



Warszawa, dnia

**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

Marcin Cichy

DHRT.SMP.6040.3.2017

EmiTel sp. z o.o.

ul. Franciszka Klimczaka 1
02-797 Warszawa

**Krajowa Izba Gospodarcza
Elektroniki i Telekomunikacji**

ul. Stępińska 22/30
00-739 Warszawa

**Polska Izba Informatyki
i Telekomunikacji**

Al. Jerozolimskie 136 (IX piętro)
02-305 Warszawa

**Polska Izba Komunikacji
Elektronicznej**

ul. Przemysłowa 30
00-450 Warszawa

Polska Izba Radiodfuzji Cyfrowej

ul. Grunwaldzka 104
60-307 Poznań

DECYZJA

Na podstawie art. 24 pkt 1 i pkt 2 lit. a, w związku z art. 21 oraz art. 22 ust. 1 i ust. 2, art. 34 ust. 1 i ust. 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i ust. 2, art. 38 ust. 1, art. 40 ust. 1 i art. 42 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r., poz. 1489, z późn. zm., dalej „ustawa Prawo telekomunikacyjne” lub „Pt”), oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r. poz. 1257, dalej „kpa”), w związku z art. 206 ust. 1 Pt:

- I. Określam rynek właściwy jako krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym;
- II. Ustalam, że na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej;
- III. Wyznaczam EmiTel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej również: „EmiTel” lub „Spółka”) jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym;
- IV. Nakładam na EmiTel następujące obowiązki regulacyjne w zakresie niezbędnym do zapewnienia przez Spółkę dostępu do infrastruktury, służącej do świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym:
 1. obowiązek, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na uwzględnianiu uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów infrastruktury, sieci oraz udogodnień towarzyszących, polegający w szczególności na:
 - a. zapewnieniu określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy, systemów transmisyjnych oraz urządzeń telekomunikacyjnych, a także innych zasobów, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną;
 - b. zapewnieniu dostępu do usługi dosyłu do sieci telekomunikacyjnej EmiTel na potrzeby świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym;
 - c. zapewnieniu infrastruktury telekomunikacyjnej, w tym masztów, słupów, wież lub innych obiektów i urządzeń technicznych w celu umieszczenia, montażu i podłączenia na obiektach EmiTel sprzętu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego chcącego współkorzystać z infrastruktury EmiTel;
 - d. zapewnieniu kolokacji polegającej na udostępnianiu przestrzeni fizycznej oraz innych form wspólnego korzystania z budynków;
 - e. zapewnieniu udogodnień towarzyszących usłudze transmisji telewizyjnych;
 - f. prowadzeniu w dobrej wierze negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego;
 2. obowiązek, o którym mowa w art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności przez:
 - a. oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowanie usług oraz udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi, w szczególności w zakresie opłat za wykorzystywanie infrastruktury telekomunikacyjnej, linii

- światłowodowych oraz radiolinii należących do EmiTel w celu uniknięcia dyskryminacji w zakresie warunków świadczonych usług, opłat oraz jakości usług;
- b. stosowanie, w zakresie realizacji usług na rzecz przedsiębiorców telekomunikacyjnych, kluczowych wskaźników efektywności KPI (ang. Key Performance Indicators);
3. obowiązek, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na ogłaszaniu lub udostępnianiu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego dotyczących informacji księgowych, specyfikacji technicznych sieci telekomunikacyjnej i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci telekomunikacyjnej, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, obiektów i infrastruktury, a także opłat, w szczególności:
- a. zakres informacji obejmuje wszystkie informacje dotyczące specyfikacji technicznych sieci telekomunikacyjnej i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki i architektury sieci, lokalizacji i przebiegu elementów infrastruktury oraz ich zajętości, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci telekomunikacyjnej, a także opłat, dotyczących infrastruktury telekomunikacyjnej EmiTel niezbędnej do wnioskowania o dostęp oraz świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym;
 - b. ogłaszanie co najmniej raz na kwartał, na oficjalnej stronie internetowej EmiTel, wartości wskaźników efektywności (KPI), liczonych odrębnie dla EmiTel oraz odrębnie dla poszczególnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie realizacji usług na rzecz przedsiębiorców telekomunikacyjnych;
 - c. udostępnianie zestawienia wartości wskaźników KPI, o których mowa w pkt IV ppkt 3 lit. b decyzji każdemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu, któremu EmiTel świadczy usługi hurtowe, zawierającego wartości indywidualnych KPI dla danego przedsiębiorcy oraz zestawienia KPI dla wszystkich zdarzeń, na podstawie którego ten przedsiębiorca będzie w stanie zweryfikować swój indywidualny wskaźnik KPI;
 - d. publikacja informacji wskazanych w pkt IV ppkt 3 lit. a-b decyzji nastąpi w formie elektronicznej na oficjalnej stronie internetowej EmiTel;
 - e. informacje, o których mowa w pkt IV ppkt 3 lit. a decyzji 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;
 - f. informacje dotyczące wskaźników KPI należy udostępnić na wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 (jednego) tygodnia od dnia jego wpływu do EmiTel.
4. obowiązek, o którym mowa w art. 38 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na prowadzeniu rachunkowości regulacyjnej w sposób umożliwiający identyfikację przepływów transferów wewnętrznych, związanych z działalnością w zakresie dostępu telekomunikacyjnego zgodnie z przepisami art. 49 - 54 ustawy

Prawo telekomunikacyjne i odpowiednimi aktami wykonawczymi do ustawy Prawo telekomunikacyjne;

5. obowiązek, o którym mowa w art. 40 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty przez EmiTel. W celu oceny prawidłowości wysokości opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, Prezes UKE będzie mógł zastosować następujące sposoby weryfikacji i ustalania opłat:
 - retail minus (cena detaliczna minus),
 - cost orientation (orientacja kosztowa),
 - benchmarking (uwzględnienie wysokości opłat stosowanych na porównywalnych rynkach konkurencyjnych);
 6. obowiązek, o którym mowa w art. 42 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na przygotowaniu i przedstawieniu w terminie 3 (trzech) miesięcy od dnia doręczenia decyzji projektu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym, jaka ma być stosowana przez EmiTel, zgodnie z zakresem wskazanym w Załączniku nr 1 do decyzji;
- V. Załącznik nr 1 - Zakres oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym obejmującej świadczenie usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym - stanowi integralną część decyzji;
- VI. Załącznik nr 2 zawierający dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowi integralną część decyzji.

Decyzja niniejsza, stosownie do art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, podlega natychmiastowemu wykonaniu.

UZASADNIENIE

1. Przebieg postępowania w sprawie wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej oraz nałożenia obowiązków regulacyjnych

W związku z rozpoczęciem analizy hurtowego rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, począwszy od dnia 2 lutego 2016 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE” lub „Regulator”) zwracał się do uczestników tego rynku o przekazanie informacji niezbędnych do analiz.

Pismem z dnia 12 maja 2017 r. Prezes UKE zawiadomił EmiTel 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,
- 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 uchylenia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku.

Pismem z dnia 23 maja 2017 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej: 31 maja 2017 r.) Polska Izba Radiodiffuzji Cyfrowej (dalej: „PIRC”) złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu.

Pismem z dnia 2 czerwca 2017 r. Prezes UKE postanowił o dopuszczeniu PIRC do udziału w niniejszym postępowaniu.

Pismem z dnia 14 czerwca 2017 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej: 19 czerwca 2017 r.) Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji (dalej: „KIGEiT”) złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu.

Pismem z dnia 22 czerwca 2017 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej: 28 czerwca 2017 r.) Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (dalej: „PIIT”) złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu.

Pismem z dnia 3 lipca 2017 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej: 10 lipca 2017 r.) Polska Izba Komunikacji Elektronicznej (dalej: „PIKE”) złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu.

Pismami z dnia 17 lipca 2017 r. Prezes UKE postanowił o dopuszczeniu KIGEiT, PIIT i PIKE do udziału w niniejszym postępowaniu.

Pismem z dnia 6 września 2017 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej: 11 września 2017 r.) EmiTel zawiadomił o zmianie adresu Spółki oraz zmianie adresu do doręczeń pełnomocnika, a także złożył wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z oferty TIME S.A. złożonej w konkursie na rezerwację częstotliwości w multipleksie nr 8 (MUX8).

Pismem z dnia 13 września 2017 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej: 18 września 2017 r.) PIKE złożyła stanowisko w toku postępowania oraz wniosła o przeprowadzenie dowodu z danych uzyskanych przez Prezesa UKE w wyniku inwentaryzacji sieci nadawczych, dowodu z ofert złożonych w konkursie na rezerwację częstotliwości w multipleksie nr 8 (MUX8) na okoliczność istnienia konkurencyjności analizowanego rynku, a także wydania przez Prezesa UKE postanowienia o występowaniu na tym rynku skutecznej konkurencji.

1.1. Prawne podstawy dla analizy rynków właściwych

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, o których mowa w art. 19 ust. 3 Pt, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych. Dokument, do którego odnosi się 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 C165 z dnia 11 lipca 2002 r., s. 6 - 31), dalej „Wytyczne Komisji”.

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 2017, poz. 229 z późn. zm., dalej „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów” lub „ustawa o o.k.i.k”), rynek towarów¹, 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, przewidują², iż na mocy nowych ram regulacyjnych, rynki, które mają być regulowane, definiuje się zgodnie z zasadami europejskiego prawa konkurencji, tak jak zostały one przedstawione przez Komisję w zaleceniu dotyczącym właściwych rynków produktów i usług zgodnie z art. 15 ust. 1 dyrektywy 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., dalej także „dyrektywa ramowa”)³.

Obecnie obowiązującym zaleceniem Komisji Europejskiej dotyczącym właściwych rynków produktów i usług zgodnie z art. 15 ust. 1 dyrektywy ramowej jest Zalecenie 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 9 października 2014 r. str. 79) (dalej: „Zalecenie 2014”).

Rynek będący przedmiotem analizy w niniejszym postępowaniu nie został w wyżej wymienionym zaleceniu zdefiniowany, co jednak nie oznacza, że Prezes UKE nie może przeprowadzić jego analizy. Zgodnie bowiem z aktualnym Zaleceniem z 2014 r., rynek który nie został wymieniony w tym Zaleceniu może podlegać regulacji *ex ante*, jeżeli spełnia kryteria określone w tzw. teście trzech kryteriów. Wskazać należy, że w stosunku do analizowanego rynku Prezes UKE przeprowadził taki test w pkt 3 niniejszej decyzji.

Prezes UKE w swoim obecnym rozstrzygnięciu posiłkuje się Zaleceniem z 2003 r., które wyodrębniło rynek transmisji programów telewizyjnych i radiofonicznych, bowiem zawarta w Zaleceniu z 2003 r. definicja rynku właściwego jest, uwzględniając również modyfikację polegającą na wydzieleniu dwóch rynków, tj. rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym oraz rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, nadal aktualna, w odniesieniu do polskiego rynku telekomunikacyjnego. Również Nota Wyjaśniająca do Zalecenia z 2003 r. wskazywała na wiele istotnych cech oraz problemów mogących na nim występować, które to, w ocenie Prezesa UKE, w dalszym ciągu dotyczą polskiego rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym (zostały one szczegółowo omówione w dalszej części decyzji).

¹ Zgodnie z art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pod pojęciem towarów rozumie się: rzeczy, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.

² Wytyczne Komisji (pkt 1.1.4).

³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2002L0021:20090702:PL:HTML>.

Przechodząc do uzasadnienia sposobu określenia rynku właściwego w niniejszym postępowaniu Prezes UKE wskazuje, że zgodnie z pkt 34 Wytocznych Komisji użycie terminu „rynek właściwy” oznacza opis produktów lub usług, które tworzą ten rynek oraz ustalenie geograficznego zasięgu rynku (terminy: „produkty” i „usługi” są używane zamiennie w niniejszym tekście)⁴. Rynek składa się zatem z produktów lub usług, przy czym pojęcia te są stosowane zamiennie. Z uwagi na powyższe oraz uwzględniając praktykę obrotu gospodarczego na rynku telekomunikacyjnym (na którym działalność telekomunikacyjna polega co do zasady na świadczeniu usług), Prezes UKE zdecydował się określić analizowany i regulowany mocą niniejszej decyzji rynek jako krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

Zgodnie z Zaleceniem Komisji (motyw 7) *zarówno dla Komisji, jak i dla krajowych organów regulacyjnych punktem wyjścia dla określenia rynków hurtowych, które miałyby podlegać regulacji ex ante, jest analiza odpowiadających im rynków detalicznych. Analizy tej dokonuje się poprzez rozpatrzenie, w ujęciu prognostycznym i dla danego horyzontu czasowego, substytucyjności po stronie popytu oraz, w stosownych przypadkach, po stronie podaży.*

Mając na względzie powyższe, Prezes UKE uznał za celowe przeanalizowanie w szczególności, jakie usługi i produkty wchodzą w skład krajowego rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, objętego niniejszą decyzją, zarówno na poziomie detalicznym, jak i hurtowym.

1.2. Rynek produktowy na szczeblu detalicznym

Kierując się ustaleniami Komisji Europejskiej oraz własną analizą Prezes UKE postanowił dla celów niniejszej decyzji określić zakres produktowy rynku na poziomie detalicznym, posiłkując się do tego, z przyczyn opisanych w pkt 1.1. niniejszej decyzji, Zaleceniem z 2003 r.

Nota wyjaśniająca do Zalecenia z 2003 r. przedstawia wskazany rynek produktowy na szczeblu detalicznym w następujący sposób: *„Cały rynek detaliczny lub rynki detaliczne zaopatrujące użytkowników końcowych składają się z usług nadawania radiowego i telewizyjnego i obejmują nadawanie bezpłatne, jak również nadawanie płatne i na zasadzie abonamentu, a także usługi interaktywne.*

Nadawanie radiowe i telewizyjne, łącznie z nadawaniem na zasadzie abonamentu i płatnym, może być wykonywane poprzez platformy cyfrowe lub analogowe. Świadczenie usług nadawania na zasadzie abonamentu i płatnego (oraz w pewnych przypadkach nadawania bezpłatnego) wymaga pewnych środków zarówno dla dostępu do użytkowników końcowych jak i dla kontrolowania tego dostępu. Nadawcy wykorzystują systemy dostępu warunkowego (i inne udogodnienia towarzyszące) do świadczenia usług użytkownikom końcowym, którzy są upoważnieni do ich odbioru. Do świadczenia usług w pełni interaktywnych (wykraczających poza wybór przez użytkownika treści nadawanej lub towarzyszącej) wymagana jest ścieżka zwrotna. Ścieżkę zwrotną można zapewnić jako część sieci lub oddzielnie, przykładowo za pomocą łącza telefonicznego. Świadczenia i kontroli usług interaktywnych dokonuje się zazwyczaj za pomocą programów komputerowych i powiązanych aplikacji do nawigacji i interakcji, zawartymi w skrzynce zestawu końcowego (wraz z systemami dostępu warunkowego i w odpowiednich przypadkach, stosownymi dekodernami).

⁴ Wytoczne Komisji (pkt 34): The use of the term ‘relevant market’ implies the description of the products or services that make up the market and the assessment of the geographical scope of that market (the terms ‘products’ and ‘services’ are used interchangeably throughout this text).

Obecnie użytkownicy końcowi, w zależności od okoliczności, mogą odbierać transmisje radiowe i telewizyjne poprzez sieci naziemne, kablowe lub satelitarne. W przyszłości prawdopodobnie upowszechnią się inne kanały transmisji, np. sieci telekomunikacyjne o zwiększonej szerokości pasma dzięki technologii DSL lub innej.

Rynek ten można scharakteryzować zarówno z punktu widzenia świadczonych usług, jak i sieci transmisji, poprzez którą są one świadczone. To, czy usługi nadawania poprzez te systemy transmisyjne stanowią odrębne rynki (co wpływa na definicję rynków hurtowych), zależy od szeregu czynników. Ważnym czynnikiem jest to, czy dostateczna liczba użytkowników końcowych może je uznać za skuteczne substytuty po stronie popytu pod względem cen i produktu. Z tym wiąże się inny czynnik, jakim jest pokrycie czy dostępność różnych sieci transmisyjnych. Istotna jest także zdolność użytkowników końcowych (lub ich znacznej części) do zmiany platform nadawczych czy transmisyjnych”.⁵

Stronę popytową na szczeblu detalicznym tworzą nadawcy telewizyjni, zainteresowani tym, aby ich oferta programowa docierała do jak największego grona użytkowników końcowych. Im większe jest grono potencjalnych odbiorców końcowych danego programu telewizyjnego tym większe jest zainteresowanie nadawców daną metodą transmisji jego sygnału.

Transmisja programów telewizyjnych służy nadawcom telewizyjnym do dotarcia do użytkowników końcowych ze swoją ofertą programową. Nadawcy telewizyjni rozpowszechniają lub rozprawdzają (transmitują) swoje programy w różnych sieciach transmisyjnych tak, aby dotrzeć do jak najszerszego kręgu odbiorców.

Obecnie sygnał telewizyjny można transmitować za pomocą:

1. cyfrowej sieci rozsiewczej naziemnej,
- lub
2. transmisji satelitarnej/platformy satelitarne,

⁵ Explanatory note 2003 (4.4): The overall retail market or markets supplied to end users consists of the delivery of radio and television broadcasting and includes free-to-air broadcasting as well as subscription and pay broadcasting and also the delivery or transmission of interactive services.

Radio and television broadcasting, including subscription broadcasting and also pay broadcasting can be delivered over analogue or digital platforms. To deliver subscription and pay broadcasting, (and in some cases free-to-air broadcasting) some means of both accessing end users and controlling end user access is required. Conditional access systems (and other associated facilities) are used by broadcasters to deliver services to end-users that are authorised to receive them. In order to provide fully interactive services (beyond end-user choice of broadcasting or related content), a return path is required.

The return path may be provided as part of the network or separately, for example, using a telephone line. Delivery and control of interactive services is typically undertaken by means of software and related applications for navigating and interaction, incorporated in a set-top box (along with conditional access systems and where necessary appropriate decoders).

Currently, end users, depending on their particular circumstance, may receive radio and television broadcasting via terrestrial, cable or satellite transmission networks. In the future other transmission channels are likely to become more common, e.g. telecommunications networks whose bandwidth is increased using DSL or other technologies.

It is possible to characterise the market both in terms of the services that are delivered and the transmission network over which they are delivered. Whether services broadcast over these 37 transmission systems constitute separate markets or not (and thereby affect the definition of wholesale markets) depends on a number of factors. An important factor is whether they can be considered to constitute effective demand substitutes in terms of price and product for a significant number of end users. A related factor is the coverage or availability of the different transmission networks. Also relevant is the ability of end-users (or a significant proportion of them) to be able to switch between broadcasting or transmission platforms.

3. sieci kablowych⁶,
4. innych niż sieci kablowe sieci telekomunikacyjnych⁷.

Wymienione wyżej, poszczególne sposoby transmisji programów telewizyjnych różnią się swoją dostępnością geograficzną oraz kosztem dla użytkownika końcowego.

W okresie od ostatniego przeglądu (w 2010 r.), najistotniejszą zmianą, jaka dokonała się na analizowanym rynku, jest wyłączenie analogowej transmisji programów telewizyjnych (w Polsce ostatni nadajnik telewizji analogowej został wyłączony 23 lipca 2013 r.) i zastąpienie jej transmisją cyfrową, nadawaną zgodnie ze schematem kodowania i modulacji DVB-T⁸ w ramach cyfrowych multipleksów⁹ ogólnokrajowych¹⁰ (utworzone są na dzień dzisiejszy następujące multipleksy: MUX1¹¹, MUX2¹², MUX3¹³, MUX4¹⁴ i MUX8¹⁵) oraz cyfrowych multipleksów lokalnych (utworzone są na dzień dzisiejszy następujące multipleksy lokalne: MUXL1¹⁶, MUXL2¹⁷, MUXL3¹⁸, MUXL4¹⁹ i MUXL7²⁰). Dodatkowo, w ramach tzw. MUX eksperymentalnego, z nadajnika zlokalizowanego na Pałacu Kultury i Nauki w Warszawie,

⁶Sieci kablowe w decyzji odnoszą się do sieci operatorów telewizji kablowej CATV, realizowanej w oparciu o kable koncentryczne lub w technologii mieszanej, czyli światłowodowo-koncentrycznej.

⁷Inne niż sieci kablowe sieci telekomunikacyjne odnoszą się do pozostałych sieci operatorów stacjonarnych, innych niż sieci operatorów kablowych

⁸DVB-T - DVB jest nazwą, założonego w 1993 roku, Projektu DVB (Digital Video Broadcasting Project). Grupa, powstała we wrześniu 1993 roku, obecnie skupia prawie 300 organizacji (nadawców, operatorów, producentów sprzętu, regulatorów) z 35 krajów. Fundamentem działania Projektu DVB było wyjście od wymagań komercyjnych i przejście do wymagań technicznych. Końcowym wynikiem prac Projektu DVB jest rodzina standardów telekomunikacyjnych ustanowionych przez ETSI (European Telecommunications Standards Institute) dla telewizji satelitarnej DVB-S i DVB-S2, kablowej DVB-C oraz naziemnej DVB-T i DVB-T2.

⁹Multipleks telewizyjny (inaczej też: multipleks telewizji cyfrowej, multipleks cyfrowy, multipleks naziemnej telewizji cyfrowej, multipleks DVB-T, w skrócie MUX lub z ang. multiplex) to zespolony pakiet kanałów telewizyjnych, radiowych i dodatkowych usług jednocześnie transmitowanych cyfrowo (multipleksowanych) do odbiorcy w jednym kanale częstotliwości.

¹⁰Z zastrzeżeniem, że emisja programów w MUX-4 odbywa się w 31 największych miastach w Polsce i ich najbliższej okolicy.

¹¹W MUX1 umieszczone zostały następujące programy: TVP ABC, 8TV, TTV, Polo TV, ATM Rozrywka, TV Trwam, StopklatkaTV, FokusTV.

¹²W MUX2 umieszczone zostały następujące programy: Polsat, Super Polsat, TVN, TVN7, TV4, TV Puls, PULS 2, TV6.

¹³W MUX3 zostały umieszczone następujące programy Telewizji Polskiej: TVP1 HD, TVP2 HD, TVP3, TVP Info, TVP Kultura, TVP Historia, TVP Rozrywka.

¹⁴W MUX4 umieszczona jest kodowana TV Mobilna, w ramach której dostępne są programy: Polsat Sport, Polsat Sport Extra, Polsat News, Polsat Film, Polsat Cafe, Polsat Play, TVP Seriale, TVN, Style, Nickelodeon, Comedy Central, Comedy Central Family, Kino Polska. Ponadto w MUX-4 dostępnych jest 12 stacji radiowych: Rock Radio, Antyradio, Moje Polskie Radio, Radio 100,1 FM, Złote Przeboje, Radio Eska ROCK, Muzo.fm, Radio Plus, Radio Zet, RMF FM, RMF MAXXX i Tok FM.

¹⁵W MUX8 umieszczone zostały następujące programy: Nowa, Metro, ZoomTV i WP.

¹⁶W MUXL1, którego operatorem jest Telewizja Łużyce sp. z o.o., na obszarze rezerwacji Lubań/Jelenia Góra/Bolesławiec/Chojnów, umieszczone są następujące programy: TV Łużyce, 4fun TV, 4fun Fit&Dance, Vox Music TV, Stars.TV.

¹⁷W MUXL2, którego operatorem jest Telewizja TVT sp. z o.o., na obszarze Górnego Śląska, umieszczone są następujące programy: TVT, 4fun TV, 4fun Fit&Dance, 4fun TV Hits, Vox Music TV, Stars.TV.

¹⁸W MUXL3, którego operatorem jest NTL Radomsko sp. z o.o., na obszarze części województwa łódzkiego oraz śląskiego, umieszczone są następujące programy: NTL Radomsko, 4fun TV, 4fun Fit&Dance, Vox Music TV, Stars.TV.

¹⁹W MUXL4, którego operatorem jest Telewizja Dolnośląska ECHO sp. z o.o., na obszarze Wrocławia, Świdnicy i najbliższych okolic, umieszczone są następujące programy: 4fun TV, 4fun Fit&Dance, Vox Music TV, Stars.TV oraz TVN HD, Polsat HD i Mango24.

²⁰W MUXL7, którego operatorem jest TVL sp. z o.o., w rejonie Lubina i okolic, umieszczone są następujące programy: TV Lubin.

prowadzona jest emisja kilku programów²¹ na teren miasta i najbliższych okolic. Emisje eksperymentalne mają także miejsce w Łodzi i Katowicach.²²

Zmiana technologii rozpowszechniania programów telewizyjnych wpłynęła na zmianę modelu relacji pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na analizowanym rynku, w sposób szczególnie pomiędzy nadawcami telewizyjnymi a operatorami telekomunikacyjnymi świadczącymi na ich rzecz usługę transmisji programów z obiektów nadawczych. Obecnie nadawcy telewizyjni konkurują o możliwość transmisji ich programów w ramach poszczególnych multipleksów, w szczególności ogólnopolskich. Nadawcy, będący dysponentami poszczególnych zakresów częstotliwości (uzyskanych w procesie konkursów ogłaszanych przez Prezesa UKE) są dysponentami poszczególnych multipleksów. Dysponent multipleksu, aby dotrzeć ze swoimi programami do użytkownika końcowego musi nawiązać współpracę z operatorem telekomunikacyjnym świadczącym usługę transmisji programów z obiektów nadawczych (tzw. „operatorem technicznym”). Należy podkreślić, iż multipleks może być obsługiwany wyłącznie przez jednego operatora technicznego, niezależnie od terminu obowiązywania poszczególnych rezerwacji. W przypadku MUX 8 dysponentem częstotliwości i jednocześnie operatorem technicznym jest EmiTel sp. z o.o.

W poniższej tabeli przedstawiono informację jakie zakresy częstotliwości w multipleksach cyfrowych zostały przyznane nadawcom telewizyjnym wraz ze wskazaniem daty ważności dla poszczególnych rezerwacji. Podkreślenia wymaga fakt, że rezerwacje te będą ulegały zmianom, ze względu na okoliczność, że na przestrzeni kolejnych 2-3 lat częstotliwości w paśmie 700MHz będą uwalniane na potrzeby LTE.

Tabela 1. Zakres oraz termin ważności rezerwacji dla poszczególnych dysponentów częstotliwości w cyfrowych multipleksach telewizyjnych

Lp.	Nazwa podmiotu, na rzecz którego dokonano rezerwacji ogólnopolskiej	Zakres częstotliwości objętych rezerwacją	Data do kiedy ważna jest rezerwacja
1	Polskie Radio S.A.	174 - 230 MHz (MUXR3)	31.01.2023
2	ESKA TV S.A.	470 - 862 MHz (MUX1)	26.05.2019
3	Stavka sp. z o.o.	470 - 862 MHz (MUX1)	23.02.2021
4	Lemon Records sp. z o.o.	470 - 862 MHz (MUX1)	23.02.2021
5	ATM Grupa S.A.	470 - 862 MHz (MUX1)	24.02.2021
6	Fundacja Lux Veritatis	470 - 862 MHz (MUX1)	12.03.2023
7	Stopklatka S.A.	470 - 790 MHz (MUX1)	29.10.2023
8	TV Spektrum sp. z o.o.	470 - 790 MHz (MUX1)	21.11.2023
9	Telewizja Polska S.A	470 - 862 MHz (MUX1)	03.09.2023
10	Telewizja Polska S.A	470 - 862 MHz (MUX3)	31.12.2024
11	Telewizja Polsat sp. z o.o.	470 - 862 MHz (MUX2)	06.07.2025
12	TVN S.A.	470 - 862 MHz (MUX2)	06.07.2025
13	Telewizja Puls sp. z o.o.	470 - 862 MHz (MUX2)	06.07.2025
14	INFO-TV-FM sp. z o.o.	470 – 790 MHz (MUX4)	31.12.2023

²¹W tym MUX eksperymentalnym umieszczone są następujące programy: TVN HD, TTV HD, TVN7 HD TVS HD.

²²W MUX eksperymentalnym w Katowicach decyzję otrzymała spółka TVS sp. z o.o. i zgodnie z decyzją w skład multipleksu wchodzi następujące programy: TVS, Telewizja Republika, Kino Polska Muzyka, Radio Silesia i Polsat HD W Łodzi decyzję otrzymała spółka NTL Radomsko sp. z o.o. i zgodnie z decyzją w skład multipleksu wchodzi następujące programy: NTL Radomsko, 4FUN.TV, 4FUN GOLD HITS, STARS.TV, VOX Music TV

15	EmiTel sp. z o.o.	174 - 230 MHz (MUX8)	05.10.2030
16	Telewizja Łużyce Sp. z o.o.	470 - 790 MHz (MUXL1)	31.12.2020
17	Telewizja TVT Sp. z o.o.	470 - 862 MHz (MUXL2)	31.12.2020
18	NTL-Radomsko Sp. z o.o.	470 - 862 MHz (MUXL3)	31.12.2020
19	Telewizja Dolnośląska ECHO sp. z o.o.	470 - 790 MHz (MUXL4)	31.12.2020
20	TVL sp. z o.o.	470 - 790 MHz (MUXL7)	31.12.2020

Źródło: UKE.

Operator telekomunikacyjny świadczący usługę transmisji programów z obiektów nadawczych staje się „operatorem technicznym” i świadczy swoje usługi w odniesieniu do wszystkich programów, wszystkich nadawców obecnych na danym multipleksie. Operator telekomunikacyjny świadczący usługę transmisji programów z obiektów nadawczych może także uzyskać status dysponenta multipleksu i jednocześnie „operatora technicznego”. Na dzień dzisiejszy stan faktyczny w odniesieniu do poszczególnych multipleksów przedstawia się następująco:

- MUX1 – Dysponent multipleksu został wyznaczony zgodnie z przepisami ustawy z dnia 30 czerwca 2011 r. o wdrożeniu naziemnej telewizji cyfrowej.²³ dysponentem tego multipleksu jest Telewizja Polska S.A. wraz z innymi nadawcami, którzy uzyskali koncesje na rozpowszechnianie swoich programów telewizyjnych w tym multipleksie.²⁴ Status tzw. „operatora technicznego” uzyskał EmiTel sp. z o.o.
- MUX2 –Dysponent multipleksu został również wyznaczony zgodnie z przepisami ustawy z dnia 30 czerwca 2011 r. o wdrożeniu naziemnej telewizji cyfrowej. Dysponentami tego multipleksu są: Telewizja Polsat S.A., TVN S.A., Polskie Media S.A. oraz telewizja Puls sp. z o.o., którzy uzyskali koncesje na rozpowszechnianie swoich programów telewizyjnych w tym multipleksie. Status tzw. „operatora technicznego” uzyskał EmiTel sp. z o.o.
- MUX3 –Dysponent multipleksu został wyznaczony zgodnie z przepisami ustawy z dnia 30 czerwca 2011 r. o wdrożeniu naziemnej telewizji cyfrowej. Dysponentem tego multipleksu jest Telewizja Polska S.A., która na mocy ustawy z dnia 30 czerwca 2011 r. o wdrożeniu naziemnej telewizji cyfrowej (tekst jednolity: Dz.U. z 2016 r. poz. 649) uzyskała prawo na rozpowszechnianie swoich programów telewizyjnych w tym multipleksie. Status tzw. „operatora technicznego” uzyskał EmiTel sp. z o.o.
- MUX4 –Dysponentem tego płatnego multipleksu jest Info-TV-FM sp. z o.o., podmiot z grupy kapitałowej Cyfrowego Polsatu S.A., a „operatorem technicznym” w tym multipleksie jest obecnie EmiTel sp. z o.o. (Emitel sp. z o.o. w 2013 r. dokonał akwizycji Info-TV-Operator sp. z o.o., która w okresie przed przejęciem podpisała m.in. z Cyfrowy Polsat S.A. umowę na emisję programów telewizji mobilnej w cyfrowym multipleksie MUX4).
- MUX8 –Dysponentem a zarazem „operatorem technicznym” w tym multipleksie jest EmiTel sp. z o.o.
- MUXL1 - Dysponent tego multipleksu lokalnego (Telewizja Łużyce sp. z o.o.) samodzielnie realizuje na swoje potrzeby obsługę techniczną związaną z rozpowszechnianiem lub rozprowadzaniem programów telewizyjnych.

²³ tekst jednolity: Dz.U. z 2016 r., poz. 649

²⁴ <http://www.krit.gov.pl/dla-nadawcow-i-operatorow/koncesje/>

- MUXL2 - Dysponent tego multipleksu lokalnego (Telewizja TVT sp. z o.o.) samodzielnie realizuje na swoje potrzeby obsługę techniczną związaną z rozpowszechnianiem lub rozprowadzaniem programów telewizyjnych.
- MUXL3 - Dysponent tego multipleksu lokalnego (NTL Radomsko sp. z o.o.) samodzielnie realizuje na swoje potrzeby obsługę techniczną związaną z rozpowszechnianiem lub rozprowadzaniem programów telewizyjnych przy wykorzystaniu obiektów nadawczych EmiTel sp. z o.o.
- MUXL4 –Dysponentem tego multipleksu jest Telewizja Dolnośląska ECHO sp. z o.o., a „operatorem technicznym” jest obecnie Bcast sp. z o.o.
- MUXL7 –Dysponentem tego multipleksu jest TVL sp. z o.o., a „operatorem technicznym” jest obecnie. Bcast sp. z o.o. (wcześniej do 30.05.2017r., EmiTel sp. z o.o.)²⁵

Zmiana modelu relacji pomiędzy nadawcami telewizyjnymi a operatorami telekomunikacyjnymi świadczącymi na ich rzecz usługę transmisji programów z obiektów nadawczych, nie wpłynęła w sposób negatywny na sposób odbioru naziemnej telewizji cyfrowej przez użytkowników końcowych. Dla użytkownika końcowego odbiór naziemnej telewizji cyfrowej (dalej także: „NTC”) jest zasadniczo bezpłatny (kanały płatne znajdują się wyłącznie w MUX4). Do odbioru telewizji cyfrowej niezbędny jest jedynie dedykowany dekodery/odbiornik, który w najnowszych telewizorach jest integralną częścią składową urządzenia. W przypadku starszych telewizorów konieczne jest zakupienie zewnętrznego urządzenia - „set top box”. Urządzenie instaluje się pomiędzy anteną (instalacją antenową) a odbiornikiem telewizyjnym. Do odbioru telewizji cyfrowej DVB-T stosuje się takie same anteny jak do odbioru telewizji analogowej. Tak więc jedynym kosztem związanym z możliwością odbioru sygnału naziemnej telewizji cyfrowej jest koszt zakupu nowego telewizora (w przeciętnym gospodarstwie domowym wymiana takiego odbiornika następuje co kilka lat, niezależnie od wdrożenia naziemnej telewizji cyfrowej oraz koszt ten dotyczy również abonentów płatnych platform czy użytkowników płatnej telewizji kablowej) lub zakup „set top box’a” (cena zewnętrznego urządzenia - „set top box” waha się w granicach 90-150 PLN i jest to koszt jednorazowy).

Darmowa naziemna telewizja cyfrowa cieszy się dużą popularnością wśród użytkowników końcowych. Pod koniec 2015 r. liczba gospodarstw domowych z możliwością dostępu do naziemnej telewizji cyfrowej była oceniana na nieco ponad 13 mln, w tym 5,763 mln korzystało z NTC, co stanowiło 44,2%. Ponad 4 miliony 407 tys. stanowiły gospodarstwa, które posiadały wyłącznie NTC – 33,8% a 1,356 mln stanowiły gospodarstwa domowe, w których oprócz sygnału naziemnego odbierano telewizję poprzez platformy satelitarne i/lub sieci kablowe i inne sieci telekomunikacyjne – 10,4%.²⁶ Naziemna telewizja cyfrowa jest dostępna na ok. 98% powierzchni kraju.²⁷

Zmiana technologii rozpowszechniania programów telewizyjnych z analogowej na cyfrową, mimo jednorazowych kosztów związanych z dostosowaniem odbiorników telewizyjnych, jest odbierana przez użytkowników końcowych bardzo pozytywnie. Wyniki II edycji badania przeprowadzonego przez agencję mediową MEC pt. „Projekt Cyfrowizja”, wskazują, że według zdecydowanej większości respondentów (ok. 70%) naziemna telewizja cyfrowa jest bardziej atrakcyjna niż kiedyś była naziemna telewizja analogowa. Prawie 9 na 10 widzów naziemnej telewizji cyfrowej wskazuje, że jej oferta jest obecnie lepsza. Klienci platform

²⁵ Do 30.05.2017 r. operatorem technicznym w tym MUX lokalnym był EmiTel sp. z o.o.

²⁶ <http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/public/Portals/0/kontrola/program/tv/problemowe/rynek-telewizyjny-w-2015-roku.pdf>

²⁷ <https://www.uke.gov.pl/wyniki-pomiarow-sygnału-naziemnej-telewizji-cyfrowej-8651>

satelitarnych, sieci telewizji kablowej oraz klienci, którzy program telewizyjny mają dostarczany w innych (niż sieci telewizji kablowej) sieciach telekomunikacyjnych, oceniają atrakcyjność platformy naziemnej w podobny sposób - ponad 60% respondentów ocenia pozytywnie zmiany, jakie zaszły w ofercie bezpłatnej TV. Zmiany w NTC najlepiej oceniają mieszkańcy wsi i małych miasteczek. Widzowie naziemnej telewizji cyfrowej wskazują, że obecnie w ofercie jest więcej kanałów niż kilka lat temu. Ponadto wskazują, że jakość obrazu i dźwięku jest wysoka oraz, że zawartość programowa jest ciekawsza niż przed wejściem NTC. Widzowie dostrzegają brak niektórych programów oferowanych w ramach płatnego dostępu do telewizji. 15% widzów naziemnej telewizji cyfrowej wskazuje, że rozważało zakup płatnej telewizji a głównym powodem rozważań była zbyt mała liczba kanałów dostępnych w bezpłatnej naziemnej TV i niedopasowanie oferty tematycznej do zainteresowań. Niemniej jednak aż 73% respondentów nie rozważało zmiany oferty i jako główny powód podawali zbyt drogą ofertę płatnych pakietów oraz fakt, że najważniejsze dla nich kanały są dostępne w NTC. Tylko co czwarty widz naziemnej telewizji cyfrowej byłby skłonny zapłacić za dodatkowe programy do oferty NTC. Połowa respondentów deklarujących skłonność do płacenia za kanały z oferty NTC wskazuje, że mogliby płacić zaledwie od 10 do 20 PLN za dostęp do kanałów, których im najbardziej brakuje.

Naziemna telewizja cyfrowa jest zasadniczo bezpłatna. Wyjątek stanowi naziemna mobilna telewizja cyfrowa, której programy nadawane są w multipleksie czwartym – MUX4. Telewizja mobilna w technologii DVB-T to oferta skierowana do użytkowników smartfonów, tabletów, laptopów ale też tradycyjnych telewizorów. Użytkownik końcowy może ją odbierać dzięki dedykowanemu dekoderni (może być to dekoderni zwykły lub mały, przenośny dekoderni mobilny). Użytkownik końcowy chcący korzystać z usługi naziemnej mobilnej telewizji cyfrowej musi liczyć się z kosztami miesięcznego abonamentu (obecnie ok. 15PLN), kosztami miesięcznymi za udostępnienie dekodera (10-15PLN) oraz kosztami jednorazowymi, np. za aktywację czy przeprowadzenie diagnostyki sprzętu. Użytkownik usługi może wprawdzie obniżyć koszty tej usługi, ale wiąże się to z kupnem w pakiecie innych usług operatora – Cyfrowego Polsatu S.A. Należy również brać pod uwagę aspekt dostępności usługi. Jak pokazuje, dostępna na stronie Cyfrowego Polsatu S.A., mapa zasięgu naziemnej mobilnej telewizji cyfrowej²⁸, jest ona dostępna jedynie w rejonie największych miast w Polsce.

Niezależnie od możliwości korzystania z darmowej naziemnej telewizji cyfrowej czy z naziemnej mobilnej telewizji cyfrowej (płatnej) użytkownicy końcowi korzystają z usług płatnej telewizji dostarczanej do nich za pośrednictwem platform satelitarnych, sieci kablowych lub innych niż kablowe sieci telekomunikacyjnych.

Największe pod względem liczby użytkowników platformy satelitarne działające w Polsce to:

1. Cyfrowy Polsat S.A. – 3.513.600 abonentów,
2. ITI Neovision S.A. – 991.000 abonentów,
3. Orange Polska S.A. – 606.000 abonentów.²⁹

Przyjmuje się, że zasięg działających w Polsce platform satelitarnych nie jest niczym ograniczony - jest więc porównywalny z zasięgiem naziemnej telewizji cyfrowej. Korzystanie z platformy satelitarnej wiąże się z opłatą wstępną (obecnie operatorzy coraz częściej z niej rezygnują lub jest ona symboliczna – np. 1PLN netto) oraz opłatą miesięczną, wahającą się

²⁸<http://www.cyfrowypolsat.pl/oferta/tv-mobilna/mapa-nzasięgu-tv-mobilna.cp>

²⁹http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/public/pliki/publikacje/raporty/kontrola-nadawcow-wyniki-badan/2015---ocena-realizacji-obowiazku-art--43-ust-1--urt_2015-12-21.pdf

w zależności od wybranej oferty programowej. Średniomiesięczny koszt dla użytkownika końcowego, na podstawie analizy wybranych ofert dostępnych na stronach internetowych operatorów, wynosi ok. 43,00 PLN netto (należy zaznaczyć, że oferta programowa platform satelitarnych jest zdecydowanie szersza niż ta, którą oferuje NTC oraz, że użytkownik końcowy ma także możliwość wyboru oferty związanej np. z dostępem do Internetu szerokopasmowego czy usługi telefonicznej w pakiecie, przy czym średniomiesięczny koszt usługi związanej, na podstawie analizy wybranych ofert dostępnych na stronach internetowych operatorów, wynosi ok. 98,00 PLN netto).

Dostęp do sygnału telewizyjnego drogą satelitarną może mieć także charakter bezabonamentowy - użytkownik końcowy kupuje jedynie antenę satelitarną wraz z dekoderym (koszt ok. 100-200PLN) umożliwiającym dostęp do tzw. stacji otwartych. Dostęp bezabonamentowy nie pozwala jednak na odbiór najpopularniejszych polskojęzycznych programów telewizyjnych (również tych dostępnych w ramach NTC), co powoduje, że liczba takich użytkowników w Polsce jest niewielka.

Pewnym ograniczeniem dostępności/możliwości skorzystania z usług operatora platformy satelitarnej mogą być dla użytkownika końcowego lokalne przepisy, np. uchwały wspólnot mieszkaniowych. W wielu wspólnotach mieszkaniowych wprowadzane są przepisy zabraniające współwłaścicielom mocowanie anten do odbioru telewizji satelitarnej na balkonach, elewacjach budynków a nawet na dachach. Zwykle podyktowane jest to chęcią zachowania spójności architektonicznej wyglądu osiedla. Należy również pamiętać, że takie ograniczenia istnieją także w stosunku do budynków zabytkowych i pozostających pod dozorem konserwatora zabytków. Założeniem współczesnej konserwacji obiektów zabytkowych jest dążenie do zachowania w jak największym stopniu "substancji zabytkowej", co powoduje, że każda ingerencja np. w wygląd elewacji z gruntu prawa jest zabroniona. Sytuacje takie nie należą do rzadkości.

Dostęp do sygnału telewizyjnego dla użytkownika końcowego może być realizowany także drogą kablową lub za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej innej niż kablowa. Najwięksi pod względem ilości użytkowników końcowych operatorzy rozprowadzający programy w sieciach telekomunikacyjnych innych niż wykorzystywane do rozpowszechniania rozświetlonego naziemnego lub rozświetlonego satelitarnego to:

1. UPC Polska Sp. z o.o. – 1.434.600 abonentów,
2. Multimedia Polska S.A. – 825.000 abonentów,
3. Vectra S.A. – 694.820 abonentów,
4. TOYA Sp. z o.o. – 160.000 abonentów,
5. Orange Polska S.A – 150.000 abonentów + 5.000 abonentów usługi rozprowadzania w systemie teleinformatycznym),
6. Netia S.A. – 96.850 abonentów,
7. INEA S.A. – 89.010 abonentów,
8. Petrus Polska Spółka z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna - 38.360 abonentów,
9. PROMAX sp.j. Zofia Fórmanek-Okrój, Wiesław Okrój – 32.680 abonentów,
10. SAT FILM Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. komandytowa – 30.930 abonentów,
11. Przedsiębiorstwo Elektroniczno-Mechaniczne "ELPOS" Sp. z o.o. – 12.980 abonentów
12. „SATPOL” Systemy Telewizji Kablowej Hanna Siudeja, Jan Kaczkowski – 10.000 abonentów,
13. ELSAT Sp. z o.o. – 16.100 abonentów,
14. Poznańska Spółdzielnia Mieszkaniowa WINOGRADY – 16.600 abonentów,
15. Stowarzyszenie Telewizji Kablowej „RET-SAT1” – 13.590 abonentów,
16. „AZART-SAT” Spółka z o.o. – 9.500 abonentów,

17. Telewizja Kablowa „BART-SAT” Stowarzyszenie w Bartoszycach – 4.600 abonentów,
18. Beskidzka Telewizja Kablowa „Bestkabel” Sp. z o.o. – 1.430 abonentów,
19. „MARINEX-AMPOL 2” Telewizja Kablowa Sp. z o.o. – 1.080 abonentów,
20. Spółdzielnia Mieszkaniowa w Grudziądzu – 19.960 abonentów.³⁰

W Polsce działa kilkuset operatorów kablowych i operatorów innych niż kablowe sieci telekomunikacyjnych, za pomocą których dostarczane są do użytkowników końcowych programy telewizyjne (także radiowe). Większość z tych operatorów to małe, lokalnie działające przedsiębiorstwa. W większości przypadków ich działalność ogranicza się do obszarów o gęstej zabudowie (miasta). Zasięg operatorów kablowych i innych sieci telekomunikacyjnych, za pomocą których dostarczane są do użytkowników końcowych programy telewizyjne jest ograniczony i obejmuje on ok. 53,4% gospodarstw domowych, przede wszystkim w dużych miastach (obecnie usługi świadczone są do ok. 14,6% gospodarstw domowych)³¹ - nie jest porównywalny z zasięgiem naziemnej telewizji cyfrowej i zasięgiem platform satelitarnych. Analogicznie jak w przypadku platform satelitarnych korzystanie z oferty operatorów kablowych i innych sieci telekomunikacyjnych, za pomocą których dostarczane są programy telewizyjne dla użytkownika końcowego wiąże się z opłatą wstępną (obecnie operatorzy coraz częściej z niej rezygnują lub jest ona symboliczna – np. 1 PLN netto) oraz opłatą miesięczną, wahającą się w zależności od wybranej oferty programowej. Średniomiesięczny koszt dla użytkownika końcowego, na podstawie analizy wybranych ofert dostępnych na stronach internetowych operatorów, wynosi ok. 58,00 PLN netto (także i w tym przypadku należy zaznaczyć, że oferta programowa jest zdecydowanie szersza niż ta, którą oferuje NTC oraz, że użytkownik końcowy ma także możliwość wyboru oferty wiązanej np. z dostępem do Internetu szerokopasmowego czy usługi telefonicznej w pakiecie, przy czym średniomiesięczny koszt usługi wiązanej, na podstawie analizy wybranych ofert dostępnych na stronach internetowych operatorów wynosi ok. 84,00 PLN netto).

Naziemna, cyfrowa transmisja programów telewizyjnych pozostaje dla użytkowników końcowych bezpłatna (poza naziemną mobilną telewizją cyfrową), w przeciwieństwie do transmisji programów za pośrednictwem platform satelitarnych czy dostępu do sygnału telewizyjnego drogą kablową lub za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej innej niż kablowa. Cena stanowi barierę dla dużej części użytkowników końcowych skutkiem czego NTC pozostaje w takim przypadku jedyną formą dostępu do programów telewizyjnych.

Poszczególne sposoby transmitowania sygnału programu różnią się, oprócz ceny, swoją dostępnością geograficzną – ma to przede wszystkim znaczenie w przypadku dostępu do sygnału telewizyjnego drogą kablową lub za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej innej niż kablowa. Operatorzy kablowi swoją sieć rozbudowują przede wszystkim w miastach, gdzie występuje gęsta zabudowa mieszkaniowa, celem optymalizacji kosztów inwestycji

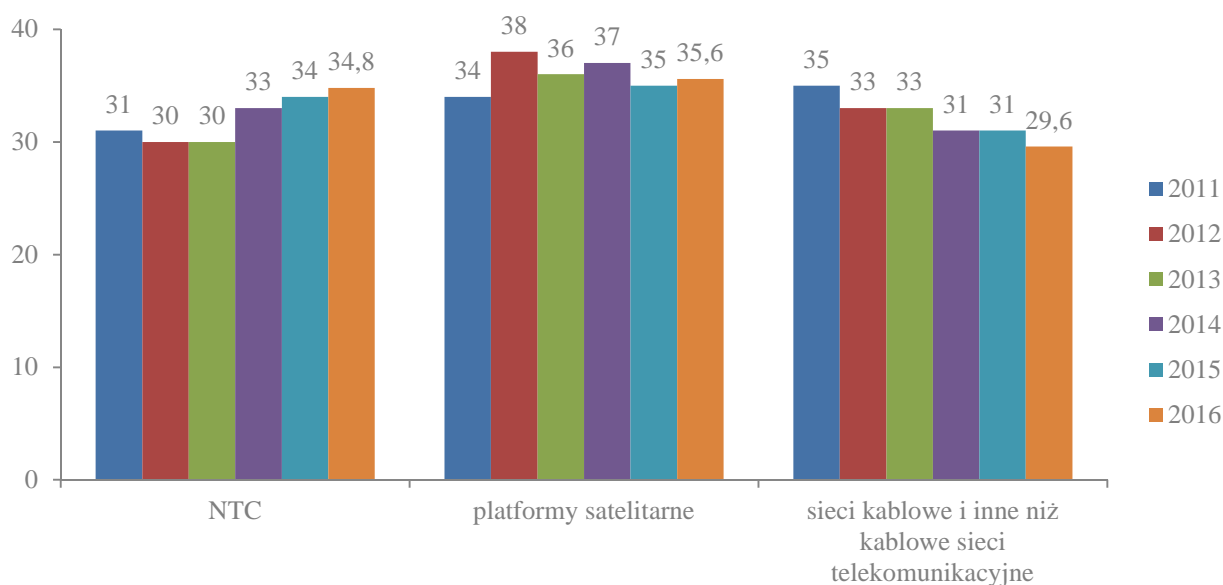
³⁰http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/public/pliki/publikacje/raporty/kontrola-nadawcow-wyniki-badan/2015---ocena-realizacji-obowiazku-art--43-ust-1--urt_2015-12-21.pdf

³¹Dane niezbędne do wyliczenia wskaźników na podstawie informacji: UKE – dane z SSIS (System Informacji o Infrastrukturze Szerokopasmowej) - dane o ilości abonentów i zasięgu w sieciach kablowych i innych sieciach telekomunikacyjnych za pomocą których dostarczane są do użytkowników końcowych programy telewizyjne i radiowe oraz GUS: <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ludnosc/prognoza-ludnosc/prognoza-gospodarstw-domowych-na-lata-2016-2050,9,4.html> - dane w zakresie ilości gospodarstw domowych i liczby mieszkańców przypadającej na jedno gospodarstwo domowe

poniesionych na budowę lub rozbudowę infrastruktury. Z reguły wyłącznie w miastach, oferowany jest także dostęp do programów telewizyjnych za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej innej niż kablowa, np. w technologii FTTx czy VDSL. Ograniczony zasięg posiada również naziemna mobilna telewizja cyfrowa.

Skokowy wzrost popularności transmisji programów za pośrednictwem platform satelitarnych czy dostępu do sygnału telewizyjnego drogą kablową lub za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej innej niż kablowa miał miejsce w latach 90-tych ubiegłego wieku. Na przestrzeni lat 2011-2016 proporcje liczby użytkowników końcowych transmisji programów telewizyjnych, z poszczególnych grup, są zbliżone, co obrazuje poniższy wykres.

Wykres 1. Polskie gospodarstwa domowe według źródła sygnału telewizji linearnej (w proc. gospodarstw domowych z dostępem do sygnału telewizyjnego)



Źródło: KRRiT na podstawie danych Nielsen Audience Measurement³²

Podsumowując, należy podkreślić, że nadawcy telewizyjni, stanowiący stronę popytową na szczeblu detalicznym analizowanego rynku, są zainteresowani tym, aby jak największa liczba użytkowników końcowych i na maksymalnie jak największym obszarze miała dostęp do ich oferty programowej. Traktują więc opisane powyżej różne sposoby transmisji programów jako komplementarne, a nie substytucyjne. Żaden z nadawców nie byłby skłonny do całkowitej rezygnacji z danego sposobu transmisji na rzecz innego, bowiem doprowadziłby w ten sposób do utraty grona odbiorców swoich programów. Każdemu z nich zależy na rozpowszechnianiu lub rozprowadzaniu swoich programów w każdy dostępny sposób, w każdej dostępnej technologii. Biorąc pod uwagę fakt, że nadal bardzo duża część potencjalnych odbiorców jest zainteresowana odbiorem wyłącznie darmowej NTC są oni zmuszeni korzystać z usług naziemnych sieci transmisyjnych, w przypadku których największym dostawcą usług transmisji jest EmiTel sp. z o.o. (EmiTel sp. z o.o. jest „operatorem technicznym” wszystkich multipleksów o zasięgu krajowym oraz większości lokalnych). W tym kontekście pozycja pozostałych operatorów telekomunikacyjnych, świadczących usługi transmisji programów telewizyjnych na analizowanym rynku, jest zdecydowanie słabsza.

³²<http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/public/Portals/0/sprawozdania/spr-i-inf-2016/sprawozdanie-krrit-2016.pdf>

1.3. Rynek produktowy na poziomie hurtowym

Kierując się ustaleniami Komisji Europejskiej oraz własną analizą Prezes UKE postanowił dla celów niniejszej decyzji określić zakres produktowy analizowanego rynku na poziomie hurtowym, posiłkując się do tego, z przyczyn opisanych w pkt 1.1. niniejszej decyzji, Zaleceniem z 2003 r. Nota wyjaśniająca do Zalecenia z 2003 r., w którym został wymieniony m.in. rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym, przedstawia wskazany rynek produktowy na szczeblu hurtowym w następujący sposób:

*„Usługi łączności elektronicznej obejmują usługi transmisji w sieciach wykorzystywanych do nadawania, ale nie obejmują usług nadzoru nad treścią transmitowaną z wykorzystaniem sieci i usług łączności elektronicznej. Świadczenie usług nadawania wykracza zatem poza zakres tych ram regulacyjnych, ale sieci i urządzenia towarzyszące wykorzystywane do świadczenia usług nadawania wchodzi w zakres tych ram”.*³³

Przedsiębiorcy telekomunikacyjni świadczą usługi transmisji programów telewizyjnych na rzecz nadawców telewizyjnych w celu dostarczania treści użytkownikom końcowym. Ze względu na posiadany potencjał (przede wszystkim, ze względu na: wielkość i zasięg sieci, ilość stacji nadawczych) tylko przedsiębiorca EmiTel sp. z o.o. jest w stanie zapewnić wspomniane usługi w najszerszym zakresie, zaspokajając w ten sposób zapotrzebowanie nadawców telewizyjnych, w szczególności nadawców publicznych - Telewizji Polskiej S.A. wraz z jej oddziałami regionalnymi.

Stronę popytową na szczeblu hurtowym stanowią operatorzy sieci transmisyjnej (czyli potencjalni konkurenci EmiTel sp. z o.o.), którzy chcąc świadczyć dla nadawców usługi konkurencyjne wobec usług świadczonych przez EmiTel sp. z o.o., musieliby posiadać dostęp do infrastruktury tego operatora. Posiadana przez nich infrastruktura wprawdzie pozwala im działać na analizowanym rynku, ale w mocno ograniczonym zakresie, co nie stanowi realnej konkurencji w stosunku do podmiotu – EmiTel sp. z o.o.

Jednocześnie należy podkreślić, że w przypadku strony popytowej na szczeblu hurtowym, operatorzy naziemnych sieci transmisyjnych nie mogą uznać za substytuty transmisji programów telewizyjnych w sieciach innych niż naziemne. Zarówno platformy cyfrowe, jak sieci kablowe lub sieci telekomunikacyjne inne niż kablowe nie stanowią substytutu dla tych podmiotów głównie ze względu na brak pokrycia nimi obszaru całego kraju oraz brak dostępu do potencjalnie największej grupy użytkowników końcowych, w tym do użytkowników, dla których cena stanowi dużą barierę.

W przypadku usługi transmisji treści telewizyjnych świadczonej drogą naziemną w stosunku do transmisji satelitarnej nie występuje substytucja po stronie podaży. Rozpoczęcie świadczenia usług transmisji programów telewizyjnych na platformie satelitarnej wiąże się ze znacznymi kosztami rozpoczęcia takiej działalności. Chcąc świadczyć te usługi użytkownikom końcowym przedsiębiorcy zmuszeni są korzystać z usług operatorów zagranicznych. Jediną bowiem formą transmisji satelitarnej oferowaną przez polskich operatorów, świadczących telekomunikacyjne usługi satelitarne, jest dosył (ang. uplink). Polscy przedsiębiorcy nie świadczą usług rozpowszechniania (transmisji) drogą satelitarną ze względu na brak możliwości technicznych i finansowych. Należy wyraźnie zaznaczyć,

³³ Explanatory note 2003 (4.1): Electronic communications services include telecommunications services and transmission services in networks used for broadcasting, but exclude services providing or exercising editorial control over content transmitted using electronic communications networks and services. They do not include information society services, as defined in Directive 98/34/EC, which do not consist wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks.

że Polska nie posiada żadnego satelity, a tym samym żaden z polskich przedsiębiorców nie jest operatorem satelitarnym. Uruchomienie polskiego satelity jest problematyczne. Polska, jako kraj-członek Międzynarodowego Związku Telekomunikacyjnego (ITU) oraz na mocy decyzji Światowych Konferencji Radiokomunikacyjnych (WARC-1985, WARC-1988, WRC-2000, WRC- 2003), uzyskała prawo do korzystania z dwóch pozycji na orbicie geostacjonarnej. Pozycją 15.2°E dla satelity telekomunikacyjnego i pozycję 50°E dla satelity radiodyfuzyjnego. Pozycję 50°E dzielimy z innymi krajami (min.: Afganistan, Sri Lanka, Irak, Kirgizja, Mołdawia, Maledywy, Nepal, Rumunia, Turkmenistan) zatem ewentualne uruchomienie polskiego satelity musiałyby się odbyć w porozumieniu z administracjami tych krajów, co mogłoby być sporym utrudnieniem. Ewentualne wspólne uruchomienie satelity na pozycji innej, np. przydzielonej Czechom, Węgrom, Chorwacji czy Słowacji, objęłoby swoim zasięgiem jedynie południowe regiony Polski, zaś poszerzenie wiązki, tak aby obejmowała ona całą Polskę, nawet tylko dla wybranych kanałów, to zadanie bardzo trudne i możliwe jedynie przy zapewnieniu kompatybilności ze wszystkimi działającymi i planowanymi satelitami na pozycjach $\pm 6^\circ$ od danej pozycji – w praktyce zadanie niewykonalne. Jest jeszcze jeden, bardzo ważny, aspekt takiego przedsięwzięcia – względy ekonomiczne. Nawet jeżeli udałoby się pokonać problemy natury administracyjnej, to biorąc pod uwagę koszty zakupu satelity, jego wyniesienia na orbitę, ubezpieczenia, utrzymania oraz potencjalne zyski, byłoby to przedsięwzięcie nieopłacalne. Potencjalne przychody z wynajmu transponderów byłyby bowiem wielokrotnie niższe niż w przypadku najbardziej popularnych pozycji i nie pozwoliłyby na osiągnięcie zysku z inwestycji, czy choćby zwrotu poniesionych nakładów.

Należy też wyraźnie zaznaczyć, że przydział poszczególnych pozycji satelitarnych dla poszczególnych państw członkowskich ITU jest już dokonany i w praktyce oznacza to, że nie istnieje możliwość, aby Polska otrzymała inną, bardziej atrakcyjną, pozycję satelitarną.

Z kolei usługi oferowane przez operatorów sieci kablowych lub sieci telekomunikacyjnych innych niż kablówce, nie mogą stanowić dla operatorów naziemnych sieci transmisyjnych substytutu transmisji ich programów w sieciach naziemnych, przede wszystkim z uwagi na ograniczony, z góry ustalony zakres odbiorców, wykluczający powszechne nadawanie i odbiór danego programu. Wynika to z faktu, iż transmisja w sieciach kablowych lub sieciach telekomunikacyjnych innych niż kablówce, charakteryzuje się inną funkcjonalnością techniczną niż transmisja w sieciach naziemnych, co wyklucza możliwość zaliczenia jej do tego samego rynku produktowego razem z transmisją telewizyjną naziemną. Nie mamy tu bowiem do czynienia z systemem powszechnego odbioru, czyli radiokomunikacją rozsiewczą (ang. broadcasting), lecz z systemem zbiorowego odbioru (ang. cablecasting) dedykowanego do określonej grupy oznaczonych odbiorców. Jest to system zamknięty, kontrolowany przez operatora sieci kablowej lub sieci telekomunikacyjnej inna niż kablówka, a sieć ta stanowi system dystrybucji programów do oznaczonych adresatów, tworzących zamknięty zbiór odbiorców programów.

Ponadto, usługi te są dostępne jedynie na ograniczonym obszarze kraju (z reguły miasta), gdyż tylko tam opłacalne jest budowanie infrastruktury przewodowej (infrastruktury kablowej lub innej - innych niż kablówce sieci telekomunikacyjnych) (gęsta zabudowa mieszkaniowa). Usługi transmisji programów telewizyjnych przez operatorów kablowych i operatorów sieci telekomunikacyjnych innych niż kablówce nie są dostępne na znacznym obszarze kraju (wsie i małe miasta), gdzie budowa odpowiedniej infrastruktury telekomunikacyjnej jest nieopłacalna a potencjalnie dostępna sieć nie umożliwia, ze względu na niskie parametry jakościowe, świadczenia usług transmisji programów telewizyjnych. Z punktu widzenia substytucyjności podaźowej rynku, jest mało prawdopodobne, by któryś z istniejących operatorów świadczących usługi transmisji w sieciach naziemnych był w stanie w krótkim okresie czasu zastąpić swoją

sieć naziemną siecią o charakterze przewodowym, gdyż jej wybudowanie jest czasochłonne i kosztowne. Chcąc wybudować sieć transmisyjną kablową lub inną niż kablowa sieć telekomunikacyjną przewodową należy liczyć się m.in. z: wysokimi kosztami utopionymi, długim czasem potrzebnym na przygotowanie i sfinalizowanie niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usług inwestycji, niską stopą zwrotu z inwestycji w budowę sieci.

Podsumowując przedstawione powyżej argumenty, w ocenie Prezesa UKE uzasadnione jest wyłączenie z zakresu produktowego na poziomie hurtowym usługi transmisji programów telewizyjnych przez platformy satelitarne, a także w sieciach kablowych czy innych niż sieci kablowe sieciach telekomunikacyjnych.

Prezes UKE uznał także za zasadne dokonać oceny, na ile usługi transmisji programów radiofonicznych i telewizyjnych są substytucyjne pomiędzy sobą. Biorąc pod uwagę charakterystykę tych usług można stwierdzić, iż taka substytucja nie występuje. Związane jest to z faktem, iż usługa transmisji programu telewizyjnego posiada odmienne cechy od transmisji programu radiofonicznego. W tej pierwszej elementem charakterystycznym jest przekaz obrazu (i głosu), a w drugiej wyłącznie głosu. Obraz i głos mogą być elementami, które wzajemnie się uzupełniają, ale pojedynczo żaden z nich nie może być traktowany jako substytut drugiego. Użytkownik końcowy nie postrzega programu radiofonicznego jako substytutu programu telewizyjnego. Zarówno jeden, jak i drugi przekaz niosą ze sobą odmienne treści, zupełnie inny sposób ekspresji czy formy. W tej sytuacji nadawca, który chce, aby jego program telewizyjny dotarł do użytkownika końcowego także nie będzie traktował jako substytutu programu radiofonicznego, gdyż jak wskazano powyżej jest to odmienna usługa. Zwróć należy także uwagę na istotne różnice między transmisją telewizyjną a radiofoniczną w zakresie szerokości pasma, stosowanych modulacji, zakresu częstotliwości oraz konieczności stosowania innych urządzeń na potrzeby emisji sygnałów radiofonicznego i telewizyjnego (w szczególności mowa tu o nadajnikach, modulatorach, układach sumowania mocy, fiderach, antenach czy systemach antenowych). Prezes UKE dostrzega dużą różnicę pomiędzy użytkownikiem końcowym będącym odbiorcą treści telewizyjnych a radiosłuchaczem. Różnica taka jest też widoczna pomiędzy nadawcami telewizyjnymi i radiowymi - nadawcy telewizyjni działają najczęściej na skalę ogólnopolską lub regionalną, podczas gdy przeważająca większość nadawców radiofonicznych działa bardzo lokalnie, a jedynie nieliczni działają na skalę ogólnopolską czy regionalną.

W tej sytuacji Prezes UKE – dostrzegając różnice, postanowił rozdzielić określony w Zaleceniu 2003 r. rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym na dwa rynki:

1. Krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, na którym można zidentyfikować następujące produkty³⁴:
 - usługi analogowej transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym,
 - usługi cyfrowej transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

³⁴Krajowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym jest przedmiotem odrębnej analizy Prezesa UKE.

2. Krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, na którym można zidentyfikować następujące produkty:
 - usługi cyfrowej transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

Z uwagi na zmiany technologiczne, jakie zaszły na analizowanym rynku od ostatniego jego przeglądu, w 2010 r., na podstawie własnej analizy i konsultacji z podmiotami działającymi na tym rynku, Prezes UKE ustalił, że usługa dosyłu nie wchodzi w zakres produktowy na szczeblu hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

Przez dosył należy rozumieć dostarczanie sygnałów programów telewizyjnych ze studiów nadawców, w których są one produkowane do poszczególnych obiektów nadawczych operatora telekomunikacyjnego świadczącego usługę transmisji do użytkowników końcowych. Aktualnie stosowane powszechnie przez podmioty działające na analizowanym rynku rodzaje usługi dosyłu to:

1. satelitarny - sygnał dosyłany jest do nadawczej stacji rozsyłczej za pomocą satelity, następnie przetwarzany i emitowany w sposób naziemny,
2. radioliniowy - sygnał ze stołu mikserskiego przekazywany jest do nadajnika radiolinii, który poprzez antenę nadawczą o wąskiej wiązce przekazywany jest z anteny odbiorczej do stacji czołowej odbiornika radiolinii zlokalizowanego na obiekcie nadawczym. Odebrany sygnał przekazywany jest następnie do nadajnika telewizyjnego na obiekcie nadawczym,
3. światłowodowo-kablowy - dwa odległe od siebie urządzenia pracują z wykorzystaniem sygnału elektrycznego i komunikują się za pośrednictwem sygnału optycznego,
4. poprzez odbiornik retransmisyjny - wykorzystywany jest tuner odbierający jedną częstotliwość naziemną, podłączony do nadajnika pracującego na innej częstotliwości,
5. via Internet.

Najczęściej dosył sygnału telewizyjnego do obiektów nadawczych zapewniają nadawcy we własnym zakresie. W polskiej praktyce stosowane są również inne możliwości – np. przedsiębiorcy telekomunikacyjni świadczący usługi rozpowszechniania sygnałów telewizyjnych ze swoich obiektów czy stacji nadawczych, poza transmisją sygnału, oferują również usługę dosyłu tego sygnału ze studia programowego.

Należy stwierdzić także, że usługi dosyłu sygnałów do celów kontrybucji, konfekcjonowania treści programowych – dostarczanie do studia sygnałów fonicznych lub wizyjnych z ruchomych wozów transmisyjnych lub stałych obiektów produkcyjnych lub do innych telewizyjnych studiów produkcyjnych celem zestawiania programów – ze względu na odbiorcę (są usługi świadczone agregatorom, producentom lub nadawcom programów) także nie wpisują się w zakres produktowy rynku będącego podmiotem niniejszego rozstrzygnięcia.

Tym samym wskazać należy, że usługa dosyłu, z racji sposobu jej realizacji, podmiotów na rzecz których jest świadczona, nie stanowi substytutu usługi cyfrowej transmisji programów telewizyjnych rozpowszechnianych z obiektów nadawczych przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, a zatem nie wchodzi ona w zakres produktowy analizowanego rynku, a jedynie dostęp do niej stanowi środek zaradczy. Nałożony na EmiTel obowiązek dostępu, o którym mowa w pkt IV ust. 1 sentencji i który został szerzej omówiony w pkt 6.4.1.

niniejszej decyzji obejmuje swoim zakresem również dostęp w zakresie niezbędnym do zapewnienia usługi dosyłu.

Podsumowując, rynek objęty niniejszym postępowaniem, Prezes UKE zdefiniował w sposób następujący:

Krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

Na rynku tym można zidentyfikować następujący produkt: świadczenie usługi cyfrowej transmisji programów telewizyjnych z obiektów nadawczych przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

1.4. 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.”³⁵ 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.

W Nocie Wyjaśniającej do Zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 9 października 2014 r. stwierdzono, że: „O ile w przeszłości, ze względów historycznych rynki geograficzne łączności elektronicznej odpowiadały zazwyczaj terytorium danego państwa członkowskiego, zakres geograficzny zdefiniowanego rynku może zasadniczo być lokalny, regionalny, krajowy lub nawet obejmować obszary ponad granicami poszczególnych państw członkowskich.³⁶ Należy wziąć pod uwagę zakres potencjalnej sieci operatora o znaczącej pozycji rynkowej, a także to, czy ten potencjalny operator o znaczącej pozycji rynkowej działa równomiernie na obszarze całej swojej sieci, czy też ma do czynienia ze znacząco różnymi warunkami konkurencji w takim stopniu, że jego działania są ograniczone na niektórych obszarach, zaś na innych nie. Różna presja konkurencyjna, zróżnicowana w zależności od regionu, może się przejawiać na dwa odmienne sposoby.”³⁷

Na granice rynku geograficznego mogą mieć również wpływ czynniki natury prawnej, w szczególności bariery dostępu do rynku, m.in.: ograniczenia wynikające z podziału i dostępności poszczególnych zakresów częstotliwości czy koncesje. Nadawcy telewizyjni, w przeważającej większości działają na skalę ogólnopolską lub ponadregionalną. Jak

³⁵Wytyczne 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.

³⁶Zgodnie z Artykułem 15(4) dyrektywy ramowej, po konsultacji z krajowymi organami regulacyjnymi i uwzględniając w jak największym stopniu opinię BEREC, Komisja może przyjąć decyzję określając rynki ponadnarodowe.

³⁷Nota wyjaśniająca 2014, str. 53: Whilst, in the past, for historic reasons, geographic markets for electronic communications, usually corresponded to the territory of a particular Member State, the geographic scope of a defined market can in principle be local, regional, national or even covering territories across the borders of individual Member States²⁰. Account has to be taken of the scope of the potential SMP operator's network and whether that potential SMP operator acts uniformly across its network area or whether it faces appreciably different conditions of competition to a degree that its activities are constrained in some areas but not in others. Differing competitive pressure, varying from region to region, could manifest itself in two different ways.

wykazano w pkt 1.2. niniejszej decyzji, trzy sposoby transmisji sygnału telewizyjnego do użytkownika końcowego (naziemna cyfrowa, poprzez platformy satelitarne, drogą kablową lub za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej innej niż kablowa), nie są traktowane przez nadawców telewizyjnych jako substytuty ale jako metody wzajemnie uzupełniające się. Nadawcy telewizyjni, chcąc transmitować swoje programy na możliwie jak największym obszarze kraju i do potencjalnie jak największej liczby użytkowników końcowych, są zainteresowani transmisją programów telewizyjnych w określonym multipleksie cyfrowym, co do którego drogą konkursu uzyskują prawo. W konsekwencji prowadzi do swoistego przywiązania nadawcy telewizyjnego do sieci operatora obsługującego od strony technicznej dany multipleks. Biorąc pod uwagę, że to EmiTel sp. z o.o. jest „operatorem technicznym” wszystkich multipleksów o zasięgu krajowym oraz większości lokalnych oraz, że ta Spółka decyduje z jakich obiektów nadawczych będzie prowadzona transmisja poszczególnych programów, można przyjąć, iż poszczególne obiekty nadawcze nie mają swoich substytutów w postaci infrastruktury innych operatorów.

Prezes UKE stwierdza jednocześnie, że nie ma podstaw do uznania, że mógłby to być rynek szerszy niż krajowy. Zarówno uwarunkowania technologiczne oraz związane ze strukturą i własnością sieci, determinują uznanie, że jest to rynek krajowy. Na obszarze Polski brak jest bowiem zróżnicowanych barier dostępu do świadczenia hurtowych usług transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, które stanowiłyby podstawę do geograficznej segmentacji tego rynku. Brak jest też różnic – w zależności od obszaru geograficznego – w preferencjach odbiorców usług. Nie występują również – zależne od obszaru – różnice cen, lub kosztów transportu.

Analiza przeprowadzona przez Prezesa UKE wskazuje na krajowy zasięg hurtowego rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

2. Struktura podmiotowa rynku właściwego

Na analizowanym rynku po stronie podaży działają przedsiębiorcy telekomunikacyjni posiadający infrastrukturę, za pomocą której mogą oni świadczyć na rzecz nadawców telewizyjnych usługę transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym. Na podstawie zebranych przez Prezesa UKE danych i wykonanej analizy można stwierdzić, że na analizowanym rynku właściwym można wskazać podmioty o największym w nim udziale:

1. EmiTel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
2. Info-TV-FM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
3. Bcast sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

EmiTel sp. z o.o. jest „operatorem technicznym” wszystkich multipleksów o zasięgu krajowym oraz większości lokalnych. EmiTel sp. z o.o. jest też dysponentem jednego z ogólnokrajowych multipleksów cyfrowych – MUX8. Info-TV-FM sp. z o.o. jest dysponentem MUX4, jedynym hurtowym dostawcą mobilnych audiowizualnych usług medialnych (emisja programów w ramach usługi Info-TV-FM sp. z o.o. jest realizowana w oparciu o infrastrukturę EmiTel sp. z o.o. po akwizycji w 2013 r. przez Spółkę operatora - Info-TV-Operator sp. z o.o.). Bcast sp. z o.o. jest „operatorem technicznym” dwóch lokalnych multipleksów – MUXL4 i MUXL7 (Bcast sp. z o.o. jest „operatorem technicznym” MUXL7 od 01.06.2017 r., wcześniej był nim EmiTel sp. z o.o.).

2.1. Grupa kapitałowa EmiTel

Należy zaznaczyć, iż na omawianym rynku EmiTel działa zarówno w ramach spółki EmiTel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jak również poprzez podmioty powiązane: Allford Investments sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Allford Investments”), Hubb Investments sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Hubb Investments”) oraz EM Properties z siedzibą w Warszawie (dalej „EM Properties”).

Jak wynika z informacji zawartych w Krajowym Rejestrze Sądowym EmiTel posiada całość udziałów Allford Investments. Z kolei do Allford Investments należy całość udziałów Hubb Investments oraz EM Properties. Ten układ powiązań kapitałowych spełnia kryterium uznania tych podmiotów jako tworzących grupę kapitałową w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. EmiTel występuje jako przedsiębiorca dominujący w tej grupie kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z koncepcją „jednego podmiotu gospodarczego” (ang. *single economic entity*) przynależność do grupy kapitałowej ma wpływ na ocenę rynkowych zachowań takich przedsiębiorców. Uznaje się bowiem, że przedsiębiorcy zależni od innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy dominującego) mają ograniczoną swobodę zachowań rynkowych, są wykonawcami wytycznych tego przedsiębiorcy dominującego³⁸. Koncepcja jednego podmiotu gospodarczego oparta jest na założeniu, że pomimo posiadania odrębnej osobowości prawnej przedsiębiorców zależnych od innych podmiotów, którzy faktycznie nie mają możliwości samodzielnego kształtowania swoich działań rynkowych, należy traktować jako jeden organizm gospodarczy. Założeniem tej koncepcji jest również, że tylko od woli właściciela zależy, jak formalnie zorganizuje on prowadzoną przez siebie działalność gospodarczą, w tym czy będzie prowadził ją za pośrednictwem jednego podmiotu, czy też większej ich liczby. Celem działania spółek zależnych jest zatem nie tyle konkurowanie ze sobą, co raczej optymalizowanie i zwiększanie przychodów w ramach grupy kapitałowej, poprzez realizację określonej strategii biznesowej, nawet jeżeli strategia ta zakłada pewien stopień autonomii poszczególnych podmiotów zależnych. Podmioty takie w zdecydowanej większości wypadków będą zatem wyłączenie realizować ustaloną odgórnie strategię działania, a tym samym bardzo rzadko zachowywać się będą na rynku jak prawdziwie niezależni konkurenci. Istnienie jednego organizmu gospodarczego może wynikać zarówno z powiązań o charakterze kapitałowym, jak i faktycznej możliwości wpływu na postępowanie podmiotów zależnych, wynikającej np. z faktu zasiadania w ich władzach lub organach nadzoru.

W przypadku grupy kapitałowej EmiTel, obok powiązań kapitałowych występują również pewne powiązania o charakterze personalnym (w ramach organów określonych podmiotów). **(Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 1).**

Omówione powyżej okoliczności spowodowały, że udziały w rynku właściwym wynikające z posiadanych przez Allford Investments, Hubb Investments oraz EM Properties zasobów infrastruktury służącej świadczeniu usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, na potrzeby przeprowadzonej analizy, zostały przypisane EmiTel.

3. Test trzech kryteriów

Rynek świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym nie został wymieniony w obowiązującym obecnie Zaleceniu z 2014 r. W celu określenia, czy powinien on podlegać regulacji *ex ante*, należy więc

³⁸ Zob. Aleksander Stawicki, Komentarz do art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, System Informacji Prawnej Lex

przeprowadzić tak zwany „test trzech kryteriów”. Kryteria wymienione przez Komisję Europejską to:

1. występowanie trudnych do przewyciężenia i niemających przejściowego charakteru barier strukturalnych lub prawno-regulacyjnych w dostępie do rynku;
2. 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;
3. przepisy wyłączające prawa konkurencji są niewystarczające do odpowiedniego zaradzenia stwierdzonym nieprawidłowościom w funkcjonowaniu rynku.

Wymienione powyżej kryteria muszą zostać spełnione łącznie.

3.1. Trudne do przewyciężenia i nie mające przejściowego charakteru bariery wejścia na rynek właściwy

Potencjalne zagrożenie ze strony nowych konkurentów powstrzymuje przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających na danym rynku właściwym przed nieuzasadnionym podnoszeniem cen. Istnienie barier wejścia na rynek ogranicza tę presję i 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 zasiedziatego. 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*³⁹.

Jak wskazuje Komisja w Zaleceniu z 2014 r., 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 z 2014 r. przeanalizowano dwa rodzaje barier: bariery strukturalne oraz bariery prawne i regulacyjne.

3.1.1. Bariery strukturalne

Komisja Europejska w Nocie wyjaśniającej 2014⁴⁰ 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.”*⁴¹

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*

³⁹ Stanisław Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2013, teza 9 do art. 25a, str. 220 - 221

⁴⁰ 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.

⁴¹ *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.*

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 znaczące”⁴².

Można wymienić obiektywne trudności na jakie narażeni są operatorzy chcący wejść na rynek usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, np.:

1) Ryzyko związane z kosztami „utopionymi”, czyli takimi, które nie są do odzyskania w przypadku wycofania się z działalności na danym rynku. W przypadku analizowanego rynku koszty poniesione na budowę lub rozbudowę masztów, wież czy obiektów nadawczych to koszty z natury „utopione”. Obiektów takich nie da się bowiem wykorzystać inaczej niż do prowadzenia działalności na analizowanym rynku transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym. Koszty budowy infrastruktury muszą pokryć wydatki m.in. związane z:

- kosztami projektów,
- prefabrykacji elementów obiektów nadawczych oraz ich transportu i montażu,
- wykonania fundamentów bądź posadowienia obiektu,
- zagospodarowania terenu (ogrodzenie, wykonanie zabezpieczeń, często budowa drogi prowadzącej do obiektu),
- wykonania przyłącza energetycznego,
- kontenera technicznego wraz z wyposażeniem (osobno należy doliczyć koszty związane z zakupem i montażem fiderów, nadajników czy systemów antenowych),
- innych związanych z konkretną lokalizacją i liczbą oraz jakością emisji, jakie są planowane z danego obiektu.

Na podstawie danych pozyskanych od operatorów prowadzących działalność na analizowanym rynku i przeprowadzonej analizy, Prezes UKE stwierdza, że występują znaczne różnice w kosztach tak poszczególnych składowych, jak i kosztach całkowitych budowy (aż do 40%), nawet w obrębie obiektów o zbliżonych parametrach, i tak:

- średni koszt budowy wieży o wysokości 50-60m to 724.250,00PLN (waha się w granicach od 532.000,00PLN do 800.957,00PLN),
- średni koszt budowy wieży o wysokości 80-90m to 1.313.530,00PLN (waha się w granicach od 1.015.000,00PLN do 1.672.280,00PLN),
- średni koszt budowy wieży o wysokości ok. 120m to 1.207.335,00PLN (waha się w granicach od 1.170.570,00PLN do 1.244.100,00PLN).

Należy pamiętać, że operatorzy nie budują ani nie planują budowy obiektów tylko dla

⁴² *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.*

samemu faktowi rozwoju infrastruktury własnej, a decydują się na inwestycje celowe, tylko na potrzeby konkretnej emisji. Każda emisja ma inne parametry (zasięg geograficzny, częstotliwość, moc) i w ślad za tym koszty obsługi technicznej w każdym przypadku (oraz u każdego operatora) będą inne (wykorzystanie już posiadanej infrastruktury własnej, budowa jednego lub kilku obiektów nadawczych i systemów nadawczych). Ryzyko utraty bardzo dużych nakładów jest wysokie.

- 2) Kontrola operatorów działających na rynku nad trudną do powielenia infrastrukturą. Powiązana bariera strukturalna może także występować tam, gdzie świadczenie usługi wymaga elementu sieci, który nie może zostać technicznie powielony, lub gdy koszt takiego powielenia sprawia, że jest to nieopłacalne dla konkurencji. Istotny jest także zasięg sieci, którą dysponuje operator.

W przypadku analizowanego rynku mamy do czynienia z sytuacją, w której część już istniejącej infrastruktury znajduje się aktualnie w parkach przyrody, na terenach chronionych czy w terenie trudno dostępnym (np. górskim), co czyni te obiekty nie do powielenia w praktyce. Obiektami, których, ze względu na uregulowania prawne również nie da się wprost powielić są obiekty wysokiej mocy nadawania (od 10kW ERP). W toku analizy oraz warsztatów z podmiotami aktywnie działającymi na analizowanym rynku ustalono, że przeważająca większość obiektów trudnych do powielenia pozostaje w dyspozycji EmiTel sp. z o.o. Na podstawie dostępnych informacji, w tym informacji na stronie EmiTel sp. z o.o.⁴³ można wysnuć wniosek, że aby w sposób skuteczny i efektywny (w tym w szczególności finansowo) transmitować sygnał telewizyjny w poszczególnych multipleksach cyfrowych należy dysponować nie tylko rozległą (ogólnokrajową) siecią obiektów nadawczych, ale też należy dysponować obiektami wysokiej mocy nadawania oraz obiektami średniej i niskiej mocy nadawania jako obiektami uzupełniającymi dla danej emisji telewizyjnej. Transmisja z obiektów średniej i niskiej mocy ERP służy bowiem w przypadku transmisji sygnału telewizyjnego z obiektów nadawczych przedsiębiorcy do tzw. doświetlenia konkretnych obszarów i wiąże się z reguły z większym zagęszczeniem obiektów nadawczych średniej lub małej mocy na tym terenie, który pozostaje w tzw. „cieniu” obiektu dużej mocy i/lub wysokiego. Przykładem może być transmisja sygnału telewizyjnego na obszar dzielnicy Morena w Gdańsku. Na rejon Trójmiasta sygnał telewizyjny, zasadniczo transmitowany jest z miejscowości Gdańsk/Chwaszczyno. RTCN⁴⁴ Gdańsk/Chwaszczyno to największa stacja nadawcza na Pomorzu, znajdująca się w sąsiedztwie z Gdynią miejscowości Chwaszczyno. Zasięg anten zamontowanych na tym maszcie dociera nawet do Szwecji i Danii (Bornholm). Obiekt ten jest obiektem wysokim (wysokość masztu – 187m) i stosunkowo wysoko usytuowanym – 210 m. n.p.m. Jest to obiekt wysokiej mocy – sygnał telewizyjny transmitowany jest do użytkowników końcowych z dużą lub bardzo dużą mocą nadawania (EmiTel sp. z o.o. z tego obiektu nadawczego prowadzi 5 emisji DVB-T – 3 z mocą 100kW ERP w MUX1, MUX2 i MUX3, 1 emisję z mocą 20kW ERP w MUX8 oraz 1 emisję z mocą 5kW ERP w MUX4 dla sygnału mobilnej telewizji naziemnej). Pomimo faktu, że RTCN Gdańsk/Chwaszczyno należy do wysokich obiektów, o dużej mocy to specyficzne, pagórkowate ukształtowanie terenu utrudnia doprowadzenie z tego obiektu sygnału do dzielnicy Morena. W takich warunkach terenowych zdecydowanie

⁴³ <http://www.emitel.pl/telewizja/naziemna-telewizja-cyfrowa-dvb-t/aktualne-parametry-emisji-dvb-t/>

⁴⁴RTCN - Radiowo Telewizyjne Centrum Nadawcze

efektywniejsze pokryciowo jest pasmo VHF⁴⁵. Dłuższa fala lepiej załamuje się i ugina wskutek ukształtowania terenu czy miejskiej zabudowy - użytkownik końcowy miał lepszy odbiór na wcześniej działającym kanale 10 niż na obecnych kanałach 21-60. Gdy w przeszłości projektowano polską sieć nadajników telewizyjnych brano pod uwagę głównie nadawanie sygnałów telewizyjnego programu pierwszego Telewizji Polskiej, o dużej mocy, w VHF. W miarę rozszerzania potrzeb radiodifuzji, koniecznością stało się stosowanie UHF⁴⁶ i jednocześnie dodatkowych „doświetleń” tego obszaru poprzez zagęszczenie obiektów średniej i niskiej mocy - RTON⁴⁷ Iława/Kisielice, RTCN Konin/Żółwieniec czy RTON Elbląg/Jagodnik. Przytoczony przykład nie jest wyjątkiem.

Jedynie operator posiadający maksymalnie rozległą (ogólnokrajową) i różnorodną (obiekty nadawcze różnej mocy, różnej wysokości tak bezwzględnej jak względnej) sieć obiektów nadawczych, jest w stanie sprostać wymaganiom pokrycia i jakości transmisji, jakie stawiają „operatorowi technicznemu” dysponenci cyfrowych multipleksów. Analiza Prezesa UKE, na podstawie danych zebranych od operatorów telekomunikacyjnych, działających na analizowanym rynku, wykazała, że tylko EmiTel sp. z o.o. dysponuje siecią obiektów nadawczych spełniającą takie wymagania. Prezes UKE stwierdza, że EmiTel sp. z o.o. kontroluje zdecydowaną większość infrastruktury służącej do świadczenia usługi transmisji sygnału telewizyjnego do użytkownika końcowego.

Na podstawie analizy informacji przekazanych przez operatorów telekomunikacyjnych, Prezes UKE stwierdza, że jakiegokolwiek obiekty (w szczególności wysokościowe), które mogłyby potencjalnie posłużyć jako alternatywne dla obiektów już istniejących, z których prowadzona jest transmisja, posiadają ograniczenia, uniemożliwiające w praktyce ich wykorzystanie do celów transmisyjnych, w szczególności dotyczy to braku dostępu do obiektu i brak możliwości zainstalowania na nim niezbędnego wyposażenia, np. z powodu: ograniczonej nośności, braku zasilania energetycznego, braku monitoringu.

Powyższe ograniczenia w szczególności odnoszą się do obiektów wysokiej mocy ERP. Należy zwrócić uwagę, że w żadnym europejskim kraju, zwłaszcza o ukształtowaniu terenu analogicznym jak w Polsce (czyli uprzywilejowanym obiekty wysokie/i o dużej mocy) nie powstała alternatywna infrastruktura służąca do transmisji sygnału telewizyjnego. Budowa jakiegokolwiek nowej sieci alternatywnej opierałaby się wyłącznie na obiektach średnich i niskich mocach ERP i choć w przypadku transmisji cyfrowego sygnału telewizyjnego jest to w teorii możliwe to w praktyce byłoby to zadanie bardzo skomplikowane, z punktu widzenia zapewnienia zasięgu ogólnokrajowego oraz nieefektywne ekonomicznie.

W ramach prowadzonego w 2015 r. przez Prezesa UKE konkursu na rezerwację częstotliwości na MUX8 jeden z uczestników, który złożył ofertę na rezerwację częstotliwości przeznaczonych do rozpowszechniania lub rozprowadzania w sposób cyfrowy drogą rozsiewczą naziemną programów telewizyjnych w tym multipleksie. (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 2**), w ramach dokumentacji przetargowej, złożył projekt techniczny realizacji transmisji sygnału na terenie Polski

⁴⁵VHF (z ang. very high frequency) – zakres fal radiowych o częstotliwości od 30 do 300 MHz, co odpowiada długości fali od 10 metrów do 1 metra

⁴⁶UHF (Ultra high frequency) – zakres fal radiowych (pasmo radiowe) o częstotliwości: 300–3000 MHz i długości 100–10 cm

⁴⁷RTON - Radiowo Telewizyjny Obiekt Nadawczy

ze (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 3**) obiektów niezależnych od obiektów EmiTel sp. z o.o. Nawet ten podmiot nawiązuje jednak w swojej ofercie do współpracy ze wspomnianą Spółką. Dla porównania EmiTel sp. z o.o., który wygrał ostatecznie konkurs na MUX8, transmisję w nim realizuje z 64 obiektów⁴⁸. EmiTel sp. z o.o., korzysta z obiektów wysokiej mocy, do których (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 4**) nie ma, w większości przypadków, dostępu. Koszty budowy oraz późniejszej eksploatacji sieci opartej na dużo większej ilości obiektów, wg operatorów alternatywnych działających na analizowanym rynku, jest dużo wyższy. Należy zwrócić uwagę, że w związku z tym (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 5**) nie mógł skutecznie rywalizować z EmiTel sp. z o.o. ceną. Oferta EmiTel sp. z o.o. była o 50% wyższa niż (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 6**).

- 3) Długi czas potrzebny na przygotowanie i sfinalizowanie niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usług inwestycji. Kluczowy wydaje się czas niezbędny nie tylko na samą budowę infrastruktury (w szczególności budowę obiektów nadawczych), ale również fazę przygotowawczą, podczas której konieczne jest zdobycie stosownych pozwoleń i uprawnień. Etap ten może trwać wiele miesięcy (lat). W obliczu szybkiego postępu technologicznego istnieje ryzyko, że realizowany biznes plan będzie już przestarzały z czasem ukończenia inwestycji. Ponadto nadawcy oczekują od operatora technicznego realizacji nadawania w określonym, często krótkim terminie. Operatorzy natomiast zwracają uwagę, że średni czas procesu inwestycyjnego mającego na celu uruchomienie transmisji na nowym obiekcie to 18 miesięcy, z czego pierwszych 6 to faza pozyskania terenu, a kolejne to czas niezbędny na uzyskanie wymaganych pozwoleń.

Sytuacja taka sprzyja operatorom już działającym na rynku i posiadającym rozbudowaną infrastrukturę.

- 4) Niska, niepewna stopa zwrotu z inwestycji w budowę sieci. Rynek ten cechuje się bardzo wysokimi kosztami związanymi z budową oraz utrzymaniem sieci obiektów nadawczych. Jednocześnie potencjalne zyski, w związku z wieloletnimi umowami na obsługę techniczną transmisji sygnału telewizyjnego w poszczególnych multipleksach cyfrowych są odległe i bliżej nieokreślone. Sytuacja taka nie zachęca operatorów alternatywnych do wejścia na rynek.

W przypadku analizowanego rynku właściwego można stwierdzić, że istnieją poważne trudności utrudniające lub wręcz uniemożliwiające wejście na analizowany rynek.

3.1.2. 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:

⁴⁸<https://www.emitel.pl/telewizja/naziemna-telewizja-cyfrowa-dvb-t/aktualne-parametry-emisji-dvb-t/>

- 1) Bariery związane z budową infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności lokalnymi planami zagospodarowania przestrzennego (lub ich brakiem), prawem budowlanym, prawem ochrony środowiska.

Istotną barierą na wielu obszarach Polski jest brak miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Dla tych terenów nie ma bowiem jasnych i dostępnych inwestorowi (np. operatorowi alternatywnemu) przepisów określających warunki zagospodarowania i zabudowy terenu. W takim przypadku istnieje konieczność uzyskania decyzji lokalizacyjnej, co prowadzi do tego, że o warunkach tych decyduje każdorazowo organ administracji. Są one więc mało przewidywalne, często niespójne z decyzjami podejmowanymi w zakresie innych obszarów i zależne od subiektywnych ocen danego organu. Niejednokrotnie inwestorzy otrzymują decyzje odmowne, od których co prawda mogą się odwoływać do właściwego organu odwoławczego, ale rozpatrzenie sprawy zajmuje niekiedy wiele miesięcy i wstrzymuje proces inwestycyjny.

Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r., poz. 1073) nakłada na gminy obowiązek uregulowania w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego m.in. zasad modernizacji, budowy i rozbudowy systemów telekomunikacyjnych.

Dopuszczalność lokalizacji inwestycji telekomunikacyjnej może zostać również zakwestionowana przez organ wydający decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach oraz przez organ administracji budowlanej wydający pozwolenie na budowę (przyjmujący zgłoszenia). Dodatkowo, inwestor, który ukończył realizację inwestycji, nie może od razu przystąpić do jej eksploatacji. Zgodnie bowiem z obowiązującym w Polsce prawem na 30 dni przed terminem oddania do użytkowania nowo zbudowanej lub zmodernizowanej instalacji, realizowanej jako przedsięwzięcie mogące znacząco oddziaływać na środowisko, musi on poinformować wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska o planowanym terminie oddania do użytku instalacji lub zakończenia rozruchu instalacji, jeżeli jest on planowany. Wojewódzki inspektor ochrony środowiska może natomiast wstrzymać oddanie instalacji do użytkowania, jeżeli nie spełnia ona wymagań ochrony środowiska. Spełnienie wymogów związanych z uwarunkowaniami środowiskowymi jest postrzegane jako jedna z istotnych przeszkód – na to zwracali uwagę operatorzy alternatywni, w ramach prowadzonych przez Prezesa UKE spotkań roboczych, które miały miejsce w okresie marzec-czerwiec 2016 r.

Warto podkreślić, że każda inwestycja związana z budową lub rozbudową obiektu nadawczego wymaga wykonania szeregu badań technicznych i środowiskowych oraz elektromagnetycznych, jak również zgody mieszkańców gmin, w których takie obiekty miałyby powstać. Bardzo często, co było znamienne przy okazji budowania stacji bazowych umieszczanych na masztach przez operatorów sieci komórkowych, protest ludności, zamieszkującej teren, w sąsiedztwie którego powstawał taki maszt uniemożliwiał jego budowę. W związku z powyższym budowa sieci alternatywnych obiektów nadawczych, szczególnie obiektów dużej mocy jest trudna, a często wręcz niemożliwa dla ewentualnych inwestorów czyli operatorów telekomunikacyjnych chcących rozbudować sieć posiadanych obiektów nadawczych.

Częściowo zmniejszenie barier prawnych, w szczególności w zakresie związanym z budową infrastruktury telekomunikacyjnej, nastąpiło w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych

(tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r., poz. 1537 z późn.zm.; dalej „Megaustawa”). 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. Megaustawa wspiera jednak, w głównym stopniu, operatorów budujących sieci telekomunikacyjne przewodowe – kablowe, w tym w technologii FTTx. Jej użyteczność dla operatorów działających na analizowanym rynku jest dużo mniejsza.

- 2) Bariery związane z rozpoczęciem działalności na rynku telekomunikacyjnym. 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). Wszystkie te kwestie, choć nie stanowią bezpośredniej przeszkody w rozpoczęciu i prowadzeniu działalności na rynku telekomunikacyjnym, to jednak nakładają na przedsiębiorcę dodatkowe wymagania (w porównaniu z innymi, nieregulowanymi sektorami gospodarki), które muszą zostać przez niego spełnione. Jednakże wspomniane wymagania prawne nie mogą być traktowane jako trwała bariera prawna, która w istotny sposób utrudniałaby lub uniemożliwiała wejście na rynek właściwy.

Bariery prawne i regulacyjne dotyczą w podobnym zakresie każdego podmiotu, który chciałby prowadzić swoją działalność na analizowanym rynku. W najmniejszym stopniu bariery te dotyczą EmiTel sp. z o.o. jako jedyne go operatora telekomunikacyjnego, działającego na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, który posiada dostatecznie i w największym stopniu rozwiniętą sieć własnych obiektów nadawczych. Bariery te w stopniu znacznym natomiast ograniczają działalność tych operatorów, którzy zamierzaliby budować nowe/rozbudowywać istniejące obiekty nadawcze celem zwiększenia zakresu swojej

działalności na analizowanym rynku oraz skutecznie zniechęcają nowe podmioty do wejścia na ten rynek.

3.2. Istnienie struktury rynku, która nie sprzyja osiągnięciu skutecznej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym, przy uwzględnieniu stanu konkurencji infrastrukturalnej i innych rodzajów konkurencji

W Nocie wyjaśniającej 2014 Komisja zauważa, że: „*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.”⁴⁹

Do najważniejszych wskaźników służących do oceny tego kryterium należą:

- udziały operatorów w rynku właściwym,
- kontrola nad infrastrukturą trudną do powielenia (w tym duplikacja sieci/infrastruktury),
- trendy cenowe i stosowane praktyki w określaniu tych cen.

3.2.1. Udziały operatorów w rynku właściwym

EmiTel sp. z o.o. posiada (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 7**) własnych (lub należących do spółek zależnych od EmiTel sp. z o.o. – zob. pkt 2.1. niniejszej decyzji) obiektów nadawczych, z czego Prezes UKE 55 uznał za praktycznie niemożliwe do zduplikowania – są one jednocześnie najatrakcyjniejsze z punktu widzenia transmisji sygnału telewizyjnego. Z własnych obiektów Spółka prowadzi (wg stanu na dzień 25 maja 2017 r.⁵⁰) 288 emisji DVB-T, co stanowiło 58,5% wszystkich emisji tego typu. Spółka dzierżawi (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 8**) obiekty, z których prowadzi kolejne 202 emisje DVB-T. Podsumowując - łącznie z obiektów własnych i dzierżawionych EmiTel sp. z o.o. prowadzi 490 emisji DVB-T, co daje łącznie 99,6% (2 emisje DVB-T prowadzi w MUXL4 Bcast sp. z o.o. i są to emisje z obiektów nie należących do tego przedsiębiorcy). Należy podkreślić, że na analizowanym rynku, Spółka prowadzi wszystkie

⁴⁹ Nota wyjaśniająca 2014, str. 53: 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.

⁵⁰ Źródło UKE na podstawie danych przekazanych przez operatorów na potrzeby analizy

emisje z dużą (lub bardzo dużą) mocą ERP. Z punktu widzenia optymalizacji kosztów w stosunku do osiąganych przychodów związanych ze świadczeniem usług transmisji programów telewizyjnych przez operatora świadczącego na rzecz nadawców, emisje wielkomocowe są najbardziej opłacalne. Emisje z dużą (lub bardzo dużą) mocą ERP generują także największe przychody. Z mocą od 10KW ERP EmiTel sp. z o.o. prowadzi – z obiektów własnych (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 9**) emisje DVB-T, co stanowi 81,8% wszystkich emisji tego typu oraz z obiektów dzierżawionych kolejne (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 10**) emisji, odpowiednio 18,2%. Łącznie (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 11**) emisji DVB-T dużą (lub bardzo dużą) mocą ERP, co daje 100%.

Udziały operatorów w przedmiotowym rynku zostały obliczone w oparciu wielkość przychodów uzyskiwanych ze świadczenia usługi transmisji sygnału telewizyjnego (w danych uwzględnione są przychody z transmisji analogowej sygnału telewizyjnego w tzw. okresie przełączenia – dotyczy lat 2011-2013) na rzecz nadawców telewizyjnych w latach 2011-2016. W przychodach EmiTel sp. z o.o., dla spójności analizy, uwzględnione są przychody uzyskiwane ze świadczenia usługi transmisji sygnału telewizyjnego przez spółki RS TV S.A. oraz Info-TV-Operator sp. z o.o., które zostały przejęte w 2013 r. przez EmiTel sp. z o.o.

Tabela 2. Przychody uzyskiwane ze świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym przez operatorów działających na w latach 2011-2016, w PLN

(Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 12)

Źródło: UKE

Tabela 3. Udziały poszczególnych operatorów pod względem przychodów uzyskiwanych na rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczenia treści telewizyjnych, w latach 2011-2016

Operator:	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Bcast Sp. z o.o.	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,1%	0,2%
INFO-TV-FM sp. z o.o.	0,6%	0,5%	8,9%	3,9%	4,6%	5,8%
EmiTel Sp. z o.o.	99,4%	99,5%	91,1%	96,1%	95,3%	94,0%

Źródło: UKE.

Dominującą pozycję pod względem udziałów w przychodach uzyskiwanych ze świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym posiada EmiTel sp. z o.o., średnio za badany okres – 95,9%. Drugi co do wielkości przedsiębiorca na tym rynku – operator Info-TV-FM sp. z o.o. – posiada udziały średnio za badany okres – 4,1% (przy czym należy podkreślić, że Info-TV-FM sp. z o.o. jest dostawcą wyłącznie mobilnych audiowizualnych usług medialnych, których zasięg jest ograniczony a popularność zdecydowanie mniejsza niż NTC). Bcast sp. z o.o. na analizowanym rynku działa dopiero od 2015 r. i pod względem wielkości przychodów osiąga znikomy udział.

Widoczny jest bardzo słaby, wręcz znikomy, spadek udziałów EmiTel sp. z o.o. pod względem całkowitych przychodów uzyskiwanych z usług świadczonych na badanym rynku właściwym. Pozycja spółki jest bardzo silna, a tempo obniżania udziałów zbyt małe, aby w okresie najbliższych kilku lat mogła zaistnieć na rynku świadczenia usługi transmisji sygnału telewizyjnego skuteczna konkurencja.

Niniejsze kryterium wskazuje na konieczność regulacji *ex ante*.

3.2.2. Kontrola infrastruktury trudnej do powielania

Elementami infrastruktury telekomunikacyjnej, niezbędnymi do świadczenia usługi transmisji sygnału telewizyjnego (lub radiofonicznego) w celu dostarczania treści telewizyjnych (lub radiofonicznych) użytkownikom końcowym dysponują (własność lub dzierżawa od podmiotów trzecich) wszyscy przedsiębiorcy działający na podmiotowym rynku. Jednakże EmiTel sp. z o.o. ma znaczącą przewagę nad swoimi konkurentami w tym zakresie.

Obiekty nadawcze mogą być wykorzystywane tak dla celów emisji sygnałów telewizyjnych jak i radiofonicznych. Jak już było wspomniane w pkt. 3.2.1. EmiTel sp. z o.o. posiada (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 13**) własnych obiektów nadawczych, z czego Prezes UKE 55 uznał za najatrakcyjniejsze z punktu widzenia świadczenia usługi transmisji sygnału telewizyjnego (lub radiofonicznego) w skali ogólnopolskiej. EmiTel sp. o.o. dzierżawi od podmiotów trzecich (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 14**) inne obiekty nadawcze, łącznie Spółka transmituje sygnał telewizyjny (lub radiowy) z (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 15**) obiektów nadawczych. Na cele transmisji sygnału telewizyjnego EmiTel sp. z o.o., wg stanu na dzień 25 maja 2017 r., wykorzystuje (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 16**) obiektów nadawczych, z czego (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 17**) własnych.

EmiTel sp. z o.o. na badanym rynku właściwym ma zasadniczą przewagę nad pozostałymi operatorami w zakresie wielkości infrastruktury telekomunikacyjnej wykorzystywanej do świadczenia usługi transmisji sygnału radiowego w celu dostarczania treści radiowych użytkownikom końcowym. Info-TV-FM sp. z o.o. oraz Bcast sp. z o.o. nie posiadają własnych obiektów nadawczych. Bcast dzierżawi (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 18**) obiektów, z których prowadzi emisje, w tym (**Tajemnica przedsiębiorstwa, Załącznik 2 pkt 19**), z których prowadzi emisje sygnału telewizyjnego. Emisja programów w ramach usługi Info-TV-FM sp. z o.o. realizowana jest w oparciu o infrastrukturę spółki EmiTel sp. z o.o. Info-TV-FM sp. z o.o. korzysta z usług EmiTel sp. z o.o. w zakresie transmisji sygnału telewizyjnego w MUX4.

Niewątpliwie zatem EmiTel sp. z o.o. kontroluje zdecydowaną większość infrastruktury niezbędnej do świadczenia usług telekomunikacyjnych na analizowanym rynku. Silna, dominująca pozycja tego operatora nie jest zagrożona i nie ulegnie zmianie w ciągu najbliższych lat.

Mamy do czynienia z sytuacją, w której EmiTel sp. z o.o. kontroluje infrastrukturę o największym zasięgu i której powielenie jest zadaniem w praktyce niemożliwym. Duplikacja infrastruktury niezbędnej do świadczenia usług transmisji sygnału telewizyjnego jest ograniczona ze względu na olbrzymie koszty (w tym ryzyko kosztów utopionych), które musiałby ponieść operator chcący konkurować z EmiTel sp. z o.o., ale przede wszystkim ze względu na trudności w powieleniu istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej wynikające z fizycznych i technicznych parametrów sieci oraz ze strukturalnych i prawnych ograniczeń istniejących na analizowanym rynku, co Prezes UKE zauważył w pkt 3.1. niniejszej decyzji.

Obiekty nadawcze, których właścicielem lub jedynym dysponentem jest EmiTel sp. z o.o. są bardzo często zlokalizowane w miejscach, gdzie nie ma możliwości wybudowania nowych obiektów lub na istniejących już obiektach nie można zainstalować dodatkowych urządzeń nadawczych. EmiTel sp. z o.o. jest dysponentem 55 obiektów, wymienionych w tabeli poniżej, które Prezes UKE uważa za najbardziej atrakcyjne z punktu widzenia pokrycia zasięgiem

obszaru całego kraju (są to jednocześnie obiekty, których zastąpienie innymi jest w praktyce bardzo trudne).

Tabela 4. Obiekty nadawcze będące we władaniu EmiTel sp. z o.o., najatrakcyjniejsze z punktu widzenia świadczenia usługi transmisji sygnału telewizyjnego i efektywnego pokrycia obszaru całego kraju

Lp.	Właściciel obiektu	Nazwa obiektu	Wysokość lokalizacji obiektu nadawczego [m n.p.m.]	Wysokość obiektu nadawczego [m n.p.t.]	Maksymalna moc nadawania ERP [kW]
1	EmiTel sp. z o.o.	RON Przasnysz	121	92	10
2		RON Tarnów / Lichwin	475	60	30
3		RTCN Białystok / Krynice	185	331	120
4		RTCN Bydgoszcz / Trzeciewiec	96	314	120
5		RTCN Katowice / Kosztowy	306	359	60
6		RTCN Lublin / Piaski	215	342	90
7		RTCN Opole / Chrzelice	188	211	60
8		RTCN Piła / Rusinowo	135	317	60
9		RTCN Płock / Rachocin	114	261	60
10		RTCN Przemyśl / Tatarska Góra	330	86	10
11		RTCN Przysucha / Kozłowiec	309	213	12
12		RTCN Wrocław / Ślęza	675	118	120
13		RTCN Zielona Góra / Jemiołów	160	296	120
14		RTON Gryfice / ul. Trzygówska	28	45	10
15		RTON Iława / Kisielice	105	320	10
16		RTON Jelenia Góra / Śnieżne Kotły	1 490	24	10
17		RTON Lębork / Skórowo Nowe	95	94	10
18		RTON Łobez / Toporzyc	205	75	10
19		RTON Ostrołęka	105	136	15
20		RTON Świnoujście / ul. Chrobrego	3	98	10
21		RTON Wisła / Skrzyczne	1 250	87	10
22		RTON Wrocław / Żórawina	130	258	10
23		RTON Zakopane / Gubałówka	1 117	101	10
24		SLR Bolewice	106	77	10
25		SLR Makarki	194	118	10
26		SLR Włodawa / ul. Żołnierzy WiN 22a	174	99	10
27		SLR Wysoka Wieś / Dylewska Góra	312	45	10
28	Em Properties sp. z o.o.	RCN Katowice / Koszęcin	282	105	10
29		RON Feliksówka - INFO	326	114	10
30		RON Lidzbark Warmiński / ul. Dąbrowskiego	89	76	10

31		RON Lubaczów - INFO	250	60	10
32		RTCN Białogard / Sławoborze	75	209	15
33		RTCN Dęblin / Ryki	160	213	10
34		RTCN Gdańsk / Chwaszczyno	185	317	120
35		RTCN Giżycko / Miłki	159	328	10
36		RTCN Kalisz / Mikstat	219	273	10
37		RTCN Konin / Żółwieniec	97	317	30
38		RTCN Koszalin / Gołogóra	207	271	60
39		RTCN Kraków / Chorągwica	421	286	60,26
40		RTCN Leżajsk - INFO Giedlarowa	224	128	60
41		RTCN Olsztyn / Pieczewo	150	357	120
42		RTCN Siedlce / Łosice	185	313	120
43		RTCN Suwałki / Krzemianucha	250	232	30
44		RTCN Szczecin / Kołowo	140	267	60
45		RTCN Zamość / Tarnawatka	317	155	30
46		RTON Elbląg / Jagodnik	154	115	10
47		RTON Lubañ / Nowa Karczma	315	122	60
48		RTON Tarnów / g. Św. Marcina	375	90	10
49		SLR Dobromierz	310	41	12
50		SLR Wojsk / Borsk	202	72	10
51	Allford Investments Sp. z o.o.	RTCN Częstochowa / Wręczyca Wielka	270	323	60
52		RTCN Poznań / Śrem	87	266	120
53		RTCN Rzeszów / Sucha Góra	580	116	120
54		RTCN Żagań / Wichów	155	280	30
55	Hubb Investments sp. z o.o.	RTON Szczawnica / g. Przehyba	1 150	87	10

Źródło: UKE - <https://www.uke.gov.pl/pozwolenia-radiowe-dla-stacji-radiofonicznych-4160#> RON – radiowy obiekt nadawczy, RTCN – radiowo-telewizyjne centrum nadawcze, RTON – radiowo-telewizyjny obiekt nadawczy, SLR – stacja linii radiowych. Wysokość obiektu nadawczego – tu: środek elektryczny systemu antenowego. Informacje na temat obiektów EmiTel sp. z o.o. dostępne także na oficjalnej stronie operatora, pod adresem: http://emi.emitel.pl/EMITEL/przeglad_obiektow.aspx

Obiekty wymienione w powyższej tabeli znajdują się w terenach górskich lub wyżynnych lub charakteryzuje je duża wysokość nad poziomem terenu – te dwie cechy powodują, że nadawanie z takich obiektów może odbywać się z wysoką lub bardzo wysoką mocą oraz, że swoim zasięgiem obejmują duży obszar kraju. Są one w praktyce radiodyfuzyjnej najatrakcyjniejsze, a nadawanie z nich odbywa się z największym zyskiem dla operatora telekomunikacyjnego.

Trudności w powieleniu istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej mogą wynikać również z fizycznych i technicznych parametrów sieci oraz ze strukturalnych i prawnych ograniczeń istniejących na analizowanym rynku, co zostało wskazane w pkt 3.1. decyzji.

Jak rozbudowaną infrastrukturą należy dysponować, aby zapewnić właściwą (pokrycie, moc, jakość) obsługę techniczną dysponentów multipleksów pokazują dane w zakresie parametrów emisji w poszczególnych multipleksach cyfrowych (ogólnodostępne informacje umieszczone na stronie operatora EmiTel sp. z o.o. dotyczące parametrów emisji sygnałów DVB-T w poszczególnych multipleksach cyfrowych MUX1, MUX2, MUX3, MUX8: <http://www.emitel.pl/telewizja/naziemna-telewizja-cyfrowa-dvb-t/aktualne-parametry-emisji-dvb-t/>).

Z drugiej strony proces inwestycyjny jest długotrwały i niezwykle kosztowny, co w praktyce wyklucza utworzenie nowej, konkurencyjnej infrastruktury. Zaznaczyć należy, że sieć obiektów nadawczych wykorzystywanych przez EmiTel sp. z o.o. do świadczenia usług transmisji sygnału telewizyjnego w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym nie została do tej pory zduplikowana przez jakiegokolwiek operatora alternatywnego. Operatorzy alternatywni budują swoje obiekty najczęściej w miejscach niepokrytych sygnałem z obiektów EmiTel sp. z o.o. W tym miejscu warto podkreślić fakt, że w żadnym z krajów europejskich infrastruktura służąca operatorom działającym na rynkach radiodifuzyjnych nie jest powielana. Nie należy się spodziewać zatem, że Polska będzie tu wyjątkiem. Dostęp (brak dostępu) do infrastruktury jest zatem w wielu wypadkach kluczowym czynnikiem umożliwiającym operatorom alternatywnym prowadzenie działalności na większą niż lokalna skalę i konkurowanie z Emitel sp. z o.o. w sposób skuteczny. Problem ten dotyczy w szczególności obszarów słabo zurbanizowanych, gdzie zlokalizowane są obiekty nadawcze dużej mocy lub/i wysokie (tak pod względem wysokości względnej jak bezwzględnej), zapewniające odpowiednio duży zasięg dla transmisji sygnału z dużą mocą.

Stwierdzić zatem należy, że EmiTel sp. z o.o. posiada bardzo wysoki udział na analizowanym rynku właściwym, wynikający w znacznej mierze z faktu posiadania i wykorzystywania do świadczenia usług transmisji sygnału telewizyjnego celem dostarczenia treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, najbardziej rozbudowanej i rozwiniętej infrastruktury telekomunikacyjnej, obejmującej swoim zasięgiem obszar całego kraju. Jednocześnie powielenie jej jest, z przyczyn opisanych powyżej, niemożliwe przez działających obecnie operatorów alternatywnych. Mało prawdopodobne jest, w ciągu najbliższych kilku lat, wejście nowego operatora alternatywnego, który byłby w stanie skutecznie konkurować z EmiTel sp. z o.o. na analizowanym rynku.

Z uwagi na powyższe, Prezes UKE stwierdza, że EmiTel sp. z o.o. kontroluje infrastrukturę trudną do powielenia na rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

3.2.3. Trendy cenowe

Ceny za usługi transmisji sygnału telewizyjnego ustalane są indywidualnie dla każdego z nadawców, z którym dany operator telekomunikacyjny („operator techniczny” danego multipleksu cyfrowego) zawiera umowę o świadczenie usług. Wielkość cen uzależniona jest od mocy promieniowanej ERP wykorzystywanej częstotliwości (kanału) oraz od liczby częstotliwości (kanału) wykorzystywanych do rozpowszechniania programu przez jednego nadawcę. Jak wynika z informacji zawartych w pkt. 1.2 dla wszystkich multipleksów cyfrowych ogólnopolskich „operatorem technicznym” jest EmiTel sp. z o.o. Spółka obsługuje też nadawców dwóch multipleksów lokalnych. EmiTel sp. z o.o. obsługuje od strony

technicznej zdecydowaną większość (99,6%) prowadzonych emisji telewizyjnych, w tym wszystkie emisje z dużą i bardzo dużą mocą ERP. Ponadto EmiTel sp. z o.o. jest dysponentem i jednocześnie „operatorem technicznym” ogólnopolskiego multipleksu MUX8. Taka sytuacja niewątpliwie nie jest korzystna dla nadawców i może być powodem zawyżania cen przez podmiot o pozycji dominującej.

Prezes UKE stwierdza, że istnieje konieczność ograniczenia opisanej powyżej znaczącej pozycji rynkowej EmiTel poprzez regulację opłat za usługę transmisji sygnału telewizyjnego w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

3.3. Przepisy prawa konkurencji są niewystarczające do odpowiedniego zaradzenia stwierdzonym nieprawidłowościami w funkcjonowaniu rynku.

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.

Do takich przypadków należy zaliczyć przykładowo sytuacje, gdy:

- obowiązek regulacyjny, konieczny dla skorygowania nieprawidłowości rynkowych, nie może zostać wprowadzony na mocy prawa konkurencji (np. wymagania w zakresie dostępu występujące w pewnych okolicznościach lub szczególne wymogi dotyczące księgowania kosztów),
- wymogi zgodności dotyczące interwencji w celu skorygowania nieprawidłowości rynkowych są znaczące (np. potrzeba szczegółowej księgowości w celach regulacyjnych, ocena kosztów, monitorowanie terminów i warunków z uwzględnieniem parametrów technicznych, itp.),
- częste interwencje i/lub interwencje we właściwym czasie są niezbędne, bądź kiedy stworzenie pewności prawnej ma pierwszorzędne znaczenie (np. obowiązek kontroli cen długookresowych).

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 uczestników⁵¹. 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

⁵¹ Por. wyrok SN z dn. 7 lutego 2002 r. – i KKN 1002/99

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.

Art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji 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.

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 (w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8) lub art. 101 lub 102 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

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 naruszenia 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, nie może ono wprowadzić żadnych narzędzi w sposób trwały i skutecznie zapobiegających występującym nadużyciom wynikającym z posiadanej znaczącej pozycji rynkowej. Specyfika interwencji *ex post* wraz z powszechną praktyką zaskarżania nałożonych sankcji przez organ antymonopolowy i ich znoszenia lub istotnego zmniejszania, powoduje, że nie zapobiegają one skutecznie pojawianiu się w przyszłości ani nie ograniczają determinacji podmiotu takiego jak EmiTel do nadużywania znaczącej pozycji rynkowej.

Nie można przeanalizować w prawidłowy sposób wystąpienia okoliczności pozwalających na stwierdzenie zrealizowania kryterium wystarczalności prawa konkurencji w ramach testu trzech kryteriów, nie biorąc pod uwagę, jaki zestaw obowiązków będzie właściwy do nałożenia i w jaki sposób realizowany oraz monitorowany w konkretnej sytuacji rynkowej. W tym miejscu należy zatem przywołać obowiązki regulacyjne, jakie Prezes UKE uznał za adekwatne i proporcjonalne, mając na uwadze problemy rynkowe (szerzej opisane w pkt 6.3) stwierdzone w toku postępowania prowadzącego do wydania niniejszej decyzji. Są to:

1. obowiązek dostępu,
2. obowiązek niedyskryminacji,
3. obowiązek przejrzystości,
4. obowiązek rachunkowości regulacyjnej,
5. obowiązek ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty,
6. obowiązek oferty ramowej.

W tym kontekście należy stwierdzić, iż narzędzia, którymi na mocy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów posługuje się Prezes UOKiK nie są wystarczające, by w sposób ciągły monitorować rynek telekomunikacyjny, w tym rynek będący przedmiotem niniejszej analizy i eliminować skłonność podmiotu o znaczącej pozycji rynkowej do praktyk ograniczania konkurencji i szkodliwego nadużywania swojej pozycji na rynku. Prezes UOKiK nie prowadzi bieżącej i regularnej analizy rynku telekomunikacyjnego, do której na mocy ustawy Prawo telekomunikacyjne zobowiązany jest z kolei Prezes UKE. Przykładowo Prezes UKE zbiera dane i informacje na temat rynków telekomunikacyjnych przy wykorzystaniu specjalistycznych formularzy, którymi nie dysponuje Prezes UOKiK. Ponadto Prezes UOKiK nie może bezpośrednio wpływać na wysokość cen (nakładając obowiązki kontroli cen na operatorów telekomunikacyjnych), nie posiada też narzędzi umożliwiających wpływ na warunki współpracy międzyoperatorskiej. Mając na względzie charakter zespołu obowiązków regulacyjnych przewidzianych w niniejszej decyzji, należy zauważyć, że ich realizacja i monitorowanie wymaga szczególnych kompetencji z zakresu regulacji sektora telekomunikacyjnego właściwych Prezesowi UKE. Na gruncie prawa konkurencji nie można zakładać, że Prezes UOKiK będzie zajmował się ustalaniem oferty ramowej, czy też rozstrzyganiem sporów międzyoperatorskich wynikłych w związku z realizacją obowiązku dostępu, w sytuacji gdy istnieje wyspecjalizowany organ regulacyjny posiadający szczególne kompetencje w tym zakresie.

Należy również zwrócić uwagę na kwestię funkcjonalności danego modelu regulacji. Do tego bowiem sprowadza się głównie analiza okoliczności relewantnych w analizie spełnienia trzeciego kryterium testu trzech kryteriów, tj. jaki model regulacji – *ex post* czy *ex ante* będzie najbardziej właściwy, mając na uwadze zagrożenia konkurencji występujące na danym rynku telekomunikacyjnym oraz mając na uwadze subsydiarny charakter regulacji *ex post*. Model regulacji, w którym formalną kontrolę działania EmiTel zgodnie z zasadami konkurencji prowadziłby Prezes UOKiK, nie posiadając jednak adekwatnych zasobów, wiedzy i praktyki, faktyczne obowiązki w tym zakresie spoczywałyby na Prezesie UKE, byłby z gruntu rzeczy dysfunkcyjny.

Na wypełnienie przesłanki braku wystarczalności prawa konkurencji wskazuje również fakt nieskuteczności prób interwencji Prezesa UOKiK w odniesieniu do EmiTel i świadczonych przez tę spółkę usług uregulowanych przez Prezesa UKE w uchylonej decyzji Prezesa UOKiK z dnia 25 października 2007 r. nr DOK 95/07.

Decyzją z dnia 25 października 2007 r. nr DOK 95/07 Prezes UOKiK stwierdził, że EmiTel naruszył zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku poprzez stosowanie w podobnych umowach z kontrahentami niejednolitych warunków poprzez różnicowanie stawek za usługi transmisji sygnału radiowego i telewizyjnego dla poszczególnych nadawców radiowych i telewizyjnych. W wyniku postępowania odwoławczego od tej decyzji Sąd Najwyższy, uwzględniając skargę kasacyjną EmiTel, zmienił decyzję Prezesa UOKiK stwierdzając, że EmiTel nie nadużywał pozycji dominującej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2015 r. sygn. III SK 7/15).

Operatorzy alternatywni działający na analizowanym rynku właściwym podkreślają, że spotykają się z niekonkurencyjnym postępowaniem ze strony operatora o znaczącej pozycji – EmiTel, a ogólne prawo konkurencji, w tym zakresie, okazało się nieskuteczne.

Z uwagi na przedstawione powyżej okoliczności, kryterium niewystarczalności prawa konkurencji należy w odniesieniu do rozpatrywanego rynku właściwego uznać za spełnione.

3.4. Podsumowanie testu trzech kryteriów

Wymienione przez Komisję Europejską w Zaleceniu z 2014 r. kryteria, które służą celowi określenia, czy analizowany rynek powinien podlegać regulacji *ex ante*, czyli: występowanie trudnych do przewyciężenia i niemających przejściowego charakteru barier strukturalnych lub prawno-regulacyjnych w dostępie do rynku, 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 i niewystarczalność przepisów wyłącznie prawa konkurencji do odpowiedniego zaradzenia stwierdzonym nieprawidłowościom w funkcjonowaniu analizowanego rynku, Prezes UKE uznał za spełnione łącznie. W związku z tym krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym powinien podlegać regulacji *ex ante*.

Niezależnie od faktu spełnienia testu trzech kryteriów, dodatkowo, Prezes UKE przeprowadził w pkt 4 decyzji analizę rynku pod kątem występowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej.

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

Zgodnie z art. 21 Pt Prezes UKE przeprowadza analizę rynków właściwych w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych. Po przeprowadzeniu analizy stosownie do art. 22 Pt, Prezes UKE przeprowadza postępowanie w celu: określenia rynku właściwego, ustalenia czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, wyznaczenia przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia, utrzymania, zmiany lub uchylecia obowiązków regulacyjnych.

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 pozycji znaczącej 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 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zwanego dalej także „TFUE” (tekst skonsolidowany, uwzględniający zmiany wprowadzone Traktatem z Lizbony, Dziennik Urzędowy UE C 115 z 9 maja 2008 r.). Jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości⁵², „*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 Prezesowi UKE 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 pozycję znaczącą 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,

⁵² 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.

że bardzo duże udziały, przez co rozumie się udziały powyżej 40%, tylko w wyjątkowych sytuacjach mogą nie przesądzać o znaczącej pozycji rynkowej⁵³: „w praktyce podejmowania decyzji przez Komisję, obawy o występowanie samodzielnej dominacji zwykle pojawiają się w przypadku, gdy przedsiębiorstwo ma udziały w rynku powyżej 40%”⁵⁴. Natomiast „zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, bardzo duże udziały w rynku – przekraczające 50 % – są same w sobie, pomijając wyjątkowe okoliczności, dowodem na istnienie pozycji dominującej”⁵⁵. 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).

Niniejsza 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 niniejszej 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.”⁵⁶.

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

⁵³ 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 %”.

⁵⁴ Wytyczne Komisji, pkt 75.

⁵⁵ Tamże.

⁵⁶ „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.”

rynkową, aby móc zachowywać się do pewnych granic, niezależnie od konkurencji, klientów i konsumentów”.⁵⁷

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

W pkt 3 niniejszej decyzji został przeprowadzony test trzech kryteriów krajowego hurtowego rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym. W wyniku przeprowadzonych analiz, został sformułowany wniosek o spełnieniu tego testu. Test trzech kryteriów różni się jednak 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*. Pozytywny wynik testu trzech kryteriów jest warunkiem zasadności zastosowania środków zaradczych w formule *ex ante*. Jednak w celu oceny zasadności zastosowania takich środków w formule *ex ante* niezbędne jest jeszcze ustalenie, czy na danym rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej (lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą).

Przedstawione w rozdziale 3 argumenty, zdaniem Prezesa UKE, są dostatecznymi dowodami na to, by wnioskować, że analizowany rynek spełnia test trzech kryteriów i w związku z tym podlega regulacji *ex ante*. Dodatkowo, zgodnie z przepisami art. 22 ust. 1 pkt 2 Pt Prezes UKE, w niniejszym postępowaniu, zobowiązany jest również ustalić, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą. Zgodnie z przepisami art. 25a ust. 2 oraz art. 25a ust. 4 i 5 ustawy Prawo telekomunikacyjne, Prezes UKE zobowiązany jest w niniejszym postępowaniu do dokonania analizy określonych kryteriów stosowanych przy ocenie pozycji znaczącej przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych na rynkach właściwych i ustalenia, czy podmioty te posiadają samodzielnie lub kolektywnie pozycję znaczącą.

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.

Poniżej Prezes UKE przeprowadził analizę rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym pod kątem występowania na nim przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej, poprzez badanie tych kryteriów, które mają znaczenie dla analizy ww. rynku właściwego.

⁵⁷ Punkt 30 Wytocznych: “*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*”

4.1. Udziały przedsiębiorców w rynku właściwym

Kryterium to przeanalizowane zostało w pkt 3.2.1 i 3.2.2.

Niniejsze kryterium wskazuje na fakt, że EmiTel sp. z o.o. jest podmiotem o rynkowej pozycji znaczącej.

Udział przedsiębiorcy w rynku to najistotniejszy wskaźnik służący do oceny pozycji zajmowanych przez przedsiębiorców. 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 konkretny przedsiębiorca, tym większe jest prawdopodobieństwo, że zajmuje on indywidualną pozycję znaczącą na tym rynku, a udziały EmiTel sp. z o. o. są bardzo wysokie, prawie 100% oraz utrzymują się niezmiennie od wielu lat na porównywalnym poziomie.

4.2. Wysokie i trwałe bariery wejścia na rynek właściwy

Kryterium to przeanalizowane zostało w pkt 3.1.1 i 3.1.2. Występowanie istotnych barier wejścia na ten rynek wzmacnia pozycję EmiTel sp. z o.o. na rynku świadczenia usługi transmisji sygnału telewizyjnego w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym. Bariery te bowiem w najmniejszym stopniu dotyczą EmiTel sp. z o.o., jako jedyne operatora telekomunikacyjnego, działającego na analizowanym rynku, który posiada już dostatecznie i w największym stopniu rozwiniętą sieć własnych obiektów nadawczych. Bariery te natomiast w stopniu znacznym ograniczają działalność tych operatorów, którzy zamierzaliby budować nowe/rozbudowywać istniejące obiekty nadawcze celem zwiększenia zakresu swojej działalności na analizowanym rynku oraz skutecznie zniechęcają nowe podmioty do wejścia na ten rynek.

4.3. Brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej

Kryterium to pozwala określić, czy przedsiębiorca telekomunikacyjny posiada na danym rynku właściwym kontrolę nad infrastrukturą telekomunikacyjną, która jest trudna do powielenia przez innych operatorów działających na tym rynku, bądź mogących na niego wejść w badanym okresie.

Kryterium to dotyczy kontroli przedsiębiorcy nad taką infrastrukturą, która pozwala mu na działalność niezależną od innych operatorów. 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 oznacza 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. Kryterium to jest istotne zwłaszcza przy analizie hurtowych rynków właściwych. Spełnianie tego kryterium przez przedsiębiorcę stanowi dla konkurentów istotną barierę wejścia na dany rynek właściwy.

Kryterium to przeanalizowane zostało w pkt 3.2.1 i 3.2.2. Z przedstawionych tam informacji wynika, że najbardziej rozbudowaną infrastrukturę, umożliwiającą świadczenie usług transmisji programów telewizyjnych celem dostarczenia treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, posiada EmiTel sp. z o.o. Infrastruktura wykorzystywana przez Spółkę do świadczenia usług na podmiotowym rynku jest zróżnicowana, a co za tym idzie umożliwia świadczenie usług praktycznie każdemu z nadawców rozpowszechniających swoje programy na terenie kraju. Dzięki wykorzystywanej infrastrukturze technicznej oraz posiadaniu wielu

różnorodnych obiektów nadawczych (w tym obiektów wysokiej mocy, obiektów usytuowanych w terenie trudno dostępnym, obiektów wysokich lub wysoko posadowionych) EmiTel sp. z o.o., jako jedyny operator, może obsługiwać nadawców ogólnokrajowych czy ponadregionalnych i regionalnych (oczywiście Spółka świadczy również swoje usługi nadawcom działającym lokalnie).

Pozostali operatorzy będący uczestnikami określonego niniejszą decyzją rynku posiadają mniej zróżnicowaną infrastrukturę techniczną – wyłącznie obiekty średniej i małej mocy, rozmieszczoną nierównomiernie i w związku z tym nie mają możliwości obsługi nadawców ogólnokrajowych oraz ponadregionalnych czy regionalnych w oparciu wyłącznie o infrastrukturę własną.

EmiTel sp. z o.o. ze względu na zasięg oraz liczbę wykorzystywanych obiektów nadawczych na terenie całego kraju, a także na zróżnicowanie tych obiektów pod względem możliwości umieszczania na nich nadajników o różnorodnej mocy, przeznaczonych do rozpowszechniania programów telewizyjnych, posiada kontrolę nad trudną do powielenia infrastrukturą techniczną, co stanowi zdecydowaną przewagę nad innymi uczestnikami rynku i umacnia pozycję Spółki wobec innych operatorów świadczących usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

4.4. Istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorcy

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

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

Posiadanie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego na 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.

W przypadku analizowanego rynku, tylko EmiTel sp. z o.o. dysponuje siecią obiektów nadawczych umożliwiającą świadczenie usług transmisji sygnału telewizyjnego w standardzie DVB-T na terenie całego kraju w oparciu o własną infrastrukturę. Jako jedyny aktywnie działający podmiot na analizowanym rynku, bez konieczności wchodzenia w relacje biznesowe z innymi operatorami telekomunikacyjnymi, jest w stanie zapewnić pokrycie sygnałem cyfrowej telewizji niemal całej powierzchni kraju przy jednoczesnym spełnieniu wysokich wymagań jakościowych (takie wymagania wobec „operatora technicznego” stawiają dysponenti cyfrowych multipleksów o zasięgu krajowym) – tak więc mimo, iż technologia

DVB-T jest dostępna dla innych operatorów telekomunikacyjnych działających na analizowanym rynku, to można stwierdzić, że EmiTel sp. z o.o. posiada przewagę technologiczną.

4.5. Ekonomie skali

Ekonomia skali (korzyści skali) to zjawisko obniżania przeciętnych kosztów całkowitych w miarę zwiększania skali produkcji lub też zmniejszania się przeciętnych kosztów stałych przy rosnącej wielkości produkcji. Ekonomie skali są charakterystyczną cechą przemysłów sieciowych, w których wysokie koszty stałe niemożliwe do uniknięcia odgrywają kluczową rolę w strukturze kosztów i gdzie działalność podmiotów opiera się o kosztowną infrastrukturę. Koszty te ponoszone są bowiem niezależnie od rozmiarów produkcji.

Nie budzi wątpliwości, iż rynek telekomunikacyjny, podobnie jak inne rynki o charakterze sieciowym, charakteryzuje się występowaniem korzyści skali. Sieciowy charakter hurtowego rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym (do prowadzenia działalności na tym rynku konieczne jest posiadanie sieci obiektów nadawczych oraz nadajników różnej mocy) determinuje występowanie na nim ekonomii skali.

Ekonomia skali nie stanowi bariery rynkowej w sytuacji, kiedy przedsiębiorstwo rozpoczynające działalność jest w stanie zainwestować w konkurencyjną w stosunku do innych graczy rynkowych sieć pod względem powierzchniowym, obejmującą zbliżoną liczbę użytkowników. Nowy przedsiębiorca telekomunikacyjny musi wejść na rynek z dużą produkcją usług, aby być konkurencyjnym pod względem kosztów w stosunku do przedsiębiorców istniejących na rynku. Rozwój sieci transmisyjnej na analizowanym rynku, alternatywnej w stosunku do EmiTel sp. z o.o. wiąże się z wysokimi kosztami, które powodują, że ekonomia skali nabiera dużego znaczenia. Znaczna część tych kosztów to koszty utopione, tzn. część kosztów niezbędnych do poniesienia celem wejścia na rynek, które nie mogą zostać odzyskane w momencie wyjścia z rynku. Koszty te ponoszone są nie tylko niezależnie od wielkości produkcji, ale także niezależnie od tego czy produkuje się, czy też nie. W momencie wejścia na rynek przedsiębiorstwo musi podjąć decyzję o poniesieniu kosztów utopionych. Te nieponiesione jeszcze koszty utopione określane są jako perspektywiczne koszty utopione (stanowią one inwestycję). Konieczne jest aby decyzja o podjęciu działalności na danym rynku przez operatora alternatywnego brała pod uwagę ww. koszty, które operator zasiedziały zdążył już ponieść, co tworzy asymetrię na rynku pomiędzy EmiTel sp. z o.o. a operatorami alternatywnymi. Należy także zauważyć, że ze względu opisane w pkt 3.1.1. i 3.1.2., bariery wejście na tak szeroką skalę jak obecnie działa EmiTel sp. z o.o., jest w praktyce niemożliwe dla żadnego operatora alternatywnego.

W związku z tym, że to EmiTel sp. z o.o. dysponuje największą i najbardziej rozległą siecią transmisyjną służącą do świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, osiąga on największe korzyści skali.

4.6. Ekonomie zakresu

Kolejnym wskaźnikiem służącym ocenie występowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej są korzyści zakresu, które obrazują wyższą efektywność kosztową produkcji szerszego asortymentu produktów lub świadczenia szerszego zakresu usług przy wykorzystaniu składników wytwórczych przedsiębiorstwa. Oznacza to, że przedsiębiorca wytwarzając kilka różnych produktów łącznie uzyskuje niższy średni koszt wytworzenia tych

produktów, niż gdyby wytwarzał je osobno. W telekomunikacji ekonomie zakresu realizowane są poprzez świadczenie coraz większej liczby usług wykorzystujących tę samą infrastrukturę.

Ekonomie zakresu wiążą się przede wszystkim z możliwością wykorzystania dotychczas posiadanej infrastruktury, sieci dystrybucyjnej czy bazy klientów do rozszerzenia działalności telekomunikacyjnej. Dla oceny tego kryterium pomocne mogą być informacje uwzględniające liczbę rynków właściwych, na których ten przedsiębiorca świadczy usługi oraz stopień różnorodności oferty.

Z ekonomią zakresu najczęściej mamy do czynienia, gdy produkty lub usługi wytwarzane lub dostarczane przez konkretnego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego opierają się o wspólne procesy bądź infrastrukturę. Korzyści zakresu występują często u tych przedsiębiorców, którzy posiadają rozległą i rozwiniętą technologicznie sieć telekomunikacyjną, gdyż może ona być wykorzystywana do dostarczania jednocześnie wielu produktów bądź usług. Przedsiębiorcy dzięki temu generują dodatkowe przychody bez konieczności inwestycji w istniejącą sieć. Osiąganie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego korzyści zakresu na danym rynku właściwym wzmacnia jego pozycję na tym rynku i stanowi istotną barierę wejścia na dany rynek właściwy oraz czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Im większe korzyści zakresu osiąga konkretny przedsiębiorca, tym większe jest prawdopodobieństwo, że zajmuje on pozycję znaczącą na danym rynku.

Przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, który posiada najbardziej rozbudowaną infrastrukturę, która może służyć do świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym jest EmiTel sp. z o.o. Dzięki rozbudowanej infrastrukturze EmiTel sp. z o.o. jest w stanie samodzielnie (bez nawiązywania współpracy z pozostałymi operatorami działającymi na analizowanym rynku) świadczyć usługi na rzecz dysponentów multipleksów ogólnopolskich (oraz lokalnych). EmiTel sp. z o. o. jest ponadto tak dysponentem jak i „operatorem technicznym” multipleksu MUX-8. EmiTel sp. z o. o. osiąga zdecydowanie największe korzyści zakresu, co wiąże się ściśle z kontrolą największej i trudnej do powielania infrastruktury telekomunikacyjnej służącej do świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym. W oparciu o infrastrukturę wykorzystywaną do świadczenia usług na analizowanym rynku Spółka może świadczyć także inne usługi, np. transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

Tym samym analizowane kryterium potwierdza, że EmiTel sp. z o.o. korzysta z ekonomii zakresu..

4.7. Pionowe i poziome zintegrowanie przedsiębiorcy

Ściśle powiązane z korzyściami zakresu są korzyści pionowego i poziomego zintegrowania przedsiębiorcy. Pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy wzmacnia jego pozycję na wszystkich rynkach właściwych, na których jest on obecny i stanowi czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Jeśli konkretny przedsiębiorca telekomunikacyjny jest pionowo zintegrowany, może to wzmacniać jego pozycję na danym rynku na dwa sposoby. Pierwszy z nich polega na tym, że dzięki kontroli nad rynkami powiązanymi przedsiębiorca może utrudniać nowym konkurentom wejście na dany rynek właściwy, a operatorom już działającym na tym rynku – utrudniać skuteczną konkurencję i powiększanie udziałów rynkowych. Rynki powiązane z danym rynkiem właściwym oznaczają w tym przypadku rynki znajdujące się powyżej (upstream markets, np. rynki półproduktów lub rynki hurtowe) lub poniżej (downstream markets, np. rynki produktów końcowych lub rynki detaliczne) w łańcuchu dostaw. Drugim sposobem jest ograniczanie przez przedsiębiorcę warunków konkurencji na kontrolowanych

rynkach powiązanych, dzięki przenoszeniu na te rynki swojej pozycji znaczącej z rynku właściwego.

W przedmiotowej analizie Prezes UKE wyodrębnił rynek produktów na poziomie detalicznym, gdzie stroną popytową tworzą nadawcy telewizyjni, chcący ze swoimi programami dotrzeć do jak najszerszego grona użytkowników końcowych. W ocenie Prezesa UKE, tak określony detaliczny stanowi rynek powiązany z hurtowym rynkiem świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym (będącym przedmiotem niniejszej analizy), pomimo iż nie został on określony w Zaleceniu z 2014 r.

EmiTel sp. z o.o. świadczy usługi detaliczne na rzecz nadawców. Jest „operatorem technicznym” wszystkich cyfrowych multipleksów krajowych oraz jednego multipleksu lokalnego. EmiTel sp. z o.o. jest ponadto dysponentem częstotliwości w MUX8

EmiTel sp. o.o. działa także na krajowym hurtowym rynku transmisji programów radiofonicznych celem dostarczenia treści radiofonicznych użytkownikom końcowym. EmiTel sp. z o.o. jako jedyny operator posiada sieć stacji nadawczych służących transmisji programów radiowych o zasięgu krajowym, w związku z czym (w przeciwieństwie do swoich konkurentów) obsługuje wszystkich nadawców radiowych, których programy mają taki zasięg.

Biorąc powyższe pod uwagę można stwierdzić, że EmiTel sp. z o.o. jest przedsiębiorcą zintegrowanym pionowo i poziomo.

4.8. Brak lub niewielki poziom równoważącej 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.

Niski poziom równoważącej siły nabywczej na danym rynku właściwym, czyli brak klientów lub grup klientów o silnej pozycji negocjacyjnej w stosunku do konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych wzmacnia ich pozycję na tym rynku i stanowi czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Im niższy jest poziom równoważącej siły nabywczej klientów konkretnego przedsiębiorcy na analizowanym rynku, tym większe jest prawdopodobieństwo, że przedsiębiorca taki zajmuje pozycję znaczącą na tym rynku.

Istnienie klientów o silnej pozycji negocjacyjnej ma istotny wpływ na warunki konkurencji na danym rynku i ogranicza zdolność przedsiębiorców telekomunikacyjnych do działań niezależnych od pozostałych uczestników rynku, w tym do nieuzasadnionego podwyższania cen. Poziom równoważącej 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 produktów lub usług 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 u konkretnego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych na danym rynku właściwym, czyli udział największych klientów w wartości sprzedaży u tego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców na rynku.

Na analizowanym rynku hurtowym żaden z operatorów alternatywnych nie kupuje usług od EmiTel sp. z o.o. Wynika to m.in. ze specyfiki rynku transmisji sygnału telewizyjnego celem dostarczenia treści telewizyjnych użytkownikom końcowym. Jak było to już wspomniane wcześniej, w pkt 1.2., nadawcy telewizyjni, będący dysponentami poszczególnych zakresów częstotliwości (uzyskanych w procesie konkursów ogłaszanych przez Prezesa UKE) są dysponentami poszczególnych multipleksów. Należy podkreślić, że EmiTel sp. z o.o. jest „operatorem technicznym” najbardziej atrakcyjnych dla nadawców telewizyjnych ogólnopolskich multipleksów cyfrowych: MUX1, MUX2, MUX3, MUX4 i MUX8 (w przypadku MUX8 EmiTel sp. z o.o. występuje także w roli dysponenta częstotliwości), a umowy są długoterminowe.

Należy zwrócić uwagę, że operator o znaczącej pozycji jakim jest EmiTel sp. z o.o. posiada klientów, którymi są duże grupy kapitałowe, np.: spółki Telewizji Polskiej S.A., TVN S.A. czy Cyfrowy Polsat S.A. Wymienieni tu nadawcy, są największymi klientami EmiTel sp. z o.o., a Spółka czerpie największe zyski z usług świadczonych na rzecz tych nadawców. Ze racji ogólnopolskiego zasięgu większości programów rozpowszechnianych przez wymienionych wcześniej nadawców, negocjacje cen są mocno ograniczone, ze względu na fakt, że za wybór „operatora technicznego” danego multipleksu cyfrowego odpowiada jego dysponent i wszyscy nadawcy telewizyjni w ramach tego multipleksu muszą zaakceptować ten wybór. Wybór „operatora technicznego” odbywa się na bardzo długi okres, więc odejście klientów o potencjalnie silnej pozycji negocjacyjnej do innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego działającego na podmiotowym rynku, jest w praktyce niemożliwe. Siła negocjacyjna w takich warunkach klientów-nadawców EmiTel sp. z o.o. jest niska.

Tylko EmiTel sp. z o.o. posiada obecnie infrastrukturę pozwalającą mu, w sposób efektywny, w tym ekonomicznie, na samodzielne, nie uzależnione od innych podmiotów, świadczenie usług transmisji programów telewizyjnych celem dostarczenia treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, na terenie całego kraju. Na analizowanym rynku poziom równoważącej siły nabywczej jest w praktyce niski.

4.9. Brak konkurencji – potencjalnej i realnej

Kryterium to pozwala zbadać prawdopodobieństwo pojawienia się na danym rynku właściwym nowych operatorów, opierając się na założeniu, że przedsiębiorcy nie działający w chwili obecnej na tym rynku mogą w perspektywie krótkookresowej zdecydować się na wejście na krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, na skutek wystąpienia na nim niewielkiego, ale stałego wzrostu cen.

Przykładem wejścia na rynek nowych konkurentów w momencie jego otwarcia na początku lat 90-tych było pojawienie się operatorów alternatywnych (RS TV S.A., Polskie Sieci Nadawcze sp. z o.o., Info-TV-FM sp. z o.o. i INFO Gumuliński Panasiuk sp.j.), stanowiących konkurencję dla wydzielonego wówczas ze struktur Telekomunikacji Polskiej S.A. operatora TP Emitel sp. z o.o. (obecnie EmiTel sp. z o.o.). Było to bezpośrednim skutkiem demonopolizacji działalności medialnej i rozpoczęcia w tym okresie działalności przez kilkudziesięciu komercyjnych nadawców radiowych i telewizyjnych, a także rozbudowy ośrodków terenowych Telewizji Polskiej S.A. i Polskiego Radia S.A. W 2006 r. pojawił się

na rynku świadczenia usługi transmisji jeden nowy podmiot – OPERATOR FM Anna Obertaniec, a w miejsce spółki jawnej INFO Gumuliński Panasiuk sp.j. pojawiła się firma Zbigniewa Gumulińskiego. Po 2010 r. EmiTel sp. z o.o. zwiększyła swój zasób nabywając spółkę RS TV S.A. oraz spółkę INFO-TV-Operator sp. z o.o., natomiast spółka Polskie Sieci Nadawcze sp. z o.o. przekształciła się w spółkę Arkena sp. z o.o. W 2013 r. swoją działalność radiodfuzyjną rozpoczął Bcast sp. z o.o. oraz Digib sp. z o.o. Na rynku transmisji programów telewizyjnych lub radiofonicznych działają jeszcze inne podmioty jak np. grupa spółek powiązanych, np.: Radiodyfuzja PL S.A., Consensus sp. z o.o. i Rdf sp. z o.o. Większość z wymienionych podmiotów działa (lub działała) w zakresie transmisji radiofonicznych. Na rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym działa obecnie, poza EmiTel sp. z o.o., Info-TV-FM sp. z o.o. oraz Bcast sp. z o.o., w bardzo ograniczonym zakresie. W przeszłości były to również RS TV S.A. oraz Info-TV-Operator sp. z o.o. – obydwa podmioty podlegały akwizycji przez EmiTel sp. z o.o.

Należy podkreślić, że obecnie jedynym podmiotem zdolnym do świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, w oparciu o własną infrastrukturę na terenie całego kraju, jest EmiTel sp. z o.o. Nieliczni konkurenci EmiTel sp. z o.o., na analizowanym rynku właściwym, nie są w posiadaniu dostępu do infrastruktury, którą byliby w stanie zastąpić infrastrukturę Spółki w zakresie pokrycia obszaru całego kraju przy spełnieniu wysokich wymogów jakościowych, jakie stawiają nadawcy telewizyjni (w szczególności mowa tu o obiektach nadawczych wysokiej mocy, obiektach usytuowanych w terenach trudnodostępnych, o dużej wysokości względnej i bezwzględnej) i w sposób efektywny ekonomicznie.

Należy podkreślić, że EmiTel sp. z o.o. jest „operatorem technicznym” ogólnopolskich multipleksów cyfrowych: MUX1, MUX2, MUX3, MUX4 i MUX8. Konkurencję EmiTel sp. z o.o. znajduje jedynie w ramach transmisji programów w cyfrowych multipleksach lokalnych (EmiTel sp. z o.o. obsługuje jeden z siedmiu cyfrowych multipleksów lokalnych - MUXL3).

Analiza tego kryterium wskazuje, że poziom konkurencji potencjalnej i realnej na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym jest niski.

4.10. Istnienie barier dla dalszego rozwoju przedsiębiorcy oraz rynku właściwego

Ograniczona liczba klientów (nadawców telewizyjnych), związana z ograniczoną ilością dostępnych slotów na multipleksach cyfrowych (tak ogólnopolskich jak i lokalnych) stanowi barierę dla operatorów świadczących im usługi transmisji sygnału telewizyjnego drogą naziemną. W pewnym momencie wysycenie multipleksów cyfrowych osiągnie 100% i nastąpi sytuacja, w której nie będzie możliwości dalszego pozyskiwania nowych klientów oraz rozwoju na omawianym rynku właściwym i budowania na nim konkurencji – bariera zaspokojonego popytu. W takiej sytuacji EmiTel sp. z o.o., jako jedyny „operator techniczny” świadczący usługi dla nadawców telewizyjnych na skalę ogólnopolską, nie napotka w najbliższym czasie istotnych barier. Sytuacja taka da Spółce zdecydowaną przewagę nad konkurentami.

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

Analiza kryteriów służących do oceny pozycji znaczącej wskazuje wyraźnie, że EmiTel sp. z o.o. posiada znaczącą pozycję na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

Przemawiają za tym faktem, w szczególności, następujące kryteria: występowanie trudnych do przewyciężenia i niemających przejściowego charakteru barier strukturalnych, kontrola infrastruktury trudnej do powielania, brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej, 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, udział przedsiębiorcy w rynku właściwym, ekonomia skali, ekonomia zakresu.

W szczególności należy zwrócić uwagę na fakt, że na badanym rynku właściwym występują bariery wejścia. Związane są one przede wszystkim z olbrzymimi kosztami budowy sieci o zasięgu porównywalnym z zasięgiem sieci EmiTel sp. z o.o. Dotyczą one również rozległości sieci EmiTel sp. z o.o., która może zacząć oferować swoje usługi innym operatorom telekomunikacyjnym działającym na analizowanym rynku lub nadawcom nie ponosząc znaczących kosztów, korzystając z ekonomii skali. Infrastruktura ta jest również na tyle rozbudowana, że EmiTel sp. z o.o. może w oparciu o nią dostarczać swoim klientom inne produkty (np. w zakresie analogowej lub cyfrowej transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym) i usług jednocześnie, korzystając z ekonomii zakresu, co powoduje obniżenie średniego kosztu produktu.

Ponadto, jak wynika z analizy krajowego hurtowego rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, nie występuje na nim dominacja dwóch lub więcej przedsiębiorców (kolektywna pozycja znacząca). Z danych zebranych przez Prezesa UKE w ramach analizy przedmiotowego rynku właściwego, wynika, że EmiTel sp. z o.o. posiada niemal 100 % udziałów pod względem przychodów. Uwzględniając inne czynniki, w szczególności kontrolę nad trudną do powielenia infrastrukturą telekomunikacyjną, która obejmuje obszar całego kraju, Prezes UKE uznaje, że EmiTel sp. z o.o. jest operatorem o znaczącej pozycji rynkowej.

Jednocześnie w związku ze strukturą rynku przedstawioną w pkt 3.2.1, zgodnie z którą EmiTel posiada samodzielnie niemal 100% rynku i udziały te na przestrzeni lat nie uległy zmianie, Prezes UKE odstąpił od analizy kolektywnej pozycji znaczącej na rynku właściwym.

Ponadto, w świetle niniejszej analizy w pełni uzasadnione jest również stwierdzenie, iż w perspektywie najbliższych lat, pozycja EmiTel sp. z o.o., na analizowanym rynku właściwym nie ulegnie zmianie. W związku z tym stwierdzić należy, iż obecna sytuacja wymaga interwencji regulacji *ex ante*.

6. Nakładanie obowiązków regulacyjnych

6.1. Regulacje prawne związane z nakładaniem obowiązków regulacyjnych

Zgodnie z punktem 114 Wytocznych Komisji, „jeśli krajowy organ regulacyjny ustali, iż konkurencja na właściwym rynku nie jest efektywna z powodu istnienia przedsiębiorstwa lub przedsiębiorstw zajmujących pozycję znaczącą, wtedy musi on wyznaczyć, zgodnie z art. 16 ust. 4 dyrektywy ramowej dane przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa jako posiadające znaczącą pozycję rynkową i nałożyć na nie właściwe obowiązki regulacyjne. Samo wyznaczenie

*przedsiębiorstwa jako posiadającego znaczącą pozycję na danym rynku, bez nałożenia właściwych obowiązków regulacyjnych, jest niezgodne z przepisami nowych ram regulacyjnych, a w szczególności z art. 16 ust. 4 dyrektywy ramowej. Innymi słowy NRA muszą nałożyć przynajmniej jeden obowiązek regulacyjny na przedsiębiorstwo, które zostało wyznaczone jako posiadające znaczącą pozycję rynkową.*⁵⁸

W Wytycznych Komisji, z powołaniem się na prawo Unii Europejskiej (punkt 117), a w szczególności na art. 8 dyrektywy ramowej, zwraca się uwagę na fakt, by NRA⁵⁹ upewniły się, iż obowiązki nałożone na operatorów posiadających znaczącą pozycję rynkową są, zgodnie z art. 16 dyrektywy ramowej, uzasadnione w świetle celów przedstawionych w art. 8 i są proporcjonalne dla osiągnięcia tych celów. Dlatego też każdy obowiązek nałożony, utrzymany lub zmieniony przez krajowe organy regulacyjne musi być proporcjonalny w stosunku do problemu (stwierzonego lub potencjalnego), któremu ma zaradzić. Art. 7 ust. 2 dyrektywy ramowej stanowi, iż „Krajowe organy regulacyjne przyczyniają się do rozwoju rynku wewnętrznego poprzez przejrzystą współpracę między sobą, z Komisją i z BEREC, tak, aby zapewnić jednolite stosowanie przepisów niniejszej dyrektywy i dyrektyw szczegółowych we wszystkich państwach członkowskich. W tym celu krajowe organy regulacyjne w szczególności współpracują z Komisją i BEREC przy określaniu rodzajów instrumentów i środków naprawczych najodpowiedniejszych do zastosowania w określonych sytuacjach rynkowych”. Powyższe wymusza na NRA precyzyjne przedstawienie uzasadnienia wyjaśniającego podstawy, na których opierają się poszczególne proponowane środki. Dlatego poza analizą rynku pozwalającą na ustalenie znaczącej pozycji rynkowej, krajowe organy regulacyjne powinny przedstawić w swej decyzji uzasadnienie proponowanych środków w świetle celów podanych w art. 8 dyrektywy ramowej, a także wyjaśnienie, dlaczego uważają proponowane środki zaradcze za proporcjonalne.

Zasada proporcjonalności wymaga, by środki użyte do osiągnięcia określonego celu nie wykraczały poza to, co właściwe i niezbędne do osiągnięcia tego celu. Dla ustalenia, czy proponowany środek jest zgodny z zasadą proporcjonalności, działanie, które ma być podjęte, musi zmierzać do uzasadnionego celu, a zaangażowane do osiągnięcia celu środki muszą być zarówno niezbędne, jak i najmniej kłopotliwe, tzn. musi to być niezbędne minimum dla osiągnięcia celu.

Powyższe zasady zostały zaimplementowane do polskiego porządku prawnego w art. 24 pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne i realizowane są w postępowaniu administracyjnym przez Prezesa UKE, który nakładając, bądź utrzymując lub zmieniając określone obowiązki regulacyjne jest zobowiązany wziąć pod uwagę adekwatność i proporcjonalność danego obowiązku do stwierdzonych w toku tego postępowania problemów rynkowych.

W myśl art. 24 pkt 2 lit. a Pt, Prezes UKE, w przypadku ustalenia, że na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, wydaje decyzję, w której wyznacza przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub

⁵⁸ Wytyczne Komisji Sekcja 4.1 (Motyw 114) If an NRA finds that competition in the relevant market is not effective because of the existence of an undertaking or undertakings in a dominant position, it must designate in accordance with Article 16(4) of the framework Directive the undertaking or undertakings concerned as having SMP and impose appropriate regulatory obligations on the undertaking(s) concerned. However, merely designating an undertaking as having SMP on a given market, without imposing any appropriate regulatory obligations, is inconsistent with the provisions of the new regulatory framework, notably Article 16(4) of the framework Directive. In other words, NRAs must impose at least one regulatory obligation on an undertaking that has been designated as having SMP.

⁵⁹ Skrót z ang. National Regulatory Authority – krajowy organ regulacyjny

przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą oraz nakłada obowiązki regulacyjne, biorąc pod uwagę adekwatność i proporcjonalność danego obowiązku do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji celów określonych w art. 1 ust. 2 Pt.

W prawie Unii Europejskiej, kwestię możliwych do nałożenia obowiązków regulacyjnych na rynkach hurtowych, które to obowiązki mogą być utrzymane lub zmienione, reguluje dyrektywa 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (Dz.U. UE. L 108/7 z 2002 r. z późn. zm., dalej „dyrektywa o dostępie”). Do obowiązków wymienionych w dyrektywie o dostępie należą:

- obowiązek *przejrzystości* (art. 9 dyrektywy o dostępie), polegający na udostępnianiu pozostałym uczestnikom rynku określonych informacji (informacje księgowo, specyfikacje techniczne, dane dotyczące sieci, zasady i warunki dostępu i ich użytkowania oraz ceny), w szczególności, jeżeli dany operator jest poddany obowiązkowi niedyskryminacji, możliwe jest nałożenie na niego obowiązku opublikowania oferty ramowej;
- obowiązek *niedyskryminacji* (art. 10 dyrektywy o dostępie), tj. obowiązek stosowania podobnych wymogów w podobnych okolicznościach w stosunku do innych przedsiębiorców świadczących podobne usługi oraz obowiązek świadczenia tym innym przedsiębiorcom usług i udostępniania informacji na takich samych warunkach i o tej samej jakości jak te, które zapewniają ich własnym oddziałom, filiom lub partnerom;
- obowiązek *rozdzielności księgowej* (art. 11 dyrektywy o dostępie), polegający na uczynieniu przejrzystymi cen stosowanych w ramach transferu wewnętrznego, w szczególności w celu zapewnienia wykonania obowiązku niedyskryminacji lub dla zapobieżenia subsydiowaniu krzyżowemu;
- obowiązek *dostępu* (art. 12 dyrektywy o dostępie), na który składają się w szczególności obowiązki spełnienia uzasadnionych wniosków o dostęp, o połączenie sieci lub wykorzystanie specyficznych elementów sieci; mogą one obejmować szereg obowiązków, w tym negocjowanie w dobrej wierze warunków zapewniania dostępu czy zapewnienia wzajemnych połączeń pomiędzy sieciami albo urządzeniami sieciowymi. Nadto, nakładając na operatora obowiązek zapewnienia dostępu, krajowe organy regulacyjne mogą określić wymogi techniczne lub operacyjne, które podmiot zapewniający ten dostęp lub podmiot z niego korzystający będą musiały spełnić, w przypadku gdy jest to niezbędne do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania sieci;
- obowiązek *kontroli cen oraz księgowania kosztów* (art. 13 dyrektywy o dostępie), który może wymagać od operatorów określenia cen dostępu zorientowanych na koszty lub ustanowienia kontroli cen wobec regulowanej firmy; ogranicza się to do wypadków, kiedy analiza rynku sugeruje, że w innym przypadku opłaty za dostęp mogłyby utrzymywać się na zbyt wysokim poziomie lub jeśli przedsiębiorstwo może się zaangażować w zaniżanie marży ze szkodą dla konsumentów;
- obowiązek *podziału funkcjonalnego* (art. 13a dyrektywy o dostępie) polegający na nałożeniu na przedsiębiorstwa zintegrowane pionowo obowiązku powierzenia działalności związanej z hurtowym oferowaniem odnośnych produktów dostępu niezależnie działającej jednostce organizacyjnej. Obowiązek podziału funkcjonalnego

nakładany jest w drodze wyjątku gdy organ regulacyjny stwierdzi, że odpowiednie obowiązki regulacyjne nałożone na mocy art. 9-13 dyrektywy o dostępie nie zapewniły skutecznej konkurencji, oraz że istnieją istotne i trwałe problemy konkurencyjne lub niewydolność rynków związane z hurtowym oferowaniem określonych rynków produktów dostępu na przedsiębiorcę zintegrowanego pionowo;

- inny obowiązek, ponad te wymienione powyżej, w zakresie dostępu czy wzajemnych połączeń (art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie), który organ regulacyjny może zastosować w wyjątkowych okolicznościach.

Główne obowiązki przewidziane w ustawie Prawo telekomunikacyjne dla regulacji rynków hurtowych i stanowiące implementacje obowiązków wymienionych w dyrektywie o dostępie to:

- 1) obowiązek uwzględniania uzasadnionych wniosków operatorów o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego (art. 34 Pt),
- 2) obowiązek równego traktowania operatorów w zakresie dostępu telekomunikacyjnego (art. 36 Pt),
- 3) obowiązek ogłaszania lub udostępniania informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego (art. 37 Pt),
- 4) obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej (art. 38 Pt),
- 5) obowiązek kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego (art. 39 ust. 1 pkt 1 Pt),
- 6) obowiązek stosowania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora (art. 39 ust. 1 pkt 2 Pt),
- 7) obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty (art. 40 ust. 1 Pt),
- 8) obowiązek przygotowania i przedstawienia projektu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym (art. 42 Pt),
- 9) obowiązek inny, niż wymienione w art. 34-40 i art. 42 Pt, w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, który Prezes UKE może nałożyć w szczególnych przypadkach po uzyskaniu zgody Komisji Europejskiej (art. 44 Pt),
- 10) oraz obowiązek rozdziału funkcjonalnego (art. 44b Pt).

6.2. Podejście Regulatora w kwestii obowiązków regulacyjnych na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym

Usługa transmisji programów telewizyjnych jest niezbędna dla nadawców programów telewizyjnych, których głównym celem jest dotarcie ze swoją ofertą programową do jak największej liczby użytkowników końcowych. Tylko duża ilość odbiorców zapewnia nadawcom możliwości uzyskania przychodów z reklam, akcji marketingowych lub z abonamentów.

Aby było to możliwe, nadawcy są zmuszeni do korzystania z sieci transmisyjnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, ponieważ ze względu na uwarunkowania techniczne oraz koszty, żaden nadawca (w tym publiczny) nie może pozwolić sobie na wybudowanie własnej sieci, która dawałaby mu niezależność i możliwość transmisji programu w szerokim zakresie. Zmiany, jakie zaszły w ostatnich latach związane z przejściem z analogowej

na cyfrową technologię nadawania sygnału telewizyjnego spowodowały, że nadawcy zmuszeni są korzystać z usług operatorów multipleksów i w żadnym zakresie nie mogą korzystać z własnej infrastruktury, jeśli by taką posiadali.

Pomimo pewnego otwarcia na tym rynku i rozpoczęcia świadczenia usług przez kilku operatorów sieci transmisyjnych stwierdzić należy, iż nadal jedynym operatorem, dysponującym siecią, która pozwala w sposób efektywny ekonomicznie prowadzić transmisję programów telewizyjnych o zasięgu ogólnokrajowym jest sieć EmiTel.

Klientami na poziomie detalicznym rynku powiązanego z objętym analizą krajowym hurtowym rynkiem transmisji telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym są nadawcy telewizyjni. Pomimo, iż Prezes UKE nie jest uprawniony do regulacji wzajemnych relacji pomiędzy nadawcami a operatorami sieci transmisyjnych, nie sposób jest opisać występujące na tym rynku problemy konkurencji nie biorąc takich relacji również pod uwagę. Nadawcy telewizyjni będą tymi podmiotami, które pośrednio w znacznym stopniu skorzystają z wprowadzonej przez Prezesa UKE regulacji na operatora sieci transmisyjnej.

W związku z powyższym, Prezes UKE dokonując opisu tychże problemów odnosi się do sytuacji występującej we wzajemnych relacjach tych podmiotów, mając jednakże na uwadze, iż interwencja regulacyjna będzie obejmowała wyłącznie operatora sieci transmisyjnej, zmierzając do wprowadzenia konkurencji na zdefiniowanym rynku właściwym podlegającym regulacji.

6.3. Zidentyfikowane problemy rynkowe w rozwoju konkurencji

Analiza krajowego hurtowego rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym przeprowadzona przez Prezesa UKE wskazała na następujące problemy rynkowe:

- **możliwość utrudniania innym operatorom dostępu do infrastruktury EmiTel (w tym do infrastruktury służącej zapewnieniu usługi dosyłu),**
- **możliwość stosowania praktyk antykonkurencyjnego zawężania marży (*margin squeeze*⁶⁰) oraz subsydiowania skrośnego⁶¹ przez EmiTel.**

6.3.1. Możliwość utrudniania innym operatorom dostępu do infrastruktury EmiTel (w tym do infrastruktury służącej zapewnieniu usługi dosyłu)

Zgodnie z ustaleniami Prezesa UKE dokonanymi w toku analizy rynku oraz zgłaszanymi przez uczestników rynku problemami jego funkcjonowania, należy w szczególności zwrócić uwagę na następujące szkodliwe praktyki utrudniania lub uniemożliwiania dostępu przez operatora o pozycji znaczącej:

⁶⁰ Zawężanie marży (*margin squeeze*) oznacza praktykę cenową polegającą na tym, że różnica między cenami stosowanymi na hurtowym rynku usług pośrednich i cenami stosowanymi na poziomie detalicznym i poziomie hurtowym rynku nie jest wystarczająca, aby pokryć szczególne koszty, które musi ponieść sam przedsiębiorca, aby uzyskać dostęp do tego rynku. Źródło: Wyrok Trybunału (pierwsza izba) z dnia 17 lutego 2011 r. (Sprawa C-52/09, Dz. Urz. UE 2011/C 103/03 z 2.04.2011 r.).

⁶¹ Subsydiowanie skrośne oznacza pokrywanie części kosztów ponoszonych z tytułu jednego rodzaju działalności gospodarczej (lub w związku z wytwarzaniem energii albo realizacją usługi na rzecz jednej grupy odbiorców) z przychodów pochodzących z innego rodzaju działalności gospodarczej (lub w związku z działalnością na rzecz innych grup odbiorców).

Źródło:

http://www.ure.gov.pl/portal/pl/217/1194/234_Eliminowanie_subsydiowania_skrosnego.html?search=86173.

- Proces uzyskiwania dostępu do infrastruktury EmiTel przez operatorów alternatywnych w ramach obowiązującej uprzednio umowy ramowej trwał od 6 do 12 miesięcy. Ze względu na warunki ustalane w ogłaszanych przez nadawców przetargach na usługę transmisji sygnału, w ocenie operatorów alternatywnych proces ten trwał zdecydowanie zbyt długo, ograniczając lub uniemożliwiając im złożenie oferty przetargowej;
- Opieszałość i przewlekanie działań przez EmiTel w procedurze uzyskiwania dostępu do obiektów infrastrukturalnych Spółki;
- Powoływanie się na brak wolnych zasobów przejawiający się odmową dostępu w sytuacji, gdy EmiTel zamierzał wystąpić lub występował w tym samym przetargu na usługi transmisji sygnału, co operator alternatywny;
- Utrudnianie dostępu do obiektów infrastrukturalnych EmiTel w celu zapewnienia dosyłu. W przypadkach, w których usługa dosyłu realizowana była w ramach umowy odrębnej od umowy emisji sygnału, EmiTel powoływał się na problemy techniczne lub też przedstawiał ofertę dostępu na potrzeby zapewnienia dosyłu na nieadekwatnie wysokim poziomie cenowym, powodując brak możliwości ukształtowania konkurencyjnej oferty na świadczenie usługi transmisji sygnału przez operatora alternatywnego.

Rynek świadczenia usługi transmisji sygnału telewizyjnego w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym charakteryzuje się, jak już wspomniano wcześniej, wysokimi barierami wejścia na rynek właściwy z kilku zasadniczych powodów. Jednym z nich są bardzo wysokie koszty, jakie przedsiębiorca telekomunikacyjny musi ponieść, aby zbudować własną sieć umożliwiającą mu świadczenie usługi na jak największym obszarze. Innym utrudnieniem jest czas, który niezbędny jest dla przeprowadzania takich inwestycji. Budowa obiektu nadawczego stanowi długi proces związany z koniecznością uzyskania niezbędnych pozwoleń i uprawnień.

Jak wskazano w pkt 3.2.2. niniejszej decyzji, duplikacja infrastruktury niezbędnej do świadczenia usług transmisji sygnału telewizyjnego jest ograniczona ze względu na olbrzymie koszty (w tym ryzyko kosztów utopionych), które musiałby ponieść operator chcący konkurować z EmiTel sp. z o.o., ale przede wszystkim trudności w powieleniu istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej wynikające z fizycznych i technicznych parametrów sieci oraz ze strukturalnych i prawnych ograniczeń istniejących na analizowanym rynku, co zostało opisane m.in. pkt 3.1. niniejszej decyzji.

Na podstawie dostępnych informacji, w tym informacji na stronie EmiTel sp. z o.o.⁶² można wysnuć wniosek, że aby w sposób skuteczny i efektywny (w tym w szczególności finansowo) transmitować sygnał telewizyjny w poszczególnych multipleksach cyfrowych należy dysponować nie tylko rozległą (ogólnokrajową) siecią obiektów nadawczych, ale też należy dysponować obiektami wysokiej mocy nadawania oraz obiektami średniej i niskiej mocy nadawania jako obiektami uzupełniającymi dla danej emisji telewizyjnej. Transmisja z obiektów średniej i niskiej mocy ERP służy bowiem w przypadku transmisji sygnału telewizyjnego z obiektów nadawczych przedsiębiorcy do tzw. doświetlenia konkretnych obszarów.

Obiekty nadawcze, których właścicielem lub jedynym dysponentem jest EmiTel sp. z o.o. są bardzo często zlokalizowane w miejscach, gdzie praktycznie nie ma możliwości

⁶² <http://www.emitel.pl/telewizja/naziemna-telewizja-cyfrowa-dvb-t/aktualne-parametry-emisji-dvb-t/>

wybudowania nowych obiektów, jak np. parki narodowe i obszary górskie, a na istniejących już obiektach nie można zainstalować dodatkowych urządzeń nadawczych.

EmiTel sp. z o.o. posiada bardzo wysoki udział na analizowanym rynku właściwym, wynikający w znacznej mierze z faktu posiadania i wykorzystywania do świadczenia usług transmisji sygnału telewizyjnego celem dostarczenia treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, najbardziej rozbudowanej i rozwiniętej infrastruktury telekomunikacyjnej, obejmującej swoim zasięgiem obszar całego kraju. Jednocześnie powielenie jej jest, z przyczyn opisanych powyżej, niemożliwe przez działających obecnie operatorów alternatywnych.

Pozostali operatorzy, będący uczestnikami określonego niniejszą decyzją rynku, posiadają mniej zróżnicowaną infrastrukturę techniczną – głównie obiekty średniej i małej mocy, rozmieszczoną nierównomiernie (bardzo lokalnie) i w związku z tym nie mają możliwości obsługi nadawców ogólnokrajowych oraz ponadregionalnych w oparciu wyłącznie o infrastrukturę własną.

EmiTel sp. z o.o. ze względu na zasięg oraz liczbę wykorzystywanych obiektów nadawczych na terenie całego kraju, a także na zróżnicowanie tych obiektów posiada kontrolę nad trudną do powielenia infrastrukturą techniczną, co stanowi zdecydowaną przewagę nad innymi uczestnikami rynku i umacnia pozycję tej Spółki wobec innych operatorów świadczących usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

Wejście na rynek właściwy lub poszerzenie zakresu działania przez operatorów alternatywnych nie musi jednak oznaczać duplikowania istniejącej infrastruktury. Jak wspomniano wcześniej, w żadnym z krajów europejskich, z uwagi na nieefektywność kosztową takiego rozwiązania lub z powodu faktycznej niemożliwości wybudowania na wybranych obszarach konkurencyjnych obiektów nadawczych, infrastruktura służąca operatorom działającym na rynkach radiodifuzyjnych nie jest powielana. Nie należy się spodziewać zatem, że Polska będzie tu wyjątkiem. Dostęp (brak dostępu) do infrastruktury jest zatem w wielu wypadkach kluczowym czynnikiem umożliwiającym operatorom alternatywnym prowadzenie działalności na większą niż lokalna skalę i konkurowanie w skuteczny sposób z EmiTel. Problem ten dotyczy w szczególności obszarów słabo zurbanizowanych, gdzie zlokalizowane są obiekty nadawcze dużej mocy lub/i wysokie (tak pod względem wysokości względnej jak bezwzględnej), zapewniające odpowiednio duży zasięg dla transmisji sygnału telewizyjnego z dużą mocą.

Należy podnieść, iż we wcześniejszych okresach, gdy EmiTel był objęty reżimem regulacyjnym i m.in. obowiązkiem dostępu, Spółka stosowała praktyki określone w angielskojęzycznej doktrynie prawa konkurencji jako 3d; *deny, delay, defend*⁶³. Operatorzy alternatywni podkreślali wówczas, że zawarcie umowy o współpracy w oparciu o zapisy określone w ofercie ramowej EmiTel jest trudne, a w niektórych przypadkach niemożliwe z uwagi na mnożenie przez Spółkę nieadekwatnych warunków. W okresie poprzedzającym bezpośrednio wydanie niniejszej decyzji Spółka nie była obciążona żadnymi obowiązkami regulacyjnymi, miała zatem jeszcze większe możliwości uniemożliwiania lub skutecznego utrudniania innym operatorom korzystania z własnych zasobów infrastrukturalnych.

Utrudnianie realizacji dostępu do własnej sieci następować może nie tylko poprzez bezwzględną odmowę dostępu, ale również poprzez formalne umożliwienie dostępu, ale ukształtowanego w oparciu niekorzystne warunki (np. cenowe), uniemożliwiające w praktyce zbudowanie operatorowi alternatywnemu oferty konkurencyjnej wobec oferty EmiTel.

⁶³ odmawiaj, przedłużaj, broń

Utrudnianie realizacji dostępu do własnej sieci może również przyjąć formę utrudniania operatorom alternatywnym dostępu do infrastruktury EmiTel również w zakresie niezbędnym do realizacji usługi dosyłu. Usługa dosyłu ma bowiem komplementarny charakter wobec usługi emisji (rozpowszechniania) sygnału, stanowiąc niezbędny element świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym. Aby przeprowadzić emisję sygnału do odbiorców końcowych, niezbędne jest wcześniejsze przesłanie tego sygnału do obiektu nadawczego. Skuteczny dostęp do infrastruktury EmiTel ma być realizowany poprzez cały pakiet obowiązków regulacyjnych, w ramach którego mieści się również obowiązek określony w art. 34 ust. 1 Pt.

6.3.2. Możliwość stosowania praktyk antykonkurencyjnego zawężania marży (*margin squeeze*) oraz subsydiowania skrośnego przez EmiTel

Zgodnie z ustaleniami Prezesa UKE dokonanymi w toku analizy rynku oraz zgłaszanymi przez uczestników rynku problemami jego funkcjonowania, należy w szczególności zwrócić uwagę na następujące szkodliwe praktyki utrudniania lub uniemożliwiania dostępu przez operatora o pozycji znaczącej:

- Różnicowanie opłat za świadczenie usługi transmisji z tego samego obiektu, w zależności od przewidywania, czy w przetargu weźmie udział operator alternatywny,
- Występowanie znacznych dysproporcji pomiędzy opłatami występującymi na poziomie hurtowym rynku, a cenami na poziomie detalicznym;
- Stosowanie przez EmiTel zaniżonych cen za świadczenie usługi transmisji sygnału, na obszarach na których występuje konkurencja ze strony operatorów alternatywnych i zawyżonych na obszarach, na których takiej konkurencji brak;
- Brak przejrzystości oferty EmiTel odnoszącej się do podstaw ustalania cen za świadczenie usługi transmisji z poszczególnych obiektów. Nadawcy zwracali uwagę na znaczne dysproporcje w cenach za świadczenie usługi transmisji z obiektów EmiTel o zbliżonych parametrach.

Jak wskazano we wcześniejszej części niniejszej decyzji, spośród wszystkich operatorów, EmiTel dysponuje najbardziej rozbudowaną, rozwiniętą, a przy tym trudną do powielenia infrastrukturą telekomunikacyjną, obejmującą swoim zasięgiem obszar całego kraju, wykorzystywaną do świadczenia usługi transmisji sygnału telewizyjnego celem dostarczenia treści telewizyjnych użytkownikom końcowym. Pozostali operatorzy, będący uczestnikami określonego decyzją rynku, posiadają mniej zróżnicowaną infrastrukturę techniczną – głównie obiekty średniej i małej mocy, rozmieszczoną nierównomiernie i w związku z tym nie mają możliwości obsługi nadawców ogólnokrajowych oraz ponadregionalnych w oparciu wyłącznie o własną infrastrukturę.

W tym układzie rynkowym, w ocenie Prezesa UKE, występuje istotne ryzyko antykonkurencyjnych praktyk ze strony EmiTel polegających na obniżaniu opłat w tych obszarach działalności Spółki, gdzie spotyka się ona z konkurencją ze strony operatorów alternatywnych (np. na wybranych lokalnych obszarach w zakresie transmisji sygnału z nadajników małej i średniej mocy), a zawyżaniu opłat w tych obszarach działalności, gdzie nie występuje konkurencja ze strony innych operatorów lub konkurencja jest mało prawdopodobna (np. w obszarze transmisji multipleksowanego sygnału programów telewizyjnych o zasięgu ogólnopolskim). Tego rodzaju różnicowanie cen może w istotny sposób utrudnić operatorom alternatywnym pozyskiwanie kontraktów na świadczenie emisji programów telewizyjnych a co za tym idzie rozwoju konkurencji na analizowanym rynku.

Zaniżone opłaty za transmisję sygnału w obszarach działalności, gdzie EmiTel może spodziewać się konkurencji ze strony operatorów alternatywnych EmiTel mógłby sobie zrekompensować poprzez ustalanie wygórowanych cen na tych obszarach, na których nie spotyka się w praktyce z konkurencją ze strony operatorów alternatywnych. Takim obszarem działalności jest m.in. jest między innymi świadczenie usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym przy użyciu stacji nadawczych o największej mocy. Na analizowanym rynku Spółka prowadzi wszystkie emisje z dużą (lub bardzo dużą) mocą ERP, a zatem na w tym segmencie rynku gdzie nie występuje konkurencja ze strony operatorów alternatywnych.

6.4 . Obowiązki regulacyjne nałożone na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym

Mając na uwadze pozycję rynkową EmiTel oraz zidentyfikowane i opisane powyżej problemy rozwoju konkurencji, Prezes UKE uznał za zasadne nałożenie na EmiTel następujących obowiązków regulacyjnych:

1. obowiązek dostępu,
2. obowiązek niedyskryminacji,
3. obowiązek przejrzystości,
4. obowiązek rachunkowości regulacyjnej,
5. obowiązek ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty,
6. obowiązek oferty ramowej.

6.4.1. Obowiązek dostępu, o którym mowa w pkt. IV ust. 1 sentencji niniejszej decyzji

Na podstawie art. 34 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, Prezes UKE może zgodnie z przesłankami, o których mowa w art. 24 pkt 2 lit. a Pt, w drodze decyzji nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek uwzględnienia uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w szczególności biorąc pod uwagę poziom konkurencyjności rynku detalicznego i interes użytkowników końcowych.

Obowiązek dostępu ma zapewnić przedsiębiorcom telekomunikacyjnym możliwość korzystania z urządzeń telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub usług świadczonych przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, na określonych warunkach, celem świadczenia usług telekomunikacyjnych. Obowiązek dostępu polega w szczególności na: łączeniu urządzeń telekomunikacyjnych, dostępie do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej, dostępie do odpowiednich systemów oprogramowania, dostępie do translacji numerów lub systemów zapewniających analogiczne funkcje czy dostępie do sieci telekomunikacyjnych.

Na otwartym i konkurencyjnym rynku nie powinno być żadnych ograniczeń, które mogłyby uniemożliwiać przedsiębiorstwom negocjowanie między sobą rozwiązań dotyczących dostępu i łączenia sieci, z uwzględnieniem norm dotyczących konkurencji. Przedsiębiorstwa otrzymujące wnioski o dostęp lub łączenie sieci powinny w zasadzie zawierać takie umowy na zasadach komercyjnych i negocjować je w dobrej wierze. Jest to przewidziane w art. 3 dyrektywy o dostępie.

Jak wykazano powyżej konkurencyjność rynku świadczenia usług transmisji telewizyjnych jest znacząco ograniczona poprzez działania operatora EmiTel zajmującego znaczącą pozycję na tym rynku. Jednym z czynników, które mają bezpośredni wpływ na taką sytuację jest brak uregulowań w zakresie wzajemnych relacji pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi w zakresie dostępu. W szczególności na tym rynku mamy do czynienia ze znaczącą różnicą w potencjale ekonomicznym operatora EmiTel, a innych operatorów naziemnych sieci transmisyjnych. Bezsprzecznie dominująca pozycja rynkowa EmiTel daje mu przewagę nad innymi konkurentami na rynku, tym samym ograniczając konkurencję i powodując, iż nadawcy telewizyjni (w tym publiczni) nie mają innej możliwości niż korzystać z usług EmiTel. Biorąc pod uwagę powyższe, Prezes UKE postanowił nałożyć obowiązek dostępu w takim zakresie w jakim uwzględnione zostaną potrzeby pozostałych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, w tym operatorów naziemnych sieci transmisyjnych i powstanie możliwość współkorzystania z infrastruktury telekomunikacyjnej będącej własnością operatora EmiTel. W zakres obowiązku dostępu wynikającego z art. 34 ust. 1 nałożonego przez Prezesa UKE wchodzi w szczególności następujące elementy:

- a. zapewnienie określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy, systemów transmisyjnych oraz urządzeń telekomunikacyjnych, a także innych zasobów, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną;
- b. zapewnienie dostępu do usługi dostępu do sieci telekomunikacyjnej EmiTel na potrzeby świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym;
- c. zapewnienie infrastruktury telekomunikacyjnej, w tym masztów, słupów, wież lub innych obiektów i urządzeń technicznych w celu umieszczenia, montażu i podłączenia na obiektach EmiTel sprzętu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego chcącego współkorzystać z infrastruktury EmiTel;
- d. zapewnienie kolokacji polegającej na udostępnianiu przestrzeni fizycznej oraz innych form wspólnego korzystania z budynków;
- e. zapewnienie udogodnień towarzyszących usłudze transmisji telewizyjnych;
- f. prowadzenie w dobrej wierze negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego.

Zgodnie z treścią definicji zawartej w art. 2 pkt 35 Pt przez sieć telekomunikacyjną rozumie się systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, w tym nieaktywne elementy sieci, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju. W przypadku hurtowej usługi świadczenia transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, zapewnienie dostępu telekomunikacyjnego nierozdzielnie łączy się z zapewnieniem dostępu do określonych elementów sieci telekomunikacyjnej. Dlatego też Prezes UKE, mając na uwadze konieczność zapewnienia możliwości połączenia sieci współpracujących operatorów zobowiązał EmiTel do zapewnienia elementów sieci telekomunikacyjnej niezbędnych do świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

Ustawowa definicja infrastruktury telekomunikacyjnej zamieszczona jest w art. 2 pkt 8 Pt. Zgodnie z tym przepisem przez infrastrukturę telekomunikacyjną rozumie się urządzenia telekomunikacyjne, oprócz telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, oraz w szczególności

linie, kanalizacje kablowe, słupy wieże maszty, kable, przewody oraz osprzęt, wykorzystywane do zapewnienia telekomunikacji. Jak wskazano we wcześniejszej części decyzji, infrastruktura obejmująca obiekty wysokościowe EmiTel, jest zlokalizowana - ze względu na parametry techniczne dogodne do świadczenia usług transmisyjnych - w bardzo korzystnych miejscach i w wielu przypadkach jest w praktyce niemożliwa do zduplikowania. Stworzenie innym operatorom telekomunikacyjnym możliwości współkorzystania z infrastruktury EmiTel w postaci masztów, słupów, wież lub innych obiektów i urządzeń technicznych ma stworzyć warunki, w których operatorzy alternatywni będą w stanie zaproponować nadawcom telewizyjnym konkurencyjne warunki świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym. Współkorzystanie z tych obiektów może w szczególności przybrać formę dzierżawy miejsca na obiekcie wysokościowym EmiTel, w celu zainstalowania na nim nadajnika należącego do operatora alternatywnego.

Kolokacja to zgodnie z definicją ustawową zawartą w art. 2 pkt 15 Pt, udostępnienie fizycznej przestrzeni lub urządzeń technicznych w celu umieszczenia i podłączenia niezbędnego sprzętu operatora podłączającego swoją sieć do sieci innego operatora lub korzystającego z dostępu do lokalnej pętli abonenckiej. Ta forma dostępu przeciwdziałać ma utrudnieniom ze strony EmiTel związanym z zamawianiem przez operatorów alternatywnych usługi kolokacji i powierzchni dedykowanej. We wszystkich przypadkach, w których przedsiębiorcy telekomunikacyjni wynajmują od EmiTel powierzchnie na cele podłączenia sieci i urządzeń, Spółka powinna zapewniać również możliwość skorzystania z tych powierzchni w celu realizacji świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

Kolejną formą obowiązku dostępu stanowi zapewnienie udogodnień towarzyszących usłudze transmisji telewizyjnych w celu dostępu do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej. Poprzez udogodnienia towarzyszące rozumie się, stosownie do brzmienia art. 2 pkt 44 Pt, zarówno usługi towarzyszące, jak i infrastrukturę fizyczną oraz inne urządzenia i elementy związane z siecią telekomunikacyjną lub usługami telekomunikacyjnymi, które umożliwiają lub wspierają dostarczanie usług za pośrednictwem tych sieci lub usług, które mogą służyć do tego celu. Wśród usług towarzyszących można wymienić przykładowo systemy informatyczne pozwalające na współkorzystanie z elementów infrastruktury przez różnych operatorów oraz zapewniające interoperacyjność ich sieci telekomunikacyjnych. Udogodnienia towarzyszące stanowiące infrastrukturę fizyczną oraz inne urządzenia i elementy związane z siecią telekomunikacyjną lub usługami telekomunikacyjnymi obejmują między innymi nieruchomości, w tym budynki, urządzenia służące zapewnieniu zasilania w energię elektryczną. W ocenie Prezesa UKE, zapewnienie dostępu również do tych elementów infrastruktury i systemów EmiTel jest niezbędne do efektywnego świadczenia przez operatorów alternatywnych usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, w oparciu o infrastrukturę Spółki.

Prezes UKE nałożył również obowiązek prowadzenia negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w dobrej wierze. Obowiązek prowadzenia negocjacji w dobrej wierze oznacza reakcję na typowe praktyki negocjacyjne operatora zasiedziałego, nastawione na opóźnianie lub utrudnianie dostępu, w celu utrzymania przewagi konkurencyjnej. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, wymóg negocjowania w dobrej wierze wiąże się z zadeklarowaniem przez operatorów przy negocjowaniu treści umowy zwykłej uczciwości kupieckiej i rzetelności prowadzenia rokowań (zob. np. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 lipca 2005 r., sygn. VI SA/Wa 1603/04). Obowiązek ten stanie się bodźcem motywującym EmiTel do zawierania umów o dostępie

telekomunikacyjnym, który w połączeniu z obowiązkami niedyskryminacji i przejrzystości powinien zapewnić innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostęp do infrastruktury EmiTel.

Należy podkreślić, iż obowiązek dostępu obejmuje swoim zakresem również dostęp w zakresie niezbędnym do zapewnienia usługi dosyłu. W ramach tej formy dostępu, EmiTel ma obowiązek umożliwienia świadczenia usługi dosyłu w szczególności w sposób wskazany w pkt. 1.3 decyzji, tj. satelitarny, radioliniowy, światłowodowo-kablowy i poprzez odbiornik retransmisyjny. Na potrzeby świadczenia usługi dosyłu, na Spółce ciąży obowiązek dostępu realizowany w sposób określony w pkt. IV ust. 1 pkt a, c, d, e i f decyzji.

Stosowanie wobec EmiTel, jako operatora o znaczącej pozycji na rynku właściwym, obowiązku dostępu telekomunikacyjnego we wskazanym powyżej zakresie, jest w ocenie Prezesa UKE proporcjonalne i adekwatne do zidentyfikowanych problemów rynkowych związanych z utrudnianiem lub uniemożliwianiem dostępu do infrastruktury, sieci telekomunikacyjnej lub obiektów EmiTel, których rozwiązanie służy realizacji celów wskazanych w art. 1 ust. 2 pkt 1, 2 i 5 Pt. Obowiązek ten ma charakter prewencyjny i ma zapobiegać możliwości utrudniania operatorom dostępu do sieci telekomunikacyjnej EmiTel. Ww. obowiązek regulacyjny będzie stanowił dla innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych podstawę do zawierania z EmiTel umów o dostępie telekomunikacyjnym, uwzględniających warunki konkurencyjne panujące na rynku właściwym. W połączeniu z nałożonymi obowiązkami niedyskryminacji i przejrzystości (które zostaną omówione poniżej), obowiązek ten zapewni każdemu operatorowi telekomunikacyjnemu skuteczny i szeroki dostęp telekomunikacyjny, w tym do sieci i urządzeń EmiTel, a poprzez to możliwość świadczenia wobec nadawców usług telekomunikacyjnych i skuteczną konkurencję na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

Określony decyzją zakres obowiązku dostępu jest adekwatny i proporcjonalny do stwierdzonych problemów rynkowych. Wypełnianie obowiązku z art. 34 ust. 1 i ust. 2 Pt, o którym mowa w pkt IV ust. 1 sentencji decyzji, ma służyć zapobieganiu problemom rynkowym opisanym w pkt 6.3.1 decyzji, polegającym na m.in. opieszałości i przeciąganiu procedur i nieterminowości zarówno w przypadku uruchamiania usług, jak i obsługi technicznej oraz dalszej realizacji usług i utrudnianiu dostępu do obiektów infrastrukturalnych EmiTel w celu zapewnienia dosyłu. Problemy te są szczególnie prawdopodobne i możliwe do zaistnienia w przyszłości z uwagi na bardzo silną pozycję EmiTel na rynku właściwym, co umożliwia EmiTel działanie w znacznym stopniu niezależnie od klientów, konkurentów i konsumentów.

6.4.2. Obowiązek niedyskryminacji, o którym mowa w pkt. IV ust. 2 sentencji niniejszej decyzji

Zgodnie z art. 10 dyrektywy o dostępie, krajowe organy regulacyjne mogą nałożyć na operatorów o znaczącej pozycji obowiązek niedyskryminacji. Ww. dyrektywa określa ten obowiązek jako wymóg, aby przedsiębiorcy posiadający znaczącą pozycję rynkową „*stosowali podobne wymogi w podobnych okolicznościach w stosunku do innych przedsiębiorstw świadczących podobne usługi oraz żeby świadczyły tym innym przedsiębiorstwom usługi i udostępniały informacje na takich samych warunkach i o tej samej jakości jak te, które zapewniają ich własnym oddziałom, podmiotom zależnym lub wspólnikom*”.

Niedyskryminacja jest obowiązkiem, który może zostać nałożony sam, lecz – aby był efektywnym środkiem – powinien zostać powiązany z szeregiem innych obowiązków. Naturalnym uzupełnieniem dla tego obowiązku jest obowiązek przejrzystości, ponieważ

zdolność do zidentyfikowania zachowania, które może mieć negatywne skutki poprzez wykorzystanie dyskryminacyjnych praktyk, zależy od zdolności do wykrycia takiego zachowania.

Wspomniane powyżej przepisy dyrektywy o dostępie zostały wdrożone do polskiego porządku prawnego i ich odpowiednikiem jest art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Zgodnie z ww. przepisem, Prezes UKE może zgodnie z przesłankami, o których mowa w art. 24 pkt 2 lit. a Pt w drodze decyzji, nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności poprzez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowanie usług oraz udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi. Obowiązek niedyskryminacji ma więc na celu zapobieżenie tym zachowaniom EmiTel, które mogłyby wywierać szkodliwy wpływ na konkurencję.

Jako jedna z form obowiązku niedyskryminacji wprowadzony został obowiązek stosowania przez EmiTel, w zakresie realizacji usług na rzecz operatorów alternatywnych, kluczowych wskaźników efektywności. Stosowanie KPI w celu ogłaszania i udostępniania przez EmiTel wskaźników KPI, ułatwi przeciwdziałanie praktykom dyskryminacyjnym poprzez ujawnianie ewentualnych nieprawidłowości i naruszeń obowiązków ze strony EmiTel w stosunku do poszczególnych przedsiębiorców występujących z wnioskami o dostęp do elementów infrastruktury Spółki. EmiTel, stosując wskaźniki KPI, powinien uwzględnić wskaźniki szczegółowo opisane i zatwierdzone przez Prezesa UKE (listę KPI, ich definicje, poziomy startowe, referencyjne, tolerancje, dziedziny zdarzeń oraz sposoby i wzory obliczania, procedury oraz częstotliwość pomiaru i raportowania przez EmiTel) w uzgodnieniu z innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, w stanowisku Prezesa UKE publikowanym na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej UKE. Szersze omówienie obowiązku publikowania przez EmiTel KPI zostało zawarte w dalszej części decyzji dotyczącej obowiązku przejrzystości.

Jak stwierdzono w niniejszej decyzji, EmiTel jest operatorem o znaczącej pozycji rynkowej na analizowanym rynku właściwym, dlatego należy stwierdzić, iż posiada on bodźce oraz możliwości do podejmowania działań kształtujących różne warunki dostępu dla poszczególnych konkurentów Spółki. Zajmowana przez EmiTel znacząca pozycja na rynku właściwym może stwarzać zachętę do oferowania w jednakowych okolicznościach różnych warunków zarówno technicznych, jak i cenowych wobec różnych przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem dostępu do infrastruktury EmiTel. W celu zapobiegania tego typu praktykom, Prezes UKE postanowił nałożyć na EmiTel obowiązek niedyskryminacji. Obowiązek ten jest zdaniem Prezesa UKE adekwatny i proporcjonalny do zidentyfikowanych problemów na przedmiotowym rynku związanych z utrudnianiem możliwości korzystania z usług EmiTel oraz stosowaniem zawężania marży lub subsydiowania skrośnego i stanowiąc ważny element środków zaradczych, mających wpłynąć na warunki świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym. Nie jest jednocześnie nadmiernie uciążliwy dla operatora wyznaczonego jako zajmującego pozycję znaczącą na przedmiotowym rynku.

Prawidłowo funkcjonujący, konkurencyjny rynek wymaga spełnienia warunku równego traktowania różnych przedsiębiorstw w porównywalnych okolicznościach. Nałożenie omawianego obowiązku ma przeciwdziałać praktykom uprzywilejowanego traktowania wybranych kontrahentów i dyskryminacji innych. Obowiązek ten jest mocno związany z innymi obowiązkami, takimi jak obowiązek przejrzystości realizowany zarówno poprzez publikację warunków dostępu telekomunikacyjnego na stronach EmiTel, jak i w formie oferty

ramowej. Z jednej strony zatem, ta grupa obowiązków ma zapewnić obowiązywanie przejrzystych, jasnych i jednakowych wobec wszystkich operatorów alternatywnych zasad w zakresie świadczenia dostępu przez operatora EmiTel do własnej infrastruktury. Z drugiej strony, poprzez powiązanie obowiązku niedyskryminacji z obowiązkami rachunkowości regulacyjnej oraz ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty, a także zobowiązania do publikowania KPI, Prezes UKE uzyska narzędzia weryfikacji czy we współpracy z poszczególnymi operatorami alternatywnymi działania EmiTel nie mają dyskryminującego charakteru.

Rozwiązanie opisanych wyżej problemów służy realizacji celów wskazanych w art. 1 ust. 2 pkt 1 Pt.

6.4.3. Obowiązek przejrzystości, o którym mowa w pkt. IV ust. 3 sentencji niniejszej decyzji

Zgodnie z art. 37 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne Prezes UKE może nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek ogłaszania lub udostępniania informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, dotyczących informacji księgowych, specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat.

Obowiązek przejrzystości ma za zadanie zapobiegać potencjalnym antykonkurencyjnym zachowaniom Spółki. EmiTel będzie mieć bowiem świadomość, że oferowane przez Spółkę warunki są monitorowane zarówno przez Prezesa UKE, jak i przez konkurentów. Sam w sobie nie rozwiąże problemu nacisku na marże, zawyżonych cen usług transmisyjnych, ale w powiązaniu z innymi środkami regulacyjnymi (niedyskryminacja, ustalanie opłat w oparciu o ponoszone koszty) może pośrednio przyczynić się do zlikwidowania stwierdzonych problemów rynkowych.

Nadawcy telewizyjni będą lepiej poinformowani o ofercie w zakresie korzystania z usług transmisji programów radiowych przez EmiTel, natomiast operatorzy naziemnych sieci transmisyjnych o możliwościach i warunkach współkorzystania z infrastruktury i sieci telekomunikacyjnej Spółki.

Uwzględniając powyższe, Prezes UKE uznał za w pełni uzasadnione nałożenie na EmiTel obowiązku, o którym mowa w art. 37 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegającego na ogłaszaniu lub udostępnianiu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w zakresie świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, dotyczących informacji księgowych, specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat.

Obowiązek przejrzystości w formie nadanej w pkt. IV ust. 3 sentencji decyzji ma zapewnić operatorom alternatywnym dostęp do najważniejszych informacji związanych z charakterystyką poszczególnych obiektów EmiTel. Operatorzy alternatywni analizując możliwość zestawienia konkretnej transmisji uwzględniającej parametry określone przez nadawcę, będą mogli wstępnie ocenić przydatność obiektu(-ów) EmiTel do zestawienia takiej transmisji. Obowiązek ten ma zatem przyczynić się do zwiększenia możliwości konkurencyjnej działalności operatorów alternatywnych na rynku właściwym. Posiadając informacje wynikające z wykonywania przez EmiTel obowiązku przejrzystości operatorzy alternatywni będą mieli możliwość szybszego przedstawienia kompleksowej, opartej na rzetelnych i aktualnych danych oferty świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

Konkretyzując na podstawie art. 37 ust. 2 Pt ten obowiązek, mając na uwadze zapewnienie swobodnego wglądu do tych informacji każdemu zainteresowanemu podmiotowi, Prezes UKE wskazał następujące zasady:

- a. zakres informacji obejmuje wszystkie informacje dotyczące specyfikacji technicznych sieci telekomunikacyjnej i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki i architektury sieci, lokalizacji i przebiegu elementów infrastruktury oraz ich zajętości, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci telekomunikacyjnej, a także opłat, dotyczących infrastruktury telekomunikacyjnej EmiTel niezbędnej do wnioskowania o dostęp oraz świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym;
- b. ogłaszanie co najmniej raz na kwartał, na oficjalnej stronie internetowej EmiTel, wartości wskaźników efektywności (KPI), liczonych odrębnie dla EmiTel oraz odrębnie dla poszczególnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie realizacji usług na rzecz przedsiębiorców telekomunikacyjnych;
- c. udostępnianie zestawienia wartości wskaźników KPI, o których mowa w pkt IV ppkt 3 lit. b decyzji każdemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu, któremu EmiTel świadczy usługi hurtowe, zawierającego wartości indywidualnych KPI dla danego przedsiębiorcy oraz zestawienia KPI dla wszystkich zdarzeń, na podstawie którego ten przedsiębiorca będzie w stanie zweryfikować swój indywidualny wskaźnik KPI;
- d. publikacja informacji wskazanych w pkt IV ppkt 3 lit. a-b decyzji nastąpi w formie elektronicznej na oficjalnej stronie internetowej EmiTel;
- e. informacje, o których mowa w pkt IV ppkt 3 lit. a decyzji 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;
- f. informacje dotyczące wskaźników KPI należy udostępnić na wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 (jednego) tygodnia od dnia jego wpływu do EmiTel.

Powyższe terminy są w ocenie Prezesa UKE wystarczające, aby EmiTel mógł przygotować wymagane informacje, jednocześnie zapewniają operatorom, którzy chcą skorzystać z infrastruktury EmiTel możliwość sprawnego dostępu do informacji niezbędnych do podjęcia, ze swojej strony, działań przygotowawczych.

Zidentyfikowana przez Prezesa UKE możliwość utrudniania przez EmiTel innym operatorom dostępu telekomunikacyjnego jest na tyle znacząca i wszechstronna, że nałożenie ogólnego obowiązku udostępniania ogólnych danych dotyczących zapewnienia dostępu nie będzie wystarczającym środkiem regulacyjnym. Koniecznym jest zatem rozszerzenie obowiązku przejrzystości, polegające na zobowiązaniu EmiTel do publikowania co najmniej raz na kwartał na oficjalnej stronie internetowej EmiTel wartości wskaźników efektywności (KPI; pkt IV ppkt 3 lit. b sentencji decyzji). Ponadto EmiTel ma udostępniać zestawienia wskaźników KPI każdemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu, któremu EmiTel świadczy usługi hurtowe. Zestawienia te powinny zawierać wartości indywidualnych KPI dla danego przedsiębiorcy oraz zestawienia KPI dla wszystkich zdarzeń, dzięki czemu przedsiębiorca ten będzie obiektywnie mógł zweryfikować swój indywidualny wskaźnik KPI (pkt IV ppkt 3 lit. b sentencji decyzji).

Głównym celem publikacji i stosowania wskaźników KPI jest ocena poziomu terminowości realizacji wniosków o dostęp do infrastruktury EmiTel składanych przez operatorów

alternatywnych. Raporty, porównujące wskaźniki KPI różnych przedsiębiorców, będą przygotowywane przez EmiTel co najmniej raz na kwartał. Każdy z przedsiębiorców telekomunikacyjnych korzystających z usług hurtowych EmiTel otrzyma raport, w którym jego wskaźniki zostaną skonfrontowane ze średnią wartością wskaźników wszystkich przedsiębiorców. EmiTel ma przekazywać do każdego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, któremu świadczy usługi hurtowe, następujące dane: wartość indywidualnych wskaźników przedsiębiorcy telekomunikacyjnego; zestawienie wszystkich zdarzeń, na podstawie którego przedsiębiorca telekomunikacyjny będzie w stanie obiektywnie zweryfikować swój indywidualny wskaźnik. Wskaźniki powinny dotyczyć poszczególnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych (wyliczone odrębnie dla każdego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego).

Wskaźniki KPI mają w szczególności mierzyć parametry dotyczące sprawności i terminowości realizowania przez EmiTel wniosków o dostęp, podpisywania umów na podstawie oferty ramowej, czy rozpatrywania reklamacji, a także jakości świadczonych usług. Uszczegółowienie poszczególnych wskaźników KPI nastąpi, poprzez publikację stanowiska Prezesa UKE, po zaakceptowaniu oferty ramowej. EmiTel, ogłaszając i udostępniając wskaźniki KPI, powinien uwzględnić wskaźniki szczegółowo opisane i zatwierdzone przez Prezesa UKE (listę KPI, ich definicje, poziomy startowe, referencyjne, tolerancje, dziedziny zdarzeń oraz sposoby i wzory obliczania, procedury oraz częstotliwość pomiaru i raportowania przez EmiTel) w uzgodnieniu z innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, w stanowisku Prezesa UKE publikowanym na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej UKE.

Obowiązek ten jest proporcjonalny i adekwatny, ponieważ za pomocą niezbędnych narzędzi regulacyjnych służy wyeliminowaniu problemów z utrudnianiem i uniemożliwianiem dostępu do infrastruktury i zasobów sieci telekomunikacyjnej EmiTel. Rozwiązanie tych problemów jednocześnie służy realizacji celów wskazanych w art. 1 ust. 2 pkt 1 Pt.

6.4.4. Obowiązek rachunkowości regulacyjnej, o którym mowa w pkt. IV ust. 4 sentencji niniejszej decyzji

Obowiązek ten, określony został w art. 11 dyrektywy o dostępie. Celem nałożenia tego obowiązku jest uczynienie przejrzystymi cen stosowanych w ramach transferu wewnętrznego, w szczególności w celu zapewnienia wykonania obowiązku niedyskryminacji, w zakresie ustalania i stosowania opłat oraz dla zapobieżenia subsydiowaniu skrośnemu. W ustawie Prawo telekomunikacyjne odpowiednikiem określającym ten obowiązek jest art. 38 ust. 1 Pt, zgodnie z którym Prezes UKE może, zgodnie z przesłankami, o których mowa w art. 24 pkt 2 lit. a Pt, w drodze decyzji, nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej w sposób umożliwiający identyfikację przepływów transferów wewnętrznych związanych z działalnością w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, zgodnie z przepisami art. 49 – 54 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Cele rachunkowości regulacyjnej, m.in. przeciwdziałanie praktykom dyskryminacji (w tym również dyskryminacji cenowej), zgodnie z art. 49 ust. 1 Pt, realizowane są bezpośrednio poprzez wyodrębnienie i przypisanie aktywów, pasywów, przychodów i kosztów przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do działalności w zakresie dostępu telekomunikacyjnego lub działalności w zakresie usług na rynku detalicznym, tak jakby każdy rodzaj działalności był świadczony przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, a także ustalenie przychodów i związanych z nimi kosztów odrębnie dla każdej z usług objętych kalkulacją kosztów.

Obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej nałożony na EmiTel niniejszą decyzją stanowi adekwatny środek wobec stwierdzonych problemów rynkowych na rynku właściwym, ponieważ jest jedynym skutecznym środkiem umożliwiającym przeciwdziałanie pojawieniu się zjawiska subsydiowania skrośnego w celu stosowania antykonkurencyjnego zawężania marży.

Jednym ze stwierdzonych zagrożeń prawidłowego funkcjonowania rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, jest możliwość stosowania przez EmiTel niższych cen na obszarach, gdzie Spółka spotyka się z konkurencją ze strony operatorów alternatywnych, przy jednoczesnym zawyżaniu cen na obszarach, na których taka konkurencja nie występuje. Celem nałożenia obowiązku rachunkowości regulacyjnej jest zidentyfikowanie tego typu praktyk poprzez analizę przepływów finansowych dotyczących poszczególnych obszarów działalności EmiTel i w szczególności zapobieżenie dyskryminacji cenowej oraz stosowaniu praktyki typu *margin squeeze*. W oparciu o informacje uzyskane na podstawie obowiązku rachunkowości regulacyjnej, możliwe jest monitorowanie wartości opłat transferowych pomiędzy wyodrębnionymi rodzajami działalności oraz ocena kondycji finansowej operatora: wyniku każdej z działalności odrębnie oraz zbiorczo, poziomu kosztów, przychodów, średniorocznego kapitału zaangażowanego. Powyższe stanowi, istotne narzędzie regulacyjne dla weryfikacji zasady niedyskryminacji cenowej oraz czy możliwe jest skonstruowanie przez operatorów alternatywnych oferty detalicznej konkurencyjnej cenowo względem oferty operatora o znaczącej pozycji rynkowej.

Biorąc pod uwagę negatywny wpływ opisanych powyżej zachowań antykonkurencyjnych na stan rynku, omawiany obowiązek ten jest proporcjonalny i adekwatny do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji celów wskazanych w art. 1 ust. 2 pkt 1 Pt.

6.4.5. Obowiązek ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty, o którym mowa w pkt IV ust. 5 sentencji niniejszej decyzji

Krajowy organ regulacyjny może, zgodnie z postanowieniami artykułu 13 dyrektywy ramowej, nałożyć obowiązki kontroli cen i kalkulacji kosztów, jeżeli analiza rynkowa wykaże brak skutecznej konkurencji, nadmiernie wysoki poziom cen lub wymuszanie cen działające na niekorzyść użytkowników końcowych. Obowiązek taki powinien promować skuteczną i zrównoważoną konkurencję oraz maksymalizować korzyści konsumentów.

W ustawie Prawo telekomunikacyjne, ustawodawca określił następujące obowiązki kosztowe:

- obowiązki, o których mowa w art. 39 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegające na kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego oraz na stosowaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora;
- obowiązek, o którym mowa w art. 40 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty operatora.

Krajowe organy regulacyjne nakładając obowiązki regulacyjne powinny rozważyć, czy dostępne są wystarczające informacje dla zapewnienia efektywnej kontroli wymogu niedyskryminacji lub czy konieczne są dodatkowe obowiązki w postaci rozdzielności księgowej w celu zapewnienia efektywnego przestrzegania wymagań. Wreszcie, często może być tak, że rzeczywisty poziom opłat za dostęp musi zostać ustalony przez krajowy organ regulacyjny, a tym samym może zostać nałożona kontrola kosztów. Kontrola cen może być konieczna w przypadku, gdy analiza na danym rynku wykaże nieefektywną konkurencję.

Interwencja regulacyjna w tym zakresie może być stosunkowo niewielka, w postaci obowiązku ustalania rozsądnych cen, lub większa, w postaci obowiązku orientowania cen na koszty w celu zapewnienia pełnego uzasadnienia dla tych cen, kiedy konkurencja nie jest wystarczająco silna, by zapobiec zawyżaniu cen.

Przy obliczaniu przez krajowy organ regulacyjny kosztów, wykorzystana metoda powinna być odpowiednia do okoliczności, biorąc pod uwagę potrzebę promowania efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz maksymalizowania korzyści konsumentów.

Prezes UKE stwierdził, iż z punktu widzenia osiągnięcia celów regulacyjnych koniecznym jest zastosowanie obowiązku ustalania opłat za dostęp telekomunikacyjny w oparciu o ponoszone koszty, czyli obowiązku przewidzianego w art. 40 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Obowiązek z art. 40 Pt, zdaniem Prezesa UKE, stanowi mechanizm, który nie będzie wymagał od EmiTel, implementacji specjalnego modelu kalkulacji kosztów „top down” oraz stosowania przez EmiTel wysokości wskaźnika zwrotu zaangażowanego kapitału⁶⁴ określonego przez Prezesa UKE na poziomie odzwierciedlającym strukturę kapitału efektywnie działającego operatora.

Obowiązek kalkulacji kosztów z art. 39 Pt, przewiduje zastosowanie przez operatora wyznaczonego ściśle określonej metodyki kalkulacji kosztów oraz sposobów alokacji poszczególnych kategorii kosztowych odpowiadający funkcjonowaniu efektywnie działającego przedsiębiorcy, jaki funkcjonowałby na w pełni konkurencyjnym rynku.

Dlatego też Prezes UKE uznał, że adekwatnym i proporcjonalnym rozwiązaniem, biorąc okoliczności rynkowe, w jakich funkcjonuje EmiTel, będzie zobowiązanie EmiTel do wyznaczenia opłat za dostęp na podstawie kosztów ponoszonych z art. 40 Pt. W ramach realizacji obowiązku z art. 40 Pt, operator ma możliwość wyznaczenia kosztów ponoszonych stosując wybraną przez siebie metodę kalkulacji. Na EmiTel ciąży zatem obowiązek udowodnienia, że opłaty i stawki są ustalone zgodnie z ciężącym na Spółce obowiązkiem regulacyjnym.

W celu oceny prawidłowości wysokości opłat ustalonych przez EmiTel Prezes UKE może zastosować sposoby weryfikacji opłat wskazane poniżej. W przypadku, gdy według przeprowadzonej przez Prezesa UKE oceny wysokość opłat ustalonych przez EmiTel okaże się nieprawidłowa, wówczas Prezes UKE ustala wysokość opłat stosując metody, o których mowa poniżej.

W tym miejscu należy też wskazać, iż art. 40 ust. 1a Pt zobowiązuje Prezesa UKE do wskazania w decyzji nakładającej obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty, sposobów weryfikacji i ustalania tych opłat. Sposoby te muszą być określone w katalogu zamkniętym, tj. Prezes UKE nie może posłużyć się metodą inną niż wskazane w decyzji.

W związku z tym faktem, Prezes UKE określił w niniejszej decyzji następujące metody, które mogą być wykorzystane do weryfikacji i ustalania wysokości opłat ze strony operatorów alternatywnych za dostęp do zasobów EmiTel na potrzeby świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym (katalog zamknięty metod):

- Retail Minus (cena detaliczna minus),
- Cost orientation (orientacja kosztowa),
- Benchmarking (uwzględnienie wysokości opłat stosowanych na porównywalnych rynkach konkurencyjnych).

⁶⁴ ang. *weighted average cost of capital (WACC)*

W opinii Prezesa UKE wskazane metody stanowią podstawowe i najważniejsze metody przy weryfikacji i ustalaniu wysokości opłat.

Metoda „Cena detaliczna minus” ustala cenę usługi hurtowej w stosunku do ceny detalicznej danej usługi, a nie poprzez obliczanie kosztów poniesionych przy powstawaniu usługi hurtowej. Przy stosowaniu tej metody od ceny detalicznej danej usługi odejmuje się wszystkie koszty niezwiązane ze świadczeniem usługi hurtowej (tj. koszty związane ze świadczeniem usługi detalicznej oraz zysk przedsiębiorcy).

Metoda orientacji kosztowej polega na weryfikacji stawek operatora w odniesieniu do prowadzonej przez niego rachunkowości regulacyjnej.

W przypadku wyboru metody polegającej na uwzględnieniu danych dotyczących poziomu cen na rynkach porównywalnych (benchmarking), do analizy brane są tylko te kraje, które spełniają kryterium konkurencyjności, rozumiane jako rywalizacja o klientów pomiędzy przedsiębiorcami obecnymi na rynku. Przy porównaniu z innymi konkurencyjnymi rynkami Prezes UKE odniesie się do państw bardziej zaawansowanych we wprowadzaniu prokonkurencyjnych rozwiązań. Prezes UKE może odnieść się do państw obecnych w Unii Europejskiej przed dniem 1 maja 2004 r. lub do tych państw, które osiągnęły najlepsze efekty w zapewnieniu dostępu do danej usługi.

Zgodnie z art. 40 ust. 3 Pt wybór metody weryfikacji i ustalania wysokości opłat stosowanych przez EmiTel pozostaje w kompetencji Prezesa UKE dokonującego oceny prawidłowości wysokości opłat ustalonych przez operatora.

Prezes UKE, podejmując decyzję o wyborze konkretnej metody weryfikacji i ustalania opłat, dokona oceny najbardziej adekwatnej metody do ustalonego stanu faktycznego i związanych z tym potrzeb rynku.

Rynek telekomunikacyjny jest jednym z najbardziej dynamicznie zmieniających się rynków zarówno pod względem warunków funkcjonowania na nim operatorów, jak również cen świadczonych przez nich usług. W takim więc środowisku stworzenie przez Prezesa UKE jednej uniwersalnej metody wykonywania analiz porównawczych i wykorzystywanie jej w każdym przypadku należy uznać za bezzasadne.

Z kolei silna pozycja EmiTel na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym daje temu operatorowi swobodę działania już w chwili obecnej w zakresie ustalenia cen powyżej konkurencyjnego poziomu, czyli takiego, który zostałby ustalony, gdyby rynek ten był faktycznie konkurencyjny. Opłaty przekraczające poziom konkurencyjny powodują nieefektywny rozdział dóbr i kapitału oraz utrudniają powstanie warunków wspierania równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych w celu zapewnienia użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych. W najbliższej przyszłości nie jest możliwe, by EmiTel utracił swą znaczącą pozycję na rynku i nie można raczej spodziewać się pojawienia bodźców motywujących tego operatora do ustalania konkurencyjnych cen.

Powyższa sytuacja oznacza konieczność nałożenia na EmiTel obowiązku z art. 40 ustawy Prawo telekomunikacyjne, w celu bardziej efektywnej kontroli przez Regulatora opłat za dostęp telekomunikacyjny. Obowiązek ten jest proporcjonalny i adekwatny, ponieważ za pomocą niezbędnych narzędzi regulacyjnych służy wyeliminowaniu problemów nadmiernie wysokich opłat za dostęp do elementów infrastruktury EmiTel lub ustalania zawyżonych cen i działania tym samym na niekorzyść użytkowników końcowych. Umożliwiając zweryfikowanie zasadności opłat za dostęp pobieranych przez EmiTel od operatorów

alternatywnych, przyczynia się również do realizacji obowiązku niedyskryminacji. Zapobiega bowiem dowolnemu, uznaniowemu i nierównemu kształtowaniu przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej warunków cenowych w relacjach z operatorami alternatywnymi. Jak wskazano wcześniej, obowiązek z art. 40 stanowi niezbędny środek osiągnięcia tych celów regulacyjnych, w ramach którego operator ma możliwość wyznaczenia kosztów ponoszonych stosując wybraną przez siebie metodę kalkulacji. W odróżnieniu od obowiązku kosztowego przewidzianego w art. 39 Pt, obowiązek z art. 40 Pt można uznać za mniej restrykcyjny, albowiem nie wymaga od EmiTel, implementacji specjalnego modelu kalkulacji kosztów „top down” oraz stosowania przez EmiTel wysokości wskaźnika WACC określonego przez Prezesa UKE na poziomie odzwierciedlającym strukturę kapitału efektywnie działającego operatora. Tym samym nałożonego na EmiTel obowiązku kosztowego na podstawie art. 40 nie można uznać za nadmiernie uciążliwy. Tym samym służy jednocześnie realizacji celów wskazanych w art. 1 ust. 2 pkt 1 Pt.

6.4.6. Obowiązek oferty ramowej, o którym mowa w pkt. IV ust. 6 sentencji niniejszej decyzji

W doktrynie prawa telekomunikacyjnego przyjmuje się, że obowiązek sporządzenia oferty ramowej stanowi jedną z form realizacji obowiązku zapewnienia przejrzystości w sprawach związanych z zapewnieniem dostępu telekomunikacyjnego przez operatorów o znaczącej pozycji rynkowej. W opinii Prezesa UKE, obowiązek przejrzystości nałożony na podstawie art. 37 ust. 1 Pt i w formie nadanej w pkt. IV ust. 3 niniejszej decyzji stanowi, jakkolwiek uzasadniony, to niewystarczający środek zaradczy w odniesieniu do zapewnienia operatorom alternatywnym dostępu do informacji w zakresie niezbędnym do efektywnej współpracy z EmiTel związanej z procedurą uzyskiwaniem dostępu do zasobów infrastrukturalnych EmiTel. Problematyka związana z korzystaniem z infrastruktury EmiTel jest tak szeroka i skomplikowana, iż brak precyzyjnych wskazówek odnośnie formy i zakresu przedstawiania danych i informacji, mogłoby uniemożliwić skuteczne negocjacje w zakresie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego.

Mając powyższe na uwadze, Prezes UKE nałożył na EmiTel obowiązek, o którym mowa w art. 42 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na przygotowaniu i przedstawieniu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie transmisji telewizyjnych.

Z uwagi na zbliżony zakres oferty ramowej na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym oraz na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym, Prezes UKE uznał za zasadne przygotowanie przez EmiTel wspólnej oferty ramowej obejmującej oba te rynki. W ocenie Prezesa UKE ujednotoci to i tym samym uprości oraz uczyni przejrzystymi procedury obowiązujące na rynku telekomunikacyjnym, przez co przyczyni się do jego dalszego, szybkiego i wszechstronnego rozwoju.

Zakres oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym, uregulowany został w Załączniku nr 1 stanowiącym integralną część niniejszej decyzji, dotyczy m.in. takich kwestii jak określenie terminów poszczególnych czynności w ramach procedury dostępowej, sposobów rozstrzygania sporów, przeprowadzania testów interoperacyjności usług i kompatybilności elektromagnetycznej, postępowania w przypadku reklamacji, długości obowiązywania umów oraz rozwiązywania umów o dostępie, procedury uzyskiwania dostępu oraz warunków cenowych. Obowiązek przygotowania i przedstawienia oferty ramowej o którym mowa w art. 42 ust. 1 Pt ma więc za zadanie przede wszystkim stworzenie warunków sprawnego i efektywnego uzyskiwania dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej EmiTel przez

operatorów alternatywnych w oparciu o przejrzyste zasady dla wszystkich zainteresowanych stron procedury dostępowej.

Obowiązek przygotowania i przedstawienia oferty ramowej działać ma ograniczająco na ewentualne antykonkurencyjne zachowania operatora o znaczącej pozycji rynkowej. Operatorzy alternatywni chcący skorzystać z usługi EmiTel będą nadal mieć dostęp do informacji o możliwościach efektywnego prowadzenia działalności na rynku właściwym. Stosowanie tego obowiązku przyczyni się do ograniczenia zachowań dyskryminacyjnych. Ma również pozwolić na uniknięcie zachowań o charakterze obstrukcyjnym w toku procedury uzyskiwania dostępu do zasobów infrastrukturalnych EmiTel przez operatorów alternatywnych, jak. np. celowe, bez racjonalnych podstaw przedłużanie negocjacji, mnożenie nieadekwatnych przeszkód. Obowiązek oferty ramowej ma również za zadanie zapewnienie operatorom alternatywnym działającym na rynku właściwym dostęp do niezbędnych informacji technicznych i biznesowych na temat warunków dostępu telekomunikacyjnego oferowanego przez EmiTel. Stosowanie tego obowiązku przyczyni się również do ograniczenia zachowań dyskryminacyjnych, ponieważ Prezes UKE posiada możliwość kontroli, czy zaproponowane przez EmiTel warunki współpracy są racjonalne i niedyskryminujące.

Nałożenie na EmiTel, jako operatora o znaczącej pozycji na rynku właściwym, obowiązku oferty ramowej we wskazanym powyżej zakresie, jest w ocenie Prezesa UKE proporcjonalne i adekwatne do zidentyfikowanych problemów konkurencyjnych związanych z utrudnianiem lub uniemożliwianiem dostępu do infrastruktury, sieci telekomunikacyjnej lub obiektów EmiTel, których rozwiązanie służy realizacji celów wskazanych w art. 1 ust. 2 pkt 1, 2 i 5 Pt. Zobowiązanie EmiTel do przedstawienia kompleksowej, precyzyjnej i przejrzystej procedury uzyskiwania dostępu do zasobów Spółki, ma przyczynić się do powstania mechanizmu efektywnej realizacji obowiązku dostępu i współpracy pomiędzy EmiTel i operatorami alternatywnymi w tym zakresie. Tym samym obowiązek ten należy uznać za proporcjonalny i adekwatny do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji celów wskazanych w art. 1 ust. 2 pkt 1, 2 i 5 Pt. Nie można go również uznać za nadmierny, albowiem brak jego zastosowania, czy też jego ujęcie w okrojonej formie, w kontekście stwierdzonych i omówionych wcześniej problemów rynkowych, mogłoby nie doprowadzić do osiągnięcia założonych celów regulacji.

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

Prezes UKE odniesie się do wszystkich zgłoszonych przez strony oraz uczestników postępowania konsultacyjnego i konsolidacyjnego twierdzeń, wniosków i żądań, a w szczególności do zarzutów zawartych w stanowiskach konsultacyjnych.

8. Natychmiastowe wykonanie decyzji

Zgodnie z art. 206 ust. 2 i ust. 2aa ustawy Prawo telekomunikacyjne, decyzje w sprawie ustalenia znaczącej pozycji rynkowej i nałożenia obowiązków regulacyjnych podlegają natychmiastowemu wykonaniu. Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż niniejsza decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

POUCZENIE

Stosownie do art. 206 ust. 2 pkt 2 i 3 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 niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, które wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji.

Otrzymują:

1. Jarosław Niechcielski
pełnomocnik EmiTel sp. z o.o.
ul. Franciszka Klimczaka 1
02-797 Warszawa
2. Rafał Duczek
pełnomocnik Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji
ul. Stępińska 22/30
00-739 Warszawa
3. Arleta Adamus
pełnomocnik Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji
Al. Jerozolimskie 136 (IX piętro)
02-305 Warszawa
4. Jakub Woźny
pełnomocnik Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej
Kancelaria Prawna Media s.c.
ul. Łąkowa 21/17
61-879 Poznań

5. Paweł Łuczak
pełnomocnik Polskiej Izby Radiodifuzji Cyfrowej
ul. Grunwaldzka 104
60-307 Poznań

Załącznik nr 1

Zakres oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w celu świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym

Oferta ramowa o dostępie telekomunikacyjnym powinna określać:

- I. Procedurę zgłaszania i rozpatrywania wniosków o dostęp.
- II. Procedurę zawierania i realizowania umów o dostęp.
- III. Oferowane usługi, w ramach dostępu, a w szczególności:
 - 1) usługi polegające na zapewnieniu określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii, łączy, kabli, przewodów, kanalizacji kablowych, nadawczych systemów transmisyjnych oraz urządzeń telekomunikacyjnych, a także innych zasobów, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną;
 - 2) usługi polegające na zapewnieniu infrastruktury telekomunikacyjnej, w tym masztów antenowych, słupów, wież antenowych, szaf telekomunikacyjnych lub innych urządzeń technicznych i konstrukcji wysokościowych w celu umieszczenia, montażu i podłączenia na obiektach EmiTel sprzętu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego chcącego współkorzystać z infrastruktury EmiTel;
 - 3) usługi polegające na zapewnieniu kolokacji polegającej na udostępnianiu przestrzeni fizycznej oraz innych form wspólnego korzystania z budynków;
 - 4) usługi polegające na zapewnieniu udogodnień towarzyszących w dziedzinie transmisji radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostępu do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej;
- IV. Terminy:
 1. czas realizacji dostępu od momentu złożenia zamówienia:
 - 1.1. ustalenia i wdrożenia warunków dostępu,
 - 1.2. modyfikacji warunków dostępu,
 2. maksymalnego czasu usunięcia awarii,
 3. minimalny czas trwania umowy.
- V. Zasady rozliczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczonych usług (z uwzględnieniem kar umownych i bonifikat).
- VI. Warunki płatności, w tym terminy wnoszenia należności za usługi zsynchronizowane z terminem rozpoczęcia świadczenia usługi zgodnie z umową.
- VII. Cennik przejrzyste określający rodzaj, wysokość i sposób naliczania opłat jednostkowych za poszczególne usługi jednorazowe i abonamentowe, umożliwiające w szczególności zakup przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego odrębnych usług hurtowych na potrzeby usług transmisji radiowych lub telewizyjnych od dostępu telekomunikacyjnego na potrzeby usług dosyłu (z uwzględnieniem różnic w zakresie opłat, gdy urządzenia nadawcze stanowią własność EmiTel lub innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego).
- VIII. Fizyczną i/lub logiczną lokalizację punktów dostępu, w szczególności określenie na potrzeby usługi polegającej na transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych następujących parametrów:

- nazwa lokalizacji oraz położenie geograficzne obiektu nadawczego, na którym zainstalowany jest system antenowy, umożliwiający transmisję programów radiofonicznych lub telewizyjnych;
- dane techniczne wykorzystywanego systemu antenowego (dane techniczne pojedynczego elementu antenowego, z którego składa się system antenowy, konfiguracja systemu antenowego /piętra x ściany/, maksymalny zysk systemu antenowego, charakterystyka tłumienia mocy promieniowanej układu antenowego, całkowite tłumienie toru zasilającego system antenowy, maksymalna dopuszczalna moc na wejściu toru antenowego);
- maksymalna wysokość zawieszenia systemu antenowego (wysokość środka elektrycznego systemu antenowego w metrach nad poziomem terenu u podstawy maszty/wieży);
- warunki dostępu do obiektów nadawczych EmiTel (ilość przewidzianej dostępności dla danego wnioskodawcy zagwarantowana w świadczeniu);

Liczba i lokalizacja punktów dostępu powinny pozwolić uwzględnić uzasadnione wnioski przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy pragną przyłączyć się do sieci EmiTel. EmiTel udostępni w szczególności istniejące punkty dostępu z co najmniej ich dotychczasową funkcjonalnością usługową.

IX. Techniczne opcje dotyczące warunków dostępu.

X. Zasady realizowania usług w ramach dostępu.

XI. Łąca służące do realizacji dostępu (ich rodzaj oraz poziom jakości usług dla tych łączy) oraz elementy infrastruktury telekomunikacyjnej takie jak linie, kable, łąca kanalizacje kablowe, słupy, wieże maszty, kable, przewody oraz osprzęt wykorzystywane do świadczenia usług transmisji radiofonicznych lub telewizyjnych.

XII. Usługi pomocnicze, świadczenia dodatkowe oraz usługi zaawansowane związane ze świadczeniem usług transmisji radiofonicznych lub telewizyjnych

XIII. Specyfikacje techniczne dotyczące sposobu realizacji punktu dostępu, z powołaniem właściwych norm krajowych, norm Europejskiego Instytutu Norm Telekomunikacyjnych (ETSI) lub zaleceń Międzynarodowego Związku Telekomunikacyjnego (ITU), a w przypadku ich braku - innych standardów technicznych wykorzystywanych przez EmiTel, w szczególności:

1. parametry elektryczne i fizyczne punktu dostępu,
2. wymagania transmisyjne,
3. wymagania dotyczące sygnalizacji,
4. wymagania dotyczące transmisji treści radiofonicznych lub telewizyjnych,
5. wymagania specyficzne z podziałem na rodzaje dostępu.

XIV. Parametry jakości oferowanych usług świadczonych w ramach dostępu.

XV. Ogólne warunki i procedury:

1. postępowania w przypadku zmian standardowych warunków umów o dostępie;
2. rozstrzygania sporów;
3. przeprowadzania testów interoperacyjności usług i kompatybilności elektromagnetycznej;
4. zachowania integralności sieci oraz zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej lub ochrony danych w sieci;

4. postępowania w przypadku awarii sieci telekomunikacyjnej lub w sytuacjach szczególnego zagrożenia w celu zachowania ciągłości świadczenia usług telekomunikacyjnych;
 5. postępowania w przypadku reklamacji;
 8. postępowania w przypadku zaproponowania zmian w sieciach lub usługach oferowanych przez jedną ze stron, włączając w to sposób dostępu do nowych lub zmienionych usług przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej;
 9. rozwiązania umowy o dostępie;
 10. wspólnego korzystania z budynków oraz infrastruktury telekomunikacyjnej
 11. warunki i zasady dostępu do wolnych zasobów oraz terminy ich rezerwacji.
- XVI. Kompletny katalog wzorów niezbędnych dla realizacji zamówienia dokumentów w szczególności wniosku o dostęp, wzorów umowy o dostępie wraz z załącznikami w szczególności wzorami formularzy wniosków, zamówień i protokołów zdawczo-odbiorczych oraz wzór umowy kolokacyjnej oraz wzorce innych niezbędnych w ramach kontaktów handlowych z EmiTel wzorców dokumentów.

Załącznik nr 2

Dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa