkowych i innych udogodnień niezbędnych w celu świadczenia usług na rzecz użytkowników końcowych na warunkach nie gorszych niż części detalicznej działającej w ramach przedsiębiorstwa Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie lub w stosunkach z podmiotami zależnymi;
 - d.** opracowanie i wprowadzenie w życie kodeksu praktyk, skierowanego do pracowników Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, określającego zasady zapewnienia niedyskryminującego dostępu do sieci Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, wymienione w opiniowanej decyzji;
 - e.** określenie informacji dotyczących wnioskowania i uzyskania dostępu telekomunikacyjnego, którymi dysponuje część hurtowa działająca w ramach przedsiębiorstwa Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, a które powinny być udostępniane na zasadach niedyskryminacji oraz określenie szczegółowych zasad przyznawania dostępu do tych informacji;
 - f.** zapobieganie wymianie informacji, określonych w pkt IV ppkt 2 lit. e opiniowanej decyzji, pomiędzy pracownikami części hurtowej a pracownikami części detalicznej działających w ramach przedsiębiorstwa Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie;
 - g.** uniemożliwienie dostępu do informacji, określonych w pkt IV ppkt 2 lit. e opiniowanej decyzji, pracownikom części detalicznej przedsiębiorstwa Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, którymi to informacjami posługuje się część hurtowa

przedsiębiorstwa Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, a które nie są na zasadach niedyskryminujących udostępniane innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym;

- h.** udostępnienie i stosowanie systemu informatycznego, służącego do zamawiania dostępu telekomunikacyjnego, w sposób zapewniający równy dostęp do informacji dla wszystkich podmiotów oraz w sposób uniemożliwiający dyskryminujący przepływ niedozwolonych informacji w częściach hurtowej i detalicznej, działających w ramach przedsiębiorstwa Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie lub w stosunkach z podmiotami zależnymi lub innymi podmiotami świadczącymi usługi na zlecenie lub w imieniu Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie;
 - i.** realizację procesów świadczenia usług i sprzedaży produktów hurtowych przez część hurtową działającą w ramach Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w oparciu o odseparowane systemy informatyczne, do których nie mają dostępu inne działy działające w ramach przedsiębiorstwa Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie lub podmioty zależne;
 - j.** zapewnienie dostępu do systemów informatycznych w taki sposób, aby część detaliczna działająca w ramach przedsiębiorstwa Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie lub podmioty zależne nie dysponowały informacjami oraz sposobami pozyskiwania informacji, które nie są dostępne podmiotom wnioskującym o zapewnienie dostępu telekomunikacyjnego;
 - k.** stosowanie, w zakresie realizacji usług na rzecz przedsiębiorców telekomunikacyjnych, kluczowych wskaźników efektywności KPI (ang. Key Performance Indicators), określonych w Załączniku nr 3, stanowiącym integralną część opiniowanej decyzji, liczonych odrębnie dla części detalicznej Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz odrębnie dla poszczególnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych;
- 3.** obowiązek, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na ogłaszaniu lub udostępnianiu 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, w szczególności przez:
- a.** ogłaszanie co najmniej raz na kwartał, na oficjalnej stronie internetowej Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, wartości wskaźników efektywności (KPI), określonych w Załączniku nr 3, stanowiącym integralną część niniejszej decyzji, liczonych odrębnie dla części detalicznej Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz odrębnie dla poszczególnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie realizacji usług na rzecz przedsiębiorców telekomunikacyjnych;
 - b.** udostępnianie zestawienia wartości wskaźników KPI, o których mowa w pkt IV ppkt 3 lit. a opiniowanej decyzji, każdemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu, któremu Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie 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;
- c. stosowanie systemu informatycznego służącego udostępnianiu niezbędnych informacji dotyczących infrastruktury sieciowej wszystkim innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym na niedyskryminujących zasadach;
 - d. ogłaszanie na oficjalnej stronie internetowej Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, na zasadach zapewniających równoprawną i skuteczną konkurencję, planów uruchomienia nowych punktów dostępowych i węzłów sieci telekomunikacyjnej opartych na technologii światłowodowej oraz modernizacji lub likwidacji punktów dostępowych i węzłów sieci telekomunikacyjnej opartych na technologii miedzianej, z których nie korzysta żaden przedsiębiorca telekomunikacyjny. Informacje te powinny być ogłaszane w terminie 3 (trzech) miesięcy każdorazowo przed planowanym uruchomieniem, modernizacją lub likwidacją ww. infrastruktury wykorzystywanej w celu świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego;
 - e. udostępnianie poprzez system informatyczny Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, służący udostępnianiu informacji przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, aktualnych informacji dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki i architektury sieci, lokalizacji i przebiegu elementów infrastruktury oraz ich przepustowości i zajętości, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, dotyczących infrastruktury telekomunikacyjnej, w tym punktów dostępowych i węzłów sieci telekomunikacyjnej Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, niezbędnych do korzystania z hurtowych usług dostępu szerokopasmowego świadczonych przez Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie;
 - f. informacje, o których mowa w pkt IV ppkt 3 lit. b oraz lit. e opiniowanej decyzji, należy udostępnić na wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 (jednego) tygodnia od dnia jego wpływu do Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie;
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 – zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową – zgodnie z przepisami art. 49 - 54 ustawy Prawo telekomunikacyjne i odpowiednimi aktami wykonawczymi do ustawy Prawo telekomunikacyjne;
5. obowiązek, o którym mowa w art. 39 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na:
- a. kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego – zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową – według metody zorientowanych przyszłościowo długookresowych kosztów przyrostowych, według

zatwierdzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej także jako „Prezes UKE”) opisu kalkulacji kosztów;

- b. stosowaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego – zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową – uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora.

W celu ustalenia wysokości opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego lub ich maksymalnego albo minimalnego poziomu, Prezes UKE będzie mógł zastosować następujące metody ustalania opłat:

- LRIC (długookresowe koszty przyrostowe),
- Price Cap (pułap cenowy),
- Retail Minus (cena detaliczna minus),
- Benchmarking (analiza/badania porównawcze),
- Cost orientation (orientacja kosztowa);

6. obowiązek, o którym mowa w art. 40 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego – zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową – w oparciu o ponoszone koszty przez Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, przy czym obowiązek ten będzie stosowany do momentu przekazania wyników kalkulacji uzasadnionych kosztów z opinią biegłego rewidenta z badania, stwierdzającą prawidłowość wyników tej kalkulacji lub ustalenia przez Prezesa UKE wysokości opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego lub ich maksymalnego albo minimalnego poziomu w przypadkach wymienionych w art. 39 ust. 4 PT.

W celu oceny prawidłowości wysokości opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, Prezes UKE będzie mógł zastosować następujące sposoby weryfikacji i ustalania opłat:

- Price Cap (pułap cenowy),
- Retail Minus (cena detaliczna minus),
- Cost orientation (orientacja kosztowa),
- Benchmarking (uwzględnienie wysokości opłat stosowanych na porównywalnych rynkach konkurencyjnych);

7. 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 opiniowanej decyzji oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym – zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową – w zakresie zapewnienia dostępu do urządzeń dostępu szerokopasmowego oraz dostępu do węzłów sieci telekomunikacyjnej używanych na potrzeby szerokopasmowej transmisji danych kierowanej do lokalnej pętli abonenckiej, określonym w Załączniku nr 2, stanowiącym integralną część opiniowanej decyzji.

Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, wykonując obowiązek, o którym mowa w art. 42 ust. 1 PT, wykona go poprzez przygotowanie i przedstawienie projektu nowej oferty ramowej, zgodnie z zakresem wskazanym w Załączniku nr 2 do opiniowanej decyzji lub, jeżeli istnieje obowiązująca oferta ramowa, wykona go poprzez przygotowanie i przedstawienie zmiany oferty ramowej, zgodnie z zakresem wskazanym w Załączniku nr 2 do opiniowanej decyzji.

UZASADNIENIE

Zgodnie z art. 25c pkt 1 w zw. z art. 24 ustawy z dnia 16 lipca 2005r. *Prawo telekomunikacyjne* (Dz. U. z 2004r., nr 171, poz. 1800 z późn. zm., dalej jako Pt), decyzje dotyczące (i) określenia rynku właściwego, (ii) wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą oraz (iii) nałożenia, utrzymania lub zmiany obowiązków regulacyjnych określonych w Pt, wydawane są przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej po zasięgnięciu opinii Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej również jako „Prezes UOKiK” lub „organ antymonopolowy”). Jednocześnie, art. 25c pkt 1 Pt przewiduje, że Prezes UOKiK wydaje opinię w formie postanowienia.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2014 r., sygn. akt: DART-SMP-6040-1/14(69) Prezes UKE przekazał organowi antymonopolowemu projekt decyzji w sprawie określenia rynku właściwego jako rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na obszarze całego kraju z wyłączeniem obszarów gminnych określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do opiniowanej decyzji (zwany dalej również jako „rynek 5”); ustalenia, że na ww. rynku występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji; wyznaczenia Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie jako przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji na ww. rynku oraz nałożenia na tę spółkę obowiązków regulacyjnych.

Jednocześnie, w związku z treścią art. 25c pkt 1 Pt Prezes UKE zwrócił się do Prezesa UOKiK o zajęcie stanowiska stosownie do treści art. 106 § 1 kodeksu postępowania administracyjnego.

Prezes UOKiK otrzymał również stanowiska Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji (pisma z 18, 22 i 28 sierpnia 2014 r.) oraz Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej (pismo z 29 sierpnia 2014 r.), które zostały uwzględnione w toku opiniowania decyzji Prezesa UKE.

Prezes UOKiK w toku przeprowadzonej analizy ustalił, co następuje.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że niniejsza opinia obejmuje ocenę konkurencyjności wyznaczonego przez Prezesa UKE jako właściwego rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na obszarze całego kraju z wyłączeniem obszarów gminnych określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do opiniowanej decyzji (dalej również jako „rynek 5”). Ocena ta przeprowadzona została w znacznej mierze w oparciu o dane przedstawione przez Prezesa UKE. Należy zaznaczyć, że rozwiązanie, w którym organ

współdziałający zajmuje stanowisko w sprawie (wyraża opinię) na podstawie dokonanych przez organ wydający decyzję, a będącym regulatorem sektorowym, ustaleń faktycznych, jest zasadne i dopuszczone w dotychczasowej praktyce orzeczniczej².

Przyjmując do wiadomości wyjaśnienia Prezesa UKE, że do analizy ww. rynku właściwego wykorzystano najbardziej aktualne dane rynkowe (na koniec 2012 r.) należy jednocześnie wskazać, że w przyszłych analizach należałoby uwzględniać dane pozwalające uchwycić aktualne tendencje rynkowe, tj. dane za dłuższy niż roczny okres oraz dane za rok bezpośrednio poprzedzający działania regulacyjne Prezesa UKE.

Prezes UKE jako właściwy w sprawie rynek produktowy wskazał rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego.

Wskazać należy, że stosownie do dyspozycji art. 22 ust. 1 Pt „Prezes UKE przeprowadza postępowanie w celu: 1) określenia rynku właściwego zgodnie z prawem konkurencji, uwzględniając uwarunkowania krajowe oraz w największym możliwie stopniu zalecenie Komisji i wytyczne, o których mowa w art. 19 ust. 3 , w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych, zwanego dalej rynkiem właściwym“.

Wytyczne, którymi zgodnie z art. 22 ust. 1 Pt, powinien kierować się Prezes UKE przy analizie rynków w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych przewidują, 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 z dnia 17 grudnia 2007 r., dotyczącym właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante (Dz. U. L344/65 z 2007 r.) (dalej także jako: Zalecenie 2007).

Wspomniane wyżej Zalecenie 2007 wskazuje kryteria, których łączne spełnienie oznacza, że dany rynek podlega regulacji ex ante Prezesa UKE. Pierwszym kryterium jest obecność wysokich i trwałych barier w dostępie do rynku. Mogą one mieć charakter strukturalny, prawny lub regulacyjny. Drugie kryterium dotyczy efektywnej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym i zbadania stopnia tej konkurencji, natomiast trzecie kryterium stanowi, iż samo prawo konkurencji nie jest wystarczające, by usunąć konkretne nieprawidłowości rynkowe. Kryteria te stosuje się łącznie, a więc niespełnienie już jednego z nich oznacza, że rynek nie podlega regulacji ex ante.

W Zaleceniu 2007 Komisja Europejska określiła rynki właściwe, które spełniają te trzy kryteria. Rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego został uznany za taki rynek właściwy.

Badaniu przeprowadzonemu przez Prezesa UKE podlegał rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego. Jednocześnie zgodnie z Zaleceniem 2007, *punktem wyjścia dla definicji i określenia rynków jest scharakteryzowanie rynków detalicznych w perspektywie czasowej z uwzględnieniem substytucji po stronie popytu i po stronie podaży. Po scharakteryzowaniu i określeniu rynków detalicznych, czyli rynków, na których odbywa się gra podaży i popytu użytkowników końcowych, należy określić właściwe rynki hurtowe, czyli rynki, na których odbywa się gra popytu i podaży produktów dla osób trzecich zaopatrujących użytkowników końcowych.* W świetle tego, Prezes UKE słusznie uznał, że produktowym odpowiednikiem rynku właściwego na szczeblu detalicznym jest

² Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 3 grudnia 2002 r., sygn. akt II SA 776/01.

stacjonarny przewodowy dostęp do Internetu. Jednocześnie rynek świadczenia hurtowych usług szerokopasmowego dostępu jest bezpośrednio powiązany z rynkiem detalicznym. Wiąże się to z faktem, że operatorzy alternatywni najpierw natrafiają na popyt na usługi na rynku detalicznym. Następnie, aby zrównoważyć popyt ze strony konsumentów swoją podażą, zgłaszają zapotrzebowanie na usługę dostępu do strumienia danych na rynku hurtowym. Oznacza to, że popyt na rynku hurtowym na usługę BSA bezpośrednio zależy od popytu na rynku detalicznym.

W ocenie Prezesa UOKiK, na etapie przeglądu rynku 5, w wyniku którego ma być wydana przez Prezesa UKE opiniowana decyzja, zasadne jest włączenie do tego rynku dwóch technologii dostępowych: xDSL (ang. *x Digital Subscriber Line* – cyfrowa linia abonencka na skrętce miedzianej) oraz FTTx (ang. *Fiber to the x* – technologia oparta o światłowód), jako substytucyjnych względem siebie. Jednocześnie w przyszłym przeglądzie rynku 5 powinno zostać rozważone włączenie do tego rynku również technologii wykorzystywanej przez operatorów telewizji kablowych oraz technologii mobilnej LTE (ang. *Long Term Evolution*), które w perspektywie kilku lat mogą okazać się na rynku polskim substytucyjne wobec ww. technologii xDSL oraz FTTx.

Za jednostkę geograficzną analizy rynku Prezes UKE przyjął obszar gminny. Zgodnie z analizą przeprowadzoną przez Prezesa UKE należy uznać, że na analizowanym rynku, ze względu na:

- rodzaj i właściwości hurtowych usług dostępu szerokopasmowego;
- istnienie barier dostępu do rynku;
- preferencje konsumentów;
- znaczące różnice cen i koszty transportu,

panują podobne i wystarczająco jednorodne warunki konkurencji. Jednocześnie warunki konkurencji na obszarze analizowanego rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego są jednolite i trwałe oraz znacząco różne od warunków panujących na obszarze wyłączonym z tego rynku. Z tych względów zasadnym było ustalenie rynku właściwego jako rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na obszarze całego kraju z wyłączeniem obszarów gminnych określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do opiniowanej decyzji.

Przedmiotem obrotu na tak wyznaczonym rynku jest dostęp szerokopasmowy na szczeblu hurtowym, który polega na zapewnieniu środków technicznych przez operatora oferującego tę usługę hurtową w sposób, który umożliwia operatorom alternatywnym uzyskanie dostępu do konsumenta w celu świadczenia usług detalicznych bez konieczności budowy własnej sieci dostępowej oraz bez potrzeby instalowania urządzeń telekomunikacyjnych dostarczających usługi od strony węzła w stronę abonenta.

Wskazując na strukturę podmiotową przedmiotowego rynku właściwego, należy podnieść, że na rynku tym po stronie podaży działają przedsiębiorcy telekomunikacyjni, którzy posiadają sieci telekomunikacyjne i kontrolują infrastrukturę umożliwiającą dostęp szerokopasmowy do użytkowników końcowych i zapewniającą szerokopasmową transmisję

danych. Instalują oni łącza dostępne wysokiej prędkości do lokalu konsumenta, a następnie zapewniają dostęp do punktu połączeń międzyoperatorskich przedsiębiorcom telekomunikacyjnym zainstrowanym wejście na rynek detaliczny, dzięki czemu podmioty te mogą dostarczać usługi dostępu do sieci Internet. Po stronie popytowej analizowanego rynku działa wyłącznie Orange Polska S.A.

Stroną popytową rynku właściwego są przedsiębiorcy telekomunikacyjni, którzy chcą świadczyć usługi szerokopasmowe, w tym usługi szerokopasmowej transmisji danych, użytkownikom końcowym nie podłączonym bezpośrednio do ich własnej sieci telekomunikacyjnej.

Znacząca pozycja rynkowa – pojęcie

Pojęcie znaczącej pozycji rynkowej definiuje art. 25a ust. 1 Pt, który stanowi, że *przedsiębiorca telekomunikacyjny zajmuje znaczącą pozycję rynkową, jeżeli na rynku właściwym samodzielnie posiada pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu prawa wspólnotowego.*

Art. 102 *Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej* (dalej jako „TfUE”) zakazuje przedsiębiorcom nadużywania pozycji dominującej, nie definiując jednak samego pojęcia dominacji. Pojęcie to zdefiniował w kolejnych orzeczeniach Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

W orzeczeniu w sprawie *United Brands Company and United Brands Continental BV v Komisja* (sprawa 27/76) Trybunał Sprawiedliwości UE stanął na stanowisku, że *Pozycja dominująca, o której mowa w tym artykule [art. 82 TWE, obecnie art. 102 TfUE], oznacza pozycję siły ekonomicznej posiadanej przez danego przedsiębiorcę, która umożliwia mu powstrzymywanie skutecznej konkurencji na danym rynku poprzez swobodę zachowania się w dużej mierze niezależnie od konkurentów, klientów (dostawców) i w końcu konsumentów.*

Rozważania dotyczące dominacji zostały uzupełnione w orzeczeniu w sprawie *Hoffman – La Roche & Co. AG v Komisja* (sprawa 85/76). ETS wskazał, iż *pozycja dominująca nie wyłącza istnienia pewnej konkurencji (...), lecz umożliwia przedsiębiorcy, który czerpie z tego tytułu korzyści, jeżeli nie określać, to co najmniej w znaczący sposób wpływać na warunki rozwoju konkurencji, a w każdym razie działać nie licząc się z nią tak długo jak długo działania takie nie przynoszą mu strat.*

Zgodnie z art. 25a ust. 2 Pt przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na rynku właściwym, wzięć należy pod uwagę kryteria wymienione w Wytycznych Komisji, o których mowa w art. 19 ust. 3 Pt, tj. w Wytycznych *w sprawie analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej zgodnie z regulami regulacyjnymi Wspólnoty dotyczącymi sieci i usług łączności elektronicznej* (2002/C 165/03, dalej jako „Wytyczne”).

Kryteria dla oceny indywidualnej pozycji znaczącej określone zostały jako katalog otwarty w motywie 78 Wytycznych. Jednocześnie w motywie 79 Wytycznych wskazano, że źródłem pozycji dominującej może być kombinacja kryteriów wymienionych w motywie 78

Wytycznych. Oznacza to, że wyznaczenie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego posiadającego pozycję znaczącą nie musi opierać się na wszystkich kryteriach wskazanych w Wytycznych.

Do przykładowych kryteriów wymienianych przez Wytyczne, które mogą służyć ocenie zdolności przedsiębiorstwa do zachowania w znacznym stopniu w sposób niezależny od konkurencji, klientów i konsumentów, należą m.in.:

- udział przedsiębiorcy w rynku właściwym,
- całkowita wielkość przedsiębiorstwa,
- kontrola infrastruktury, która nie jest łatwa do powielenia,
- przewaga lub wyższość technologiczna,
- brak lub niska równoważąca siła nabywca,
- łatwy, bądź uprzywilejowany dostęp do rynków kapitałowych/zasobów finansowych,
- zróżnicowanie produktów/usług (np. powiązane produkty lub usługi),
- korzyści skali,
- korzyści zakresu,
- pionowa integracja,
- dobrze rozwinięta sieć dystrybucji i sprzedaży,
- brak potencjalnej konkurencji,
- ograniczenia w dalszym rozwoju.

Z kolei kolektywną pozycję znaczącą definiuje art. 25a ust. 3 Pt. Stosownie do tego przepisu, dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmuje kolektywną znaczącą pozycję na rynku właściwym, jeżeli nawet przy braku powiązań organizacyjnych lub innych związków między nimi posiadają na rynku właściwym pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego.

Zgodnie z art. 25a ust. 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne, Prezes UKE przy ustalaniu, czy dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmuje kolektywną znaczącą pozycję na rynku właściwym ocenia cechy rynku właściwego, w szczególności udział przedsiębiorców w rynku oraz jego przejrzystość, a jeżeli ocena tych cech nie wskazuje na brak kolektywnej pozycji znaczącej stosuje w szczególności kryteria wskazane w art. 25a ust. 5 Pt.

Do kryteriów tych zalicza się:

- 1) niską elastyczność popytu,
- 2) podobne udziały w rynku,
- 3) wysokie prawne lub ekonomiczne bariery dostępu do rynku,
- 4) integrację pionową, której towarzyszy zbiorowa odmowa dostaw,
- 5) brak równoważącej siły nabywczej,
- 6) brak potencjalnej konkurencji.

Jednocześnie nie jest wymagane łączne spełnienie przywołanych powyżej kryteriów.

Prezes UOKiK zważył, co następuje.

Wobec treści art. 25a ust. 1 i 2 Pt dla oceny, czy na będącym przedmiotem badania rynku właściwym występuje przedsiębiorca (przedsiębiorcy) o znaczącej pozycji rynkowej,

zasadne było dokonanie analizy rynku w świetle przytoczonych wyżej przesłanek. Wyniki analizy tych przesłanek, przeprowadzonej przez Prezesa UOKiK, w znacznej mierze na podstawie materiału przedstawionego mu przez Prezesa UKE, wykazały iż prawidłowo ustalono, że na wyznaczonym przez ten organ jako właściwym w sprawie rynku występuje przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej.

I. Znacząca pozycja rynkowa - analiza kryteriów

1. Udziały przedsiębiorców w rynku właściwym

Z danych zebranych przez Prezesa UKE w ramach analizy przedmiotowego rynku właściwego wynika, że Orange Polska S.A. posiada 100% udziałów pod względem sprzedaży usług hurtowego dostępu szerokopasmowego na analizowanym rynku. Sytuacja ta wynika głównie z obowiązków regulacyjnych nałożonych na Orange i odzwierciedla pozycję tej spółki na rynku hurtowych usług dostępu szerokopasmowego.

Na skutek bezpośredniego związku detalicznego rynku świadczenia usług stacjonarnego szerokopasmowego dostępu do Internetu z hurtowym rynkiem 5, na ocenę pozycji znaczącej pod kątem kryterium udziałów na poziomie hurtowym ma również wpływ sytuacja na ww. poziomie detalicznym. W odniesieniu do analizowanego rynku zasadnym jest uznanie, że sytuacja na produktowym odpowiedniku rynku właściwego na szczeblu detalicznym potwierdza uprzywilejowaną pozycję rynkową ww. przedsiębiorcy i wskazuje na potrzebę regulacji przedmiotowego rynku hurtowego.

Z analizy przeprowadzonej przez Prezesa UKE wynika, że udział rynkowy Orange na detalicznym odpowiedniku rynku 5, szacowany wg kryterium całkowitej liczby użytkowników wynosi 50%. Konkurencja detaliczna tego przedsiębiorcy jest przy tym znacznie rozdrobniona - największy detaliczny konkurent Orange osiąga udział rynkowy na poziomie 13%, a kolejny 8%. Jednocześnie w blisko 90% obszarów gminnych włączonych do obszaru rynku 5, udział Orange przekracza 40%.

Ww. sytuacja na odpowiedniku detalicznym rynku 5, wobec posiadanego przez Orange 100% udziałów na analizowanym rynku hurtowym wskazuje na posiadanie przez Orange na badanym rynku znaczącej pozycji rynkowej. Wniosek ten wzmacnia dodatkowo fakt, iż na ww. odpowiednim rynku detalicznym Orange nie spotyka się z istotną konkurencją.

2. Brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej

Kryterium powyższe pozwala stwierdzić, czy na rynku właściwym istnieje zasadność duplikacji istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej. Brak takiej zasadności może wynikać

z faktu, że istniejąca infrastruktura pokrywa większą część obszaru kraju, a jej duplikacja nie jest ani technicznie, ani ekonomicznie zasadna (wysokie koszty, małe perspektywy zwrotu inwestycji). Pojęcie „infrastruktura telekomunikacyjna” oznacza tu sieć, część sieci lub elementy sieci, które są używane do dostarczania produktów lub usług na danym rynku właściwym.

O ile wysoki poziom duplikacji sieci w obszarach wyłączonych z analizowanego rynku, które są obszarami mocno zurbanizowanymi, świadczy o ekonomicznej i technicznej możliwości budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności przez operatorów telewizji kablowej, o tyle na obszarze analizowanego rynku z uwagi na jego odmienne warunki, brak jest ekonomicznej i technicznej możliwości budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej. *Brak zasadności budowy alternatywnej infrastruktury jest istotnym czynnikiem, który utrwała pozycję rynkową operatora w dłuższym okresie (...)*³. Zasadność budowy (powielenia) istniejącej infrastruktury rozważać należy pod względem ekonomicznym i technicznym.

Budowa sieci porównywalnej do sieci posiadanej przez Orange wymaga nie tylko poważnych nakładów inwestycyjnych, ale także spełnienia określonych wymagań prawno-technicznych. Spełnienie tych wymagań wobec istniejącego zagęszczenia sieci (nie tylko telekomunikacyjnych) niejednokrotnie jest znacznie utrudnione. Konieczność uwzględnienia, przy budowie sieci wymagań dotyczących „współistnienia” sieci telefonicznej (w zakresie zbliżenia i skrzyżowania poszczególnych sieci) z innymi sieciami podziemnymi (tj. gazociągi, wodociągi, sieci telekomunikacyjne, sieci energetyczne) oraz istniejącymi lokalizacjami kanalizacji kablowej powoduje, że kurczą się obszary, na których możliwość prowadzenia budowy jest praktycznie nieograniczona.

Jednocześnie, sieć Orange pokrywa obszar całego kraju, umożliwiając dostarczanie usług telekomunikacyjnych praktycznie każdemu. Powoduje to, wobec wyżej wskazanych trudności w lokalizacji i budowie nowych sieci, że nie istnieje techniczna zasadność budowy alternatywnej (porównywalnej) do Orange sieci telekomunikacyjnej. Wniosku tego nie niweczy wysoki poziom duplikacji sieci na obszarach gminnych wyłączonych z analizowanego rynku (uznanych za konkurencyjne), w szczególności przez sieci operatorów telewizji kablowych.

3. Istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorcy

Kryterium to pozwala stwierdzić, czy konkretny przedsiębiorca telekomunikacyjny posiada na danym rynku właściwym przewagę technologiczną nad innymi operatorami działającymi na tym rynku bądź mogącymi na niego wejść w badanym okresie. Posiadanie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego na danym rynku właściwym przewagi technologicznej nad innymi operatorami wzmacnia jego pozycję na tym rynku i stanowi czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Im większa jest ta przewaga, tym większe jest prawdopodobieństwo, że przedsiębiorca ten zajmuje pozycję znaczącą na tym rynku.

O istnieniu przewagi technologicznej konkretnego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego możemy mówić, jeśli wykorzystuje on na danym rynku właściwym

³ S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2005, str. 246.

taką technologię, która umożliwia mu tańsze lub efektywniejsze świadczenie usług albo dostarczanie w dotychczasowej cenie produktów lub usług nowocześniejszych i posiadających więcej funkcji lub zastosowań od produktów lub usług dostarczanych do tej pory. Istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorcy na danym rynku właściwym może świadczyć o posiadaniu przez niego pozycji znaczącej na tym rynku, ponieważ zniwelowanie takiej przewagi przez konkurentów jest kosztowne i czasochłonne. Spełnianie tego kryterium przez konkretnego przedsiębiorcę może stanowić dla konkurentów istotną barierę wejścia na dany rynek właściwy.

Biorąc pod uwagę, że Orange posiada 100% udziałów na analizowanym rynku, kryterium to można uznać za pozostające bez znaczenia dla oceny jego pozycji rynkowej. Wobec braku alternatywnych sposobów świadczenia usługi hurtowego szerokopasmowego dostępu oferowanej na rynku 5 nie ma podstaw do stwierdzenia przewagi technologicznej Orange.

4. Brak albo niewielki poziom równoważającej siły nabywczej

Kryterium to jest wykorzystywane przy określaniu, czy przedsiębiorca telekomunikacyjny zajmuje pozycję znaczącą na danym rynku właściwym, a także przy określaniu, czy kilku przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmuje kolektywną pozycję znaczącą na tym rynku.

Niski poziom równoważającej 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 pozycję operatora na tym rynku i stanowi czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Im niższy jest poziom równoważającej siły nabywczej klientów konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców na danym rynku, tym większe jest prawdopodobieństwo, że przedsiębiorca lub przedsiębiorcy zajmują samodzielnie lub wspólnie pozycję znaczącą na tym rynku.

Zgodnie z ustaleniami dokonаныmi przez Prezesa UKE, w 2012 r. na analizowanym rynku, poza Orange, brak było operatorów, którzy świadczyli usługę hurtowego dostępu szerokopasmowego. Przedsiębiorcy wykorzystujący usługę hurtową BSA do świadczenia usług detalicznych pozbawieni więc byli możliwości skorzystania z alternatywnego źródła zaopatrzenia, co wskazuje na brak równoważającej siły nabywczej na analizowanym rynku właściwym.

Nie bez znaczenia w tym kontekście pozostaje pozycja rynkowa Orange na szczeblu detalicznym analizowanego rynku, jak również istniejące na nim możliwości wyboru dostawcy usług przez klientów końcowych. Nieliczna grupa użytkowników ma bowiem możliwość jakiegokolwiek wyboru dostawcy usługi, a 60% jest go faktycznie pozbawionych, pozostając w obszarze działania jednego przedsiębiorcy lub też zajmując lokal, w którym w ogóle nie ma możliwości uzyskania dostępu do Internetu szerokopasmowego.

Wobec powyższego, zdaniem Prezesa UOKiK uzasadniony jest wniosek o braku równoważającej siły nabywczej na analizowanym rynku właściwym.

5. Ekonomia 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.

Ekonomia skali występuje zatem na analizowanym rynku właściwym. Korzysta z niej tym samym Orange jako jedyny podmiot prowadzący na nim działalność. Zidentyfikowana na rynku ekonomia skali powoduje przy tym, że przedsiębiorca potencjalnie zainteresowany podjęciem działalności w ww. zakresie, by podjąć walkę rynkową z Orange zmuszony będzie do poniesienia znacznych nakładów finansowych. Wyłącznie bowiem budowa sieci o znacznych rozmiarach (zasięgu i pojemności) umożliwi ewentualnym konkurentom Orange podjęcie realnej walki konkurencyjnej z tym przedsiębiorcą na analizowanym rynku właściwym.

6. Ekonomia zakresu i pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy

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.

Nie budzi wątpliwości, iż ze względu na zakres prowadzonej przez Orange działalności, przedsiębiorca ten korzysta z ekonomii zakresu. Jednocześnie, z uwagi na rozległość posiadanej sieci, wobec niewielkich sieci posiadanych przez konkurentów detalicznych przedsiębiorcy, korzysta z niej w większym stopniu, niż inne podmioty prowadzące działalność na obszarze geograficznym analizowanego rynku.

Jednocześnie, Orange jest przedsiębiorcą zintegrowanym pionowo. Podmiot ten prowadzi bowiem działalność na szeregu powiązanych ze sobą rynkach detalicznych i hurtowych, pozostając tym samym niezależnym od innych podmiotów. Prowadzenie

działalności przez tą spółkę odbywa się bowiem w oparciu o jej własne zasoby sieciowe, bez konieczności nabywania odpowiednich usług hurtowych.

Wobec powyższego uznać należy, iż Orange Polska korzysta z ekonomii zakresu i jest przedsiębiorcą zintegrowanym pionowo.

7. Brak potencjalnej konkurencji

Niewielkie prawdopodobieństwo wejścia na dany rynek właściwy nowych operatorów wzmacnia pozycję przedsiębiorców telekomunikacyjnych już obecnych na tym rynku i stanowi czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Im mniejsza szansa na pojawienie się nowych konkurentów na rynku, tym większe jest prawdopodobieństwo, że przedsiębiorcy działający na nim zajmują samodzielnie lub wspólnie pozycję znaczącą.

Jak wynika z analizy przeprowadzonej przez Prezesa UKE, potencjał konkurentów Orange oraz istniejące na szczeblu detalicznym warunki rynkowe wskazują na niewielkie prawdopodobieństwo podjęcia działalności na analizowanym rynku właściwym przez inny niż Spółkę podmiot. Dla prowadzenia działalności hurtowej na rynku 5 niezbędna jest bowiem rozległa infrastruktura, którą nie dysponują konkurenci Orange, a której budowa wymaga znacznych nakładów finansowych oraz oznaczonego czasu. Stąd uznać należy, iż na analizowanym rynku właściwym brak jest potencjalnej konkurencji dla Orange.

8. Istnienie barier do dalszego rozwoju przedsiębiorcy oraz rynku właściwego

Kryterium to pozwala określić, w perspektywie krótkookresowej, możliwości dalszego rozwoju i zwiększenia produkcji lub świadczenia usług przez przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających na danym rynku właściwym. Istnienie barier dla dalszego rozwoju niektórych przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających na danym rynku właściwym wzmacnia pozycję tego operatora spośród przedsiębiorców obecnych na tym rynku, który takich barier nie posiada. Im większe są te bariery, tym większe jest prawdopodobieństwo, że przedsiębiorca ich nie posiadający zajmuje pozycję znaczącą na danym rynku.

Mimo obecnego 100% udziału Orange w analizowanym rynku, na rynku tym mogą świadczyć usługi hurtowe również inni operatorzy posiadający własną infrastrukturę telekomunikacyjną. Ciągłe wzrastające zainteresowanie usługami dostępu szerokopasmowego przemawia za uznaniem, że brak jest barier dla dalszego rozwoju rynku właściwego. Jednocześnie zakres działalności prowadzonej przez Orange wskazuje na brak barier dla dalszego rozwoju ww. przedsiębiorcy telekomunikacyjnego.

9. Istnienie barier 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 umożliwi operatorom już na nim obecnym podnoszenie cen i osiągnięcie przez dłuższy czas nieuzasadnionych, dodatkowych zysków wynikających z braku skutecznej konkurencji.

W odniesieniu do tego kryterium stwierdzić należy, że analizowany rynek właściwy charakteryzuje się trwałymi barierami wejścia o charakterze strukturalnym, jak i prawnym. Wskazać w tym kontekście należy, że działalność na analizowanym rynku właściwym prowadzić mogą wyłącznie przedsiębiorcy dysponujący własną infrastrukturą telekomunikacyjną.

Fakt ten determinuje istnienie barier ekonomicznych. Bariery te wynikają przede wszystkim z istniejącej dysproporcji warunków działania operatorów już prowadzących działalność na rynku i tych, którzy podejmują próbę wejścia na niego. Zalicza się do nich: ekonomię skali, ekonomię zakresu, wysokie koszty utracone oraz kontrolę infrastruktury trudnej do powielenia.

Wskazać należy na wysokie koszty budowy sieci telekomunikacyjnej, które zakwalifikować należy jako koszty utracone (koszty utopione), tj. koszty, które nie mogą być odzyskane, gdy firma wychodzi z rynku. Koszty te ponoszone są nie tylko niezależnie od wielkości produkcji, ale także niezależnie od tego czy produkuje, 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).⁴

Z poniesieniem ww. kosztów musi się liczyć przedsiębiorca zamierzający podjąć działalność na przedmiotowym rynku. Jednocześnie, mieć na uwadze należy, że podjęcie efektywnej walki konkurencyjnej z Orange wymagałoby od operatora posiadania sieci porównywalnej z siecią tej spółki.

Kontrola infrastruktury trudnej do powielenia to kolejna z barier dostępu do rynku, na którym do prowadzenia działalności niezbędne jest posiadanie odpowiedniej sieci telekomunikacyjnej. Trudności w powieleniu istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej wynikają z jednej strony z wysokich kosztów jej budowy oraz ze strukturalnych i prawnych ograniczeń istniejących na danym rynku. Dla wybudowania odpowiedniej sieci niezbędne jest pozyskanie odpowiednich środków finansowych, ale także przewyższenie ograniczeń prawno-technicznych wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska, prawa budowlanego oraz planów zagospodarowania przestrzennego. Wszystko to powoduje, że budowa kolejnej sieci niejednokrotnie wymaga pewnego współdziałania pomiędzy nowym a funkcjonującymi już na rynku operatorami.

Stwierdzenie, że analizowany rynek hurtowy charakteryzuje się ekonomią skali i zakresu, wysokimi kosztami utraconymi oraz kontrolą infrastruktury trudnej do powielenia, prowadzi do wniosku, iż mamy na nim do czynienia z wysokimi barierami wejścia.

Zadaniem Prezesa UOKiK było przeprowadzenie analizy powyższych kryteriów oraz ustalenie, czy można uznać, że na rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na obszarze całego kraju z wyłączeniem obszarów gminnych określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do opiniowanej decyzji Orange zajmuje pozycję znaczącą oraz czy

⁴ Na podst.: S. Kruk, *Podstawy teorii regulacji rynku telekomunikacyjnego*, w: *Prawo i ekonomia w telekomunikacji*, nr 4/2003.

zasadne są działania proponowane przez Prezesa UKE względem tego przedsiębiorcy oraz analizowanego rynku.

W wyniku przeprowadzonej analizy Prezes UOKiK uznał za zasadne wyznaczenie Orange jako przedsiębiorcy posiadającego pozycję znaczącą na badanym rynku. Jednocześnie wobec faktu, iż Orange posiada 100% udział na analizowanym rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, nie jest zasadne prowadzenie rozważań co do funkcjonowania na przedmiotowym rynku dwóch lub więcej podmiotów posiadających wspólnie kolektywną pozycję znaczącą.

Ponadto, w wyniku przeprowadzonej analizy Prezes UKE, w ocenie Prezesa UOKiK, słusznie zidentyfikował, że możliwe jest występowanie na badanym rynku następujących problemów rynkowych:

- kontrolowanie przez Orange trudnej do powielenia infrastruktury, co stanowi trwałą barierę w rozwoju konkurencji;
- brak alternatywy dla infrastruktury dostępowej Orange w celu korzystania z usług typu BSA;
- kombinacja dominującej pozycji na rynku hurtowym oraz pionowej integracji Orange skutkująca możliwością dyskryminacji operatorów konkurujących na rynku detalicznym;
- możliwość stosowania długotrwałych i przewlekłych procedur formalnoprawnych przez Orange w celu utrudnienia operatorom alternatywnym negocjacji warunków umów i uzyskania dostępu do usług hurtowych;
- możliwość utrudniania i opóźniania przez Orange dostępu do usług hurtowych, także w przypadku migracji technologicznej (tj. przechodzenia przez Orange z technologii miedzianej lub w części światłowodowej na w pełni światłowodową);
- możliwość oddziaływania przez Orange na marże operatorów alternatywnych poprzez możliwość zawyżania cen usług hurtowych wykorzystywanych przez tych samych operatorów do świadczenia usług użytkownikom końcowym (tzw. margin squeeze);
- możliwość stosowania przez Orange cen opartych o nieuzasadnione koszty operatora;
- możliwość ustalania przez Orange wyższych opłat dla operatorów alternatywnych za korzystanie z zasobów sieci niż wynikające z wewnętrznych rozliczeń pomiędzy jednostkami sprzedaży detalicznej i hurtowej Orange;
- możliwość stosowania przez Orange subsydiowania skrótnego;
- możliwość wymuszania przez Orange zawierania umów na warunkach niezgodnych z ofertami ramowymi, mniej korzystnych dla operatorów alternatywnych;
- potencjalna niechęć Orange do rozwijania sprzedaży usług hurtowych w zakresie dostępu do strumienia bitów, w tym dostępu do punktów dostępowych i węzłów sieci telekomunikacyjnej używanych na potrzeby szerokopasmowej transmisji danych kierowanej do lokalnej pętli abonenckiej, która może się objawiać w stosowaniu wszelkich możliwych utrudnień i opóźnień w świadczeniu tych usług, spowodowana konfliktem interesów w postaci zagrożenia utratą zysków z działalności na rynkach detalicznych;

- możliwość wykorzystywania przez Orange informacji o klientach, będących w posiadaniu działów sprzedaży tej spółki, w celu odzyskania byłych klientów, którzy podpisali umowy na świadczenie usług z innym operatorem;
- możliwość oferowania przez Orange usług hurtowych o niewystarczającej jakości;
- możliwość utrudniania przez Orange abonentom zmiany dostawcy usług;
- możliwość przepływu informacji w Grupie Kapitałowej Orange utrudniającego konkurowanie z Orange na rynku detalicznym oraz zagrożenie dyskryminującego operatorów alternatywnych faworyzowania w dostępie telekomunikacyjnym oddziałów własnego przedsiębiorstwa i podmiotów z grupy kapitałowej Orange;
- możliwość przeciągania przez Orange procedur i nieterminowość zarówno w przypadku uruchamiania usług, jak i wywiadu, obsługi technicznej oraz dalszej realizacji usług;
- zagrożenie utrudniania przez Orange dostępu do informacji niezbędnych do zamówienia usług;
- możliwość nieudostępniania przez Orange operatorom alternatywnym krytycznych informacji dotyczących np. parametrów technicznych usług, ich dostępności;
- możliwa, ze strony Orange, niska jakość informacji technicznych dotyczących infrastruktury i sieci telekomunikacyjnej oraz brak dostępu do informacji w sytuacjach nietypowych związanych z realizacją zamówień, jak również przekazywanie nieprawdziwych informacji technicznych;
- potencjalne utrudnienia ze strony Orange związane z zamawianiem usługi kolokacji i powierzchni dedykowanej.

Mając na uwadze wyznaczenie Orange jako przedsiębiorcy o znaczącej pozycji na analizowanym rynku oraz zidentyfikowanie ww. problemów rynkowych, Prezes UOKiK uznaje za zasadne nałożenie na Orange zaproponowanych przez Prezesa UKE obowiązków regulacyjnych.

Zgodnie z art. 24 pkt 2 lit. a, b i c Pt, Prezes UKE w przypadku ustalenia, że na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej, wydaje decyzję, którą m.in. nakłada, utrzymuje lub zmienia jeden lub więcej obowiązków regulacyjnych, określonych w Pt, biorąc pod uwagę adekwatność danego obowiązku do zidentyfikowanego problemu, proporcjonalność oraz cele *Prawa telekomunikacyjnego*.

Cele regulacji, na które wskazuje *Prawo telekomunikacyjne*, to stworzenie warunków dla :

- 1/ wspierania równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych;
- 2/ rozwoju i wykorzystania nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej;
- 3/ zapewnienia ładu w gospodarce numeracją, częstotliwościami oraz zasobami orbitalnymi;
- 4/ zapewnienia użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych
- 5/ zapewnienia neutralności technologicznej.

Mając na uwadze powyższe, Prezes UKE zasadnie zaproponował nałożenie na Orange, jako podmiot o znaczącej pozycji na analizowanym rynku, następujących obowiązków regulacyjnych:

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 sieci oraz udogodnień towarzyszących, celem korzystania z hurtowych usług dostępu szerokopasmowego – zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową;
2. obowiązek, o którym mowa w art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia usług hurtowego dostępu szerokopasmowego – zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową;
3. obowiązek, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na ogłaszaniu lub udostępnianiu 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;
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 – zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową – zgodnie z przepisami art. 49 - 54 ustawy Prawo telekomunikacyjne i odpowiednimi aktami wykonawczymi do ustawy Prawo telekomunikacyjne;
5. obowiązek, o którym mowa w art. 39 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na:
 - a) kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego – zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową – według metody zorientowanych przyszłościowo długookresowych kosztów przyrostowych, według zatwierdzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej także jako „Prezes UKE”) opisu kalkulacji kosztów;
 - b) stosowaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego – zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową – uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora.
6. obowiązek, o którym mowa w art. 40 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego – zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową – w oparciu o ponoszone koszty przez Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, przy czym obowiązek ten będzie stosowany do momentu przekazania wyników kalkulacji uzasadnionych kosztów z opinią biegłego rewidenta z badania, stwierdzającą prawidłowość wyników tej kalkulacji lub ustalenia przez Prezesa UKE wysokości opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego lub ich maksymalnego albo minimalnego poziomu w przypadkach wymienionych w art. 39 ust. 4 PT.

7. obowiązek, o którym mowa w art. 42 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na przygotowaniu i przedstawieniu w terminie 3 (trzech) miesięcy oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym – zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową – w zakresie zapewnienia dostępu do urządzeń dostępu szerokopasmowego oraz dostępu do węzłów sieci telekomunikacyjnej używanych na potrzeby szerokopasmowej transmisji danych kierowanej do lokalnej pętli abonenckiej.

Istota działań regulacyjnych powierzonych Prezesowi UKE opiera się, zdaniem Prezesa UOKiK, na stworzeniu sytuacji, w której umożliwi się operatorom prowadzenie działalności, do której niezbędny jest zakup usług na analizowanym rynku hurtowym, jednak bez jednoczesnego czynienia „szkody” operatorom już funkcjonującym, na których nakłada się określone obowiązki. Wydaje się, iż zachowanie równowagi pomiędzy interesami operatorów już obecnych na rynku i tych dopiero na rynek wchodzących bądź rozwijających się powinno być swego rodzaju miernikiem nakładanych przez Prezesa UKE obowiązków regulacyjnych.

Po przeprowadzonej analizie rynku, Prezes UOKiK stwierdza, iż nałożone przez Prezesa UKE obowiązki spełniają wymogi ustawowe w zakresie adekwatności, proporcjonalności oraz uwzględniają cele ustawy Pt. Powinny one umożliwić operatorom niedysponującym własną siecią dostępową świadczenie na równych warunkach usług telekomunikacyjnych użytkownikom końcowym w oparciu o sieci dostępowe – miedziane i światłowodowe – innych przedsiębiorców. Zagwarantowanie operatorom alternatywnym dostępu do sieci podmiotu o znaczącej pozycji rynkowej zintensyfikuje walkę konkurencyjną prowadzoną na rynku detalicznym. Doprowadzić powinno do poszerzenia dostępnej oferty produktowej oraz poprawy warunków i parametrów świadczonych usług.

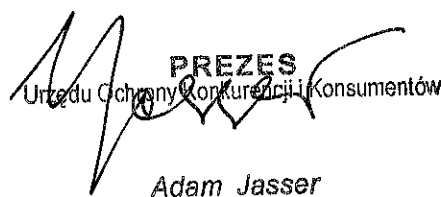
Ponadto, poprzez nałożone na Orange obowiązki, kontroli Prezesa UKE poddana zostanie wysokość żądanych przez Orange cen świadczonych przez nią usług, a publikacje warunków dostępu do sieci umożliwią ewentualnym kontrahentom Spółki precyzyjne przygotowanie się do planowanych inwestycji. W ten sposób przedsiębiorcom zostanie zagwarantowana niezmiennosc reguł gry w jej trakcie, m.in. w zakresie technicznych wymagań sieci, która ma zostać połączona z siecią Spółki. Zaś fakt, że wysokość opłat pobieranych przez podmiot o znaczącej pozycji rynkowej poddana zostanie kontroli Prezesa UKE doprowadzić powinien do wyrównania szans rynkowych operatorów na szczeblu detalicznym. W ten sposób bowiem stworzona im zostanie możliwość działania na porównywalnych w stosunku do Orange warunkach kosztowych.

Podsumowując, po przeprowadzonej analizie rynku, biorąc pod uwagę cele regulacji, w szczególności wspieranie równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz zapewnienie użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych, Prezes UOKiK stwierdza, iż nałożone przez Prezesa UKE obowiązki regulacyjne spełniają wymogi ustawowe w zakresie adekwatności, proporcjonalności oraz uwzględniają cele ustawy Pt. Powinny one ułatwić prowadzenie działalności przedsiębiorcom, którzy będą chcieli

skorzystać z usług oferowanych przez Orange na analizowanym rynku hurtowym. Ich skutkiem będzie poprawa pozycji negocjacyjnej przedsiębiorców dokonujących zakupu na przedmiotowym rynku. Zostanie im bowiem zapewniony dostęp do sieci i usług świadczonych przez Spółkę na równych, przejrzystych zasadach.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Pouczenie: Zgodnie z art. 206 ust. 4 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. *Prawo telekomunikacyjne* (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.) na postanowienie wydane w trybie art. 106 kodeksu postępowania administracyjnego przez organ współdziałający z Prezesem UKE, zażalenie nie przysługuje.


PREZES
Urzedu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Adam Jasser

Otrzymują:

Pani Magdalena Gaj
Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej
ul. Kasprzaka 18/20
01-211 Warszawa

Orange Polska S.A.
Al. Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa;

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

Polska Izba Komunikacji Elektronicznej
ul. Przemysłowa 30
00-450 Warszawa

