



Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji

Warszawa, 22 marca 2011 r.
KIGEiT/341/03/2011

Pani Anna Streżyńska
Prezes Urzędu Komunikacji
Elektronicznej
ul. Kasprzaka 18/20
01-211 Warszawa

Dotyczy: DART-SMP-6040-1/10

STANOWISKO

DOTYCZĄCE PROJEKTU DECYZJI PREZESA URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ W SPRAWIE OKREŚLENIA RYNKU WŁAŚCIWEGO JAKO RYNKU ŚWIADCZENIA HURTOWYCH USŁUG DOSTĘPU SZEROKOPASMOWEGO, USTALENIA, ŻE NA RYNKU ŚWIADCZENIA HURTOWYCH USŁUG DOSTĘPU SZEROKOPASMOWEGO WYSTĘPUJE PRZEDSIĘBIORCA TELEKOMUNIKACYJNY O ZNACZĄCEJ POZYCJI RYNKOWEJ, WYZNACZENIA TELEKOMUNIKACJI POLSKIEJ S.A. Z SIEDZIBĄ W WARSZAWIE JAKO PRZEDSIĘBIORCY TELEKOMUNIKACYJNEGO O ZNACZĄCEJ POZYCJI RYNKOWEJ NA RYNKU ŚWIADCZENIA HURTOWYCH USŁUG DOSTĘPU SZEROKOPASMOWEGO I NAŁOŻENIA NA TELEKOMUNIKACJĘ POLSKĄ S.A. Z SIEDZIBĄ W WARSZAWIE, JAKO PRZEDSIĘBIORCĘ TELEKOMUNIKACYJNEGO O ZNACZĄCEJ POZYCJI RYNKOWEJ NA RYNKU ŚWIADCZENIA HURTOWYCH USŁUG DOSTĘPU SZEROKOPASMOWEGO, OBOWIĄZKÓW REGULACYJNYCH

W nawiązaniu do Obwieszczenia Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) z dnia 21 lutego 2011 r. w sprawie rozpoczęcia postępowania konsultacyjnego projektu decyzji w sprawie określenia rynku właściwego jako rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, ustalenia, że na rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej, wyznaczenia Telekomunikacji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej TP”) jako przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego i nałożenia na TP obowiązków regulacyjnych (dalej „Projekt”), Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji (dalej „KIGEiT” lub „Izba”) niniejszym przedstawia stanowisko konsultacyjne w przedmiotowej sprawie.

Zdaniem Izby:

w przypadku rynku polskiego brak jest przesłanek do prowadzenia analizy rynków lokalnych, ponieważ: (1) żaden inny niż TP operator nie dysponuje infrastrukturą zapewniającą pokrycie krajowe, (2) warunki cenowe i polityka cenowa (zarówno operatora zasiedziałego, jak i innych podmiotów działających na rynku) są takie same na terenie całego kraju;

nie jest zasadna analiza rynków lokalnych w oparciu o obszary gminne, gdyż przyjęcie takiego sposobu postępowania przez Prezesa UKE powoduje, że obszary uznane za konkurencyjne nie są takimi w istocie, a abonenci mogą nie mieć możliwości wyboru alternatywnego dostawcy usługi dostępu szerokopasmowego do sieci Internet;

jedynym uzasadnionym podejściem (w przypadku stwierdzenia podstaw do przeprowadzania analizy rynków lokalnych, co do czego zdaniem Izby nie ma podstaw), jest badanie konkurencji zgodnie ze strukturą sieci TP (podobnie, jak uczyniono w innych państwach, gdzie zdecydowano się na segmentację geograficzną); z zastrzeżeniem pkt 3 powyżej, właściwym obszarem konkurencyjnym powinien być obszar zasięgu jednej MDF (podobnie, jak uczyniono w innych państwach gdzie zdecydowano się na segmentację geograficzną);

Prezes UKE pominął bądź też wziął pod uwagę w sposób wybiórczy lub niepełny następujące kryteria: (1) bariery wejścia; (2) liczba dostawców w danym obszarze gminnym; (3) podział udziałów rynkowych; (4) ceny i różnice cenowe – co w ocenie Izby powoduje, że nie sposób ocenić wyniki analizy rynku oraz zasadność dokonania segmentacji geograficznej;

Prezes UKE nie dokonał oceny wpływu deregulacji na przyszłą działalność operatorów oraz zmianę konkurencyjności obszarów geograficznych, na których stwierdzono konkurencję;

występują miejscowości, co do których stwierdzono umiarkowaną konkurencję i uchylono część obowiązków regulacyjnych, a które zostały wcześniej określone przez Prezesa UKE jako „białe plamy”, czyli obszary, w których brak jest zasięgu infrastruktury szerokopasmowej, co dowodzi oczywistych błędów w metodyce przyjętej przez Prezesa UKE w Projekcie;

zastosowano błędne kryteria stwierdzenia konkurencyjności, a nawet te, które zostały przyjęte, nie zostały dość precyzyjnie i jednoznacznie określone w Projekcie, co powoduje, że w niektórych przypadkach obszar uznany za konkurencyjny w istocie taki nie jest;

Prezes UKE, wbrew zasadzie drabiny inwestycyjnej, pominął: (1) aspekt opłacalności LLU (potencjał MDF, jak w przypadku regulacji Ofcom), (2) fakt, iż duża część linii abonenckich nie jest dostępna poprzez usługi LLU (są to linie wyłączone z uwolnienia albo takie, co do których nie jest możliwy dostęp do MDF), (3) fakt, iż zasięg MDF nie pokrywa się z obszarem gminy, co może doprowadzić do sytuacji, w której nawet działający operator LLU nie będzie miał możliwości migracji wszystkich klientów BSA na wyższy szczebel drabiny inwestycyjnej, tj. LLU;

rynek BSA nie jest jeszcze dojrzały, o czym świadczy m.in. dynamika jego rozwoju; brak obowiązku oferty ramowej oraz obowiązków kosztowych dla znacznej ilości obszarów gminnych, stanowi regres względem wcześniej podjętych przez Prezesa UKE środków zaradczych, a tym samym stwarza realne zagrożenie dla konkurencji na tych obszarach;

analiza rozwoju rynku polskiego na tle innych rynków, w których zastosowano segmentację geograficzną pokazuje, jak daleko polski rynek pozostaje pod kątem jego

konkurencyjności oraz rozwoju rynku usługi LLU;
nie ma podstaw do różnicowania obowiązków regulacyjnych;
przyjęcie rozwiązań przyjętych w Projekcie z punktu widzenia rynku detalicznego spowoduje: (1) dla dużej części abonentów brak będzie możliwości wyboru dostawcy usług; (2) wzrost opłat abonamentowych;
przyjęcie rozwiązań przyjętych w Projekcie z punktu widzenia rynku hurtowego spowoduje: (1) znaczącą utratę liczby abonentów, co pośrednio może skutkować zmniejszeniem zaufania abonentów; (2) zagrożenie dla dalszego rozwoju dostępu LLU;
analiza Prezesa UKE całkowicie pominęła, stwierdzone przez samego Prezesa UKE zahamowanie rozwoju rynku BSA na skutek zastąpienia metody cena detaliczna minus metodą cost plus, co przeczy tezie, o rzekomej atrakcyjności cenowej usługi BSA;
w Projekcie należy potwierdzić, że po stronie produktowej obowiązuje zasada neutralności technologicznej;
z obserwacji rynków europejskich, na których zdecydowano się na segmentyzację geograficzną: (1) obszarem konkurencyjnym był MDF, (2) analizowano udział oferatora LLU na tym MDF (analiza Prezesa UKE wprowadza inne, naszym zdaniem nieprawidłowe założenia)

BRAK PODSTAW DO WYODRĘBNIENIA RYNKÓW LOKALNYCH (SUB-RYNKÓW)

Zdaniem KIGEiT, w przypadku rynku polskiego dostępu szerokopasmowego brak jest przesłanek do wyodrębnienia rynków lokalnych.

Dokument ERG Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis z października 2008 r. (zwany dalej „dokumentem ERG¹”) wskazuje, że już na podstawie zdefiniowanej tam wstępnej analizy można stwierdzić, że geograficzny zakres rynku jest krajowy, wskazując w odniesieniu do sieci stacjonarnych:

„na rynkach sieci stacjonarnych może zdarzyć się sytuacja, w której sieci inne niż operatora zasiedzialego mają małe pokrycie lub małe (nawet na szczeblu lokalnym) udziały w rynku co sugeruje, że warunki konkurencji są relatywnie jednorodne. Jest również możliwe, że operatorzy tacy jak operatorzy sieci telewizji kablowej lub operatorzy korzystający z uwolnionego dostępu mają pokrycie zbliżone do ogólnokrajowego, a ceny na poziomie ogólnokrajowym są zbliżone. Efektem ujednoczonej na poziomie ogólnokrajowym ceny operatora o pokryciu ogólnokrajowym może być odczuwalność na poziomie ogólnokrajowym presji konkurencyjnej w niektórych obszarach, co z kolei spowoduje brak znaczącego geograficznego zróżnicowania cen.¹ W takich przypadkach można rozsądnie zakładać, że szczegółowa analiza geograficzna nie doprowadzi do wyników innych niż analiza pojedynczego rynku ogólnokrajowego, w związku z czym nie jest konieczna szczegółowa analiza geograficzna (ani zbieranie danych)”².

¹ Ujednoczona, ogólnokrajowa cena operatora zasiedzialego (niekiedy nazywana również „jednolitym ograniczeniem cenowym”) może – ale nie musi – wskazywać na istnienie jednego rynku ogólnokrajowego. Należy również wziąć pod uwagę, czy ujednoczona cena ogólnokrajowa jest wynikiem obowiązku regulacyjnego nałożonego jako obowiązek regulacyjny na podmiot SMP czy też jest ona elementem strategii biznesowej. Kwestie te będą dalej omawiane w Sekcji 4.

² Tłumaczenie własne, tekst źródłowy: „(...) in fixed network markets it might be the case that networks other than the one of the incumbent have insignificant coverage or small (even local) market share suggesting that the competitive conditions are relatively homogeneous. It is also possible that alternative operators such as cable network operators or unbundling operators have (close to) national coverage and prices are similar on a national level. A national uniform price of an operator with national coverage might also have the effect that competitive pressure in some areas will be felt on a national level with the result that there are no significant geographic differences in prices. In these cases it can reasonably be assumed that a detailed geographic

Z taką sytuacją mamy do czynienia w Polsce.

W przypadku rynku polskiego, uwzględniając brak możliwości korzystania z sieci TP, żaden operator nie dysponuje infrastrukturą zapewniającą pokrycie krajowe. Taki wniosek wynika z analizy samego Projektu, gdzie wskazano, że (według danych UKE) aż 45,6% udział w całym rynku świadczenia usług dostępu szerokopasmowego to infrastruktura TP (Projekt, s. 26), a dla rynku xDSL udział ten sięga 89,3% (Projekt, s. 32). Dodatkowo Projekt wskazuje, że sieć TP pokrywa 312 tys. km² (Projekt, s. 26), a sieci największych konkurentów Netii i Telefonii Dialog obejmują niewiele ponad 30 tys. km² (Projekt, s. 76). Z kolei operatorzy sieci kablowych pokrywają łącznie ok. 8 tys. km² (Projekt, s. 76).

Ponadto w Polsce warunki cenowe i polityka cenowa (zarówno operatora zasiedziałego, jak i innych podmiotów działających na rynku) są takie same w całym kraju. Również na bazie tego czynnika można uznać, że nie istnieją żadne przesłanki przemawiające za możliwością prowadzenia lokalnej analizy rynków. W tym zakresie Projekt nie odnosi się do różnorodności. Także patrząc na charakterystykę produktów dostępnych w poszczególnych obszarach trudno jest wskazać na znaczące różnice w ofercie produktowej, czy to w przypadku TP, czy też innych operatorów.

Izba wskazuje ponownie, że TP nie różnicuje cen w poszczególnych obszarach gminnych, co świadczy o podobnym poziomie konkurencji w każdym ze zdefiniowanych obszarów. Jeżeli bowiem, TP prowadziłyby segmentację rynku na podstawie kryteriów przyjętych przez Prezesa UKE, to zasadne byłoby obniżenie przez nią cen w obszarach o większej konkurencji, celem zdobycia przewagi nad OA. Natomiast, jak wskazuje Prezes UKE, różnicowanie cen przez TP nie jest stosowane, a jej opłaty detaliczne są wyższe niż u innych konkurentów³ (s. 95-96), co jednak nie osłabia rynkowej pozycji TP. Dowodzi to, braku wystarczających impulsów konkurencyjności Rynku 5.

Powyższe jednoznacznie pokazuje, że rynkiem poddanym analizie Prezesa UKE powinien być rynek krajowy, a nie rynki lokalne.

NIEWŁAŚCIWY OBSZAR PRZYJĘTY DO ANALIZY.

Nawet gdyby stwierdzić istnienie podstawy do analizy rynków lokalnych (o czym nie może być mowy, co wykazano we wcześniejszym fragmencie), to zdaniem Izby podstawowym błędnym założeniem przyjętym przez Prezesa UKE na samym początku analizy Rynku 5, mającym decydujący wpływ na wyniki analizy jego konkurencyjności, a w następstwie na projektowane obowiązki regulacyjne, jest przyjęcie do analiz obszaru gminnego.

Prezes UKE wyodrębnił do analizy 3.076 obszarów gminnych. Zasluguje na uwagę również fakt, iż przełącznic głównych, na których jest możliwe uwolnienie lokalnych pętli jest 5.419. W dodatku TP we wcześniejszych danych przekazywała informacje o ponad 11.000 punktów dostępu do usługi – prawdopodobnie były to również punkty dostępu do podpętli zasilonych łąkami światłowodowymi.

Zdaniem Prezesa UKE:

analysis would not lead to a different result than the analysis of a single national market and therefore no detailed geographic analysis (or data collection) is required."

³ W tym zakresie także wskazujemy na brak analizy rynku detalicznego po wycofaniu metody cena detaliczna minus, gdzie na skutek drapieżnych cen TP, żaden OA nie jest w stanie konkurować cenowo z TP.

„Wybór tej jednostki wynikał z faktu, że zastosowanie takiego poziomu szczegółowości analizy najlepiej odzwierciedla faktyczne warunki panujące na detalicznym rynku szerokopasmowego dostępu do Internetu”⁴

Izba nie może zgodzić się z powyższym stwierdzeniem, które istotnie wpływa na kształt oraz wyniki przeprowadzonej analizy. W ocenie KIGEiT przyjęty przez Prezesa UKE obszar gminny jest zbyt duży, co również można zaobserwować porównując liczbę gmin w Polsce oraz liczbę przełącznic, przez co nie został odzwierciedlony rzeczywisty poziom konkurencji na rynku. Można sobie wyobrazić sytuację, w której np. w Warszawie (odrębny obszar gminny) w kilku rejonach podaż będzie zapewniona tylko przez jednego operatora. Możliwa jest bowiem sytuacja, w której lewobrzeżną część Warszawy obsługuje jeden operator, tereny wzdłuż Wisły – drugi, a na prawobrzeżnej części miasta – trzeci operator. W takim przypadku, kryterium występowania co najmniej trzech operatorów na obszarze gminnym jest spełnione,⁵ jednakże w żaden sposób nie świadczy to o istnieniu realnej konkurencji.

Powyższa sytuacja implikuje natomiast fakt, że użytkownik końcowy dostępu do sieci Internet, nie ma żadnego wyboru dostawcy usług i jest w pełni uzależniony od jednego przedsiębiorcy. Dla przykładu w dzielnicy Białołęka zawierającej się w gminie Warszawa, mającej być w przyszłości (ale nie ma podstawie projektowanej Decyzji), wyłączoną spod regulacji, na osiedlu Tarchomin występują obszary, gdzie infrastrukturę posiada zarówno TP, jak i operatorzy alternatywni (sieci kablowe oraz Netia), ale występują również obszary np. Choszczówka, gdzie oprócz sieci TP nie ma żadnego innego operatora, a obecność obszarów leśnych powoduje, że nawet sieci komórkowe lub stacjonarne sieci bezprzewodowe nie są w stanie zapewnić usług dostępu szerokopasmowego. Tym samym dla takich obszarów jedyną alternatywą dla wyboru oferty innej niż TP jest dostęp za pośrednictwem usługi BSA. Trudno także do wspólnego mianownika sprowadzać obszary takie, jak dzielnica Wawer w Warszawie z dominującą zabudową jednorodziną z obszarami, gdzie dominuje zabudowa wielorodzinna, a tym samym oprócz TP często występują sieci kablowe, czy inni operatorzy.

Stąd też, jak wskazuje ERG w wyżej dokumencie ERG, jedyną uzasadnioną jednostką w przypadku stwierdzenia podstaw do przeprowadzania analizy geograficznej rynku jest badanie konkurencji zgodnie ze strukturą operatora zasiedziało TP (podobnie, jak uczyniono w innych państwach, w których zdecydowano się na segmentację geograficzną). Podejście takie gwarantuje bowiem, że aspekt konkurencyjności przynajmniej jest zapewniony na poziomie duopolu w każdym z analizowanych lokali, czego zupełnie nie gwarantuje analiza wykonana przez Prezesa UKE, na co Izba zwracała uwagę powyżej. W dodatku, w tym samym dokumencie, ERG wyraźnie wskazuje, że wybrane jednostki powinny mieć jasne i stabilne granice geograficzne, które mogą być łatwo zrozumiane przez wszystkie strony, a po wtóre jednostki te powinny być na tyle małe, aby warunki konkurencyjne nie różniły się znacząco w ramach takiej jednostki.

W przypadku dostępu szerokopasmowego ERG wskazało, że:

„Na przykład dla rynków dostępu do sieci stacjonarnej lub hurtowego dostępu szerokopasmowego głównymi siłami napędzającymi konkurencję mogą być operatorzy korzystający z uwolnionego dostępu do lokalnej pętli lub podpętli abonenckiej, którzy często dokonują decyzji inwestycyjnych na zasadzie „przełącznica po przełącznicy” [MDF by MDF]. W takim przypadku obszar objęty przełącznicą główną jest najmniejszą jednostką geograficzną podlegającą decyzjom inwestycyjnym. Jak wskazano powyżej, razem z

⁴ Projekt, s. 68.

⁵ Projekt, s. 57.

przechodzeniem do sieci NGA (np. FTTC albo FTTH) uwalnianie dostępu na poziomie przełącznicy głównej może być już niewykonalne. W przypadku np. FTTC, szafka uliczna może stać się najmniejszą jednostką, jaka będzie celem operatora korzystającego z uwolnionego dostępu do lokalnej pętli lub podpętli abonenckiej i jako taka – właściwą jednostką geograficzną. Z drugiej strony, Regulatorzy mogą zaobserwować uwolnienie przez operatorów korzystających z uwolnionego dostępu do lokalnej pętli lub podpętli abonenckiej pewnej liczby sąsiadujących przełącznic głównych/szafek ulicznych. W takim przypadku właściwą jednostką geograficzną może być również grupa przełącznic głównych/szafek ulicznych.”

Przedkładając powyższe wytyczne na Projekt należy stwierdzić, że analiza Prezesa UKE nie wypełnia powyższych kryteriów, gdyż warunki konkurencyjne w ramach poszczególnych obszarów gminnych mogą różnić się dramatycznie, co KIGeIT przedstawiła na powyższych przykładach.

BRAK ANALIZY POZOSTAŁYCH KRYTERIÓW UZASADNIAJĄCYCH SEGMENTYZACJĘ GEOGRAFICZNĄ

Kolejnym niezwykle istotnym czynnikiem przy geograficznym badaniu rynków jest ustalenie homogeniczności warunków konkurencyjnych. Omawiany wcześniej dokument ERG wskazuje, że najważniejszymi kryteriami w tym zakresie są:

- a) bariery wejścia;
- b) liczba dostawców;
- c) podział udziałów rynkowych;
- d) ceny i różnice cenowe.

Analiza Prezesa UKE bądź pomija powyższe kryteria, bądź też analizuje je w sposób wybiórczy lub niepełny. Powyższe nie tylko nie pozwala dokonać oceny, czy faktycznie istnieją zróżnicowane warunki konkurencyjne na poszczególnych obszarach gminnych, ale także w odniesieniu do tych kryteriów, które zostały przeanalizowane, nie dowodzi istnienia przesłanek do zastosowania odmiennych regulacji na poszczególnych obszarach.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do barier wejścia, które zostały omówione w sposób szczątkowy, a Prezes UKE w Projekcie nie wykazał w żaden sposób, że te bariery różnią się w zależności od analizowanego obszaru. Prezes UKE nie wykazał także, że na obszarze, który uznał za konkurencyjny, a także na obszarach na których nałożono mniejsze środki zaradcze, bariery wejścia różnią się od barier występujących na obszarze przypisanych do Grupy I.

W analizie Prezesa UKE brak jest także zbadania liczby dostawców, którzy faktycznie mogą świadczyć usługi. W takim przypadku dokument ERG zaleca:

„Na przykład przy hurtowym rynku szerokopasmowym, na którym analiza wstępna wykazała, że wszelkie geograficzne zróżnicowanie warunków konkurencji spowodowane jest inwestycjami czynionymi przez operatorów korzystających z uwolnionego dostępu do lokalnej pętli lub podpętli abonenckiej właściwym może okazać się ustalenie liczby operatorów zdolnych do świadczenia usług z każdej z przełącznic głównych.”

Niestety Projekt nie zawiera takiej analizy, a tym samym trudno uznać, czy faktycznie liczba dostawców w poszczególnych obszarach uzasadnia odejście od krajowej definicji rynku. W tym zakresie ważne jest dokonanie takiej analizy właśnie z podziałem na poszczególne MDF,

gdyż warunki konkurencyjne w odniesieniu do poszczególnych MDF mogą być znacząco różne. Co więcej, w ramach swojej analizy Prezes UKE przyznaje *de facto*, że warunki te mogą się różnić znacząco w ramach analizowanego obszaru. Przykładowo w odniesieniu do obszarów uznanych za konkurencyjne Projekt wskazuje:

„Na tych obszarach przynajmniej 50% lokali posiada dostęp do usług szerokopasmowych przynajmniej trzech operatorów telekomunikacyjnych.”

Powyższe pokazuje wadliwość podejścia Prezesa UKE, gdyż pozostałe lokale w ramach tego obszaru mogą nie posiadać dostępu do usług szerokopasmowych lub też posiadać możliwość wyboru tylko jednego operatora. Takie różnice wynikają przede wszystkim z zastosowania innej niż MDF jednostki geograficznej.

Także analiza na której Prezes UKE oparł swoje podejście, czyli udziały rynkowe budzi zastrzeżenia Izby i nie spełnia warunków określonych w dokumencie ERG. W tym zakresie należy podkreślić, że ERG wskazuje:

„W warunkach idealnych obejmowało by to nie tylko udziały w rynku w danym momencie, ale także rozwój udziałów w rynku, w szczególności tam, gdzie warunki konkurencyjne na rynku przechodzą okres zmian. Jako że zbieranie koniecznych danych połączone jest z dużymi ciężarami administracyjnymi spoczywającymi tak na operatorach, jak i Regulatorach, zbadanie dwóch momentów w czasie w celu wnioskowania o trendach w udziale w rynku będzie zazwyczaj zabiegiem wystarczającym. Dowody na zróżnicowanie udziałów w rynku wskazują na geograficzne zróżnicowanie warunków konkurencji”⁶.

Niestety Prezes UKE nie przeprowadził takiego badania, a tym samym trudno uznać, czy na tych obszarach faktycznie tendencje wskazują na poprawienie się warunków konkurencyjnych. Co więcej, Prezes UKE całkowicie pomija w badaniu zjawiska, które miały miejsce po zakończeniu stosowania metody cena detaliczna minus, a które, w ocenie KIGEiT, doprowadziły do pogorszenia warunków konkurencyjnych, a tym samym z dużym prawdopodobieństwem spowodują odpływ klientów od OA do TP. W tym kontekście, dokument ERG nakazuje także:

„Jako że definicja rynku powinna zostać stworzona w ujęciu zorientowanym przyszłościowo, istotne jest, by Regulatorzy próbowali oszacować jakich zmian udziałów w rynku można się spodziewać w trakcie okresu przeglądu rynku oraz czy którekolwiek z zauważonych zmian w obecnych bądź historycznych udziałach rynkowych ulegną prawdopodobnie zwiększeniu, zmniejszeniu czy też pozostaną względnie stabilne. Pod tym względem Regulatorzy mogą uznać za przydatne sklasyfikowanie obszarów zgodnie z poziomem i kierunkiem zmian w udziałach rynkowych operatora zasiedziałego (np. wysokie i stabilne bądź powoli spadające, wysokie i spadające szybko, niskie i stabilne bądź spadające)”⁷.

Niestety Prezes UKE nie przeprowadził także takiej analizy.

⁶ Tłumaczenie własne; tekst oryginalny: *„Ideally this should not only include market shares at a particular point in time, but also the development of market shares, particularly where the competitive conditions in the market are going through a period of change. Since the collection of the necessary data is associated with a high administrative burden for operators as well as NRAs, it will usually suffice to consider two points in time to draw inferences about trends in market shares. To the extent that there is evidence that there is variation in market shares then this could be indicative of geographic variations in competitive conditions.”*

⁷ Tłumaczenie własne; tekst oryginalny: *„As the market definition exercise is required to be forward-looking, it is important for NRAs to try to gauge how market shares might be expected to change over the period of the market review and whether any observed variations in current or historic market shares are likely to increase, decrease or remain relatively stable. In this regard it can be useful for NRAs to classify areas according to the level and the trend of the market share of the incumbent operator (e.g. high and stable or declining slowly, high and declining rapidly, low and stable or declining).”*

Jak już podkreślono powyżej, analiza Prezesa UKE nie odnosi się w żaden sposób do warunków cenowych. Tymczasem ERG wskazuje:

„Jeśli ceny (operatora zasiedziałego i operatorów alternatywnych) są jednolite pod względem geograficznym, tj. nie różnią się w obszarach geograficznych, może to być wskazówką przemawiającą za występowaniem geograficznych zróżnicowań warunków konkurencji niewystarczających do uzasadnienia lokalnych rynków geograficznych.”⁸

Podobnie, w Projekcie brak jest także analizy innych kryteriów wskazanych przez ERG, jak np. geograficzne różnice w strategiach marketingowych/sprzedażowych czy różnice w usługach (jakość/funkcjonalności)

Wszystkie powyższe mankamenty Projektu nie pozwalają na jego ocenę, a także wskazanie, że Prezes UKE zasadnie dokonał segmentacji geograficznej. Dokument ERG wyraźnie wskazuje, że nie jest możliwe oparcie analizy wyłącznie na jednym kryterium (jak to uczynił, w dodatku w sposób niepełny, Prezes UKE):

„W związku z tym prawdopodobnie właściwe będzie oparcie segmentacji na kombinacji kilku z ww. kryteriów. Segmentacja oparta na pojedynczym kryterium (np. liczbie operatorów) zazwyczaj nie będzie odpowiednia (...). Właściwe kryteria powinny być zastosowane łącznie i w taki sposób, by różnice w warunkach konkurencji pomiędzy różnymi rynkami były duże, podczas gdy różnice w warunkach konkurencji w ramach rynku – niewielkie”⁹.

Kolejnym brakiem analizy Prezesa UKE, jest brak oceny wpływu deregulacji na obszary geograficzne, gdzie stwierdzono konkurencyjność (jak rozumiemy deregulacja nie jest ujęta w Projekcie, ale następnym krokiem Prezesa UKE będzie prawdopodobnie wydanie stosownych rozstrzygnięć). Dokument ERG wskazuje tu wyraźnie:

„Na przykład w kontekście hurtowych rynków dostępu szerokopasmowego Regulatorzy mogą, między innymi, zbadać wpływ deregulacji niektórych obszarów geograficznych na konkurencję o klientów biznesowych na rynku detalicznym, w szczególności w przypadkach, gdzie taka konkurencja napędzana jest przez małych operatorów, dla których uwolniony dostęp lub inne rozwiązania alternatywne mogą nie być rentowne. Tam, gdzie zdefiniowano odrębne rynki geograficzne, należy, jeżeli zajdzie taka potrzeba, przyjęc odpowiednie podejście do możliwego wpływu SMP na rynkach, gdzie stwierdzono występowanie znaczącej pozycji rynkowej. Regulatorzy powinni w szczególności zapewnić, by zróżnicowanie geograficzne nie powodowało barier dalszego rozwoju infrastruktury przez operatorów alternatywnych.”

BŁĘDY W METODOLOGII WYKONANEJ ANALIZY

Izba zwraca uwagę, że nawet przyjmując podział gminny jako zasadny (z czym KIGEiT stanowczo się nie zgadza), to sama metodologia w ocenie Izby ma oczywiste błędy. Niektóre z miejscowości znajdujących się w określonych obszarach gminnych, na których stwierdzono umiarkowaną konkurencję (oraz w konsekwencji zlagodzenie regulacji), zostały wcześniej

⁸ Tłumaczenie własne; tekst oryginalny: „If prices (of the incumbent and alternative operators) are geographically uniform i.e. do not differ by geographic areas, then this may be indicative of there being insufficient geographic variations in competitive conditions to justify the definition of local geographic markets.”

⁹ Tłumaczenie własne; tekst oryginalny: „It is therefore likely to be appropriate to base the segmentation on a combination of several of the criteria mentioned above. A segmentation based on a single criterion (e.g. the number of operators) will usually not be appropriate. (...) The relevant criteria should be applied cumulatively and such that differences in competitive conditions between different markets are large while differences in competitive conditions within a market are small.”

określone przez Prezesa UKE jako „białe plamy”, czyli obszary, w których brak jest zasięgu infrastruktury szerokopasmowej, w której klienci nie mogą skorzystać z Internetu. Pomimo tego, miejscowości te kwalifikują się do obszarów gminnych z Grupy II (czyli grupy z umiarkowaną konkurencją), w których Projekt wskazuje na złagodzenie regulacji (brak obowiązku przygotowania i publikowania oferty ramowej oraz obowiązków kosztowych). Dotyczy to m.in. niektórych z miejscowości w obszarze gminnym Dębica, Sanok czy Świdnica. Wobec powyższego, prezentowane podejście wydaje się być sprzeczne ze stanem faktycznym, który jednoznacznie wskazuje, że na niektórych z określonych przez Prezesa UKE obszarach gminnych brak jest pokrycia infrastrukturą szerokopasmową, co stanowi przesłankę do utrzymania silnej regulacji na tych obszarach, celem ułatwienia wejścia na rynek przedsiębiorcom telekomunikacyjnym.

W ocenie Izby rozwiązaniem tego problemu będzie przeprowadzenie analizy na obszarze obsługiwanych przez jedną MDF, dzięki czemu będzie ona bardziej szczegółowa i jednoznacznie wykaże obszary, na których TP zajmuje znaczącą pozycję rynkową

BŁĘDNE KRYTERIA PRZYJĘTE DO OKREŚLENIA SKUTECZNEJ KONKURENCJI NA RYNKU

Izba zwraca uwagę na fakt, iż przyjęte kryteria konkurencyjności nie zostały dość precyzyjnie i jednoznacznie określone w Projekcie. W tym kontekście, należy na wstępie podnieść, iż w głównych i większych miastach Polski, operatorzy „dzielą” *de facto* rynek pomiędzy siebie na poziomie lokalnym. Częstym zjawiskiem jest fakt, występowania na danych osiedlu lub w budynku, jednego tylko dostawcy usług, co zostało zasygnalizowane we fragmencie dotyczącym braku podstaw do wyodrębnienia rynków lokalnych (sub-rynków).

Przy ocenie poziomu konkurencji, kryteria powinny być bardzo precyzyjnie określone i pozostawiać minimalne, o ile w ogóle, możliwości zniekształcenia wniosków wysuwanych na podstawie analizowanych danych.

Prezes UKE wskazuje, że 20 spośród gmin charakteryzuje się wysokim stopniem konkurencji względem pozostałych. Stwierdzenie takie wynika bezpośrednio ze spełnienia przez te obszary trzech przesłanek:

1. działa na nich przynajmniej trzech operatorów,
2. żaden z nich nie posiada udziałów większych niż 40% w danej gminie,
3. 50% i więcej lokali na danym obszarze posiada dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej przynajmniej trzech operatorów.

Poniżej przedstawimy konsekwencje przyjęcia kryteriów:

Ad. 1.

Jak wskazano na przykładach powołanych we fragmencie dotyczącym braku podstaw do wyodrębnienia rynków lokalnych (sub-rynków), warunek istnienia trzech operatorów na danym obszarze, nie gwarantuje rzeczywistej konkurencji i swobody wyboru przez użytkownika dostawcy usług dostępu szerokopasmowego.

Izba pragnie przytoczyć przykład obszarów gminnych (dalej "OG"), gdzie w jednym z nich (OG1) znajduje się przełącznica główna (MDF), która obsługuje również znikomą ilość abonentów znajdujących się na sąsiadującym obszarze gminnym (OG2), w którym działa

dotatkowo TP i jeden z operatorów TVK. W tej sytuacji, istnienie operatora na OG2 jest oczywiste, jednakże jego zakres działania (np. kilku abonentów) w żaden sposób nie świadczy o jego wpływie na realną konkurencję na OG2, a jego obecność implikuje spełnienie pierwszego kryterium. Jest to kolejny argument potwierdzający zasadność analizy po MDF, a nie OG.

Ad. 2.

Drugie z powyższych kryteriów może również okazać się niewystarczające, gdyż ustalone udziały rynkowe nie przekładają się na możliwość wyboru przez abonenta dostawcy usługi. Z punktu widzenia konkretnego abonenta udziały rynkowe nie gwarantują mu wyboru dostawcy usługi (będzie skazany na jednego dostawcę), bowiem udziały te mogą wynikać z podziału budynków między operatorami na obszarze gminnym (co faktycznie może oznaczać, że na części obszaru gminnego udział będzie wynosił 100%, a na innej części 0%). Poza tym Prezes UKE w żaden sposób nie zbadał, jak te udziały kształtują się w przedziale czasowym. Izba nie wyklucza, że udział TP może wcale się nie zmniejszać (zwłaszcza jeśli zsumuje się udziały TP i Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel sp. z o.o. (dalej „PTK”), o czym poniżej).

W tym kontekście Izba chciałaby zwrócić szczególną uwagę Prezesa UKE na konkurencyjność obszarów z uwzględnieniem udziałów PTK, wchodzącej w skład Grupy Kapitałowej TP. Prezes UKE sam zauważył stosowanie przez TP i PTK tzw. wewnętrznej odsprzedaży usługi hurtowej:

„Należy zwrócić uwagę, że na rynku właściwym potencjalnie istnieje zjawisko polegające na potencjalnym transferze zysków pomiędzy spółkami Grupy Kapitałowej TP. Powiązanie zatem hurtowego rynku usług dostępu szerokopasmowego z detalicznym rynkiem w prosty sposób pozwala na utrzymanie Grupie Kapitałowej TP udziałów na rynku detalicznym poprzez odsprzedaż hurtowego dostępu firmie podległej TP. (...)

Powiązania PTK Centertel sp. z o.o. z TP, która posiada 100% udziałów tej spółki jest jednym ze sposobów na ‘pozorne’ zwiększenie konkurencyjności na rynku detalicznym dostępu szerokopasmowego. W przeciągu dwóch lat operator telefonii komórkowej osiągnął i utrzymał 25% udziału pod względem liczby łączy, jakie TP S.A. uwolniła dla operatorów alternatywnych w ramach usługi hurtowej BSA.”¹⁰

Pomimo powyższego stwierdzenia, Prezes UKE nie wykazał, że PTK i TP w analizach udziału rynkowego były traktowane łącznie jako jeden podmiot.

Co więcej, Prezes UKE zdaje się zaliczać PTK w poczet operatorów alternatywnych:

„(...) Spółka ta, jako jeden z operatorów alternatywnych, oferuje usługi detaliczne szerokopasmowego dostępu do Internetu sprzedawane pod własną marką z wykorzystaniem sieci PSTN operatora zasiedziałego.”¹¹

W ocenie KIGEiT, podejście takie może zaburzać wyniki analizy rynkowej, szczególnie w kontekście udziałów operatorów na rynku BSA. Izba zgadza się w pełni z Prezesem UKE, że działalność PTK na rynku detalicznym usług szerokopasmowych, stanowi jedynie pozorną konkurencję, gdyż zarówno baza abonencka, jak i profity (przychody i zyski), z tytułu tej działalności pozostają w jednej grupie kapitałowej. Co więcej, zakup przez PTK usług BSA służy pośrednio do pozornego „osłabienia” pozycji rynkowej TP w kontekście uwolnionych łączy abonenckich oraz konkurencyjności TP na poziomie detalicznym. W związku z powyższym, Izba wskazuje na zasadność traktowania dla potrzeb analizy rynkowej, PTK i

¹⁰Projekt, s. 89.

¹¹ *Ibidem*, s. 33-34.

TP, jako jednego podmiotu, gdyż realna konkurencja pomiędzy tymi spółkami nie istnieje, zarówno na poziomie hurtowym, jak również detalicznym.

Powyższe jest tym bardziej zasadne, że w toku analizy może się okazać, iż na danym obszarze, dwaj z trzech operatorów, to właśnie TP i PTK. W takim przypadku, w ocenie KIGEiT, dany obszar należy uznać za niekonkurencyjny. Dlatego, Prezes UKE powinien w rozstrzygnięciu Projektu uwzględnić swoje spostrzeżenia dotyczące praktyk i zależności Grupy Kapitałowej TP, zidentyfikowanych w toku drugiej rundy analizy konkurencyjności rynku szerokopasmowego (s. 105-113).

Ad. 3.

Trzecie kryterium, w ocenie KIGEiT jest dość płynne i nie dowodzi istnienia konkurencji. Nie zostało bowiem wskazane, czy dostęp do infrastruktury związany jest z fizyczną możliwością dostarczenia usług do danego abonenta, czy oznacza po prostu, że znajduje się on w niedalekiej odległości od infrastruktury któregoś z operatorów.

Należy zadać jednak zasadnicze pytanie: co z pozostałymi 50% abonentów, czy też potencjalnych abonentów? Będą oni pozbawieni wyboru, mimo stwierdzenia przez Prezesa UKE konkurencyjności. Ponadto pokazuje to, że brak operatora o udziale przekraczającym 40% nie musi wynikać z konkurencyjności tylko z zasięgu i gęstości jego sieci na danym obszarze gminnym.

Dodatkowo, zastanawiający jest fakt, że skoro analiza dokonana została na rynkach określonych jako obszary gminne, to na jakiej podstawie Prezes UKE zweryfikował faktyczny dostęp budynków do istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej. Wydaje się bowiem wielce prawdopodobne, iż przy uwzględnieniu rozkładu węzłów LLU wskazanych poniżej w tabeli nr 1, na danym obszarze gminnym zasięg infrastruktury dotyczyć będzie tylko większego miasta w danym obszarze, natomiast pozostały obszar będzie całkowicie wykluczony z jakiegokolwiek konkurencji. Natomiast Projekt nie niesie za sobą żadnych zachęt regulacyjnych do inwestowania przez OA na tych obszarach (albo nie będzie technicznej możliwości uwolnienia części pętli na danym obszarze gminnym).

Podsumowując, na podstawie przywołanej argumentacji, w ocenie Izby nie jest zasadne rozstrzygnięcie przyjęte w Projekcie. Izba postuluje o ponowne przeprowadzenia analizy Rynku 5, zdefiniowanego jako krajowy rynek dostępu szerokopasmowego, ewentualnie w oparciu o obszary wyznaczone zasięgiem jednej MDF, z uwzględnieniem PTK i TP jako jednego operatora, a także określenie pozycji każdego z operatorów na danej MDF. Skoro Projekt oraz analiza rynkowa odnoszą się bezpośrednio do określenia pozycji TP, nie ma przeciwwskazań, aby analiza rynku opierała się o rozkład MDF w sieci TP, co wskazuje również dokument ERG. Jedynie takie podejście, przy jednoznacznie i szczegółowo określonych kryteriach konkurencyjności danego obszaru, gwarantują realne odzwierciedlenie poziomu konkurencji, także z punktu widzenia konsumenta, na rynku dostępu szerokopasmowego. Przy czym równie istotne jest uwzględnienie w analizie potencjalnych skutków projektowanego rozstrzygnięcia (powrót abonentów do TP, co zostało opisane we fragmencie niniejszego stanowiska dotyczącym skutków wprowadzenia Projektu).

SPRZECZNOŚĆ ANALIZY RYNKU Z KONCEPCJĄ DRABINY INWESTYCYJNEJ

Należy również zauważyć, że Prezes UKE w Projekcie jednoznacznie wskazuje, iż dokonując analizy rynku właściwego, kierował się przesłankami związanymi z tzw. drabiną

inwestycyjną, wg której to koncepcji, kolejnym – po BSA – etapem inwestycyjnym jest rozwój usług na bazie uwolnionej pętli lokalnej (LLU). Jak wskazano w Projekcie:

„Prezes UKE, wpisując się w koncepcję drabiny inwestycyjnej, uznaje LLU za kluczową usługę hurtową, poprzedzającą przejście na własną infrastrukturę przez OA. Usługa ta w relacji do usługi BSA znajduje się w fazie rozwoju, co nie znaczy jednak, że następuje spadek uwalnianych pętli w trybie BSA. Wzrost liczby sprzedawanych usług BSA jest stabilny, utrzymuje się na dość dynamicznym poziomie, jednak to usługi na LLU mają coraz większy wpływ na rynek. Polski rynek telekomunikacyjny, pomimo rozwoju usług LLU, zatrzymał się na poziomie szczebla BSA i nie są obecnie widoczne silne tendencje sprzyjające szybkiej zmianie sytuacji.”¹²

Powyższe jest o tyle istotne, iż w ocenie Izby stanowi jednoznaczne określenie sytuacji rynkowej, ze wskazaniem oczekiwanego kierunku rozwoju rynku telekomunikacyjnego, a pośrednio wskazanie celu, jaki zdaniem Prezesa UKE, powinien zostać osiągnięty dzięki implementowanym regulacjom na Rynku 5. Pomimo określenia rozdzielności rynku usług BSA od rynku usług LLU oraz wskazania braku cech wzajemnej ich substytucji,¹³ nie można zapomnieć o silnej korelacji występującej między tymi rynkami.

Z jednej strony, zgodnie ze stwierdzeniem Prezesa UKE, należy oczekiwać, że rozwój rynku LLU wpłynie na decyzje inwestycyjne operatorów na rynku BSA. Tym, którzy docelowo planują budowę własnej sieci, bez wątplenia usługa BSA ułatwi wejście na rynek na danym obszarze geograficznym, jednakże dla tych, którzy mają już rozwiniętą infrastrukturę, rynek LLU daje możliwość zarówno migracji abonentów z usług BSA, jak również stworzenie bardziej elastycznej oferty detalicznej (usługi typu duo-play, triple-play itp.).

W związku z powyższym, w ocenie Izby, w analizie Rynku 5 powinna zostać uwzględniona sytuacja na rynku usług LLU, poprzez weryfikację np. pokrycia danego obszaru usługami LLU czy zasięgu uwolnionych węzłów. W tym miejscu należy wskazać, że w Polsce około 20-30% infrastruktury telekomunikacyjnej TP jest niedostępne dla OA, którzy chcieliby uwolnić pętle abonenckie, ze względu na fakt zastosowania przez TP łączy światłowodowych typu *fastlink*. Do tego dochodzi także kwestia potencjalnej rentowności inwestycji w dany węzeł, celem jego uwolnienia. Niejednokrotnie jest bowiem tak, że węzeł jest dość mały i OA nie są zainteresowani jego uwolnieniem, co z kolei implikuje fakt, że w wielu rejonach kraju, TP pozostaje jedynym dostawcą usług szerokopasmowych dla użytkowników końcowych.

Co więcej, rozstrzygnięcie podjęte przez Prezesa UKE w przedmiotowym projekcie decyzji przeczy w praktyce wdrożeniu koncepcji drabiny inwestycyjnej. Określenie zbyt dużego obszaru do analizy rynkowej, jak również nieuwzględnienie w niej ekonomiki węzłów LLU (uwolnionych i potencjalnych do uwolnienia) powoduje, że OA nie będą w stanie – nawet przy możliwej do wykonania migracji abonentów usług BSA na LLU – utrzymać obecnej bazy abonenckiej BSA. W tym kontekście, poza występowaniem w sieci TP *fastlink*’ów, należy przyjrzeć się bliżej potencjałowi rentowności węzłów LLU w poszczególnych obszarach gminnych. Celem ukazania możliwej do zaistnienia sytuacji na rynku, KIGEiT zwraca uwagę na rozkład węzłów LLU w Grupie II i Grupie III gdzie TP nie ma obowiązku kosztowego i na obszarach gminnych wyłączonych spod regulacji:

Tabela nr 1. Rozkład węzłów LLU na wybranych obszarach gminnych

	Liczba MDF w sieci TP możliwych do uwolnienia	Liczba MDF nieopłacalnych dla OA do uwolnienia	Udział procentowy nieopłacalnych MDF
--	---	--	--------------------------------------

¹²Projekt, s. 31.

¹³*Ibidem*, s. 29.

	Liczba MDF	Liczba aktywnych LPA	Liczba MDF	Liczba aktywnych LPA	Liczba MDF	Liczba aktywnych LPA
Obszary wyłączone w Projekcie spod regulacji (20 obszarów gminnych)	234	893 521	117	111 194	50,0%	12,4%
Grupa II i Grupa II obszarów gminnych (brak obowiązków kosztowych i obowiązku oferty ramowej)	927	935 016	406	314 572	43,8%	33,6%
Suma	1 161	1 828 537	523	425 766	45,0%	23,3%

Co więcej należy zauważyć na fakt, iż w Grupie II i III bardzo duży potencjał LLU jest wykluczony ze względu na rachunek ekonomiczny wynikający z liczby aktywnych linii na MDF wynoszącej odpowiednio 950 linii dla obszarów wyłączonych z regulacji i tylko 775 linii dla Grupy II i Grupy III.

Na podstawie zaprezentowanych danych można wysunąć wniosek, że atrakcyjnych do uwolnienia węzłów, na których możliwe jest świadczenie usług w oparciu o LLU, jest dokładnie połowa w przypadku gminnych obszarów wyłączonych spod regulacji. Dlatego też, argumentacja Prezesa UKE odnośnie inwestycji w LLU, celem pozyskiwania m.in. abonentów usług szerokopasmowych, nie znajdzie swojego odzwierciedlenia w inwestycjach OA. Powyższe wynika z faktu, że większe i potencjalnie rentowne węzły LLU, rozlokowane są na obszarach gminnych głównie w większych miejscowościach, obsługujących obszar zdecydowanie mniejszy od wyznaczonego obszaru gminnego. Wynika z tego, że skutkiem wydania decyzji w kształcie proponowanym w Projekcie, będzie relatywne zwiększenie pozycji TP na rynku usług dostępu szerokopasmowego, poprzez realny spadek udziałów OA na Rynku 5, na skutek braku zachęt inwestycyjnych w węzły LLU.

Zatem Prezes UKE wbrew zasadzie drabiny inwestycyjnej pominął:

- 1) aspekt opłacalności LLU (potencjał PG, jak w przypadku regulacji Ofcom),
- 2) fakt, iż duża część linii abonenckich nie jest dostępna za pomocą LLU (są to linie wyłączone z uwolnienia albo do których nie jest możliwy dostęp do MDF),
- 3) fakt, iż zasięg MDF nie pokrywa się z obszarem gminnym.

Powyższe oznacza, że Prezes UKE doprowadził tym samym do sytuacji, w której nawet działający operator LLU nie ma możliwości migracji wszystkich klientów BSA na wyższy szczebel drabiny inwestycyjnej, tj. LLU.

JEŚLI SEGMENTACJA, TO JAKI OBSZAR?

Sytuacja na polskim rynku (gdyby przyjąć, że jest podstawa do wyodrębnienia rynków lokalnych) przemawia za dokonaniem analizy i badaniem konkurencyjności rynku na obszarze określonym przez zasięg jednej MDF w sieci TP. Dopiero taka analiza gwarantuje przynajmniej duopol w danym lokalu (TP i Operator LLU), co zapewniałoby wybór dostawcy przez każdego Abonenta będącego w zasięgu danego MDF.

Dodatkowym argumentem na korzyść analizy proponowanej przez KIGEiT jest fakt, że gmina nie jest ukształtowana na bazie MDF'ów. Zatem obszar gminny charakteryzować się może tym, że przy jego granicy znajduje się MDF, ale Abonenci przyłączeni do niej, znajdują się na obszarze gminy sąsiadującej. Dlatego też, zdaniem KIGEiT bardziej zasadne byłoby dokonanie analizy na poziomie MDF, tym bardziej, że w 2010 r. Prezes UKE zbierał od rynku informacje umożliwiające jej przeprowadzenie (dane dotyczyły infrastruktury oraz usług na niej świadczonych z przypisaniem lokalizacji budynków znajdujących się w zasięgu sieci). Z jednej strony podejście takie zapewni jednorodność obszarów geograficznych, z drugiej zaś ukaze realną konkurencję oraz możliwości jej rozwoju na danym obszarze. Dzięki temu, analiza Rynku 5 wykazałaby, w których obszarach istnieje rzeczywista konkurencja na danych węzłach infrastruktury telekomunikacyjnej.

STAN ROZWOJU RYNKU BSA

Jak zauważa Prezes UKE w Projekcie, rynek usług BSA nadal rozwija się w Polsce dość dynamicznie (s. 32). Zdaniem Izby, rozwój ten jest możliwy wyłącznie dzięki zdecydowanym regulacjom podjętym przez Prezesa UKE w roku 2007, w którym to roku decyzją regulacyjną nałożone zostały na TP obowiązki regulacyjne m.in. związane z wdrożeniem oferty ramowej, jak również zapewnieniem orientacji kosztowej opłat międzyoperatorskich (obowiązek z art. 39 i art. 40 PT). Od tego czasu OA mogą skutecznie konkurować z TP oferując usługi szerokopasmowego dostępu do sieci Internet.

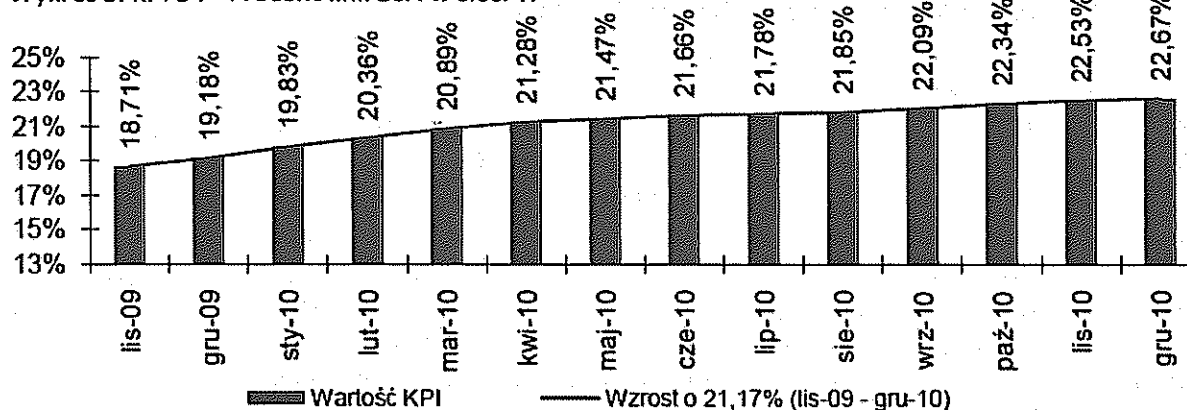
Należy mieć jednak na względzie fakt, że rynek ten nie jest jeszcze dojrzały, o czym świadczy m.in. dynamika jego rozwoju. Dlatego też, wejście w życie Projektu, a w konsekwencji brak obowiązku oferty ramowej oraz obowiązków kosztowych dla znacznej ilości obszarów gminnych, w ocenie Izby stanowi regres względem wcześniej podjętych przez Prezesa UKE środków zaradczych, a tym samym realne zagrożenie dla konkurencji na tych obszarach. Mimo preferencji Prezesa UKE co do dostarczania przez OA usług na bazie LLU, rynek ten jest dopiero we wstępnej fazie rozwoju oraz nie może zapewnić sprawnej migracji użytkowników BSA na usługi LLU. Oznacza to, że znaczna część obszarów gminnych analizowanych przez Prezesa UKE, wyłączona zostanie spod kluczowej dla rynku regulacji, przez co jego rozwój może zostać zablokowany.

Ponadto należy jeszcze raz wskazać, że Prezes UKE ma możliwość i dane na temat rynków lokalnych, skoro jest w stanie stwierdzić ilość lokali (w rozumieniu lokali abonentów) znajduje się w zasięgu sieci szerokopasmowych. Nie ma zatem przeciwwskazań do dokonania analizy dla rynków lokalnych.

Dodatkowo Izba wskazuje, że Prezes UKE w swojej analizie całkowicie pomógł zmiany jakie zaszły na rynku usług BSA na skutek zastąpienia metody cena detaliczna minus, metodą cost plus oraz wprowadzenie testu MS/PS (który w ocenie Izby, obecnie nie wypełnia swojej roli). Tymczasem, w ocenie Izby, niezaprzeczalnym faktem jest to, że rozwój usługi BSA został znacząco zahamowany. Potwierdza to przykładowo analiza KPI za IV kwartał 2010 r. przeprowadzona przez Prezesa UKE, która wyraźnie pokazuje, że odejście od metody retail minus, przy jednoczesnym dopuszczeniu ofert detalicznych TP, które zawężają marżę OA doprowadziło do praktycznego zahamowania rozwoju usługi BSA.

Wykres nr 1 – Procent linii BSA w sieci TP

Wykres 5. KPI 54 - Procent linii BSA w sieci TP



Na m.in. taki argument wskazuje sam Prezes UKE w analizie. Tymczasem, w Projekcie (s. 26), Prezes UKE wskazał, że polityka cenowa Prezesa UKE umożliwiła operatorom zbudowanie atrakcyjnej oferty detalicznej. Taki wniosek w pewnym zakresie był zasadny do czasu stosowania metody cena detaliczna minus (niemniej jednak także w tamtym okresie opłacalność usług detalicznych w oparciu o usługi BSA była znikoma i jedynie wiązanie tej usługi z innymi produktami lub migracja na LLU gwarantowały uzyskanie zadowalającego zysku). Jednakże od chwili wycofania tej metody, OA nie są w stanie konkurować z cenami detalicznymi TP. Powyższa kwestia i problem rynkowy powinien być także przedmiotem analizy Prezesa UKE. Wprowadzenie dalszej deregulacji, zwłaszcza deregulacji cenowej, powoduje, że na obszarach, gdzie nie ma obowiązków cenowych, OA zaprzestaną całkowicie sprzedawać usługę BSA. W praktyce oznacza to, że spod regulacji został wyjęty nie tylko obszar wskazany w Załączniku nr 1, ale także obszary z Grupy II i III. Podobnie, Prezes UKE nie uwzględnia w analizie kwestii związanej ze stosowaniem wyższych cen dla IP DSLAM, co także będzie skutkowało ograniczeniem konkurencji.

RÓZNICOWANIE OBOWIĄZKÓW REGULACYJNYCH

KIGEiT pragnie wskazać, iż zdjęcie obowiązków kosztowych oraz oferty ramowej na znacznej części obszarów gminnych, oznacza dowolność stosowania opłat międzyoperatorskich przez TP. Stanowi to zagrożenie, dla świadczenia usług przez OA na tych obszarach w tym sensie, że po podwyższeniu przez TP stawek rozliczeniowych, OA będą zmuszeni podnieść ceny detaliczne dostępu do Internetu albo wypowiedzieć umowy abonenckie ze względu na nieopłacalność świadczenia usług w oparciu o BSA. Według szacunków Izby, problem ten nie jest bagatelny, gdyż dotyczy co najmniej 20% całego rynku użytkowników BSA. Taki obrót sytuacji powoduje znaczne zmniejszenie konkurencji na wielu obszarach, w których niejednokrotnie TP jest jedynym lub co najmniej dominującym dostawcą usług szerokopasmowych.

Powyższe dotyczy z całą pewnością obszarów gminnych z Grupy III, które nie należą do atrakcyjnych biznesowo dla OA, ale także dla operatorów sieci kablowych, którzy koncentrują swoją działalność w większych miastach, co potwierdza sam Prezes UKE:

„Sieci telewizji kablowych są budowane i eksploatowane tylko w regionach o dużym zagęszczeniu mieszkańców, czyli na obszarach miejskich przede wszystkim z zabudową, na którą składają się budynki wielorodzinne. Następstwem tego jest niski obszar pokrycia sieciami TVK geograficznego obszaru kraju.”¹⁴

¹⁴ *Ibidem*, s. 26.

Fakt ten, znajduje także swoje odzwierciedlenie w obszarach gminnych przypisanych do Grupy II, ale także – a może przede wszystkim w obszarach całkowicie uwolnionych od regulacji (20 największych obszarów gminnych w Polsce).

W ocenie Izby, Projekt miejscami wykazuje także wewnętrzną niespójność. Rozważając kwestie regulacyjne względem obowiązków regulacyjnych nałożonych na TP decyzją Prezesa UKE z dnia 14 lutego 2007 r. nr DRT-SMP-6043-23/05(33) należy wskazać, że pomimo stwierdzenia, iż dany obszar charakteryzuje się niskim poziomem konkurencji (Grupa II i Grupa III¹⁵), Prezes UKE nie utrzymał na TP obowiązku przygotowania i publikacji oferty ramowej (art. 42 Pt), jak również obowiązku kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia usług BSA (art. 39 Pt), w oparciu o metodologię zorientowanych przyszłościowo długookresowych kosztów przyrostowych (FL-LRIC –ang. *Forward Looking Long-Run Incremental Costs*). W odniesieniu do w/w grup obszarów gminnych o złagodzonych obowiązkach regulacyjnych, brak jest także obowiązku ustalania opłat na bazie kosztów ponoszonych (art. 40 Pt). Powyższy dziwi tym bardziej, że w odniesieniu do Grupy II, Prezes UKE jednoznacznie wskazuje, że:

*„Problemy rynkowe na obszarach gminnych II Grupy stanowią wszystkie możliwe praktyki związane z nadużywaniem znaczącej pozycji rynkowej TP.”*¹⁶

Niezrozumiałe jest zatem, przy wskazanych wnioskach z analizy rynkowej, złagodzenie obowiązków regulacyjnych. W ocenie KIGEiT powyższy stan może wynikać z analizy rynku na poziomie obszarów gminnych, ale także – co równie istotne – z niejasnych i zbyt ogólnych kryteriów konkurencyjności wyznaczonych rynków.

BRAK ROZWIĄZAŃ PRZEJŚCIOWYCH DLA OBSZARÓW WYŁĄCZONYCH SPOD REGULACJI ORAZ OBSZARÓW NALEŻĄCYCH DO GRUPY II I III.

Prezes UKE w swojej analizie całkowicie pomija wpływ skutków Projektu na obecnie świadczone usługi detaliczne w oparciu o usługę BSA. Tymczasem w Projekcie brak jest rozwiązań zabezpieczających interes obecnych klientów OA, którzy na skutek deregulacji (w wyniku następczych rozstrzygnięć) lub zmniejszenia obowiązków regulacyjnych znajdują się w obszarach, gdzie TP nie świadczy usługi BSA lub nie ma obowiązków cenowych. W tym zakresie Izba wskazuje, że praktycznie ze 100% pewnością można założyć, że na tych obszarach OA będą zmuszeni bądź do rozwiązania praktycznie wszystkich umów detalicznych, czy to na skutek braku dostępu do usługi BSA (w połączeniu z brakiem możliwości migracji do LLU, co zostało omówione powyżej) bądź na skutek podwyższenia przez TP opłat za usługi hurtowe. Zważywszy, że rynek w Polsce jest nadal wiele lat za rynkami krajów UE-15, wątpliwe jest, czy możemy pozwolić sobie na ponowną monopolizację. Niestety, można przypuszczać, że takie właśnie będą skutki decyzji dla rynku 5, a udział linii OA w rynku xDSL nie tylko pozostanie jednym z najniższych w krajach UE, ale nawet ulegnie zmniejszeniu (sic).

SKUTKI

W ocenie KIGEiT, propozycja częściowej deregulacji (jako następczy krok oraz złagodzenie już na podstawie Projektu obowiązków regulacyjnych) rynku BSA, może skutkować: blokowaniem rozwoju konkurencji w wielu obszarach kraju, nie pozostawiając tym samym

¹⁵ *Ibidem*, s. 13-15.

¹⁶ *Ibidem*.

użytkownikom końcowym możliwości wyboru dostawcy usług oraz zróżnicowania cenowego ofert detalicznych.

Wdrożenie rozwiązań przyjętych w Projekcie spowoduje:

1. dla abonentów:
 - dla dużej części abonentów brak możliwości wyboru dostawcy usług - przyjęte rozwiązania nie gwarantują nawet duopolu w każdym budynku w gminie;
 - wzrost opłat abonamentowych w wyniku którego dziesiątki tysięcy abonentów będzie zmuszonych zmienić operatora najprawdopodobniej na TP.
2. z punktu widzenia OA
 - znaczącą utratę liczby abonentów i tym samym utratę przychodów; znaczącą utratę wizerunku OA. Klienci nie będą w stanie zrozumieć dlaczego z ich punktu widzenia operator nie chce świadczyć usług szerokopasmowych. Co więcej, utrata wizerunku wpłynie na sprzedaż OA również usług na własnej sieci i dostępie LLU - znacząco ją obniżając;
 - konieczność rozwiązania umów detalicznych z klientami znajdującymi się na obszarach wyłączonych z regulacji oraz na obszarach należących do grupy II i III (brak możliwości konkurowania cenowo z TP)
 - w kontekście wydanej przez Prezesa UKE decyzji na Rynku 4, Projekt stanowi poważne zagrożenie dla dostępu LLU, bowiem w przypadku inwestycji TP w pętle światłowodowe OA będą pozbawieni dostępu zarówno BSA na mocy analizy Rynku 5 (Projekt), jak i LLU na mocy wydanej decyzji. Wynika to z nieopłacalności uwalniania klientów z poziomu podpętli światłowodowej (zwłaszcza w sytuacji warunkowego dostępu).

BRAK ZACHOWANIA W PROJEKCIE NEUTRALNOŚCI TECHNOLOGICZNEJ

Kolejną kwestią jest nieuwzględnienie w Projekcie postulatu zgłaszanego niejednokrotnie przez KIGEiT, a mianowicie udostępnienia wprost (bez dokonywanych obecnie interpretacji; w tym zakresie KIGEiT jest zdania, że obecna Decyzja SMP reguluje już powyższą kwestię) dostępu

z wykorzystaniem sieci Ethernet. W dzisiejszej dobie, powszechną praktyką operatorów na rynku telekomunikacyjnym jest zastępowanie urządzeń DSLAM działających w sieci ATM, na IP DSLAM wykorzystujące sieć Ethernet. Taka praktyka jest bardziej efektywna i zdecydowanie mniej kosztowna od wykorzystywanej przez lata technologii ATM.

Skoro TP świadczy usługi detaliczne z wykorzystaniem zarówno sieci ATM, jak i sieci Ethernet to brak jest uzasadnienia dla którego dostęp do DSLAM ATM jest możliwy zarówno z poziomu IP Zarządzany, jak i ATM, a dla IP DSLAM tylko z poziomu IP Zarządzanego, przy znacznie wyższych kosztach dostępu. Podkreślamy, że takie podejście oznacza także znaczne zwiększenie kosztów zarówno po stronie TP (kwestia dedykowania BRAS dla poszczególnych OA), jak i po stronie OA, którzy wykupują droższy dostęp. Tymczasem dostęp do IP DSLAM powinien być dla OA nawet tańszy aniżeli dostęp z poziomu ATM.

Co więcej, z informacji posiadanych przez Izbę wynika, że TP na potrzeby dostarczania usługi Neostrada dla swoich abonentów, wykorzystuje sieć Ethernet oraz zaprzestała rozbudowy sieci ATM. Mając zatem na względzie choćby obowiązek niedyskryminacji, TP powinna oferować tego rodzaju dostęp także OA. Brak tego rodzaju dostępu stanowi brak możliwości uwolnienia Abonentów podłączonych przez TP do IP DSLAM, co stanowi znaczne ograniczenie potencjalnej bazy abonenckiej do przejścia przez OA. Ponadto, jak wskazaliśmy powyżej, konkurencja z TP na poziomie IP Zarządzanego jest praktycznie niemożliwa, co prowadzi do dalszej utraty udziałów OA w rynku BSA.

POLSKA NA TLE INNYCH KRAJÓW UE

1. Podejście do analizy geograficznej w innych krajach

Izba podkreśla, że także analiza benchmarkowa dotycząca analizy rynku 5 w innych krajach UE wskazuje na wadliwość Projektu, a także brak przesłanek do zastosowania podejścia przyjętego przez Prezesa UKE. Pragniemy podkreślić, że w żadnym Państwie Członkowskim nie przyjęto podobnej metodologii, jaką zastosował Prezes UKE.

Jedynie w 3 Państwach Członkowskich dokonano segmentyzacji geograficznej. W pozostałych Państwach UE takiej segmentyzacji nie ma.

Co ciekawe, zgodnie z notyfikacją z dnia 23 września 2010 r., która dotyczyła części austriackiego rynku nr 5 („hurtowy rynek dostępu szerokopasmowego dla potrzeb świadczenia usług na rzecz użytkowników końcowych nie będących konsumentami”¹⁷), proponowany środek (KE nie wyraziła sprzeciwu w odpowiedzi z dnia 25 października 2010 r.) nie wyodrębnia subrynków, ani nie różnicuje obowiązków regulacyjnych.

Dla pełnego obrazu podejścia do analizy geograficznej należy dokonać analizy przypadków 3 Państw Członkowskich w których zastosowano takie podejście. Poniżej dokładnie omówiono każdy z tych przypadków

1) Wielka Brytania

W listopadzie 2007r. Ofcom dokonał notyfikacji Komisji Europejskiej wyników analizy, która przewidywała wyodrębnienie z rynku krajowego rynków lokalnych (sprawa UK/2007/0733).

Punktem wyjścia była analiza rynku detalicznego, gdzie wyodrębniono dwa rynki geograficzne:

- terytorium Wielkiej Brytanii, z wyłączeniem obszaru miasta Hull
- obszar Hull – incumbentem na tym obszarze jest nie British Telecom (BT), ale Kingston Communications (KCOM).

Z kolei w przypadku rynków hurtowych, wyodrębniono cztery rynki geograficzne na obszarze Hull oraz 3 lokalne w ramach pozostałego obszaru Wielkiej Brytanii.

Obszarami oceny były obszary obsługiwane przez MDF (inne kryteria podziału geograficznego, aniżeli zastosowany przez Prezesa UKE). Podstawą agregacji poszczególnych obszarów w rynki właściwe była:

- liczba operatorów działających na poszczególnych obszarach (chodzi tu o operatorów, których udział w rynku kształtuje się na poziomie powyżej 10% - chodziło konkretnie o: BT, Virgin Media oraz 6 operatorów wykorzystujących LLU),
- wielkość popytu na danym obszarze ze względu na potencjał MDF (wielkość populacji na danym terenie, której można świadczyć usługi przy użyciu danej MDF).

W wyniku analizy Ofcom ustalił, iż rynek krajowy jest zróżnicowany geograficznie pod względem sytuacji konkurencyjnej. Następnym krokiem było zdefiniowanie sub-rynków – czyli:

- Rynek 1 – obszar geograficzny, na którym jedynym operatorem świadczącym usługi jest BT;

¹⁷ Tłumaczenie własne, tekst oryginalny: „market for wholesale broadband access for the subsequent use of non-residential customers”.

- Rynek 2 – obszar geograficzny, na którym działa obecnie lub w będzie działać w najbliższej przyszłości 2-3 operatorów (włączając w to BT oraz Virgin Media) i gdzie przewiduje się możliwość działania powyżej 4 operatorów, ale MDF mogą obsłużyć poniżej 10 000 użytkowników końcowych;
- Rynek 3 - obszar geograficzny, na którym działa obecnie lub w będzie działać w najbliższej przyszłości 4 lub więcej operatorów (włączając w to BT oraz Virgin Media) i gdzie przewiduje się możliwość działania powyżej 4 operatorów, ale MDF obsługują powyżej 10 000 użytkowników końcowych.

Wszystkie wskazane powyżej rynki geograficzne zostały przeanalizowane pod kątem występowania na nich podmiotów o znaczącej pozycji rynkowej. W wyniku analizy stwierdzono, że Rynek 3 jest rynkiem konkurencyjnym i nie wymaga dalszej regulacji. Głównymi przesłankami przemawiającymi za odejściem od regulacji na tym obszarze były:

- malejący udział BT w rynku właściwym (w tym zakresie podkreślamy, że analiza Ofcom obejmuje tendencje na tym rynku i dotyczy nie tylko jednego momentu, ale bada jak te tendencje kształtują się w pewnym okresie czasowym, czego zupełnie brak w analizie Prezesa UKE),
- wzrost dostaw usługi z uwolnionych pętli lokalnych (brak w analizie Prezesa UKE),
- analizy wskazujące, że operatory korzystający z LLU, z uwagi na poniesione właśnie koszty utracone, będą w sposób ekspansywny dostarczać swoje usługi dla nowych klientów (brak w analizie Prezesa UKE).

Rynek 3, który został zwolniony z regulacji, obejmuje swoim zasięgiem 1 070 MDF obsługujących 64,4% populacji Wielkiej Brytanii. Komisja Europejska nie zakwestionowała podejścia Ofcom w tej sprawie.

2) Austria

TKK przeprowadził szczegółową analizę sytuacji konkurencyjnej w 1 480 obszarach geograficznych obsługiwanych przez MDF (inne kryteria podziału geograficznego, aniżeli zastosowane przez Prezesa UKE). Austriacki Regulator stwierdził, że udział Telecom Austria na poszczególnych obszarach geograficznych jest silnie uwarunkowany liczbą konkurentów (operatorów telewizji kablowej oraz operatorów korzystających z LLU). W przypadku obszarów obsługiwanych przez 3 lub 4 operatorów (włączając w to Telecom Austria) udział incumbent'a oscyluje w granicach 30%, podczas gdy na obszarach, gdzie incumbent konkuruje tylko z jednym dużym operatorem (o udziale rynkowym powyżej 5%), jego udział kształtuje się na poziomie około 65%.

Jakkolwiek rynek został wyznaczony jako rynek krajowy i na tym rynku Telecom Austria został wyznaczony za operatora SMP, to TKK stwierdził, iż zagrożenia konkurencyjne występują tylko w pewnych obszarach rynku krajowego. Z tych względów austriacki Regulator zdecydował się na geograficzne zróżnicowanie obowiązków regulacyjnych. W tym celu obszar kraju został podzielony na dwie główne strefy:

- Strefa 1 – obejmująca obszary geograficzne obsługiwane przez MDF-y Telecom Austria, na których incumbent konkuruje przynajmniej z dwoma „poważnymi operatorami”. Strefa 1 obejmuje 131 obszarów obsługiwanych przez MDF-y i około 2 500 gospodarstw domowych.
- Strefa 2 – obejmująca obszary geograficzne obsługiwane przez pozostałe 1 349 MDF-y. Są to przede wszystkim obszary słabo zurbanizowane.

W przypadku Strefy 1, TKK zdecydował się na wycofanie istniejących obowiązków regulacyjnych, z wyłączeniem obowiązku rachunkowości regulacyjnej, który ma zapewnić przejrzystość rachunkową pomiędzy Strefą 1 i Strefą 2.

Komisja nie zakwestionowała zróżnicowania geograficznego nałożonych obowiązków regulacyjnych. Wprost przeciwnie, Komisja zauważyła, że ponieważ obowiązki regulacyjne powinny być proporcjonalne i „skrojone na miarę” dla określonych problemów w rozwoju konkurencji, jest w pełni uzasadnionym, aby zróżnicować te obowiązki w przypadku zróżnicowanej sytuacji konkurencyjnej i tym samym zróżnicowanych problemów w rozwoju konkurencji. Komisja jedynie zachęciła, aby przy kolejnej turze analiz rynków właściwych, TKK rozważył zdefiniowanie rynków lokalnych zamiast jednego rynku krajowego.

3) Portugalia

W przypadku **Portugalii** istotnym czynnikiem przemawiającym za segmentacją rynku była znacząca presja konkurencyjna ze strony operatorów tvk (m.in. z uwagi na wysoki poziom penetracji sieci operatorów telewizji kablowej; operatorzy tvk w Portugalii docierają do ca 73% gospodarstw domowych) – w tym zakresie zwracamy uwagę na odmiennosc w stosunku do sytuacji w Polsce, gdzie sam projekt decyzji wskazuje, że sieć telewizji kablowych pokrywa tylko ok. 8 tys. km², a sieć TP pokrywa swym zasięgiem 312 tys. km².

Podstawą segmentacji geograficznej w Portugalii, były – tak jak w przypadku innych krajów - obszary obsługiwane przez MDF-y incumbentów (kolejny przypadek, gdzie analiza została przeprowadzona inaczej niż w Polsce). Mając na uwadze wyniki analiz stosowanych cen (brak takiej analizy w projekcie Prezesa UKE), jak również udziałów rynkowych na poszczególnych obszarach obsługiwanych przez MDF-y, ANACOM stwierdził, iż konkurencja jest silniejsza na tych obszarach, na których obecni są operatorzy tvk oraz operatorzy LLU. W wyniku przeprowadzonej analizy, portugalski regulator zidentyfikował dwa rynki właściwe:

- Obszar „C” (competitive) – obszary obsługiwane przez MDF-y, na których występuje przynajmniej jeden operator LLU oraz przynajmniej jeden operator tvk, i gdzie penetracja sieci tvk przekracza 60%. Obszar „C” obejmuje 184 MDF-y i stanowi ca. 61% dostępów szerokopasmowych.
 - Obszar „NC” (non-competitive) – pozostały obszar kraju.
- ANACOM zdecydował się na usunięcie z obszaru „C” wszystkich obowiązków regulacyjnych. W pierwszej kolejności miał być zniesiony obowiązek kosztowy (niezwłocznie po wydaniu decyzji), a pozostałe obowiązki – sukcesywnie, w okresie 12 miesięcy.

Wnioski:

tam, gdzie zdecydowano się na segmentyzację obszarem konkurencyjnym był MDF; wszędzie, gdzie wprowadzono segmentyzację analizowano udział oferatora LLU na tym MDF. W tym zakresie podkreślamy, że analiza Prezesa UKE nie zawiera żadnego z powyższych elementów.

2. Podjęcie KE do segmentyzacji

1) przegląd notyfikacji

Odnosząc się do analizy geograficznej rynku nr 5 należy podkreślić, że Komisja najpełniej odniosła się do powyższej kwestii w przypadku Finlandii (w której, po długiej dyskusji w przedmiocie rynków subkrajowych, pomysł ten zarzucono). Wskazano tam, że:

„definicja podrynków geograficznych musi być oparta na dogłębnej analizie czynników strukturalnych i behawioralnych. W analizie tej należy wziąć pod uwagę nie tylko wskaźniki strukturalne, takie jak liczbę konkurentów istniejących na danym obszarze wymiany rynkowej, ale również inne potencjalnie istotne czynniki, w tym rozmiar/zagęszczenie ludnościowe analizowanych obszarów, tak by możliwe było ustalenie, że obecność operatorów alternatywnych, jak również podział udziałów rynkowych i ich zmiany na przestrzeni czasu w obrębie poszczególnych obszarów wymiany są możliwe do utrzymania. Istotne wskaźniki behawioralne powinny zawierać wstępną analizę cen, tendencji i różnic cenowych, jak również wszelkich różnic w strategiach handlowych i ofertach produktów/usług występujących w poszczególnych obszarach. Co więcej, FICORA powinna rozpatrywać owe elementy behawioralne nie tylko na tle przeciętnego poziomu cen w Finlandii, ale również na tle sąsiednich obszarów, tak by można było jasno określić granice obszarów, na których warunki konkurowania są różne. Istotną jest również ocena stabilności wszelkich określonych w ten sposób obszarów w czasie. FICORA analizuje niektóre z powyższych czynników strukturalnych i behawioralnych jedynie w związku z analizą rynków w celu wyznaczenia podmiotów o pozycji znaczącej na danym rynku właściwym (analiza SMP). Niemniej jednak w przypadku ustalenia, że warunki konkurowania są identyczne na każdym z obszarów działalności tradycyjnych operatorów telekomunikacyjnych, brak właściwej definicji i analizy właściwego rynku geograficznego nie ma wpływu na wynik tej oceny.

W przypadku zamiaru deregulacji określonych obszarów geograficznych w przyszłości w oparciu o kryteria określone w zidentyfikowanej kategorii 4, FICORA będzie musiała uwzględnić, że okoliczności takie jak: sama obecność sieci alternatywnych na obszarze jednego MDF lub obszaru (która nie zawsze może się rozprzestrzenić na obszarze całej gminy), jak również fakt, że operator zasiedziały posiada udział rynkowy mniejszy niż 50%, a także fakt, że ceny są poniżej poziomu krajowego, same w sobie mogą nie pozwalać na wnioskowanie co do rozmiaru faktycznej konkurencji i możliwości wyboru klientów detalicznych/hurtowych w analizowanym obszarze MDF czy też na całym obszarze analizowanej gminy. FICORA powinna raczej wykazać, że konkurencja na danym obszarze jest dynamiczna i trwała w stopniu umożliwiającym skuteczne utrzymywanie działań cenowych i handlowych zasiedziałego operatora na akceptowalnym poziomie, tak by zapewnić skuteczną ochronę klientów w analizowanym okresie regulacyjnym”¹⁸ (podkreślenia i pogrubienia własne).

¹⁸ Tłumaczenie własne, tekst oryginalny: „the definition of geographic sub-markets has to be based on a thorough analysis of structural and behavioural factors. This should include not only structural indicators such as the number of competitors present in a given exchange area, but also other potentially relevant factors such as the size/density of the areas in question to establish that the presence of alternative operators is sustainable as well as the distribution of market shares and their development over time within individual exchange areas. Relevant behavioural indicators would include a preliminary analysis of pricing, price trends and price differences as well as any differences in the commercial strategies and product/service offerings observed in the different areas¹³. Furthermore, FICORA should look at those behavioural elements not only in relation to the average price level in Finland but also in relation to neighbouring areas in order to identify clearly the boundaries of areas where the competitive conditions are different. In addition, it is important to examine the stability of any such identified market boundaries over time. FICORA analyses some of these structural and behavioural factors only in the context of the SMP analysis. However, as it comes to the conclusion that competitive conditions are the same within each of the operating areas of the traditional telecom operators, the absence of a proper definition and analysis of the relevant geographic market does not affect the outcome of this review. Should FICORA intend to de-regulate certain geographic areas in the future based on the criteria set out in its identified category 4, it will need to take account of the fact that the mere presence of alternative networks in one MDF or centraliser area (which may not always extend to the whole geographic area of the municipality) and the fact that the incumbent has a market share of less than 50%, as well as the fact that prices are less than the national level, may not in itself conclusively indicate the extent of actual competition and (retail/wholesale) customer choice in the MDF area concerned or in the whole municipality area in question. FICORA should rather demonstrate that such competition is dynamic and sustainable enough in the area in question to

W tym zakresie należy wskazać, że w Unii Europejskiej zasadą jest regulacja rynku krajowego bez różnicowania obowiązków regulacyjnych (np. w Belgii decyzja regulacyjna została uchylona przez sąd krajowy ze względu na brak zróżnicowania geograficznego, a belgijski NRA w wyniku ponownej analizy również nie znalazł podstaw do zastosowania takiego podejścia).

Warto również w tym miejscu powołać przykład Hiszpanii, gdzie pomimo zamiaru wprowadzenia segmentyzacji geograficznej nie zdecydowano się na taki krok.

W pierwotnej notyfikacji z dnia 30 października 2008 r. (sprawa ES/2008/0805) hiszpański regulator [Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ("CMT")] wskazał na istnienie 2 obszarów:

"Obszar 1 (większa konkurencja):

Obszar ten obejmuje te rynki, gdzie (i) przynajmniej TESAU i trzech innych operatorów posiadających własne sieci konkurują ze sobą nawzajem i (ii) lokalny rynek liczy co najmniej 10.000 uczestników, tzn. wymiana obejmuje 10.000 gospodarstw domowych lub lokali przedsiębiorstw. Do tej kategorii zaliczają się jedynie rynki, na których operatorzy alternatywny wywierają wystarczającą presję konkurencyjną, tj.:

- ✓ *Rynki, na których operator sieci kablowej osiągnął poziomy pokrycia równe lub przewyższające 60% obszaru rynku i na których występuje również co najmniej dwóch operatorów lokalnej pętli abonenckiej (LLU) Orange, Tele2/Comunitel lub Jazztel;*
- ✓ *Rynki, na których obecni są następujący operatorzy LLU: Orange, Tele2/Comunitel i Jazztel, oraz udział rynkowy TESAU wynosi mniej niż 50%*

(...)

Obszar 2 (mniejsza konkurencja):

Obszar ten obejmuje rynki nie zawarte w Obszarze 1.

Obok obowiązków regulacyjnych nałożonych w Obszarze 1, CMT w Obszarze 2 nakłada obowiązek kontroli cen, który zawiera w szczególności zobowiązanie do publikacji oferty ramowej, a także zakaz dyskryminacji"¹⁹.

CMT wyjaśniło, że *"utrzymuje kolejne obowiązki regulacyjne na obszarze 1, w szczególności mając na uwadze upowszechnienie sieci NGA przez operatora zasiedzialego. Mimo występowania na obszarze 1 alternatywnych infrastruktur szerokopasmowych, CMT uznaje te obowiązki za proporcjonalne dla zapewnienia aktywnego dostępu, w szczególności z*

sufficiently constrain the pricing and commercial behaviour of the incumbent operator to an appreciable extent, so that customers will be sufficiently protected over the regulatory period in question."

¹⁹ Tłumaczenie własne, tekst oryginalny: „Area 1 (greater competition):

Area 1 covers those exchanges, where (i) at least TESAU and three operators having a network of their own are competing with each other and (ii) where the local exchange has a minimum size of 10,000 pairs, i.e. where the exchange covers 10,000 households or business premises. Only the exchanges where the alternative operators exert a sufficient competitive constraint are included, i.e:

- ✓ *Exchanges where the cable operator has reached coverage levels equal to or more than 60% of the exchange area and where at least two of the LLU operators Orange, Tele2/Comunitel or Jazztel are also present;*

Exchanges where the following LLU operators are present: Orange, Tele2/Comunitel and Jazztel, and the TESAU market share is less than 50%.

(...)

Area 2 (less competition):

This area covers all other exchanges not included in Area 1.

In addition to the remedies imposed in Area 1, the CMT imposes in Area 2 a price control obligation, which includes in particular the publication of a reference offer and a non discrimination obligation"

wykorzystaniem światłowodu, w celu zapewnienia dalszego rozwoju konkurencji w kontekście przejścia na technologię NGA”²⁰.

W odpowiedzi KE wyraziła poważną wątpliwość [„Serious doubts on case ES/2008/805 (Wholesale broadband access - market)"]. Komisja podkreśliła, że „konieczne będzie określenie, czy poszczególne obszary zidentyfikowane przez CMT w oparciu o kryteria takie jak gęstość zaludnienia oraz faktyczne możliwości wejścia na rynek mogą odpowiadać obszarom zidentyfikowanym za pomocą kryteriów wskazujących na istnienie różnych warunków konkurencji na hurtowym rynku dostępu szerokopasmowego w Hiszpanii, takich jak:

- różne geograficzne strategie handlowe operatorów w obszarze 1 w porównaniu z obszarem 2 (również projekt decyzji Prezesa UKE nie zawiera takiej analizy),
- wskazanie niższego średniego poziomu cen detalicznych w obszarze 1 z powodu faktycznej konkurencji na poziomie detalicznym (w Polsce ceny są jednorodne co pokazuje, że ten warunek nie został spełniony),
- różnice w funkcjonalnościach lub rodzajach usług oferowanych na każdym z obu obszarów (w Polsce trudno wskazać zróżnicowanie usług w zależności od obszarów geograficznych, a tym samym także to kryterium nie jest spełnione),
- możliwe skurczenie się udziałów Telefonica w rynku hurtowym i detalicznym w obszarze 1 (jak wskazaliśmy powyżej Prezes UKE nie analizował wielkości udziałów w perspektywie czasowej),
- stabilność granic między obszarami przy uwzględnieniu prawdopodobieństwa wpływu rozmieszczenia sieci NGA na warunki konkurencji i na granice między obszarami, oraz
- udokumentowana ogólna tendencja w kierunku osiągnięcia skutecznej konkurencji w obszarze 1” (brak takiego elementu analizy Prezesa UKE)²¹.

Już w następnej iteracji z dnia 13 listopada 2008 r. wyodrębnienia geograficznego nie ma (CMT nie zdecydował się na taki krok).

Warto w tym miejscu również powołać przykład niemiecki. Regulator [Bundesnetzagentur (BNetzA)] wskazał, że “w oparciu w szczególności na analizie (i) udziałów rynkowych, (ii) liczby występujących operatorów alternatywnych i (iii) rozmiaru obsługi rynku na danym obszarze, niektóre obszary Niemiec są uważane za bardziej konkurencyjne od innych”²².

Komisja skomentowała to w następujący sposób:

²⁰ Tłumaczenie własne, tekst oryginalny: „explains that it maintains consequent remedies in area 1, in particular in view of the rollout of NGA networks by the incumbent. Despite the existence of alternative broadband infrastructures in area 1, the CMT considers it is proportional to provide active access, in particular over fibre, in order to allow for further development of competition in the context of NGA transition”.

²¹ Tłumaczenie własne, tekst oryginalny: „it would be necessary to determine whether or not the different areas identified by the CMT on the basis of criteria such as population density and actual market entry also broadly correspond to elements that point to the existence of different conditions of competition in the wholesale broadband access market across Spain, such as :

- different geographic commercial strategies of operators in area 1 as compared to area 2,
- an indication of lower average retail prices in area 1 because of genuine competition at retail level,
- differences in the functionalities or types of services offered in each of the two areas,
- the possible decline of Telefónica's wholesale and retail market shares in area 1,
- stability of the boundaries between the areas including the question whether the NGA deployment is likely to modify the competitive conditions and affect any such boundaries between areas and
- evidence of an overall trend towards effective competition in respect of area 1”.

²² Tłumaczenie własne, tekst oryginalny: „based, in particular, on an analysis of (i) market shares, (ii) the number of alternative operators present, and (iii) the size of the exchange serving this area, some areas in Germany are deemed to be more competitive than others”.

“[KE – dopisek] *dostrzega fakt, że operator zasiedziały zdaje się stosować ogólnokrajową strategię cenową i produktową*”²³ (Bez dwóch zdań także TP stosuje ogólnokrajową strategię cenową i produktową, chociaż nie istnieją jakiegokolwiek przeszkody prawne czy regulacyjne, aby TP mogła zdywersyfikować swoją ofertę).

2) Zalecenia KE ws. NGA

Należy również wskazać na stanowisko KE odnośnie regulacji na rynku 5. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w ocenie KE bez znaczenia dla określenia, czy na danym obszarze występuje skuteczna konkurencja i możliwe jest zniesienie obowiązków regulacyjnych jest fakt występowania na tym obszarze operatorów kablowych i świadczenie przez nich usług dostępu szerokopasmowego. Wskazują na to Zalecenia KE, które w odniesieniu do rynku 4 i uwolnionego dostępu do pętli światłowodowych wskazują, iż: „*wyjątki mogą być uzasadnione tylko w obszarach geograficznych, w których obecność kilku alternatywnych infrastruktur, np. sieci FTTH i/lub kablowych, w połączeniu z konkurencyjnymi ofertami dostępu doprowadzi do skutecznej konkurencji na rynku niższego szczebla*” (Pkt 22 Zaleceń KE). Jednakże już w odniesieniu do rynku 5, KE wskazuje wprost i jednoznacznie: „*Jeśli krajowe organy regulacyjne uznają, że w danym obszarze geograficznym zapewniono skuteczny dostęp do uwolnionych światłowodowych pętli abonenckich sieci operatora o znaczącej pozycji rynkowej oraz że taki dostęp prawdopodobnie doprowadzi do skutecznej konkurencji na rynku niższego szczebla, powinny rozważyć zniesienie obowiązku hurtowego dostępu do usług szerokopasmowej transmisji danych w odnośnym obszarze*” (Pkt 37 Zaleceń KE).

Wniosek:

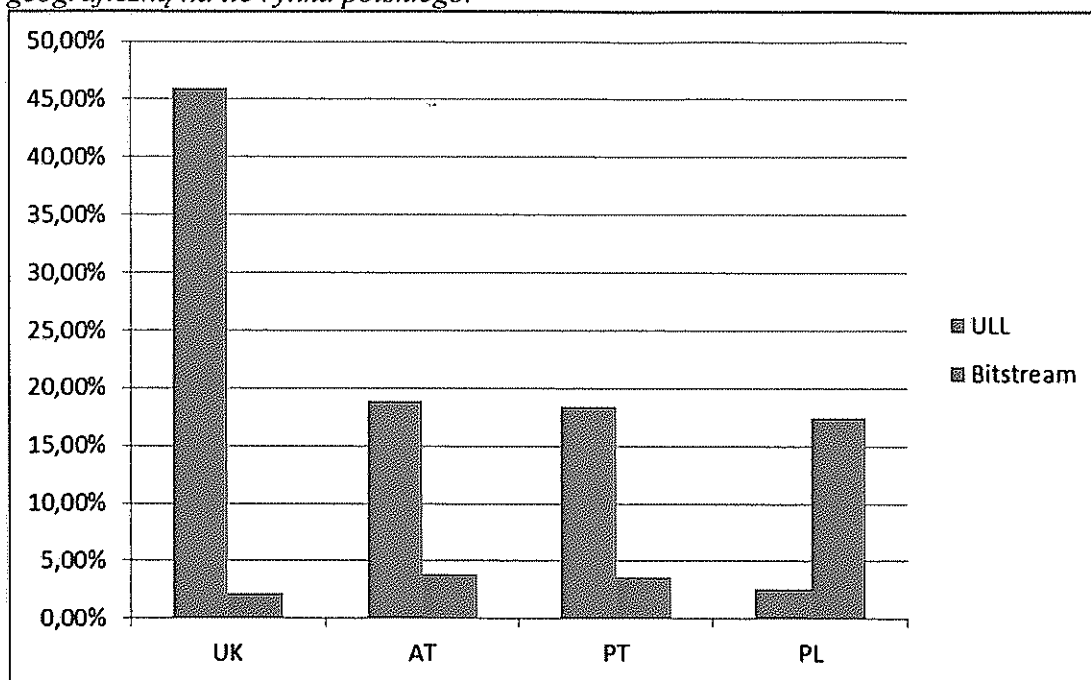
tylko ewentualna dostępność usługi LLU może uzasadniać zniesienie obowiązków regulacyjnych w odniesieniu do usługi BSA na pętlach światłowodowych. Można odnieść to się także do rynku pętli miedzianych. W tym zakresie podkreślamy, że projekt Prezesa UKE w żaden sposób nie odnosi się do kwestii dostępności do pętli abonenckich TP w ramach usługi LLU

3. Stan rozwoju rynku w Polsce i w krajach UE, gdzie zastosowano segmentację geograficzną

Dodatkowych argumentów przemawiających przeciwko zastosowaniu segmentacji geograficznej dostarcza analiza danych nt. rozwoju rynków usług BSA i LLU w krajach, gdzie zastosowano segmentyzację geograficzną.

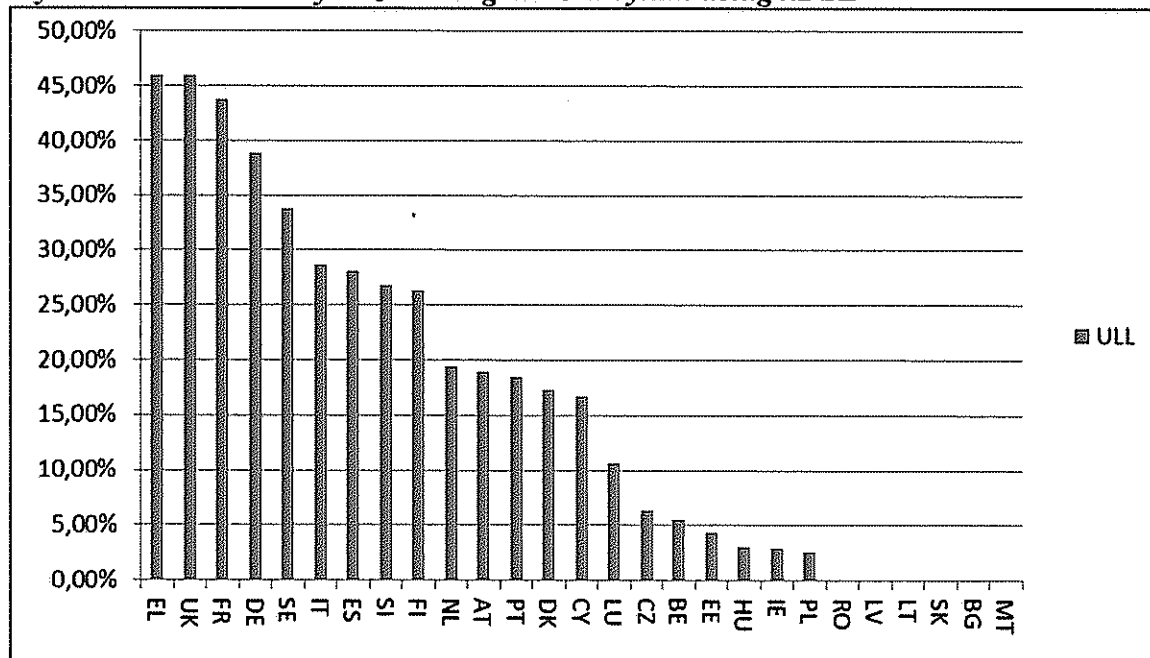
²³ Tłumaczenie własne, tekst oryginalny: “*acknowledges that the incumbent appears to pursue a nationwide pricing and product strategy*”.

Wykres nr 2: Udział usługi BSA i LLU w krajach, gdzie zastosowano segmentyzację geograficzną na tle rynku polskiego.



Jak widać wyraźnie z powyższego wykresu rozwój rynku usług LLU w Polsce w żaden sposób nie uzasadnia zmniejszenia regulacji na rynku usług BSA. Pokazuje to także poniższy wykres dotyczący rozwoju usługi LLU na tle innych krajów UE.

Wykres nr 3 Procentowy udział usługi LLU w rynku usług xDSL



Z uwagi na powyższe wnioski zaprezentowane na wstępie są uzasadnione.

Prezes Zarządu

Stefan Kamiński

