



Warszawa, dnia 31 stycznia 2017 r.

**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

Marcin Cichy

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

DECYZJA DART.SMP.6041.3.2016.27

Na podstawie art. 23 ust. 1 pkt 2 oraz art. 23 ust. 2 w związku z art. 22 ust. 1 oraz art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jednolity: Dz. U. 2016 poz. 1489 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Prawo telekomunikacyjne” lub „PT”, w związku z art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r., poz. 23 z późn. zm.), zwanej dalej „kpa”,

- I. określam rynek właściwy jako rynek świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej również „Orange”, „OPL”, „Operatorem” lub „Spółką”);
- II. ustalę, że na rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, nie występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej ani przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą;
- III. stwierdzam, że na rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, występuje skuteczna konkurencja;
- IV. uchylam nałożone decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej także „Prezes UKE”, „Regulator”) z dnia 14 grudnia 2010 r. znak: DART-SMP-6040-9/10(32) (dalej także: „Decyzja 2010”) na Polską Telefonię Komórkową Centertel sp. z o.o.¹ z siedzibą w Warszawie (obecnie: Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie) na określonym tą decyzją rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości

¹ 31 grudnia 2013 r. Polska Telefonia Komórkowa Centertel sp. z o.o. (dalej również: „PTK”) oraz Orange Polska sp. z o.o. i Telekomunikacja Polska S.A. połączyły się poprzez przeniesienie całego majątku ww. spółek na Telekomunikację Polską S.A. (łączenie przez przejęcie), która jednocześnie zmieniła nazwę na Orange Polska S.A.



tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel sp. z o.o., tj. na tym samym rynku co rynek, o którym mowa w pkt I sentencji decyzji i zmienione wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 sierpnia 2015 r., VI ACa 1128/15, następujące obowiązki regulacyjne:

1. obowiązek, o którym mowa w art. 34 ust. 1 PT, polegający na uwzględnianiu uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w celu świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej PTK polegający na:
 - zapewnieniu określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy, niezbędnych do zapewnienia dostępu do sieci;
 - przyznawaniu dostępu do interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług, w tym usług sieci wirtualnych;
 - zapewnieniu infrastruktury telekomunikacyjnej, kolokacji;
 - zapewnieniu funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług, w tym świadczenia usług w sieciach inteligentnych;
 - zapewnieniu połączenia sieci lub urządzeń telekomunikacyjnych oraz udogodnień z nimi związanych;
 - prowadzeniu negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w dobrej wierze oraz utrzymanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego do określonych sieci telekomunikacyjnych, urządzeń lub udogodnień towarzyszących;
 - uwzględnianiu uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny poprzez interfejs systemu informatycznego;
2. obowiązek o którym mowa w art. 36 PT, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej PTK w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowaniu usług oraz udostępnianiu informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi;
3. obowiązek, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i 2 PT, polegający na ogłaszaniu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej PTK, dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, przy czym:
 - zakres informacji obejmuje wszystkie informacje dotyczące specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci a także opłat, niezbędne do przygotowania przez zainteresowanych operatorów wniosku w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego,
 - publikacja wskazanych powyżej informacji nastąpi w formie elektronicznej

- na oficjalnej stronie internetowej PTK,
- informacje należy ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia niniejszej decyzji; w przypadku zmiany zakresu bądź treści publikowanej informacji należy ją ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 tygodnia od dnia wprowadzenia zmiany.
4. obowiązek, o którym mowa w art. 40 ust. 1 PT, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w wysokości nie wyższej niż 0,05 zł/SMS;
- V. określam termin uchylecia obowiązków regulacyjnych, o których mowa w pkt IV powyżej, na 90 dni od dnia doręczenia Orange Polska S.A. decyzji.
- VI. Decyzja stosownie do art. 206 ust. 2aa PT w związku z art. 206 ust. 2 pkt 2 PT, podlega natychmiastowemu wykonaniu.
- VII. Załącznik nr 1 – Dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa – stanowi integralną część decyzji.

UZASADNIENIE

1. Przebieg postępowania

1. W związku z rozpoczęciem analizy rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) OPL (dalej również: „rynek zakańczania SMS”), począwszy od dnia 26 stycznia 2016 r. Prezes UKE zwracał się do przedsiębiorców telekomunikacyjnych o przekazanie niezbędnych informacji. Do analizy użyto także informacji udostępnianych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych na oficjalnych stronach internetowych.
2. Pismem z dnia 27 czerwca 2016 r. Prezes UKE zawiadomił OPL o wszczęciu postępowania w sprawie:
 - a. określenia rynku właściwego, zgodnie z prawem konkurencji, uwzględniając uwarunkowania krajowe oraz w największym możliwym stopniu zalecenie Komisji i wytyczne, o których mowa w art. 19 ust. 3 PT, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych, zwanego dalej "rynkiem właściwym",
 - b. ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą,
 - c. wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą obowiązków regulacyjnych,
 - d. utrzymania, zmiany albo uchylecia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą.

3. W dniu 29 czerwca 2016 r. Prezes UKE poinformował Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej „Prezesem UOKiK”) o planowanym rozpoczęciu postępowania konsultacyjnego dotyczącego decyzji.
4. W dniu 30 czerwca 2016 r. Prezes UKE rozpoczął postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji.
5. Pismem z dnia 13 lipca 2016 r. Prezes UKE zawiadomił OPL o włączeniu dokumentów do akt sprawy oraz o faktach znanych organowi z urzędu.
6. W czasie postępowania konsultacyjnego swoje stanowisko konsultacyjne zgłosiły OPL oraz Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (dalej także „PIIT”).
7. W dniu 12 września 2016 r. Komisja Europejska wydała decyzję w której zaakceptowała notyfikowany projekt rozstrzygnięcia oraz poinformowała o braku uwag do projektu.
8. Pismem z dnia 25 listopada 2016 r., Prezes UKE przekazał projekt rozstrzygnięcia w sprawie Prezesowi UOKiK celem wydania postanowienia zgodnie z art. 106 § 1 kpa
9. Pismem z dnia 28 listopada 2016 r. Prezes UKE poinformował Orange o przekazaniu projektu decyzji Prezesowi UOKiK.
10. Postanowieniem z dnia 12 grudnia 2016 r. Prezes UOKiK uznał za zasadne proponowane przez Prezesa UKE rozstrzygnięcie w sprawie.
11. W dniu 19 grudnia 2016 r., Prezes UKE zawiadomił Orange o możliwości zapoznania się z materiałem dowodowym i wypowiedzenia się w sprawie. W określonym przez Prezesa UKE terminie strona nie zajęła stanowiska.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Prezes UKE zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 206 ust. 1 PT postępowanie przed Prezesem UKE prowadzone jest na podstawie kpa ze zmianami wynikającymi z PT oraz ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 poz. 1537, i poz. 2003, zwanej dalej „Megaustawą”).

Zgodnie z art. 21 ust. 1 PT Prezes UKE przeprowadza analizę rynku w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 PT po przeprowadzeniu analizy, o której mowa w art. 21 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 PT, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych,
- 2) ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą,
- 3) wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą obowiązków regulacyjnych,

- 4) utrzymania, zmiany albo uchylenia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku.

Przepis art. 22 ust. 2 PT stanowi natomiast, że przez obowiązek regulacyjny rozumie się obowiązek, o którym mowa w art. 34, art. 36-40, art. 42, art. 44, art. 44b, art. 45, art. 46 lub art. 72 ust. 3 PT.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 pkt 2 lit. a - c PT, jeżeli po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 22 ust. 1 PT, Prezes UKE ustali, że na danym rynku właściwym nie występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, Prezes UKE wydaje decyzję, w której:

- a) określa rynek właściwy w sposób określony w art. 22 ust. 1 pkt 1 PT,
- b) stwierdza na tym rynku właściwym występowanie skutecznej konkurencji,
- c) oraz uchyla nałożone obowiązki regulacyjne, jeżeli na tym samym rynku właściwym występował przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, którzy utracili tę pozycję.

Jednocześnie, zgodnie z art. 23 ust. 2 PT, Prezes UKE w decyzji, o której mowa powyżej, określa termin uchylenia obowiązków regulacyjnych, uwzględniając sytuację działających na rynku przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Zgodnie z przepisem art. 25a ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, przedsiębiorca telekomunikacyjny zajmuje znaczącą pozycję rynkową, jeżeli na rynku właściwym samodzielnie posiada pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego. Z kolei zgodnie z art. 25a ust. 2 PT, Prezes UKE przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na rynku właściwym bierze pod uwagę kryteria wymienione w Wytycznych Komisji w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej, w ich aktualnym brzmieniu, o których mowa w art. 19 ust. 3 PT.

Obowiązujące w dniu wydania decyzji Wytyczne Komisji, o których mowa w art. 19 ust. 3 PT to Wytyczne Komisji Europejskiej nr 2002/C 165/03 w sprawie analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej zgodnie z ramami regulacyjnymi Wspólnoty dotyczącymi sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE C 165, z dnia 11 lipca 2002 r. str. 6 - 31), zwane dalej „Wytycznymi” lub „Wytycznymi Komisji”. Zgodnie z Wytycznymi Komisji kryteria, z których powinno się korzystać przy wyznaczaniu udziału danego przedsiębiorstwa w rynku, będą zależały od cech rynku właściwego. Ponadto, zgodnie z Wytycznymi Komisji, krajowe organy regulacyjne mają zdecydować, które kryteria są najbardziej odpowiednie dla zmierzenia obecności na rynku². Do przykładowych kryteriów wymienianych przez Komisję Europejską w Wytycznych, które mogą służyć ocenie zdolności przedsiębiorstwa do zachowania w znacznym stopniu w sposób niezależny od konkurencji, klientów i konsumentów, należą m.in.:

- 1) udział przedsiębiorcy w rynku właściwym,
- 2) całkowita wielkość przedsiębiorstwa,
- 3) kontrola infrastruktury, która nie jest łatwa do powielenia,

² Motyw 77 Wytycznych Komisji

- 4) przewaga lub wyższość technologiczna,
- 5) brak lub niska równoważąca siła nabywcza,
- 6) łatwy, bądź uprzywilejowany dostęp do rynków kapitałowych/zasobów finansowych,
- 7) zróżnicowanie produktów/usług (np. powiązane produkty lub usługi),
- 8) korzyści skali,
- 9) korzyści zakresu,
- 10) pionowa integracja,
- 11) dobrze rozwinięta sieć dystrybucji i sprzedaży,
- 12) brak potencjalnej konkurencji,
- 13) ograniczenia w dalszym rozwoju.

Zgodnie z motywem 79 Wytycznych Komisji źródłem pozycji dominującej może być kombinacja kryteriów wymienionych powyżej³. Oznacza to, że pozycja dominująca nie musi opierać się na stwierdzeniu łącznego występowania wszystkich kryteriów wymienionych w Wytycznych Komisji.

Jednocześnie, zgodnie z przepisem art. 25a ust. 5 PT, jeżeli ocena nie wskazuje na brak kolektywnej pozycji znaczącej dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych, dodatkowo stosuje się w szczególności następujące kryteria:

- 1) niską elastyczność popytu,
- 2) podobne udziały rynkowe,
- 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,

- które nie muszą być spełnione łącznie.

Jak wskazują Wytyczne Komisji⁴, rynki właściwe, definiowane dla celów regulacji sektorowych będą zawsze oceniane na zasadzie prognozowania, gdyż krajowe organy regulacyjne uwzględnią w swej ocenie przyszły rozwój rynku. Podstawą dla przeprowadzenia analizy rynku powinna być kompleksowa, zorientowana przyszłościowo ocena struktury i funkcjonowania badanego rynku. Z założenia regulacja *ex-ante* ma doprowadzić do wykreowania konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego i zapobiegać potencjalnym zniekształceniom konkurencji w przeszłości.

Stosownie do normy art. 25c pkt 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, rozstrzygnięcia, o których mowa w art. 23 PT wydawane są przez Prezesa UKE po zasięgnięciu opinii Prezesa

³ Wytyczne Komisji (motyw 79): „*A dominant position can derive from a combination of the above criteria, which taken separately may not necessarily be determinative*”.

⁴ Wytyczne Komisji Sekcja 1.3. (motyw 27): „*On the other hand, relevant markets defined for the purposes of sector-specific regulation will always be assessed on a forward looking basis, as the NRA will include in its assessment an appreciation of the future development of the market. (...) The starting point for carrying out a market analysis for the purpose of Article 15 of the framework Directive is not the existence of an agreement or concerted practice within the scope of Article 81 EC Treaty, nor a concentration within the scope of the Merger Regulation, nor an alleged abuse of dominance within the scope of Article 82 EC Treaty, but is based on an overall forward-looking assessment of the structure and the functioning of the market under examination*”.

UOKiK wydanej w formie postanowienia. Natomiast zgodnie z art. 25c pkt 2 PT ww. rozstrzygnięcia ogłasza się na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Ponadto zgodnie z art. 25c pkt 3 PT wspomniane rozstrzygnięcia powinny w jak największym stopniu uwzględniać opinie i wspólne stanowiska przyjmowane przez BEREC (ang. *Body of European Regulators for Electronic Communications*). Wobec powyższego Prezes UKE wskazuje, że nie istnieją stanowiska BEREC, których zastosowanie byłoby możliwe w toku postępowania na rynku właściwym.

Szczegółowe uzasadnienie zastosowania wyżej wymienionych przepisów w sprawie znajduje się w następnych rozdziałach.

2. Definicja rynku właściwego

2.1. Prawne podstawy określenia rynku właściwego

Jak to już zostało wspomniane po przeprowadzeniu analizy rynku w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych, Prezes UKE określa rynek właściwy uwzględniając, stosownie do dyspozycji art. 22 ust. 1 pkt 1 PT, uwarunkowania krajowe oraz w największym możliwie stopniu zalecenie Komisji i Wytyczne Komisji, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych.

Przez „rynek właściwy” rozumie się, zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz. U. z 2015, poz. 184 z późn zm., zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów” lub „ustawą o o.k.i.k”), rynek towarów⁵, które ze względu na ich przeznaczenie oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Wytyczne Komisji, którymi, zgodnie z art. 19 ust. 3 ustawy Prawo telekomunikacyjne, powinien kierować się Prezes UKE przy analizie rynków właściwych i ustalaniu pozycji znaczącej przewidują⁶, 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 Europejską w zaleceniu dotyczącym właściwych rynków produktów i usług zgodnie z art. 15 ust. 1 dyrektywy ramowej.

Rynek będący przedmiotem analizy w postępowaniu nie został wskazany jako podlegający regulacji ex-ante w Zaleceniu 2003/311/WE z dnia 11 lutego 2003 r. (Dz. Urz. UE L 114 z dnia 8 maja 2003 r., str. 45), zwanym dalej również „Zaleceniem 2003”.

Podobnie rynek ten nie został wskazany jako podlegający regulacji ex-ante, ani w obecnie obowiązującym Zaleceniu Komisji z dnia 9 października 2014 r. w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex-ante zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE L 295 z dnia 11 października 2014 r. str. 79), zwanym dalej także „Zaleceniem 2014”, ani w uprzednio obowiązującym Zaleceniu 2007/879/WE z dnia 17 grudnia 2007 r., dotyczącym właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex-ante (Dz. Urz. UE L 344 z dnia 19 grudnia 2007 r.,

⁵ Zgodnie z art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pod pojęciem towarów rozumie się: rzecz, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.

⁶ Wytyczne Komisji (pkt 1.1.4).

str. 65), zwanym dalej także „Zaleceniem 2007” (które modyfikowało katalog rynków podlegających regulacji ex-ante wymienionych w Zaleceniu 2003).

Jak wynika z powyższego zarówno na gruncie Zalecenia 2007, jak i obecnie obowiązującego Zalecenia 2014, rynek świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej), nie jest uznawany za rynek właściwy podlegający regulacji ex-ante. Niemniej, jak wynika z treści motywu 21 Zalecenia 2014 *„Krajowe organy regulacyjne mogą określić rynki inne niż te wymienione w zaleceniu i dokonać oceny trzech kryteriów w odniesieniu do tych rynków. W szczególności jeżeli krajowe organy regulacyjne, stwierdziwszy brak skutecznej konkurencji na danym rynku detalicznym przy braku regulacji ex ante, zamierzają objąć regulacją powiązane rynki hurtowe, które nie są wymienione w zaleceniu, powinny one zawsze dokonać oceny wspomnianych trzech kryteriów”*.

Należy zatem zauważyć, że pomimo braku wskazania rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) w Zaleceniu 2014, jako podlegającego regulacji ex-ante, rynek ten, zgodnie z motywem 21 i pkt 2 Zalecenia 2014, podlegał analizie Prezesa UKE w trybie art. 21 PT (w tym ocenie wyżej wspomnianego testu trzech kryteriów). Decyzją 2010 Prezes UKE ustalił bowiem, że na rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel sp. z o.o. (tzw. rynek zakańczania SMS) nie występuje skuteczna konkurencja, wyznaczył Polską Telefonię Komórkową Centertel sp. z o.o. jako przedsiębiorcę zajmującego pozycję znaczącą rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel sp. z o.o. oraz nałożył na Polską Telefonię Komórkową Centertel sp. z o.o. obowiązki regulacyjne, o których mowa w: art. 34 ust. 1, art. 36, art. 37 ust. 1 i 2, art. 40 ust. 1 PT. Obecnie prowadzone postępowanie stanowi kolejny przegląd tego rynku właściwego.

Pomimo zatem braku wskazania rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) w Zaleceniu 2014 rynek ten, z uwagi na jego regulację w Decyzji 2010 podlegał analizie Prezesa UKE.

Należy przy tym zaznaczyć, iż w postępowaniu zakres rynku właściwego został określony jednakowo w stosunku do tego jak miało to miejsce w decyzji Prezesa UKE z dnia 14 grudnia 2010 r., DART-SMP-6040-9/10(32). Rynek właściwy określony w postępowaniu jest więc tym samym rynkiem właściwym, w rozumieniu art. 23 ust. 1 PT, co rynek właściwy zdefiniowany w ramach prowadzonego przez Prezesa UKE postępowania zakończonego wydaniem Decyzji 2010. Mając zatem na względzie tę okoliczność oraz wyniki analizy rynku właściwego Prezes UKE przyjął decyzję uchylającą obowiązki regulacyjne, o której mowa w art. 23 ust. 1 pkt 2 PT (a nie postanowienie, o którym mowa w art. 23 ust. 1 pkt 1 PT), jako zasadną formę rozstrzygnięcia sprawy.

Przechodząc natomiast do omówienia podstaw prawnych poddania określonego rynku właściwego regulacji ex-ante, należy wskazać, że Prezes UKE miał w tym zakresie na uwadze, że Zalecenie 2014, w motywie 11 i dalej w pkt 2, wskazuje kryteria, których łączne spełnienie oznacza, że dany rynek podlega regulacji ex-ante:

- 1) pierwszym kryterium jest obecność trudnych do przewyciężenia i trwałych barier w dostępie do rynku. Mogą one mieć charakter strukturalny, prawny lub regulacyjny,

- 2) drugie kryterium dotyczy tego, czy struktura rynku sprzyja osiągnięciu skutecznej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym,
- 3) natomiast trzecie z zawartych w Zaleceniu 2014 kryteriów 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 powinien podlegać regulacji ex-ante.

Mając na uwadze wskazane postanowienia Zalecenia 2014, celem postępowania było zweryfikowanie, poprzez przeprowadzenie testu trzech kryteriów, czy ze względu na występujące obecnie okoliczności, rynek świadczenia usługi zakańczania SMS w sieci Orange powinien nadal podlegać regulacji ex-ante.

Niemniej wskazać należy, że chociaż negatywny wynik testu trzech kryteriów uniemożliwia poddanie danego rynku właściwego regulacji w formule ex-ante (w szczególności nałożenia, bądź utrzymania uprzednio nałożonych obowiązków regulacyjnych) to, zgodnie z przepisami art. 22 ust. 1 pkt 2 PT, Prezes UKE w postępowaniu zobowiązany jest także ustalić (niezależnie od wyniku testu trzech kryteriów), czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą. Prezes UKE wskazuje przy tym, że w jego opinii, negatywny wynik testu trzech kryteriów nie jest przesłanką do uznania postępowania, o którym mowa w art. 22 ust. 1 PT, za bezprzedmiotowe, ponieważ nie powoduje braku któregokolwiek z elementów stosunku administracyjnoprawnego (nie uniemożliwia merytorycznego zakończenia sprawy), a jedynie świadczy o braku zasadności objęcia danego rynku regulami regulacji ex-ante, co prowadzi do konieczności podjęcia jednego z rozstrzygnięć merytorycznych uregulowanych w art. 23 ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 PT.

Konsekwentnie w postępowaniu Prezes UKE przeprowadził najpierw test trzech kryteriów (zgodnie z pkt 2 Zalecenia 2014), a następnie, zgodnie z dyspozycją art. 22 ust. 1 PT ocenił, czy na analizowanym rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą (w przypadku rynku właściwego sytuacja kolektywnej pozycji znaczącej nie jest możliwa, co zostało wyjaśnione w pkt 5 poniżej).

2.2. Rynek produktowy na szczeblu detalicznym

Zgodnie z Wytycznymi Komisji właściwy rynek produktów/usług składa się z tych produktów i usług, które są w sposób wystarczający wymienne lub zastępowalne, nie tylko ze względu na ich obiektywne cechy, za pomocą których są one szczególnie dogodnie dla zaspokojenia stałych potrzeb konsumentów, ze względu na ich ceny lub zamierzony cel użytkowania, lecz również ze względu na warunki konkurencji i/lub struktury podaży i popytu na danym rynku.

Produkty lub usługi, które są tylko w małym lub względnym stopniu wymienne ze sobą nawzajem, nie mogą być zaliczane do tego samego rynku. Dlatego też, Prezes UKE powinien rozpocząć proces określania właściwych rynków produktów lub usług poprzez pogrupowanie produktów i usług, z których konsumenci korzystają w tych samych celach, a których to (produktów i usług) funkcjonalność jest postrzegana podobnie⁷.

Mając to na uwadze, Prezes UKE przed określeniem zakresu produktowego rynku zakańczania SMS w sieci Orange przeanalizował odpowiadający mu rynek na szczeblu detalicznym.

⁷ Wytyczne, pkt. 2.2.1 (ust. 44 i 45).

Prezes UKE wyodrębnił na poziomie detalicznym rynek produktowy świadczenia usług przesyłania wiadomości SMS.

Usługa przesyłania wiadomości SMS składa się z dwóch elementów składowych tj. inicjowania oraz odbierania wiadomości przez użytkowników końcowych usług telefonii ruchomej.

Podmiotem zgłaszającym popyt na poziomie detalicznym (a więc nabywcą usługi) jest użytkownik końcowy inicjujący usługę, tj. wysyłający wiadomość SMS. To on decyduje, czy usługa zostanie zrealizowana i on ponosi koszt w postaci opłaty detalicznej za jej realizację. Użytkownik końcowy odbierający wiadomość SMS nie ma praktycznie żadnego wpływu na fakt dostarczenia do niego wiadomości. Ponieważ w powszechnej praktyce odbieranie wiadomości SMS jest bezpłatne, użytkownik ten nie ponosi kosztu z tytułu odebrania wiadomości SMS. Użytkownik odbierający wiadomość SMS może sam zgłosić popyt w sytuacji, w której zdecyduje się wysłać wiadomość SMS, np. stanowiącą odpowiedź na uprzednio otrzymaną wiadomość. W obu wariantach dostawca usługi będzie w stanie zaspokoić popyt, gdyż w powszechnej praktyce nie zdarza się, aby przedsiębiorca telekomunikacyjny nie był w stanie dostosować podaży (tj. wolumenu usługi) do potrzeb popytowej strony rynku. Charakterystyczną cechą usług telefonii ruchomej, w tym usługi przesyłania wiadomości SMS, jest bowiem wiodąca rola popytowej strony rynku, gdzie oferowana podaż stanowi wierne ilościowo odzwierciedlenie zgłaszanego zapotrzebowania na usługę.

Prezes UKE stoi na stanowisku, iż priorytetowym kryterium rozróżnienia typów detalicznych usług przesyłania krótkich wiadomości tekstowych jest kryterium podmiotu (sposobu) inicjującego usługę.

Wobec powyższego, Prezes UKE wyodrębnił na szczeblu detalicznym następujące typy świadczenia usług przesyłania SMS do ruchomych publicznych sieci telefonicznych:

- z ruchomych publicznych sieci telefonicznych (Mobile2M – ang. mobile to mobile);
- ze stacjonarnych publicznych sieci telefonicznych (F2M – ang. fix to mobile);
- inicjowanych w sposób automatyczny (Machine2M – ang. Machine to mobile).

W tym miejscu należy doprecyzować, iż w zakres usług typu Machine2M wchodzi wszystkie inne możliwe formy przesyłania wiadomości SMS do ruchomej publicznej sieci telefonicznej operatora (także w sieci Orange), które nie zostały ujęte w ramach usług Mobile2M oraz F2M, a są lub mogą być zakańczane w sieci ruchomej. W szerokim katalogu usług detalicznych wchodzących w skład kategorii Machine2M mogą więc mieścić się m.in. usługi przesyłania wiadomości SMS inicjowanych poprzez tzw. bramki internetowe i komunikatory, usługi przesyłania wiadomości SMS automatycznie generowanych poprzez inne aplikacje internetowe, itp.

Jak wskazano w Wytycznych Komisji, krajowe urzędy regulacji powinny rozpocząć proces definiowania rynków właściwych produktów lub usług poprzez pogrupowanie produktów i usług, z których konsumenci korzystają w tych samych celach (zastosowanie)⁸. Tym samym konieczne jest określenie, które z wyżej wymienionych usług stanowią substytuty z punktu widzenia ich nabywców.

Zgodnie z teorią ekonomii⁹, dobra substytucyjne to takie, które mogą być wzajemnie zastępowalne w zaspokajaniu potrzeb. Można założyć, że z substytucyjnością dwóch lub

⁸ Wytyczne Komisji Sekcja 2.2.1 (motyw 44)

⁹ Marciniak S.: *Makro- i mikroekonomia*. Podstawowe problemy. PWN 2006.

większej liczby dóbr mamy do czynienia, w sytuacji, gdy dobra te gwarantują użytkownikowi taki sam poziom użyteczności, przez co jest on skłonny zastępować jedno dobro drugim według stałej stopy (substytuty doskonałe¹⁰) lub też oferują przynajmniej bliski poziom funkcjonalności. W ocenie Prezesa UKE, należy przede wszystkim precyzyjnie określić zakres badanego „dobra”.

Rynek detaliczny dotyczy procesu przesyłania wiadomości SMS typu Mobile2M, F2M oraz Machine2M. W ocenie Prezesa UKE priorytetowym z punktu widzenia substytucyjności wszystkich wymienionych wyżej usług jest fakt ich użyteczności dla obu użytkowników końcowych, tj. inicjującego oraz odbierającego wiadomość SMS. Pomimo, iż tylko jeden z użytkowników ma wpływ na realizację usługi, obaj czerpią z niej korzyści w postaci przekazu informacji. Jednakże z uwagi na fakt, iż usługa nie jest realizowana w czasie rzeczywistym (w przeciwieństwie chociażby do usługi połączeń głosowych) obaj użytkownicy końcowi mogą mieć różne poziomy satysfakcji z przesyłania wiadomości SMS. Należy bowiem wyraźnie wskazać na różnice w zakresie komunikacji zwrotnej między użytkownikami, w ramach wszystkich tych trzech zdefiniowanych typów usług.

Wiadomości SMS inicjowane w innych ruchomych publicznych sieci telefonicznych i zakańczane w sieci Orange (Mobile2M)

Inicjacja takich wiadomości odbywa się w dowolnej sieci ruchomej, której abonent określa jej odbiorcę. Można założyć, iż każdy aparat telefoniczny działający w sieci telefonii ruchomej daje obecnie użytkownikowi końcowemu możliwość wysyłania wiadomości SMS, które zakańczane są w tej samej lub obcej sieci użytkowników telefonii ruchomej. Tak więc niezależnie od stopnia zaawansowania samej sieci i aparatu telefonicznego każdy klient telefonii ruchomej ma możliwość realizacji usługi wysłania/odebrania wiadomości SMS.

Popularność pakietów nielimitowanych, czyli takich, gdzie za stałą opłatą abonent może korzystać z nieograniczonej puli SMS do wszystkich krajowych sieci ruchomych skutkuje stałym przyrostem wolumenu SMS zakańczanych w sieci Orange. Na przestrzeni 5 lat, wolumen wiadomości SMS zakańczanych w sieci tego operatora wzrósł o (*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 1, Załącznik 1*) z poziomu (*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 2, Załącznik 1*) na koniec 2010 r. do (*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 3, Załącznik 1*) w 2015 r.

Wykres 1 Wolumen SMS inicjowanych w innych sieciach ruchomych i zakańczanych w sieci Orange (*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 4, Załącznik 1*)

Źródło: UKE na podstawie danych operatora

W przypadku przychodów z tytułu świadczenia usługi zakańczania SMS na rynku właściwym Operator uzyskał największy przychód w 2010 r. i wyniósł on (*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 5, Załącznik 1*), następnie spadał on do 2012 r., by w dalszych latach wzrastać, do poziomu (*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 6, Załącznik 1*) na koniec 2015 r. Niezależnie od powyższego, na przestrzeni 5 lat przychody Operatora z tytułu zakańczania SMS zmniejszyły się o (*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 7, Załącznik 1*).

Wykres 2 Przychody z SMS inicjowanych w innych sieciach ruchomych i zakańczanych w sieci Orange (*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 8, Załącznik 1*)

Źródło: UKE na podstawie danych operatora

Szczególnie w latach 2010 – 2012 zauważalna jest rozbieżność pomiędzy wolumenem wiadomości SMS zakańczanych w sieci Orange, a przychodami z usługi. Wynika ona z faktu, że ruch wiadomości SMS niemal ciągle wzrastał, a przychody z usługi na poziomie

¹⁰ Varian H.R.: *Mikroekonomia. Kurs średni – ujęcie nowoczesne*. PWN 2005.

hurtowym, na skutek decyzji regulacyjnych malały. W ostatnich trzech latach widać natomiast bezpośrednią korelację wolumenu zakańczanych wiadomości tekstowych z przychodami z usługi. Oba wskaźniki cechują się tendencją wzrostową.

Wiadomości SMS inicjowane w stacjonarnych publicznych sieci telefonicznych i zakańczane w sieci Orange (F2M)

Odnosząc się do wiadomości SMS inicjowanych w sieciach stacjonarnych i zakańczanych w sieciach ruchomych należy podkreślić, że wolumen wiadomości jak i przychody są nieporównywalnie niższe niż te, generowane w innych sieciach ruchomych. Różnicę tę dodatkowo pogłębia fakt, że spółka odnotowuje zarówno zmniejszający się wolumen wiadomości o (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 9, Załącznik 1) z niemal (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 10, Załącznik 1) w 2010 r. do (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 11, Załącznik 1) na koniec 2013 r., w a kolejnych latach usługa nie była świadczona. W latach 2010 – 2013 przychody spółki z tego tytułu (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 12, Załącznik 1).

Wykres 3 Wolumen ruchu SMS inicjowanych w sieciach stacjonarnych i zakańczanych w sieci Orange (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 13, Załącznik 1)

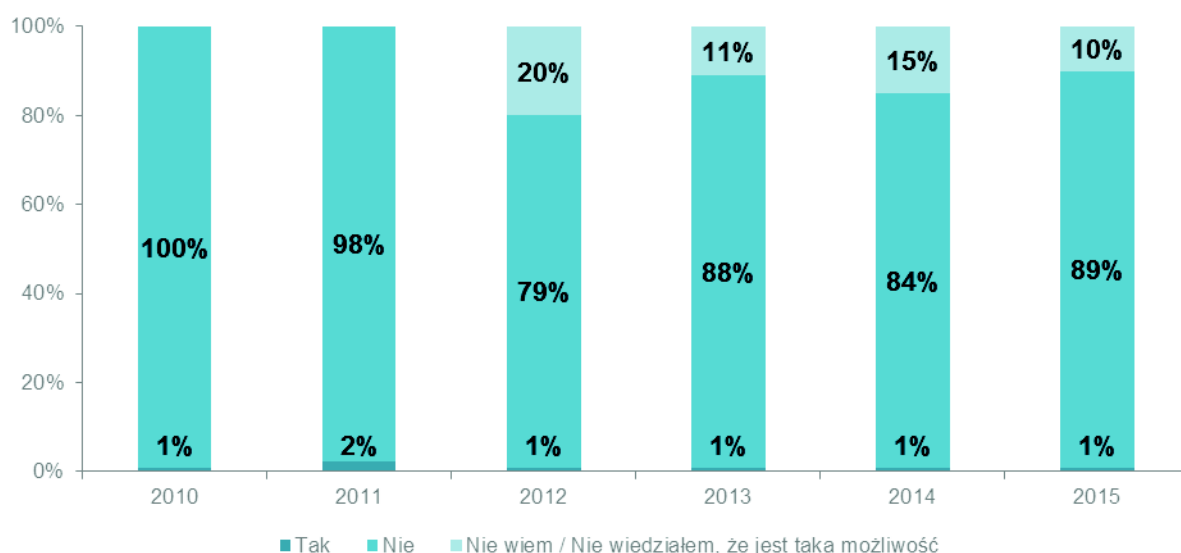
Źródło: UKE na podstawie danych operatora

Wykres 4 Przychody z SMS inicjowanych w sieciach stacjonarnych i zakańczanych w sieci Orange (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 14, Załącznik 1)

Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

Dużą rozbieżność pomiędzy wolumenem wiadomości przesyłanych pomiędzy sieciami ruchomymi a tymi, inicjowanymi w sieciach stacjonarnych i zakańczanymi w sieciach operatorów komórkowych potwierdzają również coroczne badania konsumenckie przygotowane na zlecenie UKE. W ciągu analizowanych pięciu lat odsetek osób korzystających z takiej usługi tylko w 2011 r. osiągnął 2%. W pozostałych latach zaledwie 1% osób deklarowało wysyłanie wiadomości SMS, korzystając z telefonu stacjonarnego.

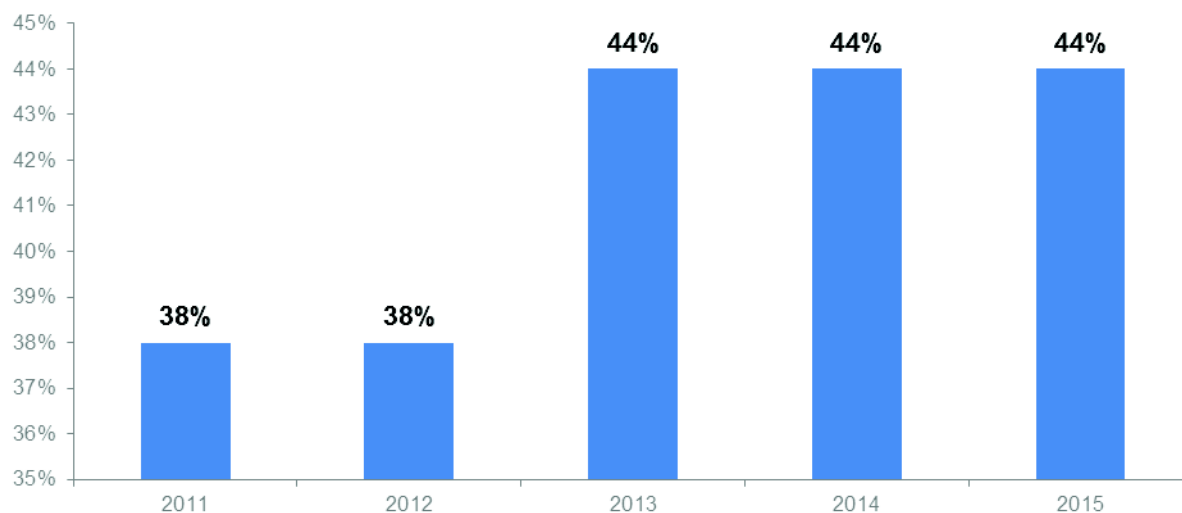
Wykres 5 Wysyłanie SMS z telefonu stacjonarnego w latach 2010 – 2015



Źródło: UKE na podstawie badań konsumenckich przeprowadzonych w latach 2010 – 2015 na zlecenie UKE

Rozbieżność w popularności pomiędzy SMS inicjowanymi w sieciach ruchomych a stacjonarnych widać również na poniższym wykresie. Zgodnie z badaniem konsumenckim w ostatnich trzech latach 44% osób codziennie wysyłało wiadomości tekstowe SMS w ramach różnych sieci ruchomych.

Wykres 6 Odsetek osób codziennie wysyłających wiadomości tekstowe SMS



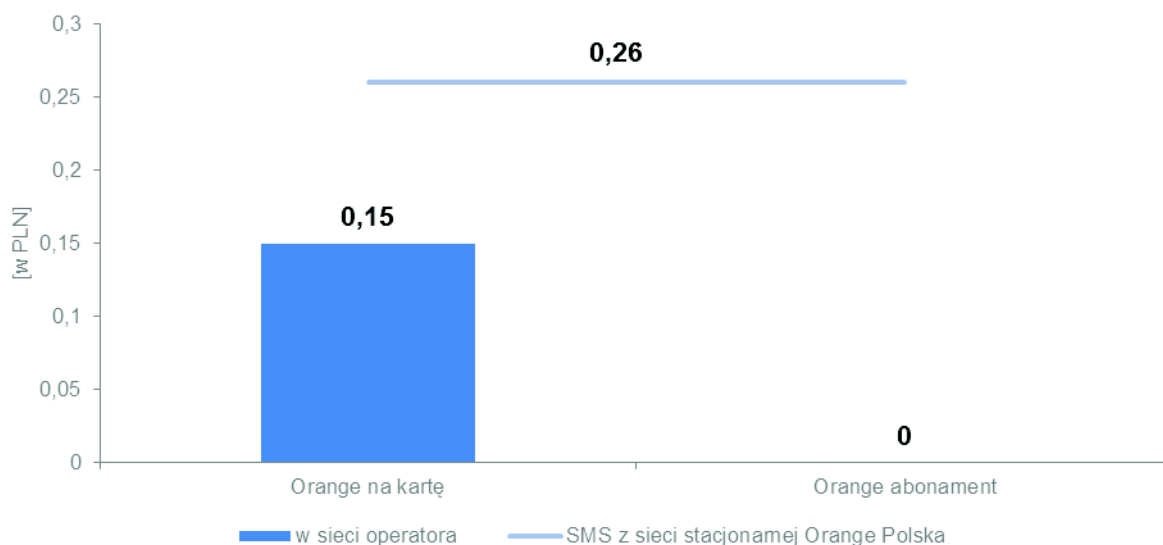
Źródło: UKE na podstawie badań konsumenckich przeprowadzonych w latach 2011 – 2015 na zlecenie UKE

Komentarz: w 2010 r. zadano ankietowanym pytanie, jak intensywnie jest wykorzystywana dana usługa. Wtedy 16,3% wskazało SMS jako najczęściej wykorzystywaną, a 70,6% jako często wykorzystywaną usługę.

Opisana powyżej dysproporcja, skutkuje m.in. znaczną różnicą w zakresie popularności obu typów usług dla użytkowników końcowych. Chociaż z oczywistych powodów, poziom popularności usługi nie rozstrzyga definitywnie o jej substytucyjności wobec innej, należy zauważyć, iż użytkownicy końcowi wybierają usługę łatwiej dostępną i dającą wyższy poziom satysfakcji, a więc bardziej funkcjonalną - tj. usługę SMS typu Mobile2M. Usługi SMS typu F2M są zdecydowanie mniej popularne, co przekłada się na zakańczany wolumen ruchu oraz uzyskiwane z tego tytułu przez operatora przychody.

Substytucja pomiędzy usługami Mobile2M i F2M mogłaby mieć miejsce również w przypadku zbliżonego kosztu usługi przy takich samych funkcjonalnościach. Usługa wysyłania SMS w sieci Orange charakteryzuje się zróżnicowanym kosztem, jednakże w żadnym z przedstawionych przez Operatora, najbardziej popularnych pod względem wolumenu wysyłanych wiadomości SMS, planów taryfowych pre-paid nie przekracza ona 0,15 zł za jedną wiadomość, a w przypadku usługi post-paid wysyłanie wiadomości SMS jest bezpłatne. Natomiast zainicjowanie wiadomości tekstowej w sieci stacjonarnej Orange Polska S.A. wiązało się z kosztem 0,26 zł. Wyższa cena wysłania wiadomości SMS w sieci stacjonarnej może skutkować rezygnacją z tej usługi na rzecz usług rozpoczynanych w sieci ruchomej. Tak więc również czynnik ceny będzie miał wpływ na wybór usługi i miejsca rozpoczęcia wiadomości tekstowej SMS (sieć stacjonarna czy ruchoma).

Wykres 7 Koszt wysłania wiadomości SMS w sieci Orange oraz w sieci stacjonarnej Orange Polska



Źródło: UKE na podstawie danych Orange a także wyciągu z cennika usług telekomunikacyjnych – usługi dodatkowe dla Dopasowanych Planów Dla Domu Orange Polska

Usługa przesyłania wiadomości F2M nie jest w pełni substytucyjna wobec usługi Mobile2M. Argumentem to potwierdzającym, jest aspekt miejsca inicjacji usług obu typów. Można założyć, iż każdy aparat telefoniczny działający w sieci telefonii ruchomej daje obecnie użytkownikowi końcowemu możliwość wysyłania wiadomości SMS, które zakańczane są w tej samej lub obcej sieci użytkowników telefonii ruchomej. Tak więc niezależnie od stopnia zaawansowania technologicznego samej sieci i aparatu telefonicznego, każdy klient telefonii ruchomej ma możliwość realizacji usługi wysłania/odebrania wiadomości SMS.

W przypadku wiadomości SMS wysyłanych ze stacjonarnych sieci telefonicznych, taka możliwość jest znacznie ograniczona, z uwagi na występowanie stacjonarnych aparatów telefonicznych pozbawionych funkcjonalności wysyłania wiadomości SMS. A więc, w przeciwieństwie do każdego użytkownika końcowego sieci telefonii ruchomej, nie każdy użytkownik końcowy sieci telefonii stacjonarnej ma możliwość wysyłania wiadomości SMS do użytkownika końcowego sieci ruchomej. Tak więc nie można mówić o pełnej zastępowalności usługi typu Mobile2M usługą typu F2M, z racji ograniczeń funkcjonalności tej drugiej.

Chociaż zgodnie z teorią ekonomii¹¹, wzrost ceny jednego dobra powoduje zmniejszenie popytu na to dobro, przy jednoczesnym wzroście popytu na jego substytut, w warunkach rynku zakańczania SMS w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Orange nie jest możliwe potwierdzenie przytoczonej zależności.

Aby spełnić przytoczone założenie ekonomii, użytkownik końcowy niezadowolony z podwyższenia ceny wysyłania wiadomości SMS do innej sieci ruchomej, musiałby zrezygnować z korzystania z tej usługi na rzecz wysyłania wiadomości SMS typu F2M lub Machine2M. Musiałby jednak wtedy wkalkulować w swój budżet zakup innych usług telekomunikacyjnych, tj. telefonu stacjonarnego lub dostępu do sieci Internet, komplementarnych wobec wysyłania wiadomości SMS (odpowiednio) typu F2M oraz Machine2M, a dalej uiszczać miesięczne opłaty abonamentowe za ich wykorzystanie.

¹¹ Samuelson P.A., Nordhaus W.D.: *Ekonomia I*. PWN, Warszawa 2001.

Wiadomości SMS inicjowane w sposób automatyczny (Machine2M)

W zakres usług typu Machine2M wchodzi wszystkie inne możliwe formy przesyłania wiadomości SMS do ruchomej publicznej sieci telefonicznej operatora, które nie zostały ujęte w ramach usług Mobile2M oraz F2M, a są lub mogą być zakańczane w sieci ruchomej. W szerokim katalogu usług detalicznych wchodzących w skład kategorii Machine2M mogą więc mieścić się m.in. usługi przesyłania wiadomości SMS inicjowanych poprzez tzw. bramki internetowe i komunikatory, usługi przesyłania wiadomości SMS automatycznie generowanych poprzez inne aplikacje internetowe, czy rozwiązanie na płaszczyźnie Internetu rzeczy.

Usługi Machine2M można rozdzielić na dwa obszary. Pierwszy z nich to wiadomości inicjowane przez np. bramki SMS. Wysłanie takiej wiadomości wiąże się z koniecznością posiadania dostępu do Internetu a także odpowiedniego oprogramowania, pozwalającego na wysłanie wiadomości SMS. Dlatego też nie mogą być one usługami substytucyjnymi wobec tradycyjnie rozumianych wiadomości SMS. Przemawia za tym również fakt, że inicjowane w ten sposób wiadomości z reguły będą związane z dodatkowymi kosztami, które poza zapewnieniem dostępu do Internetu, mogą skutkować niewielką popularnością usługi. W tym przypadku ograniczona jest również możliwość komunikacji zwrotnej, ponieważ urządzenie na które użytkownik będzie chciał odpowiedzieć może nie obsługiwać funkcjonalności odbierania wiadomości tekstowych, lub może to wiązać się z podwyższonymi kosztami względem standardowej wiadomości SMS.

Wiadomości SMS mogą być również inicjowane w sposób automatyczny, poprzez różne urządzenia. Należy tu wskazać przede wszystkim na pojęcie Internetu rzeczy, w którym zawierają się urządzenia zdolne do komunikacji z użytkownikiem. Wbrew nazwie, do ich działania nie zawsze konieczne jest posiadanie dostępu do sieci Internet, a samo urządzenie może wysłać wiadomość SMS np. w momencie nieuprawnionego otwarcia pomieszczenia czy innej, zaprogramowanej czynności. Usługi te zdobywają z kolei na popularności, ponieważ w 2015 roku operatorzy zarejestrowali około 2,1 mln kart SIM działających w tym modelu, wobec 1,8 mln na koniec 2014 r.

Brak substytucji w przypadku opisanych usług wynika przede wszystkim z faktu ograniczeń po stronie komunikacji zwrotnej, a także sposobu inicjacji takich wiadomości.

Podsumowanie

Powyższe schematy inicjowania wiadomości tekstowych SMS, które zakańczane są w sieciach ruchomych nie należy uznawać za usługi substytucyjne. Różni je szereg cech, przede wszystkim sposób inicjacji (przez użytkownika lub automatyczny), rodzaj wykorzystywanych urządzeń, a także cel jakiemu służą.

Poza oczywistymi różnicami jak np. sposób inicjacji usługi czy brak możliwości wysłania wiadomości SMS z nieprzystosowanego aparatu stacjonarnego występuje również dysproporcja w popularności obu rozwiązań. Operatorzy telefonii ruchomej oferują szereg pakietów, gdzie za określoną kwotę abonent może wysłać określoną ilość wiadomości SMS, a coraz częściej są one wręcz nielimitowane. Tego rodzaju mechanizm stanowi zachętę do korzystania z usługi wysyłania wiadomości SMS, przy jednoczesnym stałym przychodzie dla operatora, który jednocześnie często musi pokryć koszt zakończenia tej wiadomości w sieci innego podmiotu. Na tej podstawie można uznać, że operatorzy budują takie modele świadczenia usług przesyłania wiadomości SMS, które są dla nich optymalne kosztowo, a jednocześnie zapewniają swobodę użytkownika. Tego rodzaju pakiety nie występują w przypadku inicjowania wiadomości w telefonii stacjonarnej. Dostrzegalna więc jest naturalna promocja rozwiązania Mobile2M, jako łatwej i ogólnodostępnej formy

komunikacji.

Podsumowując powyższe rozważania, Prezes UKE stoi na stanowisku, iż na poziomie detalicznym rynku produktowego, usługi przesyłania wiadomości SMS typu F2M oraz Machine2M nie są w pełni substytucyjne wobec przesyłania wiadomości SMS typu Mobile2M, z powodów:

- braku pełnej zastępowalności usługi typu Mobile2M usługą typu F2M, z racji ograniczeń funkcjonalności tej drugiej, a konsekwencji także nikłego wobec Mobile2M zainteresowania usługami typu F2M;
- ograniczeń funkcjonalności usługi Machine2M, polegającej na ograniczeniu w komunikacji zwrotnej;
- braku możliwości potwierdzenia tezy, iż wzrost ceny usługi Mobile2M spowodowałby zmianę preferencji konsumentów w stronę usługi typu F2M lub Machine2M;

jednakże z uwagi na techniczny sposób ich świadczenia na poziomie hurtowym, zasadnym jest odniesienie się do wszystkich trzech typów usług na poziomie hurtowym.

Wiadomości tekstowe przesyłane za pośrednictwem sieci Internet

Powyżej został omówiony brak substytucji pomiędzy usługami SMS inicjowanymi w różnych technologiach i z wykorzystaniem różnych urządzeń. Odwrotnie jest w przypadku usług dostarczanych w ramach platform IP, czyli z pośrednictwem sieci Internet. Dostawcy usług Over the Top¹² (dalej OTT), takich jak portale społecznościowe czy komunikatory oferują możliwość przesyłania wiadomości tekstowych. W odróżnieniu od wiadomości SMS, te przysłane z wykorzystaniem sieci Internet znajdują się u odbiorcy w czasie rzeczywistym. Ponadto osoba korzystająca z takich usług ma nad nimi większą kontrolę, chociażby przez fakt, że nie są ograniczone ilością znaków (w tradycyjnej wiadomości SMS jedna wiadomość to 160 znaków, a każda jednostka jest taryfikowana oddzielnie), a także ze względu na możliwość łatwiejszego blokowania i odblokowania poszczególnych rozmówców, tworzenia rozmów grupowych, czy rozszerzania wiadomości o elementy graficzne (bez dodatkowych opłat). Usługi OTT wykazują szereg cech substytucyjnych na poziomie detalicznym wobec tradycyjnych wiadomości SMS, które należy uznać za pozytywne. Przede wszystkim usługi te nie generują dodatkowego kosztu. Wykupiony pakiet internetowy czy stała opłata za łącze stacjonarne pozwala na niemal nieograniczone możliwości komunikacji z innymi osobami. Przesłanie wiadomości tekstowej w sieci IP wymaga różnej ilości transferu i zależy od jej długości, jednakże w każdym niemal przypadku są to bardzo małe wartości rzędu kilku do kilkunastu kilobajtów (Tabela)¹³. Pozwala to, nawet przy posiadaniu niewielkiego pakietu danych, na przesłanie znacznej ilości wiadomości¹⁴. Zauważalny od kilku lat trend corocznego podwajania się danych przesyłanych przez Internet za pomocą sieci ruchomych jedynie podtrzymuje tezę o wzroście popularności tej usługi komunikacji. Przyjmując, że nawet tylko kilka procent z łącznego wolumenu przesyłanych danych jest generowanych przez portale społecznościowe oraz komunikatory oferujące usługi przesyłania wiadomości tekstowych, to taka wartość będzie się corocznie znacznie zwiększała. Utwierdza to jedynie w przekonaniu, że jest to bardzo znacząca forma komunikacji, powszechnie dostępna i nie generująca dodatkowych kosztów.

¹² Treść Over-The-Top.

¹³ <http://artykuly.softonic.pl/jak-duzo-danych-zuzywaja-aplikacje-do-czatowania-rozmow-glosowych-i-wideo>

¹⁴ Przyjmując, że jedna wiadomość zużywa 2 kB transferu, to posiadając pakiet 250 MB danych można ich wysłać około 128 tys.

Tabela 1 Rozmiar wysłanej wiadomości tekstowej oraz wolumen wysłanych danych

komunikator	rozmiar wiadomości tekstowej w kB	liczba wysłanych wiadomości przy pakiecie danych 250 MB
Skype	66	3 879
Messenger	36,36	7 041
Line	8,96	28 571
WeChat	3,95	64 810
Viber	1,66	154 217
WhatsApp	0,94	272 340

Źródło: UKE na podstawie <http://artykuly.softonic.pl/jak-duzo-danych-zuzywaja-aplikacje-do-czatowania-rozmow-glosowych-i-wideo>

Wzrost popularności komunikacji z wykorzystaniem komunikatorów można dostrzec już od pewnego czasu. Zgodnie z danymi firmy Informa, na całym świecie prawie 19 mld wiadomości było wysyłanych każdego dnia przez komunikatory mobilne w 2012 roku, w porównaniu do 17,6 mld wiadomości tekstowych SMS. W 2014 r. niemal 50 mld wiadomości z wykorzystaniem komunikatorów było wysyłanych każdego dnia w porównaniu do 21 mld tradycyjnych SMS-ów¹⁵. Jednocześnie prognozowali oni, że trend ten będzie się utrzymywał, a różnica pomiędzy wolumenem wiadomości przesłanych za pomocą komunikatorów OTT a tradycyjnych SMS będzie się zwiększać na korzyść pierwszego z wymienionych sposobów komunikacji.

Ze względu na wzrost nasycenia usługami dostępu do Internetu, a także popularności smartfonów coraz więcej osób korzysta z programów, pozwalających na komunikowanie się online. W marcu 2016 r. z portalu Facebook i komunikatora Messenger korzystało półtora miliarda¹⁶ osób na całym świecie, a z drugiego w kolejności komunikatora czyli WhatsApp, już w lutym 2016 r. korzystało ponad miliard¹⁷. Taka popularność pozwala osobom z nich korzystającym na nieograniczone możliwości komunikowania się na całym świecie, bez dodatkowych kosztów. W przypadku międzynarodowych wiadomości SMS lub tych przesyłanych w roamingu ma to duże znaczenie, ponieważ generuje znaczne koszty dla abonenta.

Powyższa charakterystyka komunikacji tekstowej za pomocą komunikatorów dotyczy rynku rozumianego globalnie. Jednakże dane zawarte poniżej wskazują na podobne tendencje, które można przełożyć na rynek w Polsce.

Występująca jeszcze do niedawna bariera w postaci małej popularyzacji smartfonów, które umożliwiają korzystanie z aplikacji do wysyłania wiadomości tekstowych, a także dostępu do Internetu, obecnie traci na znaczeniu. Zgodnie z badaniem konsumenckim¹⁸ w 2015 r. z dostępu do Internetu korzysta 69% Polaków (wobec 58% w roku poprzednim). Wśród tej grupy osób 71% z nich korzystało z dostępu stacjonarnego a 26% z internetu mobilnego

¹⁵ <http://pclab.pl/news53149.html>

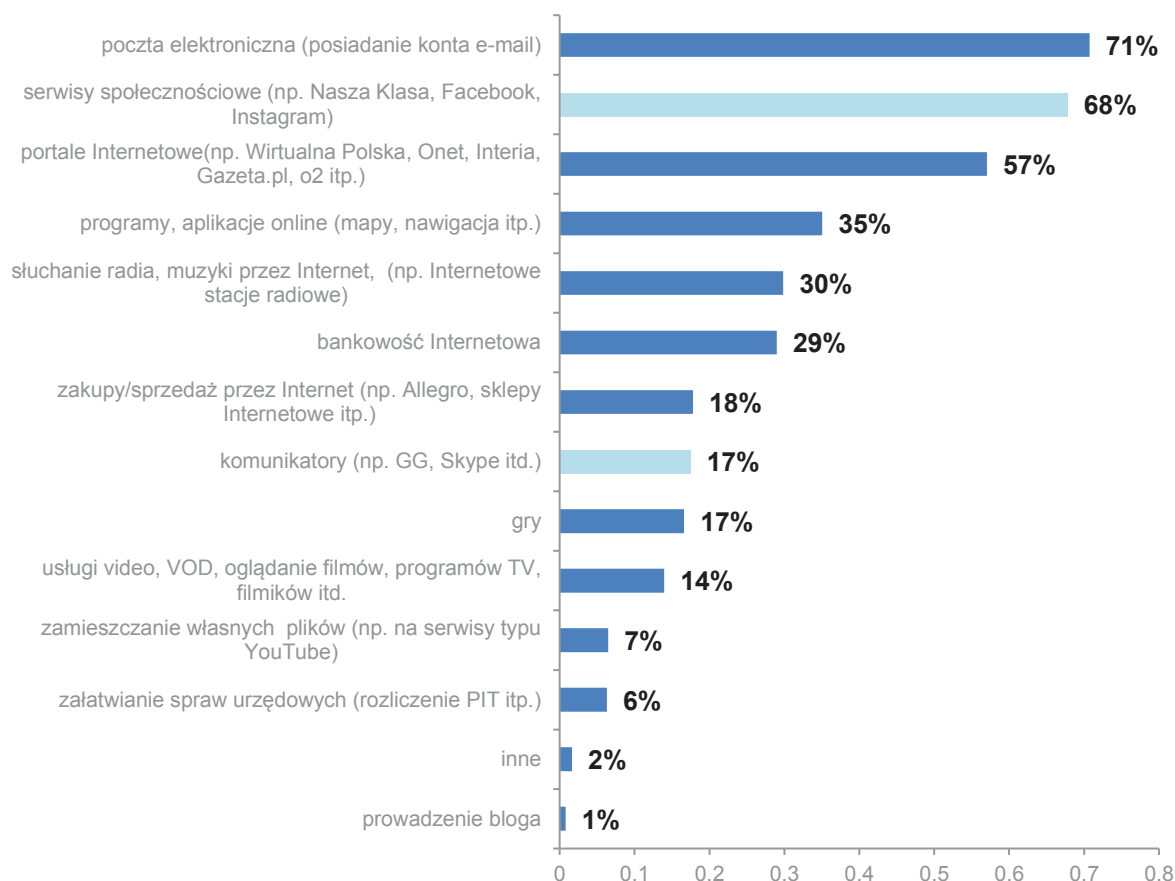
¹⁶ <http://newsroom.fb.com/company-info/>

¹⁷ <https://blog.whatsapp.com/616/Miliard>

¹⁸ Rynek usług telekomunikacyjnych w Polsce w 2015 roku. Raport z badania klientów indywidualnych. Grudzień 2015 r.

Z internetu w telefonie komórkowym w 2014 r. korzystało 39% osób, rok później odsetek wzrósł o 7 pkt proc. do 46%. Nastąpiła również znaczna popularyzacja smartfonów. W 2014 r. korzystało z nich 44% ankietowanych, a na koniec 2015 r. już 54%. Ostatnie badanie konsumenckie pokazało również, że 68% osób posiadających pakiet internetu w telefonie komórkowym korzysta z serwisów społecznościowych (Facebook, Instagram) na których można m.in. prowadzić rozmowy tekstowe, a 17% ankietowanych korzysta z komunikatorów (np. Skype, GG).

Wykres 8 Sposób wykorzystania dostępu do Internetu w telefonie komórkowym

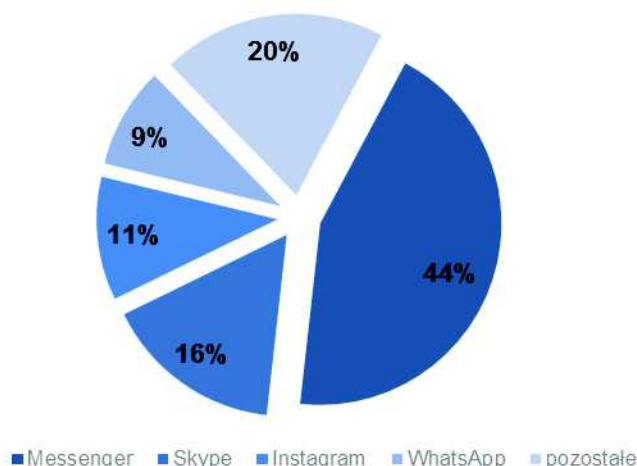


Źródło: UKE na podstawie badania konsumenckiego 2015

W maju 2015 r. najpopularniejszą aplikacją do komunikacji był Messenger, przygotowany przez Facebook, korzystało niego 44% osób. Na kolejnych miejscach uplasowały się Skype z popularnością na poziomie 16%, Instagram – 10%, WhatsApp 9%. Pozostałe aplikacje stanowiły 20% rynku ¹⁹. W tym samym badaniu odniesiono się do czasu, jaki użytkownik przeznaczają na korzystanie z komunikatorów. Najwięcej – 10 minut i 24 sekundy – poświęcają aplikacji użytkownicy Snapchat, WhatsApp absorbuje użytkowników średnio przez 7 minut i 9 sekund dziennie. Użytkownicy Messengera korzystają z niego średnio przez 2 minuty i 30 sekund dziennie.

¹⁹ <http://www.ceeitandtelecom.com/news/248451/top-instant-messengers-in-poland>

Wykres 9 Odsetek osób korzystających z komunikatorów w maju 2015 r.



Źródło; UKE na podstawie <http://www.ceeitandtelecom.com/news/248451/top-instant-messengers-in-poland>

W badaniu Komunikacja SMS w Polsce 2014. SMSserwer.pl ankietowani odnieśli się do zauważonych korzyści wynikających z korzystania z komunikatorów. Wśród zalet wymieniono:

Tabela 2 Odsetek osób wskazujących na zalety korzystania z komunikatorów

Zaleta	Odsetek osób wskazujących na wymienioną zaletę
Niezawodność	17,1%
Koszt	24,5%
Zasięg	18,5%
Szybkość dostarczenia wiadomości	25,2%
Prostota użytkowania	25%
Łatwy dostęp	29,9%
Bezpieczeństwo	4,7%
Uniwersalność	15%
Inne	5,1%

Źródło: UKE na podstawie raportu z badania konsumenckiego. Komunikacja SMS w Polsce 2014. SMSserwer.pl

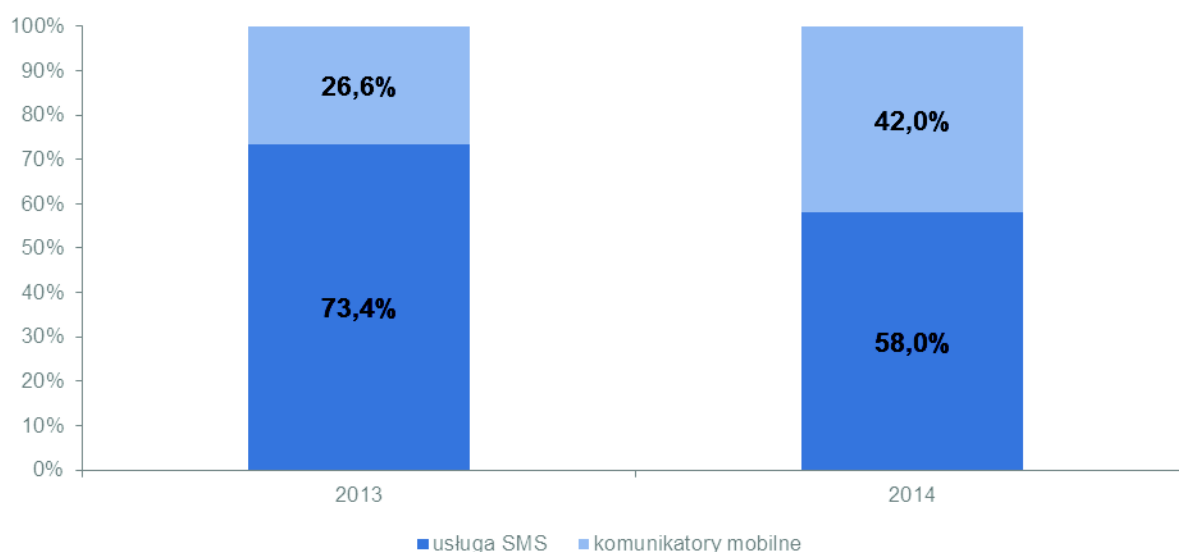
O popularności komunikacji za pomocą komunikatorów świadczy również zestawienie przygotowane przez PMR²⁰. Częstotliwość korzystania z wiadomości SMS maleje z roku na rok. W 2012 r. 73,4% osób codziennie korzystało z tej usługi, rok później było to 66,6%, a w 2014 r. 64,9%.

Analizując dane na koniec 2013 i 2014 r. widać kolejną zależność. W 2013 r. 73,4% osób preferowało komunikację za pomocą wiadomości SMS, a pozostała grupa wybierała do tego celu komunikatory internetowe. Rok później już tylko 58% osób wskazało, że preferuje

²⁰ Rynek telekomunikacyjny w Polsce 2015. Prognozy rozwoju na lata 2015-2020. PMR

komunikację SMS, z kolei 42% respondentów wskazało na komunikatory, jako częściej wybieraną formę komunikacji.

Wykres 10 Odsetek użytkowników smartfonów preferujących komunikację za pomocą SMS



Źródło: UKE na podstawie Rynek telekomunikacyjny w Polsce 2015. Prognozy rozwoju na lata 2015-2020. PMR

Analizując powyższe należy uznać, że w celu korzystania z komunikatorów znika obecnie bariera w postaci posiadania odpowiedniego urządzenia lub dostępu do Internetu. Przekłada się to bezpośrednio na fakt znacznej popularyzacji ww. rozwiązania również w Polsce. Komunikacja poprzez Internet znosi konieczność ponoszenia podwyższonych opłat za wysłanie wiadomości SMS za granicę, a będąc w zasięgu np. publicznej sieci WiFi komunikacja odbywa się w zasadzie bez ponoszenia kosztów. Większość popularnych aplikacji do przesyłania wiadomości tekstowych za pośrednictwem sieci Internet, jak Messenger, WhatsApp, Viber czy Hangouts, jest bezpłatnych, zatem nawet nie posiadając pakietu internetowego, a przebywając w zasięgu sieci WiFi użytkownik ma zapewnioną możliwość komunikowania się bez ponoszenia dodatkowych kosztów. Corocznie przybywa też osób korzystających z komunikatorów zarówno w Polsce, jak i na świecie, a Polacy coraz częściej preferują ten sposób komunikacji, względem standardowych wiadomości SMS.

W kontekście substytucyjności usług SMS generowanych w ramach mobile2mobile oraz komunikacji tekstowej z wykorzystaniem komunikatorów OTT warto wskazać, że korzystanie z tych ostatnich często nie wpływa na posiadany pakiet danych (wykorzystana w ten sposób transmisja danych nie jest odejmowana od posiadanego pakietu internetowego), i takie rozwiązanie oferuje również Orange w wybranych planach taryfowych. Taki mechanizm przedstawia, i w sposób naturalny pretenduje, komunikację za pomocą komunikatorów jako prostą i bezkosztową alternatywę wobec tradycyjnych wiadomości SMS.

Podsumowując powyższe wiadomości tekstowe przesyłane z wykorzystaniem komunikatorów można uznać za usługi substytucyjne wobec tradycyjnych wiadomości SMS.

2.3. Rynek produktowy na poziomie hurtowym

Wyniki dokonanej przez Prezesa UKE analizy rynku zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Orange wskazały na duże podobieństwo tego rynku do wyodrębnionego w Zaleceniu 2007 oraz ponownie wskazanego w Zaleceniu 2014 na poziomie hurtowym - rynku zakańczania połączeń głosowych

w poszczególnych sieciach telefonii ruchomej. Również Nota wyjaśniająca do Zalecenia Komisji z dnia 17 grudnia 2007 r.²¹ – zwana dalej „Notą wyjaśniającą” – opisując zagadnienie substytucyjności popytu na poziomie detalicznym i hurtowym traktowała jednakowo usługę zakańczania połączeń głosowych oraz usługę zakańczania krótkich wiadomości tekstowych. W Nocie wyjaśniającej Komisja stwierdza, iż *„Na poziomie usług detalicznych połączenie (lub wiadomość tekstowa) przesyłane na terminal danego użytkownika nie stanowi substytutu połączenia (lub wiadomości tekstowej) do innego użytkownika a to ograniczenie substytucji popytu utrzymuje się również na poziomie hurtowym. W odniesieniu do substytucji podaży, jeśli dostawca zakańczania połączenia podniesie jego cenę, wówczas alternatywnym dostawcom nie jest łatwo przejść na dostawy na tym rynku, ponieważ potrzebowaliby oni w tym celu danych z kart SIM użytkowników. Jednakże rynek jest szerszy niż zakańczanie połączeń na danym terminalu użytkownika, ponieważ operatorzy nie są w stanie stosować dyskryminacji cenowej względem opłat za zakańczanie połączeń do różnych użytkowników swojej sieci. Właściwy rynek jest zatem co najmniej tak szeroki, jak zakańczanie połączeń przez każdego operatora”²².*

Prezes UKE wyodrębnił na poziomie detalicznym rynku produktowego trzy typy usług przesyłania wiadomości SMS do ruchomej publicznej sieci telefonicznej Orange wg kryterium miejsca inicjacji usługi. Prezes UKE uznał, iż usługi typu F2M oraz Machine2M nie są w pełni substytucyjne wobec usługi Mobile2M na poziomie detalicznym, w konsekwencji czego nie powinny zostać uwzględnione w zakresie analizowanego rynku produktowego na poziomie hurtowym. Jednak ze względu na techniczny sposób świadczenia, właśnie na poziomie hurtowym, nie jest możliwe jednoznaczne wyłączenie z regulacji usługi Machine2M, w sytuacji gdy realizowana jest ona w sposób analogiczny jak usługa Mobile2M.

Niezależnie od tego, gdzie usługa jest inicjowana w ujęciu detalicznym (użytkownik sieci ruchomej czy np. bramka internetowa), wiadomość SMS zawsze trafia do centrum SMS sieci ruchomej, a dalej jest przesyłana przez punkt styku sieci do innej sieci ruchomej. W takiej sytuacji zawsze pobierana jest hurtowa opłata z tytułu zakończenia wiadomości SMS na podstawie umowy międzyoperatorskiej. Przedsiębiorca pobierający opłatę z tytułu zakończenia wiadomości SMS nie musi wiedzieć skąd pochodzi wiadomość SMS wysłana do jego sieci z centrum SMS kontrahenta. Co więcej z punktu widzenia realizacji usługi na poziomie hurtowym nie jest istotna treść wiadomości SMS, która teoretycznie mogłaby stanowić element identyfikacji typu wiadomości SMS (Mobile2M czy Machine2M). W konsekwencji operator zakańczający wiadomości SMS nie jest w stanie w sposób jednoznaczny rozdzielić wiadomości Mobile2M od Machine2M, a dalej wyodrębnić je celem wystawienia faktury kontrahentowi. Teoretycznie przedsiębiorca mógłby ustalać wolumeny zakańczanych wiadomości SMS odrębnie dla obu typów np. na podstawie uzyskiwanych od kontrahenta raportów w tym zakresie, jednakże takie

²¹http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommm/doc/implementation_enforcement/article_7/sec_2007_1483_2.pdf.

²² Nota wyjaśniająca (par 4.3.). Tekst oryginalny brzmi:” At a retail level, a call (or a SMS) to a given user or user’s terminal is not a substitute for a call (or a SMS) to another user and this limitation on demand substitution follows through at the wholesale level. In respect of supply substitution, if the supplier of call termination raises its price, it is not easy for alternative suppliers to switch to supply that market because they would need the SIM card details of that user to do so. However, the market is wider than call termination on a given user terminal because it is not possible for an operator to readily price discriminate between termination charges to different users across their network. Therefore the relevant market is at least as wide as termination for each operator.”

rozwiązanie nie gwarantowałyby przedsiębiorcy pełnej przejrzystości procesu a tym samym pewności, iż ruch jest zliczany przez kontrahenta w sposób precyzyjny.

Mając powyższe na uwadze, Prezes UKE stwierdza, iż mimo braku pełnej substytucyjności usług Machine2M wobec Mobile2M na poziomie detalicznym, ze względu na analogiczny sposób świadczenia hurtowej usługi zakańczania wiadomości SMS obu typów, a tym samym znaczne prawdopodobieństwo braku możliwości rozdzielenia ruchu Mobile2M od Machine2M, konieczne jest zaliczenie do rynku właściwego obu wskazanych typów usług wiadomości SMS zakańczanych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej przedsiębiorcy.

Należy również podkreślić, iż każda wiadomość SMS realizowana zgodnie z definicją rynku będzie podlegała regulacji, bez względu na jej detaliczną funkcjonalność (np. standardowy SMS tekstowy pojedynczy lub masowy, SMS Premium, SMS typu Flash, SMS typu WAP Push itp.).

Jednocześnie należy sprecyzować, że w zakresie rynku nie mieszczą się bezpośrednie relacje między operatorami telefonii ruchomej a innymi podmiotami będącymi np. dostawcami treści. W takich przypadkach wszelkie uzgodnienia i rozliczenia między zainteresowanymi stronami odbywają się w oparciu o umowy handlowe i nie mieszczą się w żadnym stopniu w przedmiocie decyzji.

Odnosząc się z kolei do hurtowego zakańczania SMS inicjowanych w sieciach stacjonarnych należy wskazać, że, operator sieci ruchomej zakańczający wiadomość SMS zainicjowaną w sieci stacjonarnej jest w stanie określić jej pochodzenie i odróżnić ją od wiadomości SMS zainicjowanej w innej sieci ruchomej. Po pierwsze wiadomość SMS typu F2M jest przesyłana przez punkt styku sieci z operatorem telefonii stacjonarnej, a więc jest to odrębna relacja międzyoperatorska w stosunku do Mobile2M. Co więcej, w praktyce w takiej wymianie ruchu uczestniczyć może pośrednik, który bierze odpowiedzialność za realizację usługi na rzecz operatora telefonii stacjonarnej, w tym także odpowiedzialność za rozliczenie z tego tytułu. W takiej sytuacji nie istnieje więc problem, że operator zakańczający wiadomość SMS pochodzącą z centrum SMS (tzw. FSMSC – ang. Fixed line SMS Center), nie będzie w stanie określić jej pochodzenia.

Warto podkreślić specyfikę świadczenia usługi F2M, gdzie w realizacji usługi może uczestniczyć, w charakterze pośrednika, podmiot nie będący przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, a zatem nie podlegający regulacyjnym kompetencjom Prezesa UKE.

Jak wskazuje rynkowa praktyka, podmioty tego typu działają w oparciu o własne elementy infrastruktury i oprogramowania, a za pośrednictwem (w szczególności konwersję wiadomości SMS z sieci stacjonarnej na format wymagany przez sieci ruchome oraz odpowiedzialność za dostarczenie usługi do klienta – tj. operatora telefonii ruchomej) pobierają opłaty od operatorów telefonii stacjonarnej.

Operatorzy telefonii ruchomej, w tym Orange, teoretycznie mogą więc realizować usługę zakańczania SMS z publicznej stacjonarnej sieci telefonicznej, w bezpośredniej kooperacji z operatorem telefonii stacjonarnej (lub firmą zależną od operatora telefonii stacjonarnej wyodrębnioną m.in. w celu realizacji tej usługi), lub też za pośrednictwem wskazanego podmiotu zewnętrznego. W tym kontekście, mając na względzie relacje krajowego operatora telefonii ruchomej z operatorem telefonii stacjonarnej, gdzie w relacji tej pośredniczy podmiot nie będący przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, zasadnym jest niewłączanie tego typu usług do zakresu rynku właściwego.

Mając powyższe na uwadze, Prezes UKE stwierdza, iż sposób świadczenia usługi zakańczania wiadomości SMS w sieciach ruchomych, inicjowanych w sieciach stacjonarnych uzasadnia wyłączenie tego typu usług z zakresu rynku właściwego. Za takim wyłączeniem

przemawia również fakt, iż wiadomości SMS inicjowane w sieciach stacjonarnych stanowią bardzo niewielki procent całości krótkich wiadomości tekstowych zakańczanych w sieciach ruchomych, w tym również w sieci Operatora, co potwierdzają dane przedstawione w pkt 2.2.

Kierując się przeprowadzoną analizą, Prezes UKE stoi na stanowisku, że usługa zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej danego operatora (tu Orange) jest usługą dostępu do sieci tego podmiotu dla operatorów publicznych ruchomych sieci telefonicznych, niezbędną do świadczenia użytkownikom końcowym usług telekomunikacyjnych przesyłania krótkich wiadomości tekstowych. W przypadku braku usługi zakańczania SMS w sieci Orange nie byłoby możliwe przesyłanie krótkich wiadomości tekstowych wysyłanych przez użytkowników końcowych innych sieci, do użytkowników końcowych Orange. Operatorzy sieci ruchomych są zmuszeni nabyć usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych od danego operatora sieci ruchomej, podobnie jak i od innych operatorów sieci ruchomych, jednak te usługi nie są względem siebie substytutami, ze względu na preferencje strony popytowej. Strona popytowa, czyli pośrednio użytkownicy końcowi operatorów sieci ruchomych, są w danym momencie zainteresowani usługą zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej danego operatora (tu: Orange) i nie może ona być wtedy zastąpiona usługą zakańczania takiej wiadomości tekstowej w innej sieci, ze względu na posiadanych przez tego operatora użytkowników końcowych. Ci użytkownicy, u których ma nastąpić zakończenie SMS są pośrednio stroną podażową tego rynku i nie ma możliwości dotarcia do nich w inny sposób.

Biorąc pod uwagę powyższe Prezes UKE postanowił włączyć do zakresu produktowego rynku na szczeblu hurtowym usługą zakańczania SMS w sieci Orange (sieć B), inicjowanych w sieci innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego świadczącego usługi w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieć A).

Przez zakończenie wiadomości SMS w sieci B należy rozumieć dostarczenie wiadomości SMS zainicjowanej w sieci A lub zainicjowanej przez użytkownika końcowego sieci A znajdującego się w roamingu aktywnym w innej sieci, do użytkownika końcowego sieci B tj. przesłanie przez sieć B wiadomości SMS otrzymanej z centrum SMS sieci A, do użytkownika końcowego sieci B.

Przez sieć należy rozumieć sieć przedsiębiorcy telekomunikacyjnego świadczącego usługi w ruchomej publicznej sieci telefonicznej.

Przez dostarczenie wiadomości SMS do sieci B należy rozumieć:

- dostarczenie wiadomości SMS do użytkownika końcowego sieci B znajdującego się we własnej sieci;
- dostarczenie wiadomości SMS do użytkownika końcowego sieci B znajdującego się w roamingu aktywnym w innej sieci w przypadku gdy za dostarczenie SMS do tego użytkownika odpowiada sieć B, tj. gdy do dostarczenia tej wiadomości SMS sieć B stosuje funkcjonalność SMS Home Routing;
- dostarczenie wiadomości SMS do użytkownika końcowego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego świadczącego usługi w ruchomej publicznej sieci telefonicznej działającego z wykorzystaniem infrastruktury radiowej sieci B, w przypadku gdy za dostarczenie wiadomości SMS do tego użytkownika odpowiada sieć B, tj. gdy do dostarczenia tej wiadomości SMS przedsiębiorca ten nie stosuje funkcjonalności SMS Home Routing.

Przez SMS (tzw. SMS – ang. Short Message Service) należy rozumieć usługę polegającą na przesyłaniu krótkich wiadomości tekstowych w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych, zgodnie ze standardami 3GPP: TS 123.040 i TS 129.002.

Przez SMS Home Routing należy rozumieć funkcjonalność określoną przez standardy 3GPP: TS 123.040 i TS 129.002.

Przez centrum SMS (tzw. SMSC - ang. SMS Center) należy rozumieć funkcjonalność odpowiadającą za przekazywanie, przetrzymywanie oraz przesyłanie dalej krótkiej wiadomości pomiędzy SME a MS.

Przez standardy 3GPP: TS 123.040 i TS 129.002 należy rozumieć techniczne specyfikacje (wraz z późniejszymi zmianami) dotyczące realizacji SMS, przyjęte przez organizację 3rd Generation Partnership Project (tzw. 3GPP).

Przez użytkownika końcowego należy rozumieć podmiot korzystający z publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej lub żądający świadczenia takiej usługi, dla zaspokojenia własnych potrzeb. Mając na uwadze znaczącą substytucyjność usług OTT względem tradycyjnej usługi zakańczania SMS na poziomie detalicznym Prezes UKE uznał za zasadne przeanalizowanie i uwzględnienie w analizie rynku właściwego (na poziomie hurtowym) presji konkurencyjnej wywieranej ze strony dostawców usług OTT względem świadczenia przez Orange usługi zakańczania SMS.

2.4. Rynek geograficzny

Zgodnie z Wytycznymi Komisji „właściwy rynek geograficzny obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa są zaangażowane w proces popytu i podaży właściwych produktów i usług, na którym to obszarze warunki konkurencji są podobne lub wystarczająco jednorodne i który to obszar można odróżnić od obszarów sąsiadujących, gdzie przeważające warunki konkurencji są znacząco różne”²³. Podobną definicję rynku geograficznego zawiera art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tą definicją rynek geograficzny oznacza obszar, na którym, ze względu na rodzaj i właściwości towarów, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Na określenie rynku geograficznego mają przede wszystkim wpływ czynniki leżące w naturalnych cechach badanego towaru lub usługi. One bowiem bezpośrednio oddziałują na możliwość transportu tego towaru i na to, jak wysoki będzie udział kosztów dystrybucji w jego wartości. Na granice rynku geograficznego mogą mieć również wpływ czynniki natury prawnej. Chodzi tu w szczególności o wszelkiego rodzaju bariery dostępu do rynku, takie jak: monopol prawny na prowadzenie określonej działalności gospodarczej, limity ilościowe, cła, istotne różnice podatkowe czy bariery pozataryfowe w postaci różnego rodzaju atestów lub świadectw bezpieczeństwa, które mają istotne znaczenie w obrocie międzynarodowym.

Zgodnie z powyższym zakres geograficzny rynku podlegającego analizie przez Prezesa UKE należy określić jako rynek zgodny z obszarem sieci, w której następuje zakończenie krótkich wiadomości tekstowych. Tym samym na terenie Polski funkcjonuje tyle odrębnych rynków właściwych, ile ruchomych publicznych sieci funkcjonuje na obszarze kraju. Usługa zakańczania krótkich wiadomości tekstowych świadczona w ruchomej publicznej sieci

²³ Wytyczne Komisji (pkt 56); (...) the relevant geographic market comprises an area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of the relevant products or services, in which area the conditions of competition are similar or sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas in which the prevailing conditions of competition are appreciably different.

telekomunikacyjnej jednego operatora nie może być zastąpiona usługą zakańczania takich wiadomości tekstowych w sieci innego operatora. Proces popytu i podaży usług zakańczania SMS w ruchomej publicznej sieci telefonicznej obejmuje obszar, na którym panują podobne lub wystarczająco jednorodne warunki konkurencji, czyli obszar wyznaczony przez ruchomą publiczną sieć telefoniczną danego operatora. Jest to tożsame z faktem, iż obszar geograficzny rynku właściwego jest zawężony do zasięgu geograficznego sieci tego operatora, przy czym należy zaznaczyć, że usługa zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w sieci Operatora, może także odbywać się przy pomocy sieci infrastrukturalnej innego operatora. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 41 PT świadczenie usług telekomunikacyjnych (a więc również usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych) jest możliwe zarówno przy pomocy własnej sieci operatora jak i z wykorzystaniem sieci innego operatora lub sprzedaży we własnym imieniu i na własny rachunek usługi telekomunikacyjnej wykonywanej przez innego dostawcę usług. Przykładem świadczenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych z wykorzystaniem sieci innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego jest stosowanie w ramach roamingu aktywnego funkcjonalności SMS Home Routing, która umożliwia przedsiębiorcy wykonanie pracy polegającej na dostarczeniu wiadomości SMS do własnego użytkownika roamującego w innej sieci i pobranie z tego tytułu należności od przedsiębiorcy z którego sieci wiadomość SMS jest wysyłana. Zatem również w tak określonym obszarze geograficznym będą występowały podobne warunki konkurencji.

3. Charakterystyka podmiotowa rynku

W decyzji Prezes UKE poddał analizie rynek w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych, który tworzy na terenie Polski ruchoma publiczna sieć telefoniczna należąca do Orange. Klientami (kupującymi) tworzącymi popyt na tym rynku są przedsiębiorcy telekomunikacyjni działający na rynku telefonii ruchomej, którzy chcą świadczyć użytkownikom końcowym usługi SMS zakańczane w sieci operatora Orange.

Dostawcą usług (sprzedającym) na tym rynku jest Orange posiadająca ruchomą publiczną sieć telefoniczną, do której użytkowników końcowych wysyłane są wiadomości SMS inicjowane w ruchomych i stacjonarnych publicznych sieciach telefonicznych innych operatorów.

Działalność na rynku świadczenia usługi zakańczania wiadomości SMS zgodną z obszarem ruchomej publicznej sieci telefonicznej Orange prowadzi zatem jedynie Orange.

Spółka Orange Polska S.A. powstała w grudniu 2013 r. w wyniku połączenia spółek Telekomunikacja Polska S.A. i PTK Centertel sp. z o.o. O ile to możliwe analiza obejmuje dane obu spółek podane łącznie.

3.1. Działalność na rynku detalicznym

Orange działa na rynku telekomunikacyjnym oferując szeroki zakres usług, w skład których wchodzi m.in. telefonia ruchoma, mobilny dostęp do Internetu, usługi bankowe oraz inne. Są one oferowane pod marką Orange a także nju mobile. Operator oferuje możliwość korzystania z usług w wariantach przedpłaconym oraz abonamentowym. Orange korzysta zarówno z rozwiązań 2G, 3G jak i LTE. W zasięgu operatora znajduje się od 84% do 100% ludności w zależności od technologii. W okresie pomiędzy 2010 r. a 2015 r. liczba abonentów sieci Orange (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 15 Załącznik 1)

Wykres 11 Liczba abonentów Orange w latach 2010-2015 (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 16 Załącznik 1)

Źródło: UKE na podstawie danych operatora

3.2. Koszty hurtowe świadczenia usługi zakańczania SMS we własnej sieci

Operator świadczący usługę zakańczania wiadomości tekstowych SMS we własnej sieci oferuje rozwiązanie, które jest rozliczane na poziomie hurtowym. Oznacza to, że operator sieci, w której SMS został zainicjowany musi pokryć koszty hurtowe zakończenia SMS Orange świadczył usługę zakańczania wiadomości tekstowych SMS we własnej sieci dla (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 17 Załącznik 1) podmiotów w latach 2010-2011, dla (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 18 Załącznik 1) w dwóch kolejnych latach oraz dla (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 19 Załącznik 1) w latach 2014 i 2015. Stawki pobierane z tego tytułu malały do 2012 r. a na przestrzeni ostatnich trzech lat są ustalone na stałym poziomie (Tabela 4).

Tabela 3 Podmioty którym Orange świadczył usługę zakańczania wiadomości tekstowych SMS (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 20 Załącznik 1)

Źródło: UKE na podstawie danych operatora

Tabela 4 Stawki za usługę zakańczania SMS w sieci Orange (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 21 Załącznik 1)

Źródło: UKE na podstawie danych operatora

Powyższe dane pokazują, że operator wobec żadnego z podmiotów, z którym współpracuje w zakresie zakańczania wiadomości SMS we własnej sieci nie stosuje praktyk niekonkurencyjnych, jak chociażby zawyżone ceny czy ograniczenia w świadczeniu usługi dla określonej grupy podmiotów w tym zakresie. Orange współpracuje z największymi operatorami, tak więc na analizowanym rynku nie można dostrzec znamion nieuczciwej konkurencji czy stosowania praktyk ją ograniczających.

3.3. Koszty detaliczne wysyłania wiadomości tekstowych

Prezes UKE stoi na stanowisku, że prawidłowa relacja między stawkami za zakańczanie wiadomości SMS na poziomie hurtowym a cenami detalicznymi wiadomości SMS zakłada, iż stawka hurtowa usługi jest niższa niż cena detaliczna. Jedynie w takiej sytuacji operator ma możliwość konkurowania marżą, tzn. takiego ustalania ceny detalicznej, żeby rekompensować własne koszty świadczenia usługi (tzn. zakańczania wiadomości SMS w innych sieciach ruchomych) detalicznymi przychodami z tychże wiadomości SMS wysyłanych przez klientów własnej sieci.

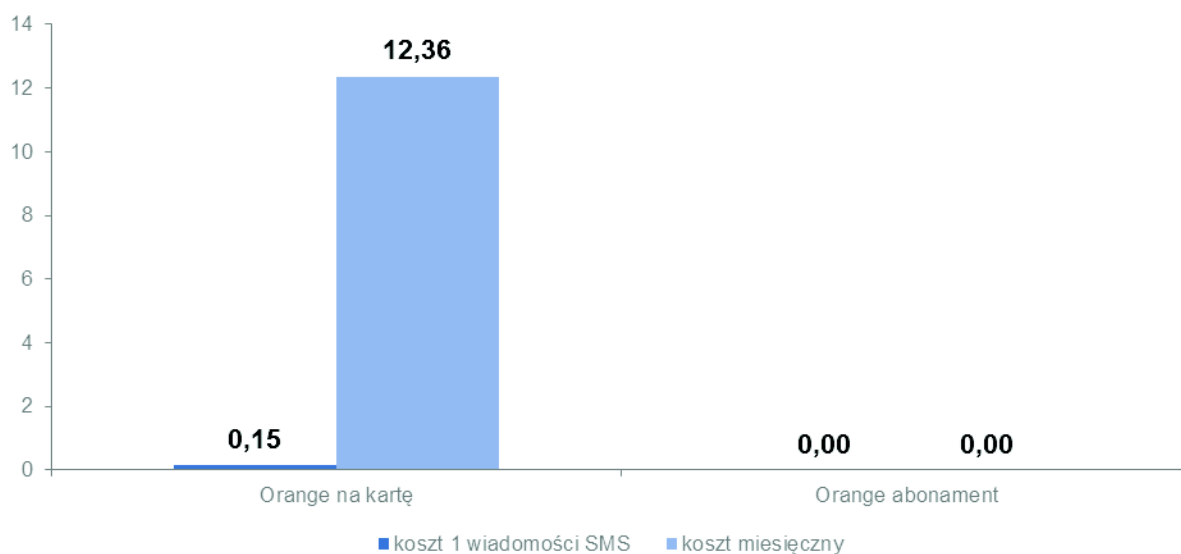
Orange wskazał cztery najpopularniejsze cenniki, w których wolumen wysyłanych wiadomości SMS był największy. Są to: (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 22 Załącznik 1)

Przedstawione przez operatora cenniki zawierają w sobie ustaloną cenę jednostkową za wysłanie wiadomości SMS, bez rozróżnienia czy jest to wiadomość przesłana do własnej sieci czy też sieci innego operatora. Przedstawiają się one następująco:

- dla ofert na kartę - 0,15 zł;
- dla oferty abonamentowej - 0,00 zł.

Zgodnie z informacjami uzyskanymi przez UKE, każda karta SIM w sieci OPL generuje średnio (*tajemnica przedsiębiorstwa* – pkt 23 Załącznik 1) wiadomości SMS miesięcznie. Odnosząc to do kosztów jednostkowych korzystania z usługi wysyłania wiadomości SMS w sieci Orange należy przyjąć, że abonent tej sieci będzie ponosił koszt ok. 12,36 zł przy korzystaniu z usługi przedpłaconej, lub nie poniesie dodatkowego kosztu z tytułu wysyłania wiadomości SMS, wybierając abonament u operatora.

Wykres 12 Koszt wysłania SMS w sieci Orange



Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

Jednakże przedstawione powyżej stawki często nie mają odzwierciedlenia w realnych kosztach ponoszonych przez abonentów. Na podstawie danych uzyskanych od operatora a także wiedzy rynkowej można uznać, że większość ruchu SMS jest rozliczana w ramach pakietów. Oznacza to, że abonent chętnie korzysta z przyznanego im pakietu SMS przez co ponoszą stałą opłatę uzyskując możliwość często Nielimitowanego wysyłania wiadomości tekstowych SMS. Taka zależność pokazuje różnicę pomiędzy stawkami, które operator zawarł w swoich cennikach podstawowych a realnymi kosztami zakańczania SMS we własnej sieci. Oferty, które pozwalają na Nielimitowane wysyłanie wiadomości SMS i zakańczanie ich w dowolnej krajowej sieci ruchomej, są na tym etapie powszechności, że żaden operator nie będzie się z nich mógł wycofać, aby nie spowodować potencjalnego odejścia klientów. W takim wypadku to operatorowi zależy przede wszystkim, aby wiadomość SMS mogła być zakończona w jego własnej sieci, dzięki czemu będzie mógł uzyskać przychód na poziomie hurtowym.

Plany Nielimitowane dostępne są w ofercie każdego operatora. Co równie istotne większość z nich oferuje również pakiet internetowy. Zatem abonent, płacąc zryczałtowaną stawkę ma możliwość korzystania z wielu form komunikacji tekstowej jak SMS, email czy poprzez komunikatory, nie ponosząc z tego tytułu dodatkowych kosztów. Oznacza to więc, że można uznać tradycyjne wiadomości SMS oraz te wysłane poprzez sieć Internet za substytucyjne ponieważ zachowują one podobne funkcjonalności.

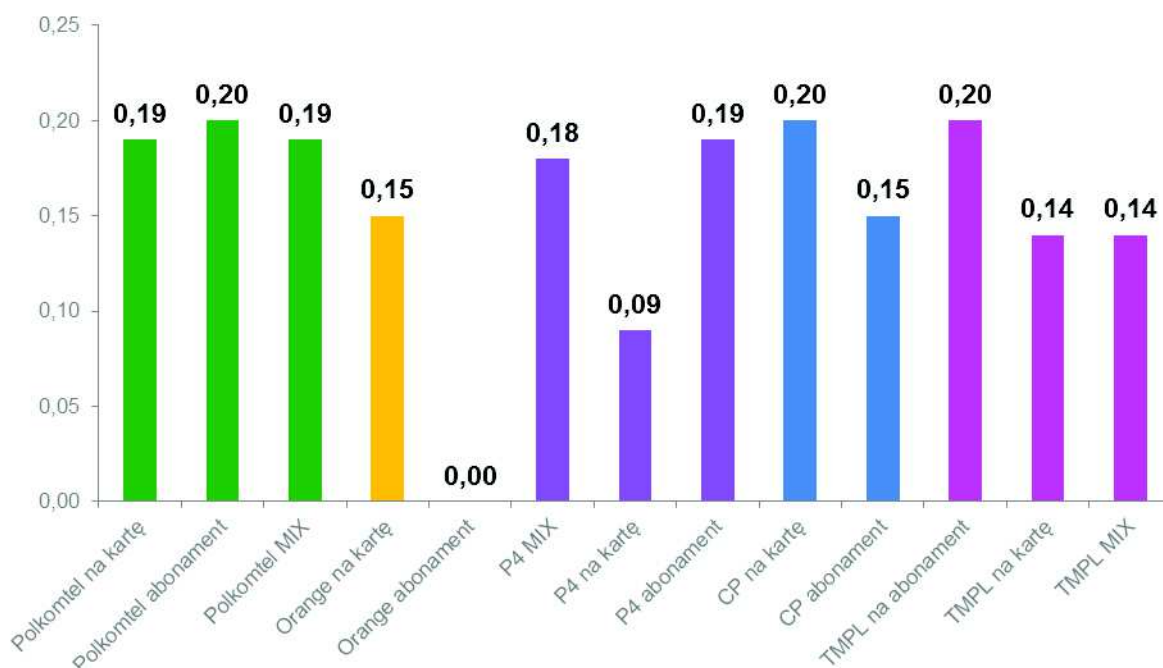
Cenniki usług telekomunikacyjnych Orange, dostępne na stronie internetowej operatora sięgają stycznia 2014 r. Operator wskazał wtedy maksymalną stawkę za wysłanie SMS w swojej sieci na poziomie 0,20²⁴. Jednakże w większości taryf przeważała stawka na poziomie 0,18 zł za każdy wysłany SMS.

Stawki detaliczne za usługę wysłania SMS nie odbiegają od tych, proponowanych przez innych operatorów, co oznacza o wykształceniu się zjawisk konkurencyjnych. Ponadto każdy z przedsiębiorców telekomunikacyjnych aktywnie promuje usługi, obejmujące możliwość wysyłania Nielimitowanych wiadomości SMS do dowolnej krajowej sieci ruchomej. Należy jednak pamiętać, że są to stawki ujęte w ramach standardowych cenników. Orange

²⁴ Cennik usług w taryfie Orange SMART na kartę lub Cennik usług w ofercie Orange POP

w przypadku usług przedpłaconych oferuje możliwość wysyłania nielimitowanych SMS po wykupieniu pakietu o wartości 30 zł, a w ofercie abonamentowej jest dostępna już od 34,99 zł. Jednakże oprócz możliwości wysyłania nielimitowanej ilości wiadomości SMS abonent otrzymuje również nielimitowane połączenia do innych sieci, a także pakiet Internetu. Szczególnie ta ostatnia funkcjonalność może stanowić alternatywę wobec zakańczania wiadomości SMS w sieci Orange, ponieważ pozwala abonentowi na korzystanie z komunikatorów bez dodatkowych kosztów.

Wykres 13 Koszt wysłania SMS w najpopularniejszych taryfach poszczególnych operatorów



Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

Powyższe stawki detaliczne, które są cenami podstawowymi pozwalają stwierdzić, że zostaje zachowana proporcja pomiędzy stawką jaka pobiera Orange za zakończenie SMS we własnej sieci a kosztem ponoszonym przez abonenta innej sieci. Dzięki takiemu mechanizmowi zarówno Orange zyskuje przychód na poziomie hurtowym, ale również detalicznym, bowiem należy oczekiwać, że stawki hurtowe za zakańczanie wiadomości SMS w pozostałych operatorów są zbliżone.

4. Analiza rynku pod kątem zasadności regulacji ex-ante

4.1. Test trzech kryteriów

Rynek zakańczania SMS nie został wymieniony w obowiązującym obecnie Zaleceniu 2014. W celu określenia, czy powinien on podlegać regulacji ex-ante, należy więc przeprowadzić tak zwany „test trzech kryteriów”. Kryteria wymienione przez Komisję Europejską to:

- a) występowanie trudnych do przewyciężenia i niemających przejściowego charakteru barier w dostępie do rynku;
- b) istnienie struktury rynku, która nie sprzyja osiągnięciu skutecznej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym, przy uwzględnieniu stanu konkurencji infrastrukturalnej i innych rodzajów konkurencji z pominięciem barier w dostępie do rynku;
- c) przepisy wyłącznie prawa konkurencji są niewystarczające do odpowiedniego zaradzenia stwierdzonym nieprawidłowościom w funkcjonowaniu rynku.

Wymienione powyżej kryteria muszą zostać spełnione łącznie, aby dany rynek mógł podlegać pod regulację ex-ante.

4.1.1. Wysokie i trwałe bariery wejścia na rynek właściwy

Kryterium to bada występowanie oraz istotność barier, które mogą utrudnić lub uniemożliwić w perspektywie krótkookresowej (1 rok) wejście na dany rynek właściwy nowych operatorów.

Istnienie barier wejścia na dany rynek właściwy wzmacnia pozycję przedsiębiorców telekomunikacyjnych już obecnych na tym rynku, co stanowi czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Im większe są te bariery, tym większe jest prawdopodobieństwo, że przedsiębiorcy działający na tym rynku zajmują na nim indywidualną lub kolektywną pozycję znaczącą.

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 umożliwia operatorom już na nim obecnym podnoszenie cen i osiąganie przez dłuższy czas nieuzasadnionych, dodatkowych zysków wynikających z braku skutecznej konkurencji. Wyróżnia się z reguły dwa rodzaje barier wejścia: „(...) Bariery strukturalne wynikają z warunków kosztowych i popytowych, utrudniających lub uniemożliwiających wejście na rynek zajęty przez operatora zasiedzialego. Dla barier tego typu charakterystyczne jest duże znaczenie ekonomii skali i ekonomii zakresu. (...) Bariery prawne i regulacyjne są wynikiem stosowania środków ustawowych lub administracyjnych ograniczających konkurencję poprzez utrudnianie wejścia na rynek lub pogarszanie pozycji operatora na rynku, np. poprzez ograniczanie dostępu do częstotliwości niezbędnych do świadczenia usług”²⁵.

Na analizowanym rynku występują w sposób oczywisty pewne ograniczenia ogólne, jak np. konieczność poniesienia nakładów inwestycyjnych o długim okresie zwrotu czy posiadania chociaż wybranych elementów infrastruktury. Są to jednak ograniczenia dotyczące całego segmentu telefonii ruchomej. Podmiot, decydujący się rozpocząć działalność na analizowanym rynku musi być ich świadom, ale co równie istotne raz poniesione koszty pozwalają uruchomić szeroki zakres usług, a nie skupić się tylko na analizowanym rynku. Operator, który nie zapewni swoim abonentom możliwości zakańczania wiadomości SMS w sieci OPL może zdecydować się na inny model działalności, np. świadczenie tylko usług internetowych, a to rozwiązanie zapewnia już możliwość przesyłania wiadomości tekstowych do abonentów sieci Orange bez konieczności podpisania umowy o świadczenie usługi zakańczania wiadomości tekstowych SMS w sieci tego operatora. Świadczenie wymienionych usług z zakresu komunikacji poprzez sieć Internet możliwe jest również w oparciu o posiadanie zupełnie innego rodzaju infrastruktury. Sieć internetowa, z założenia przeznaczona do komunikacji pozwala pośrednio wejść na rynek przesyłania wiadomości tekstowych. Posiadanie odpowiednich urządzeń i interfejsów takich jak np. łącza internetowe nie jest w tym przypadku konieczne, bowiem czy to posiadając je na własność czy chociażby dzierżawiąc je od innego podmiotu można już zapewnić swoim klientom możliwość przesyłania wiadomości tekstowych również do abonentów sieci OPL. Tym samym znika bariera w postaci posiadania tylko jednego rodzaju infrastruktury. Ze strony dostawców usług umożliwienie przesyłania wiadomości tekstowych wydaje się być jeszcze mniej skomplikowane, ponieważ tworząc odpowiednie oprogramowanie można umieścić je chociażby na zakupionym serwerze WWW i już automatycznie wiadomość wysłana

²⁵ Stanisław Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2005, str. 248 i 249.

za pośrednictwem takiego serwisu może trafić do odbiorcy, w tym abonenta sieci Orange, bez konieczności zakończenia jej w sieci tego operatora.

Jednakże w celu przeprowadzenia dogłębnej analizy rynkowej, zgodnie ze wskazaniami Komisji w Zaleceniu 2014 oraz zważywszy na dynamiczną naturę i funkcjonowanie rynków łączności elektronicznej, w toku analizy tego kryterium należy uwzględnić możliwości likwidacji barier w dostępie do rynku w odpowiednim horyzoncie czasowym. Zgodnie z Zaleceniem 2014 przeanalizowano dwa rodzaje barier: bariery strukturalne oraz bariery prawne i regulacyjne.

4.1.1.1. Bariery strukturalne

Komisja Europejska w Nocie wyjaśniającej 2014²⁶ zauważa, iż: „*Strukturalna bariera w dostępie do rynku występuje, kiedy stan technologii i powiązana z nim struktura kosztów i/lub poziom popytu tworzą niesymetryczne warunki dla operatorów, utrudniając konkurentom wejście na rynek lub rozwój.*”²⁷

Dalej Komisja stwierdza, że „*Ważnym warunkiem w ramach pierwszego kryterium jest kwestia, czy jest prawdopodobne, aby wysokie bariery w dostępie do rynku okazały się stałe w kontekście zmodyfikowanych obowiązków regulacyjnych. Wymaga to oceny przez organ regulacyjny, czy w wybiegającej w przyszłość perspektywie czasu rynek cechuje efektywna konkurencja, w sytuacji braku obowiązków regulacyjnych nałożonych w oparciu o ustalenie zajmowania przez operatora pozycji znaczącej.*”²⁸

Odnosząc się do powyższego, należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na specyfikę rynku zakańczania SMS w sieciach telefonii ruchomej, która wynika z uwarunkowań technicznych. Analogicznie jak w przypadku połączeń głosowych dla których, w swoim Zaleceniu 2007 i Zaleceniu 2014, Komisja Europejska rekomendowała hurtowy rynek zakańczania połączenia głosowego w poszczególnych sieciach telefonii komórkowej, w przypadku rynku zakańczania SMS istnieje naturalna bariera technologiczna uniemożliwiająca konkurencję po stronie podaży.

Niezależnie od miejsca inicjacji usługi krótka wiadomość tekstowa zostaje zawsze zakańczona w sieci danego operatora ruchomej publicznej sieci telekomunikacyjnej (tu: Orange), a konkretnie u użytkownika końcowego tego operatora. Co więcej na chwilę obecną nie istnieje na rynku polskim technologia umożliwiająca zakańczanie SMS w sieci Orange przez innego operatora, co stanowiłoby alternatywę a dalej konkurencję wobec niego. Numer każdego klienta sieci jest unikalny i przypisany do konkretnej sieci, która odpowiada za świadczenie usług (nie tylko SMS), tak więc każda wiadomość kierowana na ten numer jest zakańczana w sieci operatora, w której on funkcjonuje.

W sytuacji, gdy strona popytowa, czyli pośrednio użytkownicy końcowi operatorów sieci ruchomych są w danym momencie zainteresowani zakończeniem SMS w ruchomej

²⁶ SWD(2014)298 NOTA WYJAŚNIAJĄCA - Dokument towarzyszący do Zalecenia Komisji w sprawie właściwych rynków produktowych i usługowych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z Dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej.

²⁷ *A structural barrier to entry exists when the state of the technology, and its associated cost structure, and/or the level of demand, are such that they create asymmetric conditions between operators preventing market entry or expansion of competitors.*

²⁸ *An important qualification of the first criterion is whether high entry barriers are likely to be non-transitory in the context of a modified Greenfield approach. This requires NRAs to assess whether markets are effectively competitive from a forward-looking perspective in the absence of regulation based on a finding of significant market power.*

publicznej sieci telefonicznej Orange zakończenie to nie może być zastąpione zakończeniem SMS w innej sieci, przede wszystkim ze względu na fakt, iż użytkownicy końcowi u których zakończenie SMS ma nastąpić, przynależą do sieci Orange. Tak więc należy przyjąć, iż w analizowanym przypadku zawsze występować będzie tyle rynków ilu operatorów świadczy usługę zakańczania SMS, w konsekwencji czego na danym rynku właściwym występuje wyłącznie jeden operator.

Wobec powyższego rozpatrywanie barier strukturalnych nie może mieć analitycznego charakteru sensu stricte, gdyż przytaczane kryteria nie mają zastosowania z racji specyfiki analizowanego rynku.

Niemniej jednak w opinii Prezesa UKE niezbędne jest spojrzenie na analizowany rynek pod kątem ujęcia usługowego. Z punktu widzenia użytkownika końcowego formy komunikacji oparte o internetową transmisję danych i aplikacje/komunikatory (WhatsApp, Viber, Messenger itp.) stanowią substytut dla wiadomości SMS. Prezes UKE stoi na stanowisku, że platformy te, mimo iż nie można ich zakwalifikować do rynku właściwego, dostępne są (w dobie zwiększonej popularności pakietów internetowej transmisji danych) dla większości użytkowników telefonii komórkowej. Tym samym, jako darmowe narzędzia komunikacji, stanowią poważną alternatywę dla wiadomości tekstowych zakańczanych w sieci Orange i wywołują silną presję konkurencyjną wobec rynku właściwego. Podmiot świadczący tego typu usługi nie musi uzyskiwać dostępu do rynku właściwego, aby skutecznie konkurować z wiadomościami SMS zakańczanymi w sieci Orange. Mając powyższe na uwadze Prezes UKE stoi na stanowisku, że rynek w ujęciu usługowym, czyli pozwalającym na świadczenie usług przesyłania wiadomości tekstowych nie charakteryzuje się istnieniem barier. Operatorzy OTT mogą bowiem skutecznie konkurować z Orange (pod względem usługowym) bez dostępu do jego rynku. Zatem mimo istnienia barier strukturalnych które uniemożliwiają wejście na rynek należy uznać, że kryterium działania na rynku nie jest już niezbędne do świadczenia usług substytucyjnych względem usług tradycyjnie świadczonych na tym rynku. W ocenie Prezesa UKE zasadnym jest zatem uznanie, że istniejące bariery dostępu do rynku nie mają istotnego znaczenia dla konkurentów Orange.

4.1.1.2. Bariery prawne i regulacyjne

Bariery prawne wynikają z legislacyjnych, administracyjnych lub innych działań podejmowanych przez państwo, które w sposób bezpośredni oddziałują na warunki wejścia i/lub na pozycję operatorów na rynku właściwym.

Co do zasady do najpoważniejszych barier o charakterze prawnym ograniczającym prowadzenie i rozwijanie działalności przez nowych operatorów na rynkach telekomunikacyjnych należą bariery związane z budową infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności lokalnymi planami zagospodarowania przestrzennego (lub ich brakiem), prawem budowlanym, prawem ochrony środowiska oraz rozpoczęciem działalności na rynku telekomunikacyjnym.

Dodatkowo zmniejszenie barier prawnych, w szczególności w zakresie związanym z budową infrastruktury telekomunikacyjnej, nastąpiło w związku z wejściem w życie Megaustawy. Określa ona:

- formy i zasady wspierania inwestycji telekomunikacyjnych, w tym związanych z sieciami szerokopasmowymi;
- zasady działalności w zakresie telekomunikacji jednostek samorządu terytorialnego oraz podmiotów wykonujących zadania z zakresu użyteczności publicznej;

- zasady dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej, i innej infrastruktury technicznej, finansowanych ze środków publicznych;
- prawa i obowiązki inwestorów, właścicieli, użytkowników wieczystych nieruchomości, osób, którym przysługuje spółdzielcze prawo do lokalu, zarządców nieruchomości oraz lokatorów, w szczególności w zakresie dostępu do nieruchomości, w celu zapewnienia warunków świadczenia usług telekomunikacyjnych;
- zasady lokalizowania regionalnych sieci szerokopasmowych oraz innej infrastruktury telekomunikacyjnej.

Megaustawa zawiera rozwiązania sprzyjające rozwojowi społeczeństwa informacyjnego, realizowane poprzez zniesienie barier dla inwestycji i stworzenie rozwiązań prawnych stymulujących rozwój sieci regionalnych oraz budowę infrastruktury telekomunikacyjnej.

Działalność na rynku telekomunikacyjnym jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Ponadto przedsiębiorcy telekomunikacyjni są zobowiązani do wypełniania szeregu innych obowiązków związanych już z samym prowadzeniem działalności telekomunikacyjnej (obowiązki na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa, uiszczanie stosownych opłat – np. opłata telekomunikacyjna, a także wypełnianie obowiązku sprawozdawczości na rzecz Prezesa UKE).

Pomimo istnienia wysokich barier prawnych i regulacyjnych do wejścia na rynek dla nowego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, należy wskazać, że ze względu na specyfikę rynku zakańczania krótkich wiadomości tekstowych, istnienie tych barier nie będzie miało zasadniczego znaczenia. Prezes UKE wskazuje jednak, że wobec znaczącej substytucyjności usług opartych o internetowe pakiety danych, o których mowa powyżej, należy zwrócić uwagę także na ich dostawców. Podmioty te nie podlegają rejestracji w rejestrze przedsiębiorców i nie dotyczą ich prawne uregulowania o których mowa powyżej. Jednocześnie usługi przez nich świadczone stanowią realną konkurencję dla wiadomości SMS zakańczanych w sieci Orange. Co za tym idzie należy uznać, że nie występują bariery prawne w odniesieniu dla tych konkurentów Orange. Wobec powyższego Prezes UKE stoi na stanowisku, że należy uznać, że nie występują istotne bariery prawne w dostępie do rynku rozumianego w sensie usługowym przez pryzmat jego substytucyjności.

W związku z powyższym należy uznać, że w przypadku bariery prawne i regulacyjne dotyczące jedynie przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy nie stanowią dla Orange realnej konkurencji z uwagi na specyfikę rynku, z uwagi na istniejącą trwałą barierę strukturalną będą miały dopiero drugorzędne znaczenie. Jednocześnie realni konkurencji (dostawcy usług OTT) nie doświadczają istnienia barier zarówno strukturalnych jak i prawnych. Wobec powyższego Prezes UKE uznaje, że na analizowanym rynku nie występują bariery istotnie ograniczające dostęp do niego i uniemożliwiające świadczenie usług będących w znacznym stopniu substytutami wiadomości SMS.

4.1.2. Brak tendencji do występowania efektywnej konkurencji na rynku

Jak wskazuje Komisja Europejska w Zaleceniu 2014, *zastosowanie tego kryterium wymaga zbadania stanu konkurencji infrastrukturalnej i innych rodzajów konkurencji w sytuacji istnienia barier w dostępie do rynku.*

W nocie wyjaśniającej do Zalecenia 2014 Komisja wskazuje, iż: *„Aby rynek podlegał regulacji ex ante, powinien on mieć cechy wykazujące, że nie będzie zmierzał z biegiem czasu w kierunku efektywnej konkurencji. To kryterium uwzględnia zatem szereg aspektów strukturalnych i środowiskowych, które w sumie wskazują na to, czy w danym okresie czasu rynek posiada cechy, które mogą uzasadniać nałożenie obowiązków regulacyjnych.*

Zastosowanie tego kryterium wiąże się ze zbadaniem stanu konkurencji w sytuacji istnienia barier w dostępie do rynku; innymi słowy, nawet w przypadku istnienia wysokich barier wejścia. W rzeczywistości czynniki strukturalne lub cechy rynku oraz inne gwałtowne zmiany mogą oznaczać, że rynek zmierza w kierunku efektywnej konkurencji. Jest tak na przykład w przypadku rynków z ograniczoną lecz wystarczającą liczbą przedsiębiorstw za barierą dostępu, gdzie popyt rynkowy jest elastyczny pod względem cen. Mogą zatem istnieć rynki, na których występują zachęty do innowacji lub ekspansji, a udziały w rynku mogą zmieniać się w czasie i/lub można zaobserwować spadek cen.”²⁹

Ponadto Komisja stwierdza, że „Dynamikę rynku może także zmienić rozwój technologiczny lub konwergencja produktów i rynków. Obecność infrastruktur opartych na różnych technologiach, ale oferujących produkty, które są wymienne dla klientów końcowych także może zmienić dynamikę konkurencyjną w całym łańcuchu dostaw, w tym także konkurencję w zakresie cen, wyboru i jakości. W rzeczywistości presja konkurencyjna wywierana na operatorów nie musi koniecznie pochodzić od innych porównywalnych operatorów, ale może być wywierana przez przedsiębiorstwa (takie jak te, które obecnie są określane jako gracze „over-the-top”) które, przyjmując różne modele biznesowe, są w stanie dostarczać produkty, które mogą być postrzegane przez użytkowników końcowych jako alternatywa. Faktycznie, na rynkach opartych na innowacjach, presja konkurencyjna jest często wywierana przez innowacyjne zagrożenia ze strony potencjalnych konkurentów, którzy nie są aktualnie obecni na rynku, a dynamiczna lub długoterminowa konkurencja może mieć miejsce pomiędzy firmami, które, ze statycznego punktu widzenia, niekoniecznie są konkurentami na istniejącym rynku.”³⁰

W analizowanym przypadku może mieć znaczenie, przytaczany przez Komisję Europejską, rozwój technologiczny. Nawet jeśli obecnie założyć, iż nie jest technicznie możliwe zakańczanie wiadomości SMS w sieci Orange przez jakiegokolwiek innego operatora, nie można wykluczyć takiej możliwości w przyszłości. Wobec tego nie można także wykluczyć pojawienia się podmiotów stanowiących konkurencję dla Operatora na analizowanym rynku. W ocenie Prezesa UKE w dobie istnienia nowoczesnych technologii OTT istnieje wiele substytutów dla tradycyjnych wiadomości SMS. Obecnie coraz większą popularność zyskuje komunikacja za pośrednictwem narzędzi internetowych (komunikatorów typu: Whatsapp,

²⁹ Strona 9 dokumentu przetłumaczonego na język polski. Tekst oryginalny brzmi: “To be susceptible to *ex ante* regulation a market should present characteristics demonstrating that it will not tend over time towards effective competition. This criterion therefore takes into account a number of structural and behavioural aspects which on balance indicate whether or not, over the time period considered, the market has characteristics which may justify the imposition of regulatory obligations. The application of this criterion involves examining the state of competition behind the barriers to entry, in other words, even in the presence of high barriers to entry. Indeed, structural factors or market characteristics and other disruptive developments may mean that the market tends towards effective competition. This is for instance the case in markets with a limited, but sufficient, number of undertakings behind the entry barrier facing price-elastic market demand. There may therefore be markets where incentives for innovation or expansion may exist and market shares may change over time and/or falling prices may be observed.

³⁰ Nota Wyjaśniająca strona nr 10. Tekst oryginalny brzmi: Market dynamics may also be changed by technological developments or by the convergence of products and markets. The presence of infrastructures that are based on different technologies but that offer products that are substitutable for end customers can also alter competitive dynamics across the supply chain, including competition on price, choice and quality. Indeed, competitive pressures on operators need not necessarily derive from other comparable operators, but may be exercised by undertakings (such as those that are currently referred to as over-the-top players) that, while adopting different business models, are able to supply products that can be regarded as an alternative by end users. Indeed, in innovation-driven markets competitive constraints often come from innovative threats from potential competitors that are not currently in the market, and dynamic or longer-term competition can take place among firms that are, from a static perspective, not necessarily competitors in an existing market.

Messenger, Viber itp.), które z punktu widzenia użytkownika końcowego pozwalają na zastąpienie nimi komunikacji via SMS. Prezes UKE stoi na stanowisku, że platformy te, mimo iż nie można ich zakwalifikować do rynku właściwego, dostępne są (w dobie zwiększonej popularności pakietów internetowej transmisji danych) dla większości użytkowników telefonii komórkowej. Tym samym, jako darmowe narzędzia komunikacji stanowią poważną alternatywę dla wiadomości tekstowych zakańczanych w sieci Orange. Mając powyższe na uwadze Prezes UKE stoi na stanowisku, że rynek właściwy mimo teoretycznego 100% udziału Orange jest rynkiem zmierzającym ku skutecznej konkurencji. Orange mając wiedzę o alternatywnych formach komunikacji OTT nie będzie podejmował działań antykonkurencyjnych, a wręcz przeciwnie, skłonny będzie to współpracy z innymi podmiotami chcącymi zakańczania wiadomości SMS w jego sieci.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż na rynku zakańczania SMS w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Orange istnieje istotna presja ze strony operatorów OTT, których usługi stanowią realną alternatywę dla wiadomości SMS, co więcej, mając na względzie dynamikę rozwoju usług OTT mało prawdopodobnym jest, aby sytuacja uległa zmianie na przestrzeni kolejnych dwóch lat.

4.1.2.1. Udział operatora w rynku właściwym

Udział operatorów w rynku właściwym mierzony jest najczęściej przy użyciu dwóch kryteriów: wartości przychodów uzyskiwanych ze świadczenia danej usługi oraz uzyskiwanych wolumenów świadczenia tej usługi. W przypadku świadczenia usługi zakańczania wiadomości tekstowych SMS we własnej sieci Orange posiada 100% udziałów, co nie może ulec zmianie.

Posiadanie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znacznego udziału w danym rynku właściwym wskazuje na jego silną pozycję na tym rynku i sygnalizuje brak skutecznej konkurencji. Im większy udział w rynku ma przedsiębiorca, tym większe jest prawdopodobieństwo, że zajmuje on indywidualną pozycję znaczącą na tym rynku.

W analizie trzeba jednak ponownie podkreślić specyfikę rynku świadczenia usług zakańczania SMS w sieciach telefonii ruchomej, która wynika z uwarunkowań technicznych a co za tym idzie jej ograniczeń geograficznych. Jej świadczenie związane jest z realizacją usługi, inicjowanej w dowolnej sieci, która kończona jest w sieci ruchomej Orange, tj. u użytkownika końcowego tego operatora. Numer takiego użytkownika końcowego, działający w sieci Orange, jest unikalny i każdy SMS kierowany na ten numer jest zakańczany w sieci Orange. Uwzględniając powyższe, należy stwierdzić, że w obrębie rynku zakańczania SMS w sieci Orange brak jest alternatywnych dostawców usługi zakańczania SMS.

Ponieważ po stronie podażowej na szczeblu hurtowym nie ma możliwości nabycia usługi zakańczania SMS od innego podmiotu niż ten, w którego sieci chcemy zakończyć SMS oznacza to, iż operator kontrolujący daną sieć ruchomą jest jedynym dostawcą tej usługi w tej sieci. W związku z tym Orange posiada 100% udziałów w rynku zakańczania SMS we własnej sieci.

Posiadanie przez Orange jedynych udziałów w rynku właściwym podyktowane jest jego specyfiką. Nie oznacza to jednak, że abonenci są pozbawieni alternatywnych sposobów komunikacji z osobami korzystającymi z usług tej sieci. Duża popularność alternatywnych wobec SMS form komunikacji, szczególnie z wykorzystaniem komunikatorów sprawia, że na rynku występują zjawiska konkurencyjne. Obecnie wysłanie wiadomości SMS, która powinna być zakończona w sieci Orange nie jest konieczne, aby przekazać wiadomość tekstową do wybranego odbiorcy. Wielość nowoczesnych rozwiązań powoduje, że operatorzy

są niejako zmuszeni do oferowania atrakcyjnych cenowo rozwiązań w zakresie wysyłania wiadomości SMS, często Nielimitowanych, a pomimo to, liczba wysłanych SMS, odnosząc się całego rynku, spadła o ponad 66 milionów porównując rok 2014 i 2015. W tym samym czasie wolumen transmisji danych wzrósł o 114%. Ta różnica również pokazuje, że pomimo posiadania przez Orange 100% udziałów w rynku właściwym, to usługa traci na znaczeniu wobec alternatywnych form przesyłania wiadomości tekstowych.

Wykres 14. Wielkość transmisji danych ogółem i dynamika zmian



Źródło: UKE

Podsumowując, na analizowanym rynku Orange posiadania 100% udziałów w zakańczaniu wiadomości tekstowych we własnej sieci. Jednakże na skutek popularyzacji smartfonów oraz komunikatorów oferowanych przez platformy OTT, wykształciły się inne formy komunikacji, które z powodzeniem mogą zastępować SMS, a tym samym pozwalają na wybór i zapewniać inne opcje komunikacji pomiędzy abonentami.

4.1.2.2. Kontrola infrastruktury trudnej do powielenia

Analizując to kryterium należy stwierdzić, że, każdy z operatorów posiada zbliżoną infrastrukturę niezbędną do świadczenia usługi zakańczania wiadomości tekstowych SMS we własnej sieci. Jednakże nawet jej powielenie nie pozwoli na zakończenie wiadomości tekstowej SMS w sieci Orange przez inny podmiot.

Z jednej strony to Orange posiada faktycznie infrastrukturę niezbędną do zakańczania wiadomości tekstowych SMS we własnej sieci, jednakże istnieją powszechnie dostępne techniczne możliwości świadczenia usługi zakańczania takich wiadomości przez inny podmiot niż operator świadczący usługi telekomunikacyjne danemu abonentowi. Na rynku funkcjonuje szeroka oferta umożliwiająca konkurencję po stronie podaży w stosunku do usługi zakańczania wiadomości SMS. Usługa konkurencyjna (substytucyjna) bazuje na innych elementach sieci niż te, które wykorzystywane są do przesyłu wiadomości typu SMS (Mobile2M). Jej świadczenie więc nie wymaga powielania infrastruktury dostępowej, ponieważ bazuje ona przeważnie na przesyśle danych w sieci Internet. Co prawda zakończenie wiadomości odbywa się na aparacie telefonicznym działającym w sieci danego operatora dzięki karcie SIM, jednakże technologia przesyłu wiadomości opiera się o świadczoną

abonentowi usługę dostępu do Internetu. Innowacyjne zmiany jakie zaszły na rynku, potwierdziły okoliczność braku barier strukturalnych w zakresie przesyłania wiadomości tekstowych w sposób alternatywny wobec tradycyjne usługi SMS.

Podsumowując każdy z operatorów posiada już infrastrukturę niezbędną do zakańczania wiadomości we własnej sieci, w tym Orange. Jednakże wykorzystując inne elementy infrastruktury danego operatora, jego abonenci mogą odbierać wiadomości tekstowe w różnorodny sposób, posługując się usługami platform OTT

4.1.3. Niewystarczalność prawa konkurencji

Zgodnie z Zaleceniem 2014 fakt, że samo prawo konkurencji nie jest wystarczające by usunąć konkretne nieprawidłowości rynkowe, stanowi ostatnie z trzech kryteriów, których łączne spełnienie jest konieczne, aby krajowe organy regulacyjne mogły określić rynek inny niż wymieniony w Załączniku do Zalecenia 2014. Zgodnie z Zaleceniem 2014 interwencje na mocy prawa konkurencji mogą być niewystarczające, jeżeli na przykład zlikwidowanie utrzymujących się nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku wymaga podjęcia rozbudowanych środków korygujących lub jeżeli niezbędne są częste lub szybkie interwencje. W sytuacji gdy opisane wyżej kryteria oceny zasadności regulacji ex-ante nie są spełnione, nie można mówić o konieczności stosowania rozbudowanych i trwałych środków zapobiegających częstym i możliwym do wystąpienia naruszeniom zasad konkurencji. W takiej sytuacji opisane poniżej mechanizmy prawa konkurencji należy uznać za wystarczające, aby zapobiec ewentualnym jednostkowym przypadkom nieprawidłowości rynkowych.

Zespół norm prawnych składających się na polskie prawo konkurencji, tworzą ustawy oraz wydane na ich podstawie akty wykonawcze odnoszące się do: ochrony konkurencji, ochrony konsumentów, pomocy publicznej, zwalczania nieuczciwej konkurencji oraz nadzoru rynku. Najistotniejszym aktem prawnym – z punktu widzenia oddziaływania na rynek, w tym rynek telekomunikacyjny – jest ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Zawarty w tej ustawie zespół norm prawnych służy rozwojowi i ochronie wolnej konkurencji przed jej ograniczeniami. Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wyznaczają publicznoprawne granice swobody działalności gospodarczej i swobody umów w celu kreowania lub przestrzegania nieskrępowanego dokonywania wyborów gospodarczych na rynku przez jego uczestników³¹. Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mają więc na celu zapewnienie, aby konkurencja w ogóle istniała (wolna konkurencja) i mogła spełniać swoje zasadnicze funkcje (skuteczna konkurencja).

Dział II ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zatytułowany: „Zakaz praktyk ograniczających konkurencję” zawiera otwarty katalog zakazanych porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym (art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Zgodnie zaś z art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest również nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Jakkolwiek, w oparciu o przeprowadzoną analizę rynku właściwego nie można stwierdzić, iż którykolwiek z działających na analizowanym rynku podmiotów posiada na nim pozycję dominującą, czy też występujące na nim trendy i tendencje mogą prowadzić do osiągnięcia przez jakąkolwiek spółkę takiej pozycji w najbliższej przyszłości, to nawet w przypadku wystąpienia tego rodzaju niekorzystnych zjawisk, ogólne prawo konkurencji zawiera efektywne narzędzia pozwalające zapobiec działaniom stanowiącym przejaw nadużywania pozycji dominującej/znaczącej. Art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji

³¹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dn. 7 lutego 2002 r. sygn.. akt I CKN 1002/99.

i konsumentów zawiera z kolei katalog typowych zachowań, które ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów kwalifikuje jako nadużycie pozycji dominującej. Może ono w szczególności polegać na:

1. bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów;
2. ograniczeniu produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów;
3. stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;
4. uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;
5. przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;
6. narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści;
7. podziale rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych.

Należy podkreślić, iż katalog zawarty w przepisie art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie ma charakteru zamkniętego. Wyliczone w nim zachowania, stanowią typowy rodzaj praktyk, stanowiących przejaw nadużywania pozycji dominującej. Prezes UOKiK jest jednak władny zapobiegać innym rodzajom praktyk, które uznane zostaną za stanowiące nadużycie pozycji dominującej, a które nie są opisane w katalogu przepisu art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Opierając się na otwartym katalogu zachowań stanowiących nadużycie pozycji dominującej, w odróżnieniu od katalogu zamkniętego określonego decyzją regulacyjną Prezesa UKE, kontrola sprawowana przez Prezesa UOKiK obejmuje znacznie szerszy zakres potencjalnych niepożądanych z punktu widzenia funkcjonowania rynku zachowań podmiotu o pozycji znaczącej (dominującej). Przedsiębiorcy telekomunikacyjni są zobowiązani przekazać Prezesowi UOKiK informacje w żądanym przez niego zakresie, na podstawie których może on przeprowadzić analizę rynku pod kątem podejmowania na nim praktyk ograniczających wolną konkurencję. Prezes UOKiK jest w stanie zebrać wszelkie dane, na wszystkich poziomach łańcucha wartości, konieczne w celu dokonania oceny dynamiki i rozwoju danego rynku, w tym dane dotyczące cen i taryf, udziałów rynkowych, etc. W sytuacji stwierdzenia występowania tego rodzaju praktyk polegających np. na stosowaniu zaniżonych/zawyżonych cen, uzależnienia zawarcia umowy od spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego związku z przedmiotem umowy, Prezes UOKiK jest władny nakazać zaprzestania określonych praktyk naruszających konkurencję, jak i podjęcia przez przedsiębiorcę pewnych pozytywnych działań ograniczających możliwość ich podejmowania w przyszłości. Należy przy tym zauważyć, iż ogólną zasadę stanowi reagowanie wobec antykonkurencyjnych przejawów zachowań przy użyciu narzędzi przewidzianych przez ogólne prawo konkurencji, opierające się na zasadzie reakcji *ex-post*³². Do interwencji dochodzi dopiero wówczas, gdy istnieje uzasadnione podejrzenie, co do antykonkurencyjnych praktyk danego podmiotu.

³² Zob. pkt 27 preambuły do Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego I Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz.U. L

Stosownie do treści art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazuje zaniechania jej stosowania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 6 lub 9 ustawy lub w art. 101 lub art. 102 TFUE Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zwanego dalej także „TFUE” (wersja skonsolidowana: Dziennik Urzędowy UE C 326/47 z 16 października 2012 r.).

Nadto, w myśl art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wystarczy, że w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione, że został naruszony zakaz, o którym mowa w akapicie powyżej a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tego zakazu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom, Prezes UOKiK może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań.

Dodatkowo, sankcją za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję może być również kara pieniężna, nakładana w decyzji stwierdzającej stosowanie praktyk ograniczających konkurencję. Na podstawie art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku kalendarzowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenie zakazu określonego w art. 9.

Organ antymonopolowy posiada określone narzędzia do realizacji swoich ustawowych zadań, przy czym jego działania przybierają formę kontroli konkurencji, która dokonywana jest ex-post. Prawo ochrony konkurencji obejmuje jednak pojedyncze, konkretne postępowanie zmierzające do usunięcia występującego naruszenia.

Należy nadto podnieść, iż w wyniku uchwalonej w dniu 10 czerwca 2014 r. nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która weszła w życie 18 stycznia 2015 r. (Dz. U. z 2014 r. poz. 945), poszerzony został zakres narzędzi dostępnych Prezesowi UOKiK, służących zapobieganiu nadużywania znaczącej pozycji. Należy tu wskazać w szczególności instytucję tzw. środków zaradczych określonych w art. 10, założeniem wprowadzenia których jest szybsze wyeliminowanie praktyk ograniczających konkurencję lub usunięcie ich skutków, a także zapobieganie wykorzystywaniu w sposób niezgodny z przepisami pozycji dominującej. Zastosowanie środków zaradczych ma pozbawić przedsiębiorcę, który dopuścił się naruszenia, potencjału do dalszego stosowania niedozwolonych praktyk. Art. 10 ust. 4 w brzmieniu po wspomnianej wyżej nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje, iż Prezes UOKiK w decyzji o uznaniu danej praktyki za ograniczającą konkurencję, będzie mógł nakazać w celu zaniechania stosowania praktyki lub usunięcia jej skutków, zastosowanie środków polegających m.in. na:

- umożliwieniu dostępu do określonej infrastruktury na niedyskryminacyjnych warunkach,

108 z 24.4.2002, str. 33), z którego wynika, że regulacja ex-ante (odnośnie do sieci i usług łączności elektronicznej) powinna być wprowadzona wyłącznie w przypadkach, gdy wspólnotowe środki podejmowane na mocy prawa konkurencji okazały się niewystarczające do rozwiązania problemu. Zob. również pkt 2.2.(iii) Noty wyjaśniającej do Zalecenia 2014, która wskazuje, iż regulacja ex-ante oraz prawo konkurencji służą jako uzupełniające instrumenty stosowane w celu realizacji właściwych im celów dla sektora łączności elektronicznej oraz dla rozwiązywania problemu braku skutecznej konkurencji. Jednocześnie zasada leżąca u podstaw ram regulacyjnych mówi, że regulacja ex-ante powinna być wprowadzana jedynie w przypadkach, gdy środki podejmowane na mocy prawa konkurencji nie są wystarczające oraz powinna być wycofywana, kiedy jej stosowanie przestaje być konieczne.

- zmianie umowy,
- zapewnieniu innym podmiotom dostaw określonych produktów lub świadczenia określonych usług na niedyskryminacyjnych warunkach.

Nadto, gdyby środki te mogły okazać się nieskuteczne albo skuteczne, ale bardziej uciążliwe dla przedsiębiorcy, Prezes UOKiK może nakazać zastosowanie środka polegającego na powierzeniu wykonywania określonej działalności gospodarczej, w tym wykonywania tej działalności na różnych szczeblach obrotu, poszczególnym podmiotom w ramach grupy kapitałowej lub odrębnym jednostkom organizacyjnym w ramach struktury przedsiębiorcy.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Prezesa UKE obecne uregulowania prawne w zakresie ochrony konkurencji będą wystarczające dla zapewnienia efektywnej konkurencji na rynku zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej Orange, dlatego nie jest konieczna interwencja ex ante.

4.1.4. Podsumowanie testu trzech kryteriów

Z przeprowadzonego testu trzech kryteriów wynika, że rynek właściwy, czyli rynek świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Orange nie powinien podlegać regulacji ex-ante, bowiem kryteria wymienione w Zaleceniu 2014 nie zostały w tym przypadku spełnione. Rynek właściwy charakteryzuje się bowiem m.in.:

- brakiem istnienia istotnych, ograniczających konkurencję, wysokich i trwałych barier wejścia,
- stanem rozwoju, który pozwala stwierdzić, iż rynek zmierza w kierunku skutecznej konkurencji,
- wystarczalnością prawa konkurencji, która pozwoli na zapewnienie jego funkcjonowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji.

5. Analiza rynku pod kątem występowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej

5.1. Prawne podstawy do wyznaczenia znaczącej pozycji rynkowej na rynku właściwym

Zgodnie z omówionym już art. 22 PT jednym z celów postępowania przeprowadzonego po przeprowadzeniu analizy rynku, o której mowa w art. 21 PT, jest ustalenie, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą.

Jeżeli Prezes UKE ustali, że na rynku właściwym występuje przedsiębiorca lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni o znaczącej pozycji rynkowej, wydaje decyzję przewidzianą w ustawie (art. 24 PT). Natomiast, jeżeli po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 22 PT Prezes UKE ustali, że na rynku właściwym nie występuje przedsiębiorca lub przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej, Prezes UKE wydaje postanowienie lub decyzję, w których określa rynek właściwy, w sposób określony w art. 22 ust. 1 pkt 1 PT, oraz stwierdza, że na tym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja (art. 23 ust. 1 pkt 1 i 2 PT).

Ustawa Prawo telekomunikacyjne zawiera definicje znaczącej pozycji oraz kolektywnej pozycji znaczącej. Zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne: „*przedsiębiorca telekomunikacyjny zajmuje znaczącą pozycję rynkową, jeżeli na rynku właściwym samodzielnie posiada pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego*”. Z kolei art. 25a ust. 3 PT stwierdza,

że „dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmuje kolektywną pozycję znaczącą, jeżeli nawet przy braku powiązań organizacyjnych lub innych związków między nimi posiadają na rynku właściwym pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego”.

Powyższe regulacje są zgodne z przepisami prawa europejskiego w kwestiach związanych z pojęciem dominacji, o której mowa w art. 102 TFUE. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości³³, „pozycja dominująca, o której mowa w tym artykule [82 dawnego Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, zwanego dalej także „TWE”, obecnie art. 102 TFUE], oznacza pozycję siły ekonomicznej posiadanej przez danego przedsiębiorcę, która umożliwia mu powstrzymanie skutecznej konkurencji na danym rynku poprzez swobodę zachowania się w dużej mierze niezależnie od konkurentów, klientów (dostawców) i w końcu konsumentów”. W punkcie 5 Wytycznych Komisji, stwierdza się, że Komisja oraz krajowe organy regulacyjne, zwane dalej NRA (ang. National Regulatory Authority), muszą: „opierać się na zasadach prawa konkurencji i metodologiach służących definiowaniu rynków, podlegających regulacji ex-ante oraz określeniu czy przedsiębiorstwo posiada znaczącą pozycję rynkową na tych rynkach”.

Zgodnie z art. 25a ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne Prezes UKE, przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na rynku właściwym, bierze pod uwagę kryteria wymienione w Wytycznych Komisji. Zgodnie z pkt 77 Wytycznych Komisji, to krajowe organy regulacyjne mają zdecydować, które kryteria są najbardziej odpowiednie dla zmierzenia obecności na rynku. Wymienione w Wytycznych Komisji kryteria mają więc pomagać Regulatorowi w dokonaniu całościowej analizy rynku, są one przykładowe i stanowią katalog otwarty.

Oznacza to więc, że Prezes UKE może posłużyć się innymi kryteriami, które w jego ocenie decydują o uznaniu, że na określonym rynku właściwym dany przedsiębiorca ma znaczącą pozycję rynkową (SMP) lub że rynek ten jest skutecznie konkurencyjny i nikt nie posiada na nim pozycji SMP, dostosowując jednocześnie te kryteria i ich wybór do sytuacji panującej na różnych obszarach geograficznych rynku właściwego.

Zgodnie z Wytycznymi Komisji przy regulacji ex-ante siłę rynkową przedsiębiorcy należy mierzyć w odniesieniu do:

- możliwości, z jaką dany przedsiębiorca jest w stanie podnosić ceny ograniczając produkcję, bez ponoszenia znaczących strat z tytułu sprzedaży lub przychodów,
- istnienia potencjalnej konkurencji, która mogłaby ograniczyć tego przedsiębiorcę.

W tym celu należy badać różne kryteria, poczynając od udziałów rynkowych na poziomie detalicznym i hurtowym, jako główny punkt wyjścia analizy. Należy bowiem podkreślić, że bardzo duże udziały, przez co rozumie się udziały powyżej 40%, tylko w wyjątkowych sytuacjach mogą nie przesądzać o znaczącej pozycji rynkowej³⁴: „w praktyce podejmowania decyzji przez Komisję, obawy o występowanie samodzielnej dominacji zwykle pojawiają się w przypadku, gdy przedsiębiorstwo ma udziały w rynku powyżej 40%”³⁵. Natomiast „zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, bardzo duże udziały w rynku – przekraczające 50%

³³ Case 27/76; [1978] ECR 207; [1978] 1 CMLR 429 za Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów: Problem nadużywania pozycji dominującej w świetle przepisów i orzecznictwa wspólnotowego, Warszawa 2003, str. 46.

³⁴ Zgodnie z art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów „domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40 %”.

³⁵ Wytyczne Komisji, pkt 75.

– są same w sobie, pomijając wyjątkowe okoliczności, dowodem na istnienie pozycji dominującej”³⁶. Warunkiem jest to, aby przy takich udziałach konkurenci nie byli w stanie osłabić przedsiębiorcy dominującego poprzez przejęcie jego klientów, oferując im niższe ceny. Dlatego badane są też inne kryteria, aby potwierdzić zdolność przedsiębiorcy o udziałach powyżej 40% do zachowania w znacznym stopniu w sposób niezależny od konkurencji, klientów i konsumentów (wykazując, że ww. warunek jest spełniony). Przy udziałach poniżej 40% kryterium udziałów nie musi być decydujące, więc zbadanie innych kryteriów staje się konieczne w odniesieniu do całościowej oceny pozycji SMP (nie służy więc ono jedynie wykazaniu, że udział rynkowy powyżej 40% jest decydujący).

Analiza prowadzona jest w aspekcie przyszłościowym, mając na celu określenie możliwości regulacyjnych ex-ante na rynku. Może więc prowadzić do wyników odmiennych niż te, które wynikałyby z zastosowania reguł konkurencji ex-post (w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Przedmiotem analizy nie jest bowiem badanie zachowań rynkowych przedsiębiorców w przeszłości, w szczególności pod kątem potencjalnego nadużywania pozycji dominującej lub zawierania niedozwolonych przez prawo konkurencji porozumień ograniczających konkurencję. Analizy dokonywane przez Prezesa UKE różnią się także od przyszłościowo zorientowanych analiz, które przeprowadzają organy ochrony konkurencji podczas badania koncentracji przedsiębiorstw. Powyższe potwierdzają Wytyczne Komisji w punkcie 27, zgodnie z którym „punktem wyjściowym dla przeprowadzenia analizy rynku dla celów art. 15 Dyrektywy 'Ramowej' nie jest istnienie porozumienia czy praktyk uzgodnionych, objętych zakresem art. 81 TWE [obecnie art. 101 TFUE] ani koncentracja objęta zakresem rozporządzenia o fuzji, ani też domniemane nadużycie dominacji rynkowej objęte zakresem art. 82 TWE [obecnie art. 102 TFUE], lecz podstawą powinna być kompleksowa, zorientowana przyszłościowo ocena struktury i funkcjonowania badanego rynku.”³⁷.

Jednocześnie należy podkreślić, że „wyznaczenie przedsiębiorstwa jako posiadającego znaczącą pozycję rynkową na rynku zdefiniowanym dla celów regulacji ex-ante nie oznacza automatycznie, iż przedsiębiorstwo to zajmuje także dominującą pozycję na rynku określaną dla celów art. 82 TWE [obecnie art. 102 TFUE] lub podobnych przepisów krajowych. (...). Po prostu wskazuje ono na to, iż z perspektywy strukturalnej i w krótkim bądź średnim okresie operator ma i będzie miał na zidentyfikowanym rynku właściwym wystarczającą pozycję rynkową, aby móc zachowywać się do pewnych granic, niezależnie od konkurencji, klientów i konsumentów”³⁸.

Powyższe przesądza o tym, że rozstrzygnięcie pozostaje bez wpływu na ustalenia innych organów w zakresie ochrony konkurencji, w szczególności ustalenia Komisji Europejskiej poczynione na podstawie art. 102 TFUE.

³⁶ Tamże.

³⁷ „The starting point for carrying out a market analysis for the purpose of Article 15 of the framework Directive is not the existence of an agreement or concerted practice within the scope of Article 81 EC Treaty, nor a concentration within the scope of the Merger Regulation, nor an alleged abuse of dominance within the scope of Article 82 EC Treaty, but is based on an overall forward-looking assessment of the structure and the functioning of the market under examination.”

³⁸ Punkt 30 Wytycznych: “The designation of an undertaking as having SMP in a market identified for the purpose of ex ante regulation does not automatically imply that this undertaking is also dominant for the purpose of Article 82 EC Treaty or similar national provisions. (...) It merely implies that, from a structural perspective, and in the short to medium term, the operator has and will have, on the relevant market identified, sufficient market power to behave to an appreciable extent independently of competitors, customers, and ultimately consumers”

W rozdziale 4 decyzji został przeprowadzony test trzech kryteriów dla rynku zakańczania SMS w sieci Orange. W wyniku przeprowadzonych analiz, zostały sformułowane wnioski o niespełnieniu testu trzech kryteriów. Należy przy tym zaznaczyć, że test trzech kryteriów skupia się na charakterystyce rynku. Jego zamierzeniem jest ustalenie, gdzie istnieje wysokie prawdopodobieństwo istnienia trwałych wad rynku, które w rezultacie powodują szkody wśród konsumentów. Test trzech kryteriów różni się od oceny znaczącej pozycji rynkowej. Podczas gdy test trzech kryteriów skupia się na ogólnej strukturze i charakterystyce rynku w celu ustalenia tych rynków, których cechy wskazują, że należy je poddać szczegółowej analizie na poziomie krajowym przez krajowych regulatorów, ocena znaczącej pozycji rynkowej skupia się na sile rynkowej określonego operatora/operatorów na danym rynku pod kątem tego, czy operator ten powinien lub nie powinien być poddany regulacji ex-ante.

Przedstawione w rozdziale 4 argumenty, zdaniem Prezesa UKE, są dostatecznymi dowodami na to, by wnioskować, że analizowany rynek nie spełnia testu trzech kryteriów i w związku z tym nie powinien podlegać regulacji ex-ante. Jednak, jak zostało to już wskazane w kontekście omawiania prawnych podstaw dla analizy rynków właściwych, zgodnie z przepisami art. 22 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, Prezes UKE zobowiązany jest do dokonania analizy i ustalenia, czy na analizowanym rynku właściwym występuje przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy zajmujący kolektywną pozycję znaczącą niezależnie od wyników testu trzech kryteriów.

PT zobowiązuje Prezesa UKE do stosowania określonych kryteriów przy ocenie pozycji przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych na rynkach właściwych i przy ustaleniu, czy podmioty te posiadają odpowiednio: samodzielnie lub kolektywnie pozycję znaczącą. Kryteria te wskazuje art. 25a ust. 2 PT w przypadku oceny pozycji rynkowej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego i art. 25a ust. 4 i 5 PT w przypadku oceny pozycji rynkowej dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Jednakże ze względu na specyfikę rynku (może działać na nim tylko jeden przedsiębiorca telekomunikacyjny zakańczający krótkie wiadomości tekstowe w swojej sieci ruchomej) w dalszej części nie będzie analizowana kwestia występowania kolektywnej pozycji znaczącej, która ze swojej istoty może dotyczyć co najmniej dwóch przedsiębiorców.

Poniżej Prezes UKE przeprowadził analizę rynku właściwego, pod kątem występowania na nim przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej, poprzez badanie tych kryteriów, które mają znaczenie dla analizy rynku właściwego.

5.2. Udział przedsiębiorcy w rynku właściwym

Kryterium szczegółowo opisane w pkt 4.1.2.1. decyzji.

5.3. Brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej

Drugim, po udziałach w rynku, najczęściej wykorzystywanym kryterium oceny pozycji znaczącej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na rynku właściwym, jest brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej. Kryterium to 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). Przedsiębiorca telekomunikacyjny, który kontroluje najbardziej rozległą sieć telekomunikacyjną, obejmującą swoim zasięgiem terytorium praktycznie całego kraju, przy jednoczesnym braku zasadności jej duplikacji, nie musi się obawiać częstych wejść operatorów alternatywnych na rynek właściwy, którzy rozbudowując swoją infrastrukturę

mogliby w znacznym stopniu zmniejszyć jego udział w rynku. Tak więc brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej stanowi spełnienie istotnej przesłanki wskazującej, że operator posiadający najbardziej rozległą sieć telekomunikacyjną posiada znaczącą pozycję rynkową na rynku właściwym.

Każdy przedsiębiorca telekomunikacyjny do świadczenia usług telekomunikacyjnych wykorzystuje infrastrukturę techniczną, która jest jego własnością lub jest dzierżawiona od innego operatora w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych. Wielkość sieci zależy przede wszystkim od zasięgu i rodzaju świadczonych usług telekomunikacyjnych.

Pojęcie infrastruktura telekomunikacyjna oznacza tu sieć, część sieci lub elementy sieci, które są używane do dostarczania produktów lub usług na danym rynku właściwym. Kontrola natomiast może oznaczać własność, posiadanie, wykorzystywanie lub wpływ na infrastrukturę. Trudności w powieleniu istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej mogą wynikać zarówno z wysokich kosztów jej utworzenia, jak i z fizycznych i technicznych parametrów sieci oraz ze strukturalnych i prawnych ograniczeń istniejących na danym rynku. Budowa infrastruktury telekomunikacyjnej jest bardzo kosztownym i złożonym przedsięwzięciem. Wymaga opracowania szczegółowych planów, kosztorysów oraz przede wszystkim poniesienia znacznych nakładów inwestycyjnych. Wydatki, jakie musi ponieść nowo wchodzący przedsiębiorca na stworzenie infrastruktury służącej do świadczenia usługi dostępu w sieci stacjonarnej są istotną barierą i w wielu przypadkach uniemożliwiają zaistnienie na ww. rynku nowym przedsiębiorcom.

Na infrastrukturę Orange składają się elementy takie jak:

- maszty,
- nadajniki i odbiorniki,
- radiolinie,
- linie światłowodowe,
- centrale teleinformatyczne,
- oprogramowanie komputerowe,
- inne.

Zakończenie klasycznej wiadomości SMS w sieci Orange może być dokonane tylko przez niego samego, zatem nawet duplikując sieć operatora dany podmiot nie uzyska oczekiwanego efektu. Inaczej wygląda sytuacja w przypadku wiadomości przesłanych kanałami substytucyjnymi. Wiadomość wysłana z wykorzystaniem komunikatorów nie musi zostać zakończona w sieci Orange, ponieważ jest dostarczana bezpośrednio na urządzenie abonenta w schemacie abonent – abonent. Pomijany to zostaje aspekt centrum SMS i konieczności zakończenia wiadomości we własnej sieci.

Posiadanie przez Orange określonej infrastruktury nie przesądza o posiadaniu przez niego pozycji znaczącej na analizowanym rynku, ponieważ na skutek naturalnego rozwoju usług wykształciły się inne formy komunikacji tekstowej, co siłą rzeczy skutkuje tym, że operator nie musi jej zakończyć w swojej sieci, aby była ona skutecznie dostarczona. Takie rozwiązania skutkują tym, że to danemu operatorowi zależy na tym, aby abonenci mieli zapewnioną możliwość odebrania wiadomości SMS (z której operator uzyskuje przychód na poziomie hurtowym).

Tak więc pomimo braku istnienia zasadności budowania sieci alternatywnej wobec sieci Orange, Prezes UKE stwierdza, że to kryterium nie świadczy o posiadaniu pozycji znaczącej przez Orange.

5.3.1. Wartość infrastruktury telekomunikacyjnej

Posiadanie przez operatora ruchomej publicznej sieci telekomunikacyjnej infrastruktury telekomunikacyjnej pozwala mu świadczyć szereg usług na wielu rynkach, w tym na rynku zakańczania wiadomości tekstowych SMS. Łączna wartość infrastruktury telekomunikacyjnej w 2015 r., dla Orange (*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 24 Załącznik 1*)

Wykres 15 Wartość infrastruktury telekomunikacyjnej Orange (*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 25 Załącznik 1*)

Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

Posiadanie przez operatora ruchomej publicznej sieci telekomunikacyjnej rozbudowanej infrastruktury jest zjawiskiem pozytywnym i pożądanym. Jednakże nie przesądza to o posiadaniu przez operatora znaczącej pozycji na tym rynku. Fakt, że Orange rozbudowuje swoją sieć, a przez co powiększa wartość infrastruktury nie koniecznie musi być umotywowane chęcią skupienia się tylko na rynku zakańczania SMS we własnej sieci. Postęp cyfrowy zmusza operatorów do rozbudowy swoich sieci, bowiem coraz bardziej kluczowy dla klientów staje się dostęp do sieci Internet i temu głównie służy obecnie posiadanie i rozbudowa infrastruktury. Co więcej wartość infrastruktury nie musi się równać z możliwościami technicznymi posiadanymi przez operatora do świadczenia szeregu usług, w tym analizowanej na rynku właściwym.

Posiadanie własnej infrastruktury nie jest konieczne, aby przesłać wiadomość tekstową z wykorzystaniem np. komunikatorów. Tak więc Prezes UKE uważa, że analizowane kryterium pozostaje bez wpływu na analizowany rynek, ponieważ abonenci mają możliwość przesłania innego rodzaju wiadomości niż SMS z takim samym skutkiem.

5.3.2. Nakłady inwestycyjne

Analizowany wskaźnik nakładów inwestycyjnych obejmuje łączne wydatki na infrastrukturę, wliczając także wartości niematerialne i prawne. Dotyczy on zatem całej infrastruktury każdego z operatorów. Biorąc pod uwagę trendy na rynku i popularność poszczególnych usług telekomunikacyjnych można sądzić, że przedsiębiorcy koncentrują się na inwestycjach pozwalających zwiększyć dostępność szerokopasmowego Internetu, nie zaś funkcjonalności zakańczania SMS, która dostępna jest u każdego z operatorów od dawna.

Nakłady inwestycyjne operatorów ruchomej publicznej sieci telekomunikacyjnej to kolejny wskaźnik mogący potwierdzać znaczącą pozycję wybranego przedsiębiorcy, jednakże dotyczą one całej infrastruktury, a nie tylko jej elementów związanych z funkcjonowaniem usługi zakańczania SMS we własnej sieci. W ciągu ostatnich dwóch lat wysokość nakładów na inwestycje zmalała łącznie o 18,5% biorąc pod uwagę dane dla całego rynku telefonii ruchomej, a w przypadku Orange (*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 26 Załącznik 1*)

Wykres 16 Wysokość nakładów inwestycyjnych Orange (*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 27 Załącznik 1*)

Źródło: UKE na podstawie danych operatorów

Operatorzy ruchomej publicznej sieci telekomunikacyjnej świadczący w swojej sieci usługę zakańczania wiadomości SMS, w tym w szczególności Orange, ponieśli już wcześniej określone nakłady pozwalające im na jej świadczenie. Obecne nakłady, ponoszone przez każdego z przedsiębiorców telekomunikacyjnych wynikają z zupełnie innych potrzeb. Należy spodziewać się, że duża część z nich jest przekazywana w rozwój infrastruktury pozwalającej

na świadczenie dostępu do sieci Internet. Co nierozdzielnie z tym związane rozwój takiej sieci pozwala klientom operatora na przesyłanie wiadomości tekstowych w dowolnej formie, z wykorzystaniem protokołu IP. W takich przypadkach usługa zakańczania SMS we własnej sieci nie jest wymagana.

5.4. Istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego

Kryterium to pozwala stwierdzić, czy pewien 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 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 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.

Na analizowanym rynku właściwym nie występuje technologia, która byłaby w posiadaniu tylko jednego z podmiotów. Wszyscy przedsiębiorcy działający na rynku telefonii ruchomej dysponują możliwościami technologicznymi, pozwalającymi im na świadczenie usługi zakańczania SMS we własnej sieci. Żaden z podmiotów działających na rynku zakańczania SMS nie dysponuje więc unikatową technologią, do której inni uczestnicy nie mają dostępu, a która umożliwiłaby operatorowi uzyskanie bezpośredniej przewagi nad konkurentami. Równie istotne jest, że wszyscy operatorzy inwestują w nowoczesne rozwiązania technologiczne, skupiając swoje wysiłki na rozwoju dostępu do Internetu w nowoczesnych technologiach jak LTE, co w sposób naturalny będzie prowadzić do rozwoju alternatywnych, wobec SMS, form komunikacji.

5.5. Ekonomie 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 wykorzystując tą 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.

Orange, działając na konkurencyjnym rynku oraz posiadając odpowiednią infrastrukturę może świadczyć szereg usług swoim partnerom biznesowym, w tym usługę zakańczania

wiadomości tekstowych SMS we własnej sieci. Istotne jest jednak, że żaden operator nie byłby w stanie świadczyć tej usługi, gdyby nie podmioty konkurencyjne, których abonenci inicjują usługę i chcą zakończyć ją u abonenta sieci Orange. Tak więc ekonomia zakresu w żaden sposób nie przemawia za tym, aby uznać Orange za podmiot posiadający pozycję znaczącą.

Ścisłe powiązane z korzyściami zakresu są korzyści pionowego zintegrowania przedsiębiorcy. Pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy jest kolejnym kryterium, wskazanym przez Wytyczne, służącym do oceny pozycji, jaką posiada konkretny przedsiębiorca na rynku. Określenie, czy przedsiębiorca telekomunikacyjny jest pionowo zintegrowany w sposób utrudniający skuteczną konkurencję może zostać dokonane na podstawie stwierdzenia jego obecności na rynkach powiązanych z danym rynkiem właściwym. Rynki powiązane z danym rynkiem właściwym oznaczają rynki znajdujące się powyżej (upstream markets) lub poniżej (downstream markets) w łańcuchu dostaw tj. w łańcuchu powstawania produktu lub usługi. Upstream markets to np. rynki półproduktów lub rynki hurtowe, a downstream markets to np. rynki produktów końcowych lub rynki detaliczne. Zatem pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego wzmacnia jego pozycję na wszystkich rynkach właściwych, na których jest on obecny i stanowi czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Jeśli konkretny przedsiębiorca jest zintegrowany pionowo zwiększa to prawdopodobieństwo, że zajmuje on indywidualną pozycję znaczącą na rynkach, na których działa.

Rynki, na których Orange świadczy usługi przy wykorzystaniu tej samej infrastruktury to:

- rynek rozpoczynania połączeń głosowych w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej,
- rynek zakańczania połączeń głosowych w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej,
- rynek tranzytu połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej,
- rynek dostępu do lokalnej pętli i podpętli abonenckiej (łącznie z dostępem współdzielonym) realizowanego za pomocą pary przewodów metalowych w celu świadczenia usług szerokopasmowych i głosowych,
- rynek hurtowego dostępu szerokopasmowego,
- rynek dzierżawy łączy niebędących zakończeniami łączy,
- rynek świadczenia usług wysokiej jakości w stałej lokalizacji,
- rynek zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej,
- rynek zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w poszczególnych ruchomych publicznych sieciach telefonicznych,
- rynek dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej.

Jak wynika z powyższego zestawienia Orange świadczy usługi na dziesięciu rynkach hurtowych.

5.6. Brak potencjalnej konkurencji

Kryterium to bada prawdopodobieństwo pojawienia się na danym rynku właściwym nowych operatorów, opierając się na założeniu, że przedsiębiorcy niedziałający w chwili obecnej na tym rynku mogą w perspektywie krótkookresowej (1 rok) zdecydować się na wejście na ten rynek na skutek wystąpienia na nim niewielkiego, lecz stałego wzrostu cen.

Jak wskazywano już wcześniej, nie ma możliwości wejścia innego operatora na rynek określony jako rynek zakańczania SMS w sieci ruchomej Orange. Jednakże patrząc

perspektywicznie należy spodziewać się przechodzenia klientów na inne usługi pozwalające na komunikacje tekstową. Na konkurencyjnym rynku wykształciły się inne rozwiązania, które pozwalają, z pominięciem analizowanego rynku, zakończyć wiadomość tekstową w sieci Orange. Na taki obraz rynku składa się przede wszystkim popularyzacja aparatów telefonicznych typu smartfon, a także dostępu do Internetu i co za tym idzie wykorzystanie komunikatorów. Są to niewątpliwie usługi konkurencyjne wobec tradycyjnych wiadomości SMS. W dobie świadczenia usługi nielimitowanych SMS przez każdego z operatorów nie jest to już usługa innowacyjna czy konkurencyjna. Klienci uznają posiadanie pakietu wiadomości tekstowych za standard. Zatem operatorzy nie decydują się na konkurowanie tą usługą, która jest już powszechna. Skłaniają się natomiast do promowania nowoczesnych rozwiązań, przenosząc ruch, w tym wiadomości tekstowe do sieci IP, a więc bez konieczności zakańczania wiadomości tekstowych we własnej sieci.

Konkurencja w postaci komunikatorów jest już na tyle dostrzegalna, że przynosi operatorom wymierne straty w przychodach z SMS. Zgodnie z prognozami OVUM³⁹, patrząc globalnie, operatorzy już w 2012 r. stracili 23 mld dolarów, a strata w 2016 r. ma wynieść już 54 mld dolarów. Wynika ona z odchodzenia przez klientów od tradycyjnych wiadomości SMS na rzecz nowocześniejszych rozwiązań oferowanych przez dostawców platform OTT. Ta sama firma analityczna przewiduje, że operatorzy stracą łącznie 386 mld dolarów⁴⁰ z tytułu odchodzenia przez abonentów od tradycyjnych wiadomości SMS na rzecz usług dostarczanych przez platformy OTT.

Podsumowując, na analizowany rynek, wpływ mają przede wszystkim nowoczesne technologie, których popularyzacja stanowi konkurencję wobec tradycyjnych rozwiązań komunikacji tekstowej, wiadomości SMS są coraz częściej zastępowane przez komunikatory czy wiadomości email.

5.7. Istnienie barier dla dalszego rozwoju przedsiębiorcy oraz rynku właściwego

Kryterium to bada, w perspektywie krótkookresowej (1 rok), 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 z przedsiębiorców obecnych na tym rynku, który takich barier nie posiada, co stanowi czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Im większe są te bariery, tym większe jest prawdopodobieństwo, że przedsiębiorca ich nie posiadający zajmuje indywidualną pozycję znaczącą na danym rynku.

Ocena kryterium powinna uwzględniać analizę stopnia wykorzystania infrastruktury telekomunikacyjnej posiadanej przez przedsiębiorcę i używanej przez niego do świadczenia usług na analizowanym rynku.

Orange wykorzystuje w działalności telekomunikacyjnej zarówno infrastrukturę 2G, 3G jak i LTE, których elementy składowe w postaci stacji BTS (ang. Base Transceiver Station) i Node B (odpowiednik BTS w sieciach trzeciej generacji) umożliwiają zwiększanie zakresu/obszaru działalności operatora.

³⁹ <http://www.amta.org.au/articles/Ovum.figures.indicate.that.operators.will.lose.54bn.by.2016.due.to.smartphone.messaging.app>

⁴⁰ <http://nowotechnologie.salon24.pl/643606,komunikatory-mobilne-wypieraja-sms-y-i-pozwalaja-rozmawiac-za-darmo>

Przedsiębiorcy telekomunikacyjni działający na rynku telefonii ruchomej w Polsce posiadają już dobrze rozbudowaną sieć infrastrukturalną w zakresie zasięgu 2G oraz 3G. Obecnie trwają intensywne prace nad rozwojem dostępu do technologii LTE na jak największym obszarze. Orange nie jest jedynym operatorem, który inwestuje w rozwój własnej sieci. Czyni to każdy operator infrastrukturalny. Należy jednak przyjąć, że podejmowane działania nie przyczyniają się do rozwoju świadczenia usługi zakańczania wiadomości SMS we własnej sieci, gdyż jest ona już powszechnie stosowana przez wszystkie podmioty działające na rynku.

Tabela 5 Elementy infrastruktury sieci Orange (*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 28 Załącznik 1*)

Źródło: UKE na podstawie danych operatora

Podsumowując inwestycje prowadzone przez operatorów, zmierzające do poprawy jakości swoich usług, a także zwiększenia obszaru ich świadczenia, szczególnie w zakresie dostępu do sieci LTE nie wpływają w żaden sposób na zajmowanie przez którykolwiek z podmiotów pozycji znaczącej.

5.8. Istnienie barier wejścia na rynek właściwy

Kryterium szczegółowo opisane w pkt 4.1.1 decyzji

5.9. Poziom równoważającej siły nabywczej

Kryterium to pozwala stwierdzić, czy poziom siły nabywczej klientów konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych jest wystarczająco wysoki, aby zrównoważyć pozycję tego lub tych przedsiębiorców jako dostawców usług na danym rynku właściwym. Im niższy jest poziom równoważającej siły nabywczej klientów konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców na danym rynku, tym większe jest prawdopodobieństwo, że przedsiębiorca lub przedsiębiorcy zajmują indywidualną lub kolektywną pozycję znaczącą na tym rynku.

Poziom równoważającej siły nabywczej jest wysoki, jeśli:

- do jednego klienta bądź grupy klientów trafia duża część produktów lub usług konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych;
- najwięksi klienci są dobrze poinformowani na temat alternatywnych dostawców danych produktów lub usług;
- najwięksi klienci mogą łatwo i niewielkim kosztem przestawić się na korzystanie z tych alternatywnych dostawców;
- najwięksi klienci mogą rozpocząć samodzielnie wytwarzanie danych produktów lub usług;
- przedsiębiorca lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zainwestowali znaczne środki w infrastrukturę służącą wyłącznie dostarczaniu produktów lub usług konkretnym największym klientom.

Do oceny tego wskaźnika bierze się pod uwagę przede wszystkim stopień koncentracji sprzedaży konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych na danym rynku właściwym, czyli udział największych klientów w wartości sprzedaży tego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców na rynku.

Na rynku świadczenia usługi zakańczania wiadomości tekstowych SMS w sieci Orange występuje tylko ten operator. Nabywcami świadczonej przez niego usługi hurtowej są inni operatorzy, którzy ponoszą koszt za zakańczanie wiadomości SMS w sieci Orange. Jak wynika z tabeli 4, (*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 29, Załącznik 1*), co oznacza, że żaden

z nich nie posiada siły nabywczej, pozwalającej mu na przeprowadzenie negocjacji i uzyskanie innych warunków świadczenia usług.

Na analizowanym rynku należy stwierdzić brak równoważącej siły nabywczej z powodu niewystępowania klientów posiadających istotną siłę negocjacyjną w stosunku do operatora działającego na tym rynku. Ze względu na monopolistyczny charakter rynku, nawet pojawienie się operatora, który będzie posiadał znaczącą pozycję negocjacyjną w stosunku do Orange, nie będzie skutkowało posiadaniem lub nie przez niego pozycji znaczącej, ponieważ w zakresie wiadomości tekstowych SMS, jedynie Orange może je zakończyć we własnej sieci.

6. Analiza rynku pod kątem występowania kolektywnej znaczącej pozycji rynkowej

Na analizowanym rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Orange, może występować tylko jeden podmiot. Jedynie Orange posiada możliwości technologiczne, aby zakończyć wiadomości tekstowe SMS we własnej sieci. W związku z tym, na analizowanym rynku właściwym nie może wystąpić sytuacja, w której dwa lub więcej podmiotów uzyskają kolektywną pozycję znaczącą.

7. Wnioski dotyczące ustalenia skutecznej konkurencji i wyznaczenia przedsiębiorcy o pozycji znaczącej lub przedsiębiorców o kolektywnej pozycji znaczącej

Prezes UKE wskazuje, że na analizowanym rynku, z uwagi na jego charakterystykę, zachodzi sytuacja, w której każdy operator ruchomej sieci telefonicznej jest jedynym dostawcą usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych we własnej sieci, co stanowi rynek tzw. „naturalnie monopolistyczny”. Niezależnie od powyższego Prezes UKE oceniając stan konkurencji na rynku, wziął również pod uwagę inne kryteria i czynniki, w tym w szczególności presję konkurencyjną, jaką wywierają operatorzy usług OTT, umożliwiającą użytkownikom korzystanie z usług substytucyjnych względem wiadomości SMS, na tych samych urządzeniach końcowych, na których odbierane i wysyłane są wiadomości SMS. Dostępność oraz powszechność komunikatorów opartych na technologiach internetowych, a także rozbudowa oferty pakietów transmisji danych wsparta także technologią bezprzewodową Wi-Fi, o których mowa w części analitycznej decyzji, spowodowała spadek barier dostępu i wzrost presji konkurencyjnej wywieranej na usługi zakańczania SMS. Z analizy Prezesa UKE wynika w szczególności, że rynek właściwy charakteryzuje się m.in.:

- brakiem istnienia istotnych, ograniczających konkurencję, wysokich i trwałych barier wejścia,
- stanem rozwoju, który pozwala stwierdzić, iż rynek zmierza w kierunku skutecznej konkurencji,
- wystarczalnością prawa konkurencji, która pozwoli na zapewnienie jego funkcjonowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji.

Ponadto Prezes UKE stwierdził, że posiadanie przez OPL określonej infrastruktury nie przesądza o posiadaniu przez niego pozycji znaczącej na analizowanym rynku, ponieważ na skutek naturalnego rozwoju usług wykształciły się inne formy komunikacji tekstowej, co siłą rzeczy skutkuje tym, że operator nie musi jej zakończyć w swojej sieci, aby była ona skutecznie dostarczona. Konkurencja w postaci komunikatorów jest już również na tyle dostrzegalna, że przynosi operatorom wymierne straty w przychodach z usług SMS.

Tym samym Prezes UKE uznał, że na rynku gdzie główną usługą jest wysłanie krótkich wiadomości tekstowych istnieje alternatywa, uzasadniająca stwierdzenie występowania

skutecznej konkurencji na tym rynku właściwym. W obecnej sytuacji rynkowej i uwzględniając podejście przyszłościowe, nie ma podstaw do uznania, że na rynku występuje przedsiębiorca o znaczącej pozycji (czyli taki, który mógłby działać w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, konsumentów i kontrahentów), co wykazano powyżej w uzasadnieniu rozstrzygnięcia.

Podsumowując należy stwierdzić, że przeprowadzona przez Prezesa UKE analiza rynku właściwego, wykazała, że nie występuje na nim przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą. Oznacza to, że na analizowanym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja, co Prezes UKE stwierdził w pkt III sentencji decyzji.

Powyższe (oraz wyżej omówiony negatywny wynik testu trzech kryteriów) przesądza o tym, że brak jest podstaw do stosowania środków zaradczych w formule ex-ante na analizowanym rynku.

Mając na uwadze powyżej poczyniony wniosek, oraz fakt, że na analizowanym rynku występował przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej (Polska Telefonii Komórkowa Centertel sp. z o.o. (obecnie OPL), na podstawie Decyzji 2010), który tę pozycję utracił, Prezes UKE zobowiązany był wydać w sprawie decyzję o uchyleniu obowiązków regulacyjnych ciążyących na tym przedsiębiorcy w trybie art. 23 ust. 1 pkt 2 PT.

8. Uchylenie nałożonych Decyzją 2010 obowiązków regulacyjnych

Zgodnie z art. 23 ust. 1 pkt 2 PT Prezes UKE po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 22 ust. 1 PT, w przypadku ustalenia, że na rynku właściwym nie występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą wydaje decyzję, w której:

- a) określa rynek właściwy w sposób określony w art. 22 ust. 1 pkt 1,
- b) stwierdza, że na tym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja,
- c) uchyla nałożone obowiązki regulacyjne,

- jeżeli na tym samym rynku właściwym występował przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, którzy utracili tę pozycję.

W związku z brzmieniem powyżej omawianego przepisu art. 23 ust. 1 pkt 2 PT, Prezes UKE analizując zasadność uchylenia ciążyących na przedsiębiorcy telekomunikacyjnym (w tym przypadku Orange) obowiązków regulacyjnych, przeanalizował następujące przesłanki:

1. tożsamość rynku właściwego określonego w decyzji znak: DART-SMP-6040-9/10(32) z dnia 14 grudnia 2010 r. z rynkiem właściwym będącym przedmiotem analizy, w wyniku której wydana została decyzja tj. rynkiem świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Orange Polska S.A.;
2. brak na określonym rynku właściwym będącym przedmiotem analizy, w wyniku której wydana została decyzja (tj. rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Orange), przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, który to brak wynika z utraty pozycji znaczącej przez tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców.

Ad. 1 Jak to zostało już wskazane w uzasadnieniu decyzji (w kontekście prawnych podstaw analizy rynku właściwego) rynek właściwy określony w Decyzji 2010 jest rynkiem tożsamym względem rynku określonego decyzją. Prezes UKE wskazuje bowiem, iż biorąc pod uwagę charakterystykę produktową (usługi wchodzące w zakres rynku) i geograficzną (obszar, na którym te usługi są świadczone) rynku właściwego opisanego w decyzji Prezes UKE określił go w sposób tożsamy, jak rynek zdefiniowany w Decyzji 2010, tj. jako rynek świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Orange Polska S.A. Zatem rynek właściwy określony w Decyzji 2010 odpowiada w pełni rynkowi właściwemu określonemu w decyzji. W związku z powyższym uznać należy, że spełniona została pierwsza z wymienionych powyżej przesłanek umożliwiających Prezesowi UKE uchylenie nałożonych na Polską Telefonię Komórkową Centertel sp. z o.o. (obecnie OPL) Decyzją 2010 obowiązków regulacyjnych określonych w sentencji Decyzji 2010.

Ad. 2 W celu uchylenia obowiązków regulacyjnych nałożonych na Polską Telefonię Komórkową Centertel sp. z o.o. (obecnie OPL) Decyzją 2010, konieczne jest ponadto stwierdzenie, że na tym samym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja. Stwierdzić również w tym zakresie należy, że zgodnie z Decyzją 2010 przedsiębiorcą o znaczącej pozycji rynkowej na rynku właściwym była spółka Polska Telefonii Komórkowa Centertel sp. z o.o. (obecnie OPL), która obecnie utraciła tę pozycję. Brak występowania na rynku właściwym tj. rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Orange, przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej, po przeprowadzeniu szczegółowej analizy rynku, wskazany został natomiast w pkt II sentencji decyzji. Dodać należy, iż stwierdzenie utraty przez Orange pozycji znaczącej wynika z przeprowadzonego w rozdziale 4.1 decyzji testu trzech kryteriów, jak i analizy występowania przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, które wskazują, że rynek świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) Orange, jest rynkiem skutecznie konkurencyjnym (pkt III sentencji decyzji), tj. takim, na którym obecnie nie występuje przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej. Mając powyższe na uwadze Prezes UKE wskazuje, że tym samym spełniona została druga z wyżej wymienionych przesłanek umożliwiających Prezesowi UKE uchylenie obowiązków regulacyjnych nałożonych na Polską Telefonię Komórkową Centertel sp. z o.o. (obecnie OPL) w Decyzji 2010.

W związku ze stwierdzeniem zaistnienia, określonych w art. 23 ust. 1 pkt 2 PT przesłanek uchylenia obowiązków regulacyjnych, Prezes UKE uchylił na mocy decyzji (pkt IV sentencji) ciążące na Orange obowiązki regulacyjne (wymienione również w pkt IV sentencji decyzji), o których mowa w decyzji z dnia 14 grudnia 2010 r. znak: DART-SMP-6040-9/10(32), zmienione wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 sierpnia 2015 r., VI ACa 1128/15.

W związku ze stwierdzeniem zaistnienia przesłanek do uchylenia nałożonych na Polską Telefonię Komórkową Centertel sp. z o.o. (obecnie OPL) obowiązków regulacyjnych i koniecznością podjęcia rozstrzygnięcia, o którym mowa w art. 23 ust. 2 PT Prezes UKE w decyzji określił termin uchylenia obowiązków regulacyjnych, ciążących na Orange na mocy Decyzji 2010. Zgodnie z art. 23 ust. 2 PT przy określaniu terminu uchylenia obowiązków regulacyjnych Prezes UKE jest zobowiązany uwzględnić sytuację działających na danym rynku właściwym przedsiębiorców telekomunikacyjnych, objętych decyzją o uchyleniu obowiązków regulacyjnych. Konieczne jest zatem określenie kręgu działających

na analizowanym rynku właściwym przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy są objęci decyzją.

Odnosząc się do przesłanki działania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na danym rynku właściwym podkreślić należy, że przedsiębiorca telekomunikacyjny działając na hurtowym rynku właściwym może nie tylko w charakterze operatora dostarczającego usługę hurtową (w tym przypadku usługę zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS)), jakim na analizowanym rynku jest Orange, ale także w charakterze dostawcy usług detalicznych opartych o usługę hurtową.

Rozpatrując natomiast przesłankę objęcia decyzją o uchyleniu obowiązków regulacyjnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych stwierdzić należy, że chodzi tutaj nie tylko o adresata decyzji, ale także o podmioty, na których sytuację rozstrzygnięcie podjęte decyzją wpływa. Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że uchylenie obowiązków regulacyjnych ciążących na Orange w sprawie może wpływać na prawa innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych w ten sposób, że przedsiębiorcy ci zostaną pozbawieni możliwości korzystania z dotychczas regulowanej usługi zakańczania wiadomości SMS w sieci Orange. Należy bowiem mieć na uwadze, że co do zasady odpowiedzialnością danego obowiązku regulacyjnego jest uprawnienie przysługujące określonym podmiotom w związku z obowiązywaniem tych obowiązków regulacyjnych. Chodzi tu przykładowo o obowiązek równego traktowania, czy obowiązek polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty. Oba te obowiązki zostały nałożone na Polską Telefonię Komórkową Centertel sp. z o.o. (obecnie OPL) w Decyzji 2010. W ocenie Prezesa UKE zasadne w omawianym zakresie jest zatem uznanie, że decyzja dotyczy zarówno Orange jak i pośrednio przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy korzystają ze świadczonej przez Spółkę regulowanej usługi zakańczania wiadomości SMS w sieci Orange. Uchylenie obowiązków regulacyjnych nałożonych na Polską Telefonię Komórkową Centertel sp. z o.o. (obecnie OPL) w Decyzji 2010 będzie bowiem skutkowało wobec tych przedsiębiorców telekomunikacyjnych utratą możliwości dalszego korzystania z usług Orange na dotychczasowych, regulowanych zasadach. Za objętych decyzją należy uznać więc tych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, których łączyła współpraca międzyoperatorska z Orange prowadzona z uwzględnieniem obowiązków regulacyjnych ciążących na operatorze o znaczącej pozycji rynkowej, czy to w postaci umowy międzyoperatorskiej, czy też decyzji Prezesa UKE zastępującej taką umowę.

Przechodząc do uzasadnienia w zakresie uwzględnienia sytuacji działających na rynku przedsiębiorców telekomunikacyjnych, objętych decyzją z uwzględnieniem powyżej poczynionych wywodów wskazać należy, że Prezes UKE zdecydował o określeniu terminu uchylenia obowiązków regulacyjnych, o których mowa w pkt IV sentencji decyzji, na 90 dni od daty jej doręczenia Orange. Przyjęcie takiego rozwiązania pozwoli na zapewnienie pewności obrotu handlowego pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi i spowoduje uniknięcie możliwych rozbieżności interpretacyjnych w kwestii wzajemnych zobowiązań między przedsiębiorcami. Z uwagi na stwierdzenie skutecznej konkurencji na analizowanym rynku właściwym okres ten będzie jednocześnie wystarczający dla podmiotów korzystających z usług hurtowych Orange dla ewentualnego renegotjowania na warunkach komercyjnych zawartej dotychczas z Orange umowy. Z drugiej strony, w ocenie Prezesa UKE termin uwzględnia sytuację Orange, ponieważ pozwoli Orange na przeprowadzenie w swoim przedsiębiorstwie zmian dostosowujących jego organizację i procedury do nowych, nieregulowanych warunków rynkowych.

Prezes UKE wskazuje ponadto, że termin 90 dni jest terminem przewidzianym przez ustawodawcę na przeprowadzenie skutecznych negocjacji w zakresie dostępu

telekomunikacyjnego (zgodnie z art. 27 ust. 2 i 2b PT, przedsiębiorca telekomunikacyjny może się zwrócić do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym po upływie 90 dni od dnia wszczęcia negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego). Uznać należy zatem, że skoro ustawodawca przyjął termin 90 dni jako wystarczający do zawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym, to termin ten będzie także właściwy w odniesieniu do negocjacji warunków współpracy międzyoperatorskiej na zasadach nieregulowanych (po uchyleniu obowiązków regulacyjnych). Ponadto, w związku z obowiązywaniem wskazanego powyżej przepisu, można przyjąć, w ocenie Prezesa UKE, że ugruntowaną praktyką rynkową stało się prowadzenie negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w terminie 90 dni. Stąd w ocenie Prezesa UKE właściwym (uwzględniającym sytuację działających na rynku przedsiębiorców telekomunikacyjnych, objętych decyzją) jest określenie terminu uchylenia obowiązków regulacyjnych na 90 dni od dnia doręczenia Orange decyzji.

9. Odniesienie do podań, wniosków i zarzutów wniesionych przez strony oraz uczestników postępowania

Stanowisko Orange Polska S.A. oraz Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji

W swoich stanowiskach z dnia 29 lipca 2016 r. OPL oraz PIIT w pełni poparły konsultowany projekt decyzji, wyrażając zadowolenie z deregulacji rynku właściwego. W ich opinii decyzja stanowi krok w kierunku wyrównania warunków prawno-regulacyjnych dla tradycyjnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz dostawców usług OTT.

Jednocześnie OPL oraz PIIT wskazały także, że nie ma podstaw do wprowadzenia 90-dniowego terminu wygaszenia obowiązków regulacyjnych nałożonych Decyzją 2010.

W opinii Prezesa UKE uwaga ta nie jest zasadna. W pkt 8 uzasadnienia decyzji Prezes UKE szczegółowo wyjaśnił dlaczego przyjęcie takiego terminu jest właściwe i uzasadnione. W tym kontekście należy dodać, że regulacja rynków zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) dotyczy pięciu przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy byli zobowiązani do jej przestrzegania od grudnia 2010 r. Tym samym wobec faktu, że regulacje tego rynku dotyczą relacji pomiędzy kilkoma operatorami oraz obowiązywały przez długi okres, należy wskazać, że wprowadzony w decyzji 90 dniowy termin uchylenia obowiązków regulacyjnych jest uzasadniony. Ponadto, ze względu na fakt, że ugruntowaną praktyką rynkową jest prowadzenie negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w terminie 90 dni, termin uchylenia obowiązków regulacyjnych nie może być uznany za zbyt długi.

10. Rygor natychmiastowej wykonalności decyzji

Zgodnie z art. 206 ust. 2 pkt 2 i art. 206 ust. 2aa ustawy Prawo telekomunikacyjne, decyzje w sprawie uchylenia obowiązków regulacyjnych podlegają natychmiastowemu wykonaniu.

Mając powyższe na uwadze, decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

Wobec powyższego orzeczono jak na wstępie.

POUCZENIE

Stosownie do art. 206 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne w związku z art. 479⁵⁸ § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r., poz. 1822, z późn. zm.) od decyzji przysługuje odwołanie do Sądu

Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wnoszone za pośrednictwem Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji.

Prezes

Marcin Cichy

Dokument podpisany elektronicznie

Otrzymuje:

Marta Brzoza
Pełnomocnik
Orange Polska S.A.
Al. Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa