



Warszawa, dnia 26 czerwca 2009 r.

**PREZES URZĘDU KOMUNIKACJI
ELEKTRONICZNEJ**

Anna Streżyńska

**Polska Telefonia Komórkowa
Centertel Sp. z o.o.**
ul. Skierniewicka 10A
01-230 Warszawa

P4 Sp. z o.o.
ul. Taśmowa 7
02-677 Warszawa

**Krajowa Izba Gospodarcza
Elektroniki i Telekomunikacji**
ul. Stepińska 22/30
00-739 Warszawa

DECYZJA DHRT-WWM-6080-116/09 (22)

Na podstawie art. 28 ust. 1 w związku z art. 30 i art. 17 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm., zwanej dalej „Pt”) oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm., zwanej dalej „kpa”) w związku z art. 206 ust. 1 Pt, po rozpatrzeniu wniosku Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej „PTK”) z dnia 23 kwietnia 2009 r. o wydanie decyzji zmieniającej Umowę o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci zawartą w dniu 20 listopada 2006 r. pomiędzy PTK a P4 Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (zwaną dalej „P4”), zmieniona Anekssem nr 1 z dnia 5 lutego 2007 r., Anekssem nr 2 z dnia 13 lipca 2007 r., Anekssem nr 3 z dnia 20 maja 2008 r., a także Decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwanego dalej „Prezesem UKE”) z dnia 17 lutego 2009 r, nr DHRT-WWM-6080-27/09 (13) (zwana dalej „Umową”) w zakresie zmiany stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych (zwana dalej „stawką MTR”) w publicznej ruchomej sieci telefonicznej P4,

I. zmieniam postanowienia Umowy w następujący sposób:

1. W Załączniku nr 1 (Załącznik Finansowy) do Umowy, w Rozdziale „Stawki Rozliczeniowe”, w § 3 ust.1 pkt 2) dodaje się litery d)-m):

”

- d) Od dnia 1 lipca 2009 r. do dnia 31 grudnia 2009 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, 241% opłaty określonej w Załączniku nr 1 (Załącznik Finansowy) do Umowy, w Rozdziale „Stawki Rozliczeniowe”, w § 3 ust.1 pkt 1),
- e) Od dnia 1 stycznia 2010 r. do dnia 30 czerwca 2010 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, 226% opłaty określonej w Załączniku nr 1 (Załącznik Finansowy) do Umowy, w Rozdziale „Stawki Rozliczeniowe”, w § 3 ust.1 pkt 1),
- f) Od dnia 1 lipca 2010 r. do dnia 31 grudnia 2010 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, 210% opłaty określonej w Załączniku nr 1 (Załącznik Finansowy) do Umowy, w Rozdziale „Stawki Rozliczeniowe”, w § 3 ust.1 pkt 1),
- g) Od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 30 czerwca 2011 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, 194% opłaty określonej w Załączniku nr 1 (Załącznik Finansowy) do Umowy, w Rozdziale „Stawki Rozliczeniowe”, w § 3 ust.1 pkt 1),
- h) Od dnia 1 lipca 2011 r. do dnia 31 grudnia 2011 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, 179% opłaty określonej w Załączniku nr 1 (Załącznik Finansowy) do Umowy, w Rozdziale „Stawki Rozliczeniowe”, w § 3 ust.1 pkt 1),
- i) Od dnia 1 stycznia 2012 r. do dnia 30 czerwca 2012 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, 163% opłaty określonej w Załączniku nr 1 (Załącznik Finansowy) do Umowy, w Rozdziale „Stawki Rozliczeniowe”, w § 3 ust.1 pkt 1),
- j) Od dnia 1 lipca 2012 r. do dnia 31 grudnia 2012 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, 147% opłaty określonej w Załączniku nr 1 (Załącznik Finansowy) do Umowy, w Rozdziale „Stawki Rozliczeniowe”, w § 3 ust.1 pkt 1),
- k) Od dnia 1 stycznia 2013 r. do dnia 30 czerwca 2013 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, 131% opłaty określonej w Załączniku nr 1 (Załącznik Finansowy) do Umowy, w Rozdziale „Stawki Rozliczeniowe”, w § 3 ust.1 pkt 1),
- l) Od dnia 1 lipca 2013 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, 116% opłaty określonej w Załączniku nr 1 (Załącznik Finansowy) do Umowy, w Rozdziale „Stawki Rozliczeniowe”, w § 3 ust.1 pkt 1),
- m) Od dnia 1 stycznia 2014 r., niezależnie od okresu taryfikacyjnego, 100% opłaty określonej w Załączniku nr 1 (Załącznik Finansowy) do Umowy, w Rozdziale „Stawki Rozliczeniowe”, w § 3 ust.1 pkt 1),

W przypadku zmiany wysokości opłat wnoszonych na rzecz PTK Centertel za minutę połączenia zakańczanego w sieci ruchomej PTK Centertel, zobowiązuje się Strony do dokonania odpowiedniej zmiany obowiązujących stawek za zakańczanie połączeń w sieci P4, nie później niż w dniu wprowadzenia w życie na podstawie odpowiednich decyzji Prezesa UKE nowych opłat za minutę

połączenia zakańczanego w sieci ruchomej PTK Centertel, bez konieczności zmiany niniejszej Decyzji lub Umowy.”

2. W Załączniku nr 1 (Załącznik Finansowy) do Umowy, w Rozdziale „Stawki Rozliczeniowe”, w § 3 ust.1 dodaje się pkt 2a) w brzmieniu:

„Od dnia 1 lipca 2009 r. nie stosuje się opłat określonych w § 3 ust.1 pkt 2), o których mowa w literach a-c. Jeżeli jakiegokolwiek postanowienia Umowy odnoszą się do opłat określonych w § 3 ust.1 pkt 2), o których mowa w literach a-c, od dnia 1 lipca 2009 r. postanowienia te należy odnosić wyłącznie do odpowiednich opłat określonych w § 3 ust.1 pkt 2), o których mowa w literach d-m.”

II. Pozostałe postanowienia Umowy pozostają bez zmian.

III. Na podstawie art. 17 Pt określam okres obowiązywania niniejszej Decyzji do dnia 15 grudnia 2009 r.

Na podstawie art. 206 ust. 2a w związku z art. 206 ust. 2 Pt, Decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

UZASADNIENIE

W dniu 16 grudnia 2008 r. Prezes UKE opublikował na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej stanowisko w sprawie asymetrii stawek na rynku zakańczania połączeń głosowych w publicznych telefonicznych sieciach ruchomych¹.

W dniu 18 grudnia 2008 r. Prezes UKE wydał decyzję DART-SMP-6043-10/07(34) (zwaną dalej „decyzją SMP P4”), w której ustalił, iż na rynku połączeń głosowych w ruchomej sieci telefonicznej P4 nie występuje skuteczna konkurencja, wyznaczył P4 jako przedsiębiorcę zajmującego znaczącą pozycję na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej P4 oraz nałożył na P4 obowiązki regulacyjne, w tym obowiązek, o którym mowa w art. 44 Pt, polegający na zakazie stosowania przez P4 zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej P4.

Pismem z dnia 11 lutego 2009 r. (data wpływu do P4 w dniu 11 lutego 2009 r.) PTK wystąpiła z wnioskiem do P4 o dokonanie zmian w Umowie w zakresie zmiany stawki MTR w sieci P4, przedstawiając Aneks do Umowy.

Zgodnie z art. 27 Pt, w dniu 10 marca 2009 r. PTK zwróciła się do Prezesa UKE z wnioskiem o wyznaczenie terminu zakończenia negocjacji w przedmiotowej sprawie.

Postanowieniem nr DHRT-WWM-6080-78/09 (8) z dnia 30 marca 2009 r., Prezes UKE określił termin zakończenia negocjacji zmiany Umowy na dzień 3 kwietnia 2009 r.

W związku z nie osiągnięciem przez Strony porozumienia, a także z uwagi na fakt, iż upłynął termin zakończenia negocjacji określony przez Prezesa UKE, pismem z dnia 23 kwietnia 2009 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej w dniu 24 kwietnia 2009 r.), PTK zwróciła się do Prezesa UKE, na podstawie art. 27 ust. 2 i 3 Pt w związku z art. 30 Pt, z wnioskiem o wydanie decyzji w przedmiocie zmiany Umowy w zakresie zmiany stawki MTR w sieci P4 zgodnie z załączonym do wniosku projektem Aneksu.

¹ http://www.uke.gov.pl/_gAllery/13/93/13935/Stanowisko_symetria_stawek_MTR_16_12_2008.pdf

PTK wskazała, iż w dniu 17 lutego 2009 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WWM-6080-27/09(13) (zwaną dalej „Decyzją z dnia 17 lutego 2009 r.”), mocą której zmienił postanowienia Umowy w zakresie stawki MTR w sieci PTK obniżając je do poziomu 0,2162 zł/min. do dnia 30 czerwca 2009 r. oraz od dnia 1 lipca 2009 r. do poziomu 0,1677 zł/min. W związku z powyższym jednostronnym obniżeniem stawek MTR w sieci PTK i asymetrii wynoszącej od dnia 18 lutego 2009 r. 165 % (przy założeniu, że efektywna stawka MTR w sieci P4 wynosi 0,56 zł/min.), zdaniem PTK, P4 stosuje w rzeczywistości zawyżone stawki MTR w swojej sieci, czym narusza obowiązek regulacyjny określony w Decyzji SMP P4.

Ponadto PTK podniosła, iż w Umowie, w momencie jej zawierania, stawki MTR PTK i P4 były symetryczne. Zdaniem PTK, aktualnie, dzięki wyższym przychodom P4 w zakresie rozliczeń hurtowych, możliwe jest kreowanie drastycznie niskich ofert detalicznych przez P4.

W odniesieniu do zaistniałej w toku negocjacji propozycji P4, w zakresie skorelowania stawki MTR w sieci P4 ze stawką MTR obowiązującą w sieci PTK poprzez procentowe nawiązanie do aktualnej stawki MTR w sieci PTK, w ocenie PTK jest ona całkowicie niezasadna. PTK podniosła, iż odwoływanie się do harmonogramów opracowanych przez Prezesa UKE w zakresie asymetrii stawek MTR jest niezasadne, albowiem w obowiązującym w Polsce porządku prawnym takie stanowisko nie jest wiążące ani dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych, ani dla samego Prezesa UKE. W związku z powyższym PTK wniosła o dokonanie zmian w Umowie zgodnie z przedłożonym projektem Aneksu, w którym stawki MTR w sieci P4 zostały ustalone na takim samym poziomie jak stawki MTR w sieci PTK.

Prezes UKE, wypełniając dyspozycję art. 61 § 4 kpa, pismem z dnia 28 kwietnia 2009 r. zawiadomił Strony o wszczęciu w dniu 24 kwietnia 2009 r. postępowania administracyjnego o wydanie decyzji w sprawie zmiany Umowy, w zakresie wskazanym we wniosku PTK oraz zwrócił się do P4 na podstawie art. 27 ust. 4 Pt o przedstawienie stanowiska w przedmiocie wniosku PTK w terminie 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wszczęciu postępowania.

W odpowiedzi na zawiadomienie, pismem z dnia 8 maja 2009 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej dnia 12 maja 2009 r.), P4 przedstawiła stanowisko w sprawie. P4 wskazała, iż żądanie PTK aby w zakresie stawki MTR w sieci P4 i w sieci PTK ustalić symetrię jest bezzasadne. P4 zwróciła uwagę, że weszła na rynek z ponad dziesięcioletnim opóźnieniem w stosunku do PTK, w którym to okresie PTK utrzymywała wysokie ceny usług detalicznych i hurtowych, mogła rozłożyć w czasie inwestycje, co pozwoliło na obniżenie ryzyka inwestycyjnego oraz kosztów działalności. Ponadto PTK, w przeciwieństwie do P4, generuje dodatkowo korzyści skali. P4 wskazała ponadto, iż jest w trakcie intensywnego rozwoju sieci telekomunikacyjnej, co wymaga olbrzymich nakładów finansowych. Koszty terminowania połączeń przez P4 są ponadto zwiększone w wyniku tego, iż połowa ruchu telekomunikacyjnego kierowanego do abonentów i użytkowników P4 faktycznie kończona jest w sieci telekomunikacyjnej partnera roamingu krajowego. P4 podniosła również, iż posiada znacznie mniejszą bazę klientów, wobec czego ewentualna symetria stawki MTR prowadziłaby do subsydiowania PTK przez P4.

W nawiązaniu do twierdzenia PTK, iż stawki MTR w momencie podpisywania Umowy były symetryczne, P4 wskazała, iż podpisanie umów interkonektowych z operatorami zasiedziałyymi (w tym Umowy z PTK) było warunkiem rozpoczęcia

działalności na rynku telefonii ruchomej. Brak akceptacji warunków przedstawionych przez PTK oznaczałoby w praktyce brak możliwości rozpoczęcia działalności na rynku telefonii ruchomej jako czwartego operatora infrastrukturalny.

Biorąc pod uwagę powyższe, P4 wniosła o wydanie decyzji zmieniającej Umowę zgodnie z załączonym do swojego stanowiska projektem aneksu. P4 wskazała, iż postanowienia przedstawionego aneksu są zbieżne ze stanowiskiem Prezesa UKE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie asymetrii stawek na rynku zakańczania połączeń głosowych w publicznych telefonicznych sieciach ruchomych.

Pismem z dnia 5 czerwca 2009 r. Prezes UKE zawiadomił Strony, iż zgodnie z art. 10 § 1 kpa, mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań w terminie pięciu dni od otrzymania zawiadomienia.

Pismem z dnia 15 czerwca 2009 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej 16 czerwca 2009 r.) P4 przedstawiła kolejne stanowisko w sprawie. P4 wskazała, iż zmiana Umowy powinna nastąpić poprzez obniżenie stawki MTR w sieci P4 w sposób zgodny z wydanym przez Prezesa UKE w dniu 16 grudnia 2008 r. stanowiskiem w sprawie asymetrii stawek na rynku zakańczania połączeń głosowych w publicznych telefonicznych sieciach ruchomych, z tym zastrzeżeniem, iż zmiany w Umowie powinny być wprowadzone od dnia 18 sierpnia 2009 r. P4 wskazała, iż stawka MTR w sieci PTK została zmieniona dopiero w dniu 18 lutego 2009 r., a nie od dnia 1 stycznia 2009 r., zgodnie z ciężącymi na PTK obowiązkami. W związku z powyższym, termin obniżenia stawki MTR w sieci P4 powinien zostać przesunięty proporcjonalnie do opóźnienia we wprowadzeniu niższej stawki MTR w sieci PTK, a więc stawka MTR w sieci P4 powinna zostać zmieniona od dnia 18 sierpnia 2009 r., a nie od dnia 1 lipca 2009 r.

W dniu 16 czerwca 2009 r. Krajowa Izba Elektroniki i Telekomunikacji (zwana dalej „KIGEiT”) wniosła o dopuszczenie jej do udziału w postępowaniu, z uwagi na jej cele statutowe i interes społeczny.

Prezes UKE postanowieniem z dnia 17 czerwca 2009 r. znak DHRT-WWM-6080-116/09(9) dopuścił KIGEiT do postępowania na prawach strony.

Jednocześnie pismem z dnia 17 czerwca 2009 r. Prezes UKE ponownie zawiadomił Strony, iż zgodnie z art. 10 § 1 kpa, mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań w terminie do dnia 22 czerwca 2009 r. Ponowne zawiadomienie było konieczne z uwagi na przyłączenie się KIGEiT do postępowania.

Pismem z dnia 16 czerwca 2009 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej 17 czerwca 2009 r.) PTK przedstawiła stanowisko w sprawie. PTK ponownie wskazała, iż w pierwotnym brzmieniu Umowy stawki MTR w sieci PTK i w sieci P4 były symetryczne. Z tego też względu, PTK uważa za w pełni uzasadnione wydanie przez Prezesa UKE decyzji w zakresie zmiany stawki MTR w sieci P4 poprzez ustalenie symetrii ze stawką MTR w sieci PTK. Ponadto PTK wskazała, iż w jej ocenie późniejszy okres rozpoczęcia działalności przez P4 nie stanowi uzasadnienia dla utrzymywania asymetrii w rozliczeniach za zakańczanie połączeń głosowych na poziomie 157 %. PTK podniosła, iż asymetria w poziomie ruchu pomiędzy sieciami PTK i P4 nie wynika z późniejszego wejścia na rynek P4, a jedynie z polityki cenowej operatorów i profilu bazy klientów. Aktualnie, dzięki wyższym przychodom P4 w zakresie rozliczeń hurtowych, możliwe jest kreowanie

przez P4 drastycznie niskich ofert detalicznych, których wprowadzenie na rynek nieprzypadkowo związane jest w czasie z obniżką stawek MTR w sieciach trzech największych operatorów mobilnych. PTK wskazała, iż stawki za zakańczanie połączeń w sieciach komórkowych powinny być symetryczne, tym samym popiera stanowisko ERG (European Regulatory Group) na temat symetrii stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i symetrii stawek za zakańczanie połączeń w sieciach mobilnych. Mając na uwadze powyższe, PTK wskazała, iż w pełni uzasadnione jest wydanie przez Prezesa UKE decyzji zmieniającej Umowę na warunkach przedstawionych we wniosku PTK z dnia 23 kwietnia 2009 r. Natomiast w przypadku nie uwzględnienia powyższej propozycji, PTK wniosła o wydanie decyzji zmieniającej Umowę, ustalającej stawki MTR w sieci P4 na poziomie 133% stawki MTR obowiązującej w sieci PTK (średnia asymetria MTR w Europie).

Pismem z dnia 22 czerwca 2009 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej 22 czerwca 2009 r.) KIGEiT wniósł o przedłużenie do dnia 25 czerwca 2009 r. terminu na zapoznanie się z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, a także na wypowiedzenie się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Biorąc powyższe pod uwagę Prezes UKE zważył, co następuje:

Podstawą do wystąpienia przez PTK do Prezesa UKE z wnioskiem z dnia 23 kwietnia 2009 r. o zmianę Umowy jest art. 27 ust. 2 Pt w związku z art. 30 Pt. Stosownie do postanowień art. 27 ust. 2 Pt w przypadku niepodjęcia negocjacji, odmowy dostępu telekomunikacyjnego przez podmiot do tego zobowiązany lub niezawarcia umowy w terminie 90 dni licząc od dnia wystąpienia z wnioskiem o zawarcie umowy o połączeniu sieci, każda ze stron może zwrócić się z wnioskiem do Prezesa UKE o wydanie decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy.

Analiza treści art. 27 ust. 2 Pt prowadzi do wniosku, iż zachodzą trzy sytuacje, w przypadku których Strona może się zwrócić do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy. Są to: niepodjęcie negocjacji, odmowa dostępu telekomunikacyjnego oraz niezawarcie umowy w terminie, przy czym chodzi albo o termin zakończenia negocjacji ustalony przez Prezesa UKE na podstawie art. 27 ust. 1 Pt albo też ustawowy termin 90 dni. Jednocześnie w doktrynie wskazuje się, iż: *„upływ terminu stanowi wystarczający warunek złożenia wniosku. Dla dopuszczalności złożenia wniosku nie ma znaczenia stan zaawansowania negocjacji. Wystarcza, że w ustalonym terminie nie zawarto umowy.”* (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne, Komentarz, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2005 r., str. 274). Prezes UKE wydając postanowienie nr DHRT-WWM-6080-78/09 (8) z dnia 30 marca 2009 r., określił termin zakończenia negocjacji zmiany Umowy na dzień 3 kwietnia 2009 r. Prezes UKE stwierdził, że Strony nie zakończyły negocjacji w terminie określonym w przedmiotowym postanowieniu. Z tego też względu, Prezes UKE uznał, że zostały spełnione przesłanki z art. 27 ust. 2 Pt, pozwalające na wydanie decyzji w przedmiocie zmiany Umowy.

Prezes UKE rozstrzygając spór dotyczący dostępu telekomunikacyjnego opiera się na stanowiskach Stron, kierując się jednocześnie kryteriami określonymi w art. 28 ust. 1 Pt, którymi są:

- 1) interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych;

- 2) obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych;
- 3) promocję nowoczesnych usług telekomunikacyjnych;
- 4) charakter zaistniałych kwestii spornych oraz praktyczną możliwość wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, zarówno zaproponowanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych będących stronami negocjacji, jak też mogących stanowić rozwiązania alternatywne;
- 5) zapewnienie:
 - a) integralności sieci oraz interoperacyjności usług,
 - b) niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego,
 - c) rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych;
- 6) pozycje rynkowe przedsiębiorców telekomunikacyjnych, których sieci są łączone;
- 7) interes publiczny, w tym ochronę środowiska;
- 8) utrzymanie ciągłości świadczenia usługi powszechnej.

Jednocześnie zgodnie z art. 30 Pt do zmian umów o dostępie telekomunikacyjnym stosuje się odpowiednio przepisy art. 26-28 i art. 33 Pt.

Należy wskazać, że przedsiębiorca telekomunikacyjny składając wniosek o wydanie decyzji zmieniającej umowę o połączeniu sieci wyznacza zakres prowadzonego następnie postępowania administracyjnego. Zakres niniejszego postępowania został określony przez PTK we wniosku z dnia 23 kwietnia 2009 r.

Jak słusznie wskazuje się w doktrynie przy wydawaniu decyzji o dostępie telekomunikacyjnym „w pierwszej kolejności należy uwzględnić wolę stron, o ile nie pozostaje ona w sprzeczności z innymi kryteriami podejmowania decyzji” (Stanisław Piątek, Prawo Telekomunikacyjne. Komentarz, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2005, str. 279). Stąd też przy ustalaniu treści decyzji o dostępie telekomunikacyjnym pierwszoplanową rolę odgrywa wola umawiających się Stron. Działanie organu administracji publicznej ma w takich przypadkach charakter wtórny. Zgodnie z zasadą subsydiarności, wkracza on ze swymi uprawnieniami dopiero w sytuacjach wskazanych w przepisach prawa materialnego i tylko w ramach przewidzianych tymi przepisami kompetencji. Prezes UKE ingerując w treść łączącego Strony stosunku prawnego czyni to w oparciu o przepisy prawa determinujące sposób przyjętego rozstrzygnięcia.

Powyższe oznacza, że wskazane przez Strony możliwości wdrożenia rozwiązań dotyczących dostępu telekomunikacyjnego stanowią jedynie punkt wyjścia do dalszych ustaleń czynionych przez Prezesa UKE. Stanowisko takie jest także prezentowane w doktrynie (por. S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Wydanie 2, Warszawa 2005, s. 280, t. 5: „Prezes URTiP (obecnie UKE) nie jest ograniczony do wyboru jednego ze stanowisk przedstawionych przez przedsiębiorców. Powinien on aktywnie poszukiwać praktycznych rozwiązań w kwestiach spornych i nie musi się ograniczać do rozwiązań zaproponowanych przez strony”).

Prezes UKE, rozstrzygając w niniejszej sprawie wziął pod uwagę i wnikliwie rozważył wszelkie przesłanki, o których mowa w art. 28 ust. 1 Pt, a więc kwestię

interesów użytkowników sieci telekomunikacyjnych, obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych, promocję nowoczesnych usług telekomunikacyjnych, charakter zaistniałych kwestii spornych oraz praktyczną możliwość wdrożenia rozwiązań technicznych i ekonomicznych dostępu telekomunikacyjnego, zapewnienie integralności sieci i interoperacyjności usług, niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego oraz rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych, a także pozycje rynkowe przedsiębiorców telekomunikacyjnych, interes publiczny oraz utrzymanie ciągłości świadczenia usługi powszechnej. Prezes UKE w szczególności wziął pod uwagę interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych (art. 28 ust. 1 pkt 1 Pt), obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych (art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt), pozycje rynkowe Stron (art. 28 ust. 1 pkt 6 Pt) oraz zapewnienie rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych (art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c Pt) oraz zapewnienie niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego (art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b Pt), gdyż te właśnie przesłanki, ze względu na charakter spornej sprawy, mają zasadnicze znaczenie dla niniejszego rozstrzygnięcia.

Wydając niniejszą Decyzję, Prezes UKE zdecydował się skorzystać z uprawnienia wynikającego z art. 17 Pt. Zgodnie z treścią tego artykułu, w wyjątkowych przypadkach, wymagających pilnego działania ze względu na bezpośrednio i poważne zagrożenie konkurencyjności lub interesów użytkowników, Prezes UKE, może bez przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego, wydać decyzję w sprawach dotyczących dostępu telekomunikacyjnego, na okres nieprzekraczający 6 miesięcy. W doktrynie wskazuje się, iż: *„Warunek wyjątkowości sytuacji oraz pilności działania musi być spełniony każdorazowo. Merytorycznym powodem może być bezpośrednio i poważne zagrożenie konkurencyjności lub tego samego rodzaju zagrożenie interesów użytkowników. Ocena zasadności pominięcia konsultacji należy do organu uprawnionego do podjęcia rozstrzygnięcia.”* (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne, Komentarz, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2005 r., str. 207).

Biorąc pod uwagę brzmienie przytoczonego powyżej art. 17 Pt, należy wyróżnić następujące przesłanki, od których wystąpienia uzależniona jest możliwość wydania przez Prezesa UKE decyzji o dostępie telekomunikacyjnym bez przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego, o którym mowa w art. 15 Pt:

- wystąpienie wyjątkowego przypadku;
- konieczność pilnego działania;
- wystąpienie bezpośredniego i poważnego zagrożenia konkurencyjności, lub
- wystąpienie bezpośredniego i poważnego zagrożenia interesów użytkowników.

Nie ulega niewątpliwości, że ustawodawca przewidując możliwość wydania decyzji bez przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego uznał, że instytucja ta może mieć zastosowanie jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Wydaje się, iż ustalając, czy w danym stanie faktycznym można mówić o wyjątkowym przypadku należy nie tylko sięgnąć do wykładni językowej tego pojęcia lecz również interpretować go w kontekście pozostałych wymienionych w art. 17 Pt przesłanek.

Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego, wyjątkowy to będący wyjątkiem, wyróżniający się czymś, bardzo rzadki, szczególnie osobliwy (Słownik Języka Polskiego, Wydawnictwo PWN, Warszawa 1994 r.). Zatem wyjątkowy przypadek to sytuacja niecodzienna i niespotykana. Powinna to zatem być tego

rodzaju sprawa sporna pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, która ze względu na okoliczności faktyczne tej sprawy odbiega od „zwykłych”, „codziennych” spraw będących przedmiotem sporów międzyoperatorskich.

W świetle omawianej normy prawnej ustalenie, że sprawa będąca przedmiotem rozstrzygnięcia Prezesa UKE ma charakter „niecodzienny”, nie jest jednak wystarczające do skorzystania z możliwości jakie daje ten przepis. Wyjątkowość danego przypadku należy, jak to już zostało wcześniej wspomniane, ocenić również w kontekście pozostałych przesłanek określonych w art. 17 Pt.

Stwierdzenie zatem, że dana sprawa niewątpliwie ma charakter niecodzienny nie jest wystarczające do uznania, że możliwe jest skorzystanie z możliwości jakie daje omawiany przepis. Konieczne jest bowiem, aby wyjątkowość danego przypadku związana była również z niezbędnością pilnego działania, które z kolei jest konieczne z uwagi na wystąpienie bezpośredniego i poważnego zagrożenia konkurencyjności, lub wystąpienie bezpośredniego i poważnego zagrożenia interesów użytkowników.

Dokonując interpretacji pojęcia pilnego działania można się również posłużyć wykładnią językową tego pojęcia. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego, słowo pilnie oznacza pośpieszenie, szybko, niezwłocznie (Słownik Języka Polskiego, Wydawnictwo PWN, Warszawa 1994 r.) Zatem konieczność pilnego działania przez Prezesa UKE rozumieć należy jako obowiązek podjęcia przez niego stosownych działań skutkujących jak najszybszym, bezzwłocznym zażegnaniem niebezpieczeństwa polegającego, zgodnie z art. 17 Pt, na bezpośrednim i poważnym zagrożeniu konkurencyjności, lub wystąpieniu bezpośredniego i poważnego zagrożenia interesów użytkowników. Przy czym przez podjęcie pilnego działania, biorąc pod uwagę cel tego przepisu, należy rozumieć wystąpienie okoliczności wymagających wydania przez Prezesa UKE decyzji w czasie krótszym niż byłoby to możliwe, gdyby Prezes UKE przed wydaniem decyzji przeprowadził postępowanie konsultacyjne.

Jak już zostało wskazane wyżej, wśród okoliczności, które muszą wystąpić, aby Prezes UKE mógł skorzystać z uprawnień wynikającego z art. 17 Pt ustawodawca wymienił bezpośrednio i poważne zagrożenie, które może być dwójakiego rodzaju: zagrożenie konkurencyjności lub zagrożenie interesu użytkowników. Ze względu na użycie przez ustawodawcę alternatywy łącznej „lub” uznać należy, iż nie jest konieczne, aby w danej sprawie wystąpiły oba zagrożenia. Wystarczające jest wykazanie, iż wystąpiło jedno z nich.

Ustawodawca nie zdefiniował co należy rozumieć przez zagrożenie interesu użytkowników i zagrożenie konkurencyjności. Wydaje się zatem, że ustalając znaczenie tych pojęć należy posłużyć się postanowieniami Pt. Należy bowiem założyć, że racjonalny ustawodawca tworząc poszczególne unormowania zawarte w Pt, brał pod uwagę to, żeby jak najlepiej służyły one realizacji celów wymienionych w art. 1 ust. 2 Pt.

Omawiając kwestię zagrożenia konkurencyjności należy zatem zwrócić szczególną uwagę na fakt, iż wśród celów Pt ustawodawca wymienił m. in. wspieranie równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych. Wydaje się zatem, iż za okoliczności zagrażające konkurencji można uznać takie okoliczności, które będą zagrażały równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych. Jak podkreśla się w doktrynie (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne, Komentarz. Wydawnictwo

C.H. Beck Warszawa 2005, str. 16), wymóg równoprawności należy odnosić do działań państwa, które poprzez akty normatywne i rozstrzygnięcia indywidualne tworzy warunki konkurowania przedsiębiorców na rynkach telekomunikacyjnych. Równe traktowanie oznacza stosowanie takiej samej miary wobec wszystkich zainteresowanych, ocenianie ich sytuacji według tych samych kryteriów oraz poświęcanie równej wagi ich potrzebom i interesom (orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 marca 1988 r., U. 7/87, OTK ZU 1988/1, poz. 1). Równe traktowanie powinno polegać na stworzeniu każdemu podmiotowi należącemu do wyróżnionej klasy podmiotów takiej samej możliwości realizacji praw i obowiązków, a więc na zastosowaniu w tym zakresie tych samych zasad i kryteriów (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 lutego 1999 r., SK 11/88, OTK ZU 1999/2, poz. 22).

Z kolei, odnosząc się do wymogu zachowania skutecznej konkurencji należy zwrócić uwagę na regulację wynikającą z art. 4 pkt 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), w którym zawarta została definicja pozycji dominującej, zgodnie z którą rozumie się przez to pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%. Jak podkreśla się w doktrynie, już z tej definicji można wyprowadzić wniosek, skuteczna konkurencja nie występuje na rynku, na którym działa przedsiębiorca zajmujący pozycję dominującą, a analogiczne wnioski można wysnuć z wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie analizy rynku (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne, Komentarz. Wydawnictwo C.H. Beck Warszawa 2005, str. 15).

Odnosząc się natomiast do kwestii zagrożenia interesów użytkowników, analogicznie jak w przypadku zagrożenia konkurencyjności, należy zwrócić uwagę na jeden z celów Pt, którym zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt 4 Pt jest zapewnienie użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych. Z uwagi na powyższe, można uznać za zagrażające interesom użytkowników wszelkie okoliczności, w wyniku których na użytkowników nakładane są obowiązki lub też nie mogą oni korzystać z uprawnień w sposób gwarantujący im osiągnięcie maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych. W niniejszej sprawie zachodzi drugi z opisanych wyżej przypadków. Należy mieć bowiem na uwadze, że obniżki cen hurtowych, ze względu na konkurencję pomiędzy poszczególnymi operatorami, wywołują w efekcie obniżenie cen detalicznych. Brak obniżki stawek MTR od dnia 1 lipca 2009 r. w relacjach między PTK a P4 oznaczałoby ograniczenie uprawnień użytkowników końcowych poprzez pozbawienie ich korzyści w zakresie obniżki cen za połączenia do sieci PTK, co zostało szczegółowo wyjaśnione w dalszej części uzasadnienia.

Badając istnienie zagrożenia konkurencyjności lub interesów użytkowników należy mieć na uwadze, że zgodnie z art. 17 Pt zagrożenie to musi być poważne i bezpośrednie. Dokonując interpretacji pojęcia bezpośredniego zagrożenia można posłużyć się przez analogię stanowiskami doktryny (A. Marek, Kodeks karny, Komentarz, LEX, 2007, wyd. IV. Komentarz do art. 26) i orzecznictwa z zakresu prawa karnego, w świetle których niebezpieczeństwo ma charakter bezpośredni wówczas, gdy istnieje wysoki stopień prawdopodobieństwa naruszenia lub

unicestwienia dobra, przy czym zwłoka w podjęciu decyzji o jego ratowaniu może jedynie powiększać zakres niebezpieczeństwa albo prowadzić do natychmiastowego powstania szkody. Znamię bezpośrednio niebezpieczeństwa ma w ramach stanu wyższej konieczności podobną treść do niebezpieczeństwa zamachu jako znamienia obrony koniecznej i oznacza, że niebezpieczeństwo dla dobra chronionego prawem jest już realne, tzn. że zwłoka w podjęciu działań ratowniczych mogłaby uczynić takie działania bezprzedmiotowymi. Bezpośredniość niebezpieczeństwa upoważniającego do działania w stanie wyższej konieczności może oznaczać także (inaczej niż w wypadku obrony koniecznej) nieuchronność uszczerbku dla dobra w przyszłości, w wypadku zaniechania czynności ratowniczych (zob. wyrok SN z dnia 30 maja 1973 r., II KR 6/73, BISN 1973, z. 10-11, poz. 163). Z kolei przez poważne zagrożenie wydaje się, że należy rozumieć potoczne znaczenie tego pojęcia, czyli zagrożenie o charakterze znaczącym, istotnym, czy też niebagatelnym.

W przedmiotowej sprawie, zdaniem Prezesa UKE zachodzi konieczność uregulowania stawek MTR w sieci P4 w rozliczeniach z PTK od dnia 1 lipca 2009 r. z uwagi na zmniejszenie stawek MTR w sieciach PTK, PTC i Polkomtel od dnia 1 lipca 2009 r. W opinii Prezesa UKE pozostawienie bez zmian stawek MTR w sieci P4 po tej dacie może stanowić zagrożenie konkurencyjności poprzez nadmierne uprzywilejowanie P4 w stosunku do pozostałych operatorów telefonii komórkowej, a zwłaszcza PTK. Zachodzi bowiem obawa, iż P4 korzystając z obniżenia stawek MTR w sieciach operatorów konkurencyjnych znacząco znacznie subsydiować swoją ofertę detaliczną zyskami z zakańczania połączeń we własnej sieci kierowanych m.in. z sieci PTK. Przesłanka pilności wynika z kolei z niemożnością uregulowania stosunków PTK z P4 w przedmiotowych zakresie w trybie art. 15 i 16 Pt w terminie do 1 lipca 2009 r.

Wydając niniejszą Decyzję, zgodnie z art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt, Prezes UKE wziął przede wszystkim pod uwagę obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych będących Stronami postępowania. Prezes UKE, po przeprowadzonej analizie rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej P4, wydał w dniu 18 grudnia 2008 r. decyzję SMP P4, w której uznał P4 za przedsiębiorcę telekomunikacyjnego posiadającego znaczącą pozycję rynkową (ang. *Significant Market Power – SMP*) na wyżej wymienionym rynku właściwym i nałożył na Spółkę określone obowiązki regulacyjne.

Ze względu na przedmiot niniejszego postępowania istotne jest ustalenie, jakie obowiązki ciążyą na P4, na mocy decyzji SMP P4, w zakresie ustalania wysokości stawek MTR. Podkreślić należy, iż na P4, w decyzji SMP P4 nałożono obowiązek, o którym mowa w art. 44 Pt, polegający jedynie na zakazie stosowania przez P4 zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej P4. Biorąc pod uwagę stanowisko PTK w zakresie wysokości stawek MTR w sieci P4 należy podkreślić, iż na P4 nie został nałożony obowiązek na podstawie art. 40 Pt, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty. Obowiązek taki ciąży wyłącznie na PTK, Polkomtel S. A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej „Polkomtel”) oraz Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej „PTC”). Rodzaj nałożonego na P4 obowiązku ma kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Czym innym jest bowiem ustalanie opłat w oparciu o ponoszone koszty (obowiązek PTK), czym innym natomiast zakaz stosowania zawyżonych stawek (obowiązek P4).

Na P4 zgodnie z decyzją SMP P4 ciąży obowiązek, o którym mowa w art. 44 Pt, polegający jedynie na zakazie stosowania przez P4 zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej P4. W toku niniejszego postępowania konieczne było dokonanie wnikliwej oceny, co należy rozumieć pod pojęciem „zakazu stosowania zawyżonych stawek” w odniesieniu do sieci P4. Prezes UKE poniżej dokonał wszechstronnej analizy tego zagadnienia ustalając zarówno kwestię, jaki charakter powinny mieć opłaty w stosunkach pomiędzy P4 a PTK (symetryczne, czy też asymetryczne) oraz jaka powinna być ich wysokość poprzez odniesienie się do poziomu asymetrii w odniesieniu do stawek operatora zasiedziałego, czyli PTK.

Biorąc powyższe pod uwagę Prezes UKE stwierdził, że pierwszym istotnym wnioskiem wynikającym z porównania rodzajów obowiązków ciążących na stronach niniejszego postępowania jest fakt, iż z samej asymetrii obowiązków regulacyjnych może wynikać istnienie asymetrycznych stawek MTR pomiędzy P4, a innymi MNO, w tym PTK.

Asymetria stawek MTR jednak nie powinna prowadzić do nadużywania przez P4 pozycji znaczącej poprzez stosowanie zawyżonych cen lub przenoszenia swojej pozycji rynkowej na rynek detaliczny. Wprowadzenie z kolei, zgodnie z propozycją PTK, symetrycznych stawek MTR prowadziłyby do zmuszenia P4 do stosowania opłat ustalonych w oparciu o ponoszone koszty, wbrew treści decyzji SMP P4. Co więcej, nałożono by w ten sposób na P4 obowiązek świadczenia usługi zakończenia połączenia w sieci P4 w oparciu o koszty nie P4, lecz operatora znacznie dłużej funkcjonującego na rynku o większej ilości użytkowników końcowych oraz wybudowanej już kilka lat temu infrastrukturze.

W określonych okolicznościach obowiązek P4 polegający na zakazie stosowania zawyżonych opłat jest rozumiany jako obowiązek obniżania stawek MTR w sieci P4. W niniejszej decyzji Prezes UKE ustalił, że za dokonaniem obniżki stawek MTR P4 przemawia szereg okoliczności. W szczególności obniżka stawek MTR powinna zachęcić P4 do stopniowej redukcji kosztów (optymalizacji ich infrastruktury), a także powinna uwzględnić rozwój infrastruktury P4 (powiększanie się bazy klientów oraz istniejące efekty skali). Nie bez znaczenia jest także fakt obniżenia od dnia 1 lipca 2009 r., stawek MTR w sieciach pozostałych zasiedziały MNO, w tym PTK, na podstawie odpowiednich decyzji Prezesa UKE. Utrzymanie stawek MTR w sieci P4 na niezmiennym poziomie może doprowadzić do powiększenia się asymetrii stawek MTR. W ten sposób mógłby zwiększyć się zysk netto P4 we wszystkich rozliczeniach z PTK. Ponieważ P4 działa w warunkach silnej presji konkurencji na rynku detalicznym, jako podmiot od niedawna działający na tym rynku, należy spodziewać się, że uzyskana w ten sposób „nadwyżka finansowa” mogłaby zostać przetransferowana na inne usługi świadczone przez P4. Powyższe oznaczałoby przenoszenie znaczącej pozycji rynkowej P4 na rynek zakańczania połączeń w sieci P4 na rynki detaliczne, na których występuje konkurencja. Takie działanie może być uznane za sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji, a zatem należy mu efektywnie przeciwdziałać.

W związku z koniecznością obniżenia wysokości stawek MTR w sieci P4 wynikającą z decyzji SMP P4 oraz obniżenia stawek MTR w sieci PTK w rozliczeniach z P4, PTK zaproponowała symetrię tych stawek w stosunku do analogicznych stawek stosowanych przez PTK, alternatywnie ustalenie asymetrii na poziomie 33%.

W odniesieniu do powyższego, Prezes UKE pragnie wskazać, iż nieuwzględnienie powyższej propozycji PTK i ustalenie w niniejszej decyzji określonego poziomu asymetrii stawek MTR jest w przedmiotowej sprawie jak najbardziej uzasadnione. Należy podkreślić, iż P4 weszła na rynek z 10-letnim opóźnieniem w stosunku do pozostałych operatorów telefonii ruchomej, tj. rozpoczęła działalność w marcu 2007 r. W związku z tym P4 jest w chwili obecnej na etapie intensywnej rozbudowy swojej infrastruktury, w przeciwieństwie do PTK, która buduje swoją infrastrukturę od ponad 10 lat, wobec czego należy uznać, że proces inwestycyjny w znacznej części się zakończył. Można więc przyjąć, iż poza kosztami amortyzacji, nakłady PTK w jej infrastrukturę już się zwróciły, po ponad 10 latach działania w środowisku mniej konkurencyjnym zarówno na rynku hurtowym jak i detalicznym niż obecnie. P4 nadal ponosi stałe nakłady na rozbudowę swojej sieci, które zwrócą się w okresie znacznie późniejszym niż nastąpiło to w przypadku PTK. W okresie początkowym swojej działalności PTK czerpała znaczne dochody zarówno z wysokich cen detalicznych swoich usług jak i wysokich cen swoich usług hurtowych. Przykładowo należy wskazać, iż PTK w okresie 1997 – 2002 pobierało stawkę MTR w swojej sieci w wysokości 80 groszy za minutę połączenia. Opłaty detaliczne obecnie są kilkakrotnie niższe niż w czasie gdy PTK rozpoczynała swoją działalność. Należy pamiętać, iż rosnące od 1998 r. zainteresowanie usługami telefonii ruchomej umożliwiło PTK zagospodarowywanie kolejnych segmentów klientów docelowych, a niski poziom nasycenia stwarzał duże możliwości rozwoju w długim okresie. Z czasem wszyscy trzej MNO (PTK, PTC i Polkomtel) osiągnęli stabilną, z ekonomicznego punktu widzenia, pozycję, a ok. 30% udział w wartości rynku i liczbie klientów, dawał gwarancję rentowności prowadzonej działalności. Przed rozpoczęciem działalności przez P4 nasycenie rynku sięgnęło 96,3% (grudzień 2006 r.²), co oznaczało trudniejszą sytuację P4 w zakresie pozyskiwania własnych klientów. Jak wynika z powyższego, działalność P4 obciążona jest o wiele większym ryzykiem niż działalność PTK, co musi z kolei znaleźć odzwierciedlenie w wyższym zwrocie kapitału.

Dlatego też porównywanie sytuacji P4 do PTK, zdaniem Prezesa UKE należy uznać za nieuprawnione, choćby tylko pod względem zwrotu nakładów poniesionych na infrastrukturę. Należy więc w tym względzie zgodzić się ze stanowiskiem P4 przedstawionym w postępowaniu wskazującym na konieczność utrzymania czasowej asymetrii stawki MTR pomiędzy P4 oraz PTK, motywowanej prowadzonym obecnie intensywnym rozwojem infrastruktury telekomunikacyjnej P4.

Ponadto Prezes UKE pragnie przypomnieć, iż ze względu na długi okres funkcjonowania na rynku, PTK posiada łatwiejszy dostęp do takich zasobów, jak rozbudowana logistyka (m.in. funkcjonujące od lat sieci dystrybucji), czy miejsca pod budowę masztów (wysoki koszt budowy infrastruktury dostępowej). Istnienie barier prawnych związanych z budową masztów i urządzeń teletransmisyjnych powoduje, iż nowe podmioty mogą napotkać utrudnienia w budowie własnej infrastruktury dostępowej. Technologia UMTS (stosowana przez P4) powoduje konieczność budowy większej ilości stacji bazowych (NodeB) ze względu na zapewnienie lepszej jakości niż w technologii GSM.

Ponadto, należy wskazać, iż P4 nie osiąga obecnie takich korzyści skali czy zakresu jakie są udziałem PTK. Wyraźnie wskazuje na to różnica w ilości użytkowników końcowych obu Stron postępowania. P4 posiada bowiem około 2 milionów

² Decyzja SMP P4

abonentów, podczas gdy PTK posiada około 13 milionów abonentów³. Z tego też względu wyraźnie widać, iż ponoszone przez P4 koszty jednostkowe świadczenia usług są wyższe niż koszty ponoszone przez pozostałych operatorów MNO (PTK, PTC, Polkomtel). Co więcej, PTK dysponuje nieporównywalnie większą bazą klientów związanych lojalnościowo z operatorem (na podstawie długoterminowych umów, trwających przeważnie ok. 2 lat), otrzymujących w zamian np. niższy abonament lub subsydia do aparatów telefonicznych.

W przypadku istnienia znacznej różnicy między ilością abonentów współpracujących ze sobą operatorów, abonenci podłączeni do mniejszej sieci z większym prawdopodobieństwem dzwonią do abonentów podłączonych do większej sieci niż do własnej sieci. Oznacza to, że w przypadku mniejszej sieci połączenia typu on-net (połączenia wykonywane przez abonentów wewnątrz jednej sieci) stanowią mniejszy procent całej ilości połączeń niż w przypadku dużej sieci. Zdecydowanie podnosi to koszty funkcjonowania sieci mniejszej pod względem ilości abonentów, ponieważ wykorzystanie jej zasobów nie jest optymalne. Istnienie asymetrii stawek MTR ma zatem na celu wyrównanie sytuacji konkurencyjnej.

W tym kontekście należy również przeanalizować zarzut PTK, iż pierwotnie w rozliczeniach pomiędzy PTK a P4 stawki MTR były symetryczne. W początkowej fazie funkcjonowania operatora nowo wchodzącego na rynek poziom stawki MTR stosowany przez takiego operatora nie ma większego znaczenia, ponieważ baza jego abonentów jest bliska zeru. Oznacza to dwie rzeczy. Po pierwsze, w tej sytuacji przychód tego operatora z tytułu stawek MTR jest również bliski zeru. Po drugie, na początku działalności występuje znaczna asymetria ruchu on-net (wewnątrz sieci) i off-net (poza siecią), na korzyść ruchu kierowanego poza sieć, a więc połączeń przynoszących mniejsze dochody operatorowi, w którego sieci inicjowane jest połączenie. Co więcej, wyższa ilość ruchu off-net powiększa dochody konkurencji. Dopiero w miarę jak zwiększa się baza klientów nowego operatora, wysokość stawki MTR zaczyna nabierać większego znaczenia zarówno po stronie kosztów innych operatorów jak i po stronie przychodów nowego operatora. Zwiększa się bowiem wówczas ilość połączeń off-net przychodzących do sieci tego operatora, dzięki czemu czerpie on większe zyski za zakańczanie połączeń w swojej sieci. Jednocześnie zmniejsza się poziom asymetrii ruchu on-net i off-net z uwagi na zwiększanie się ilości połączeń realizowanych w obrębie sieci nowego operatora.

Jak wskazano powyżej istnieją więc istotne przyczyny uzasadniające istnienie obecnie asymetrii stawek MTR pomiędzy P4 a PTK. Z drugiej strony, utrzymanie takiej asymetrii na wysokim poziomie może doprowadzić do zniekształceń konkurencji na rynku telefonii ruchomej, a w szczególności może skutkować przerzucaniem hurtowego kosztu zakańczania połączeń na konsumenta. Zjawisko to nasila się wraz z rozbudową sieci nowego operatora jakim jest P4, z uwagi na coraz większe znaczenie dochodów z usługi zakańczania połączeń we własnej sieci oraz zaostrzającą się konkurencję na rynku detalicznym. Uzyskana z wysokich stawek MTR „nadwyżka finansowa” może być w takiej sytuacji przenoszona na inne rynki wertykalne lub horyzontalne, na których panuje konkurencja. W tym kontekście należy uznać, iż stawka MTR, która pozostaje niezmienna, mimo obniżania takich stawek przez operatorów konkurencyjnych oraz zmniejszania się

³ „Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego za 2008 rok”
http://www.uke.gov.pl/_gAllery/17/62/17626/Raport_o_stanie_ryнку_telekomunikacyjnego_za_2008_rok_v3.pdf

asymetrii ruchu on-net i off-net (połączenia wykonywane przez abonentów różnych sieci), będzie mogła być uznana za stawkę zawyżoną. Operator taki bowiem, nie zmieniając stawki MTR będzie działał w sposób niezależny zarówno od sytuacji na rynku jak i od zachowania innych operatorów.

Z tego też względu, zgodnie z decyzją SMP P4, intencją Prezesa UKE jest, aby stawki MTR P4 były stopniowo zmniejszane, a poziom asymetrii stawek MTR w stosunku do innych operatorów MNO (w tym do PTK) był stopniowo obniżany.

W tym miejscu należy wskazać, iż dotychczasowa stawka MTR w sieci P4 była jedną z najwyższych w Europie i wynosiła 15,01 eurocentów za minutę połączenia. Z tego też powodu Prezes UKE obniża w niniejszej decyzji stawkę MTR w sieci P4 do poziomu 9,2036 eurocentów za minutę połączenia (liczone wg średniego kursu Euro NBP z dnia 1 maja 2009 r.) tj. 40,4157 groszy za minutę połączenia. W ten sposób maksymalna wysokość stawki MTR w sieci P4 ustalona przez Prezesa UKE nie będzie odbiegać w żaden sposób od średnich stawek MTR innych analogicznych operatorów mobilnych sieci 2G i 3G w Unii Europejskiej. Przykładem tego są choćby średnie stawki MTR pobierane przez hiszpańskiego operatora „Yoigo” za zakańczanie połączeń w jego sieci w wysokości 10,12 eurocentów za minutę połączenia. W tym względzie należy zaznaczyć, iż hiszpański rynek telekomunikacyjny był zawsze wskazywany jako porównywalny z polskim rynkiem. Ponadto wg informacji Prezesa UKE, nieco wyższe od wprowadzanych dla P4 stawki MTR mają również operatorzy mobilni w Holandii tj. ponad 10 eurocentów za minutę połączenia. Natomiast we Włoszech stawki MTR kształtują się na poziomie 8,85 eurocentów za minutę połączenia w sieciach operatorów TIM oraz Vodafone i 13 eurocentów za minutę połączenia w sieci 3G operatora 3 Italia, który rozpoczął działalność później niż wcześniej wymienieni włoscy operatorzy, bo w marcu 2003 r. Wyżej wymienione stawki MTR w Europie przedstawionych przez Prezesa UKE pochodzą z bazy danych Cullen International (dane na dzień 31 marca 2009 r.).

Zalety symetrii stawek za zakańczanie połączeń w sieciach operatorów telefonii ruchomej jak i symetrii w sieciach operatorów stacjonarnych są silnie podkreślane w Zaleceniach Komisji Europejskiej (KE) odnośnie regulacji stawek za zakańczanie połączeń głosowych w sieciach stacjonarnych i ruchomych w Unii Europejskiej („*Commission Recommendation on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU*”, 2009/396/EC) oraz w Stanowisku ERG (European Regulatory Group) na temat symetrii stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i symetrii stawek za zakańczanie połączeń w sieciach mobilnych („*ERG’s Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates*”)⁴. Jak wskazano w powyższym Stanowisku ERG, stosowanie symetrycznych stawek MTR w dłuższym czasie wpływa korzystnie na stabilność ekonomiczną, inwestycyjną, innowacyjną, regulacyjną oraz ogólny dobrobyt społeczny.

W długiej perspektywie, symetria stawek MTR wpływa na zwiększenie statycznej wydajności gospodarczej, inwestycji i innowacji. Obowiązywanie stawek symetrycznych stanowi dla operatorów naturalną motywację do podnoszenia wydajności, a to ma bezpośrednie przełożenie na obniżenie kosztów i w dalszej perspektywie na poprawienie jakości usług i obniżenie cen dla użytkowników końcowych. W związku z tym, dopuszczenie asymetrii w stawkach MTR powinno

⁴http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg_07_83_mtr_ftr_cp_12_03_08.pdf

mieć szczególne uzasadnienie, ponieważ zezwolenie na różnice w wysokości stawek za zakańczanie połączeń komórkowych pozwala nie tylko pokrywać koszty jednostkowe nowych operatorów, ale również na finansowanie usług detalicznych, a ponadto może promować operatorów nieefektywnych.

W związku z powyższym, Prezes UKE uznał, że docelowo należy doprowadzić do symetrii stawek MTR, jednak należy ten proces rozłożyć na kilka lat. Stopniowe dochodzenie do symetrii wpłynie pozytywnie na wzrost wydajności gospodarczej, inwestycji, innowacji oraz będzie stanowić zachętę do podnoszenia wydajności, co przełoży się na niższe koszty, lepszą jakość usług oraz obniżenie cen dla użytkowników końcowych. Zdaniem Prezesa UKE, taka regulacja korzystnie wpłynie na rozwój konkurencji na rynku telekomunikacyjnym, o którym mowa w art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c Pt., umożliwiając nowowchodzącym na rynek operatorom racjonalne uzyskanie zwrotu nakładów poniesionych na inwestycje przy jednoczesnym utrzymaniu konkurencyjnych cen usług detalicznych

Z uwagi na fakt, iż trzej operatorzy zasiedzieli (PTK, PTC, Polkomtel), posiadający znaczącą pozycję na rynku 16 (rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w poszczególnych ruchomych publicznych sieciach telefonicznych), zobowiązani zostali do stosowania stawek MTR zgodnie z harmonogramem ustalonym w decyzjach Prezesa UKE (dla PTK była to decyzja DHRT-WKO-6042-7/08 (8) z dnia 30 września 2008 r., zwana dalej „Decyzją WKO PTK”, przedmiotowy harmonogram oraz stawki są przedstawione w Tabeli nr 1), jednocześnie zobowiązanie nowych operatorów (a do takich należy zaliczyć P4) do utrzymania ówczesnego poziomu asymetrii oznaczałoby w praktyce bardzo duże obniżenie średniego poziomu MTR w sieciach alternatywnych operatorów MNO, co miałoby niekorzystny wpływ na prowadzone przez nich inwestycje związane z budową nowej sieci dostępu.

Tabela nr 1. Stawki MTR określone w Decyzji WKO PTK

Okres obowiązywania	01.01.2009 - 30.06.2009	Od 01.07.2009
Wysokość stawki MTR [zł/min.]	0,2162	0,1677

Prezes UKE uznał, iż terminem rozpoczęcia obniżania stawki MTR P4 będzie dzień 1 lipca 2009 r. Takie podejście zostało przedstawione przez Prezesa UKE w jego stanowisku z dnia 16 grudnia 2008 r. na temat zróżnicowania stawek MTR. Jest to związane z określeniem w Decyzji WKO PTK (oraz odpowiednich decyzjach dla PTC i Polkomtel) tego terminu, jako daty początku obowiązywania nowej stawki MTR dla PTK. Tym samym Prezes UKE nie przychylił się do propozycji P4, aby terminem rozpoczęcia obniżania stawki MTR P4 był dzień 18 sierpnia 2009 r. Prezes UKE podkreśla, iż nie wykonywanie obowiązków nałożonych przez Prezesa UKE przez jakiegokolwiek innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, nie może stanowić uzasadnienia dla niewykonywania lub też opóźnienia wykonania takich obowiązków dla innego przedsiębiorcy (w tym przypadku P4). Z tego też względu fakt iż PTK przy realizacji swojego obowiązku obniżenia stawek MTR w sieci PTK w relacjach z P4 opóźniło się o 48 dni, nie ma znaczenia w przedmiotowym postępowaniu.

Prezes UKE, ze wskazanych powyżej powodów, postanowił doprowadzić do stopniowego zrównania asymetrii stawek MTR pomiędzy nowymi MNO, a MNO zasiedziały, według harmonogramu określonego w Tabeli nr 2.

Tabela nr 2. Maksymalny poziom asymetrii stawek MTR pomiędzy nowymi MNO, a MNO zasiedziałymi

	3 rok	3,5 roku	4 rok	4,5 roku	5 rok	5,5 roku	6 rok	6,5 roku	7 rok	7,5 roku
Maksymalny poziom asymetrii pomiędzy nowymi MNO, a zasiedziałymi MNO	141%	126%	110%	94%	79%	63%	47%	31%	16%	0%

Zdaniem Prezesa UKE wskazane powyżej różnice w sytuacji rynkowej pomiędzy P4 a pozostałymi MNO uzasadniają rozłożenie okresu doprowadzenia zrównania tych stawek dopiero od dnia 1 stycznia 2014 r. Z tego powodu, rozpoczynając stopniową redukcję zróżnicowania stawek MTR od dnia 1 lipca 2009 r., konieczne stało się obniżanie asymetrii stawek MTR w sieci P4 w stosunku do stawek MTR w sieciach pozostałych MNO o 15-16% stopniowo tj. z gradacją co 6 miesięcy, aż do osiągnięcia symetrii. Proponowane przez Prezesa UKE stopniowe obniżenie stawek MTR w sieci P4 co 6 miesięcy związane jest z koniecznością zwiększenia dynamiki zmiany tych stawek MTR w taki sposób, aby regulacja ta nie była opóźniona względem tendencji rynkowych. Takie równomierne obniżanie stawek MTR (o 15-16% stawek MTR w sieciach pozostałych MNO) pozwoli P4 na utrzymanie efektywnego inwestowania w infrastrukturę przy jednoczesnym sukcesywnym skłanianiu P4 do stopniowej redukcji kosztów, bez konieczności ciągłej ingerencji Prezesa UKE w stosunki pomiędzy P4 a PTK w tym zakresie.

Prezes UKE ma możliwość oddziaływania na stosunki prawne łączące strony, poprzez wydanie decyzji rozstrzygającej kwestie sporne lub określającej warunki współpracy. Za kwestie sporne uznaje się te części umowy dotyczące warunków zapewnienia dostępu, co do których strony nie doszły do porozumienia w wyniku negocjacji jakie prowadziły między sobą (wyrok NSA w Warszawie z dnia 21 czerwca 2007 r. sygn. akt. II GSK 67/07, Lex nr 338426). Wobec okoliczności, że w niniejszym postępowaniu kwestią sporną było ustalenie, wskazanych przez Strony, warunków współpracy międzyoperatorskiej o połączeniu sieci w zakresie wysokości stawek MTR w sieci P4, należy także uznać za spełnioną przesłankę rozstrzygnięcia zaistniałych kwestii spornych, z uwzględnieniem ich charakteru (art. 28 ust. 1 pkt 4 Pt). Prezes UKE uważa także, że dokonane rozstrzygnięcie kwestii spornych zapewnia praktyczną możliwość wdrożenia optymalnych rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego (art. 28 ust. 1 pkt 4 Pt).

Należy zwrócić uwagę, iż na obecnym etapie rozwoju rynku telekomunikacyjnego, oraz przy aktualnych warunkach prawno – regulacyjnych, wprowadzenie innego modelu regulacji stawek MTR (np. rozliczeń typu bill & keep) mogłoby być bardzo trudne do wdrożenia w praktyce. Natomiast utrzymanie tymczasowej asymetrii stawek MTR znacznie zwiększy szanse konkurencyjne nowych operatorów infrastrukturalnych w szczególnie trudnych pierwszych latach działalności.

Stopniowe ograniczenie asymetrii pomiędzy PTK a P4, zgodnie z harmonogramem określonym w niniejszej decyzji, zdaniem Prezesa UKE umożliwi wyrównanie szans P4 oraz wzmocni rozwój konkurencji. Jednocześnie, określenie założeń co do przyszłego maksymalnego poziomu asymetrii oraz wskazanie terminu osiągnięcia symetrii na rynku zakańczania połączeń sieciach telefonii ruchomej nie tylko pomoże w osiągnięciu stawki MTR zbliżonej do kosztu efektywnego operatora, ale również wpłynie korzystnie na tzw. pewność regulacyjną. Określony w niniejszej decyzji harmonogram zmian asymetrii pomiędzy PTK a P4, pozwoli na efektywne planowanie i podejmowanie decyzji biznesowych. Zdaniem Prezesa UKE, przyjęty w decyzji okres likwidacji asymetrii stawek MTR jest jak najbardziej uzasadniony, biorąc pod uwagę wykazaną wcześniej przewagę PTK. Należy przypomnieć, iż swoje stanowisko w tym względzie Prezes UKE wyraził na forum publicznym już wcześniej, przy czym poddał je konsultacjom publicznym a następnie opublikował w dniu 16 grudnia 2008 r.

Osobnego wyjaśnienia wymaga zarzut PTK, iż dzięki wyższym przychodom P4 w zakresie rozliczeń hurtowych, możliwe jest kreowanie drastycznie niskich ofert detalicznych przez P4. W przedmiotowej sprawie, analiza działań P4 po wprowadzeniu obniżki stawek MTR w sieciach konkurentów P4 do poziomu 21,62 groszy za minutę połączenia, prowadzi do przekonania, iż taka sytuacja ma miejsce. P4 korzystając ze swojej znaczącej pozycji rynkowej na rynku zakańczania połączeń w sieci P4 osiąga dochody, za pomocą których subsydiuje usługi detaliczne w takim stopniu, który umożliwia utrzymanie cen detalicznych na poziomie wyrównującym pozycję konkurencyjną P4 względem pozostałych MNO (kwestia była już podnoszona w niniejszej decyzji w zakresie ruchu on-net i off-net). Wyraźnie na to wskazuje wprowadzenie nowych taryf detalicznych przez P4 wkrótce po obniżeniu w lutym 2009 r. stawek MTR w sieciach PTC, PTK i Polkomtel w rozliczeniach z P4. Z kolei stawki MTR w sieci P4 nie zostały wówczas zmienione. Z uwagi na zbliżające się kolejne obniżenie stawek MTR w sieciach PTK PTC i Polkomtel zachodzi obawa, iż sytuacja z lutego 2009 r. powtórzy się co pozwoli P4 na osiągnięcie niedopuszczalnej przewagi nad konkurencją. Prezes UKE niniejszą decyzją pragnie zapobiec praktykom nadmiernego subsydiowania skrośnego (przez co rozumie się sytuację, w której przychód z MTR umożliwia stworzenie oferty, która nie jest tylko wyrównaniem pozycji konkurencyjnej), jako naruszającym konkurencyjność na rynkach niezdominowanych przez jednego operatora. Z tego też względu stopniową niwelowanie różnicy stawek MTR rozpoczyna się od obniżenia stawki MTR w sieci P4 o 38,5% w stosunku do obecnej. Zdaniem Prezesa UKE tak znacząca redukcja stawki MTR pobieranej przez P4 przyczyni się do wzrostu konkurencyjności na rynku detalicznym, niwelując przewagę P4 spowodowaną jej znaczącą pozycją rynkową na rynku zakańczania połączeń w sieci P4. Co więcej, niniejsza decyzja wpłynie korzystnie na sytuację użytkowników końcowych PTK poprzez zmniejszenie cen detalicznych usług połączeń do numerów w sieci P4.

Zmiany wprowadzone niniejszą decyzją mają na celu zapewnienie dostępu telekomunikacyjnego w zakresie objętym wnioskiem PTK, a jednocześnie przyczynią się do zapewnienia rozwoju konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych poprzez rozszerzenie i poprawę oferty kierowanej przez PTK do użytkowników sieci telekomunikacyjnych. W ten sposób wydanie niniejszej

decyzji przyczyni się do usunięcia bezpośredniego i poważnego zagrożenia dla konkurencyjności i interesów użytkowników.

Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes UKE uwzględniając cały materiał dowodowy przedstawiony w sprawie orzekł jak w sentencji.

Na podstawie art. 206 ust. 2a w związku z art. 206 ust. 2 Pt niniejsza decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

POUCZENIE

Na podstawie art. 206 ust. 2 Pt od niniejszej decyzji Prezesa UKE przysługuje Stronom odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Zgodnie z art. 479⁵⁸ § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 z późn. zm.) odwołanie wnosi się za pośrednictwem Prezesa UKE w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

Otrzymują:

1. Monika Podpłóńska
Pełnomocnik PTK
ul. Skierniewicka 10A
01-230 Warszawa
2. Piotr Kuriata
Pełnomocnik P4
ul. Taśmowa 7
02-677 Warszawa
3. Jacek Wilczewski
Pełnomocnik KIGEiT
ul. Ruska 5
50-079 Wrocław