



Warszawa, dnia 26 czerwca 2009 r.

**PREZES URZĘDU KOMUNIKACJI
ELEKTRONICZNEJ**

Anna Streżyńska

Polkomtel S.A.
ul. Postępu 3
02-676 Warszawa

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

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

DECYZJA DHRT-WWM-6080-38/09 (45)

Na podstawie art. 28 ust. 1 w związku z art. 30 oraz art. 17 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2004 r., Nr 171, poz. 1800 ze zm., zwanej dalej „Pt”) oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. 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 Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej „Polkomtel”) z dnia 19 stycznia 2009 r. o wydanie decyzji zmieniającej Umowę w sprawie warunków współpracy i zasad rozliczeń zawartą w dniu 8 listopada 2006 r. pomiędzy Polkomtel a P4 Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (zwaną dalej „P4”), zmienionej Aneksem nr 1 z dnia 30 stycznia 2003 r., Aneksem nr 2 z dnia 27 marca 2003 r., Aneksem nr 3 z dnia 7 lipca 2003 r., Aneksem nr 4 z dnia 16 lutego 2004 r., Aneksem nr 5 z dnia 29 lipca 2004 r., Aneksem nr 6 z dnia 17 grudnia 2004 r., Aneksem nr 7 z dnia 4 stycznia 2006 r., Aneksem nr 8 z dnia 13 października 2006 r., Aneksem nr 9 z dnia 5 marca 2007 r., Aneksem nr 10 z dnia 22 czerwca 2007 r., Aneksem nr 11 z dnia 25 kwietnia 2008 r., Aneksem nr 12 z dnia 2 lutego 2009 r. oraz decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwanego dalej „Prezesem UKE”) z dnia 17 lutego 2009 r., nr DHRT-WWM-6080-26/09 (22), (zwana dalej „Umową”), w zakresie załączonego do wniosku projektu Aneksu do Umowy

I. zmieniam postanowienia Umowy w zakresie zmiany stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych (zwana dalej „stawką MTR”) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej P4, w następujący sposób:

1. W Załączniku Finansowym do Umowy w Rozdziale 2 „Zasady rozliczeń za ruch telekomunikacyjny” w § 2 ust. 1 pkt 4 dodaje się litery D) – M) w brzmieniu następującym:

”

- D) Od dnia 1 lipca 2009 r. do dnia 31 grudnia 2009 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 241% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 3,
- E) Od dnia 1 stycznia 2010 r. do dnia 30 czerwca 2010 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 226% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 3,
- F) Od dnia 1 lipca 2010 r. do dnia 31 grudnia 2010 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 210% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 3,
- G) Od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 30 czerwca 2011 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 194% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 3,
- H) Od dnia 1 lipca 2011 r. do dnia 31 grudnia 2011 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 179% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 3,
- I) Od dnia 1 stycznia 2012 r. do dnia 30 czerwca 2012 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 163% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 3,
- J) Od dnia 1 lipca 2012 r. do dnia 31 grudnia 2012 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 147% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 3,
- K) Od dnia 1 stycznia 2013 r. do dnia 30 czerwca 2013 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 131% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 3,
- L) Od dnia 1 lipca 2013 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 116% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 3,
- M) Od dnia 1 stycznia 2014 r. wynosi, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, 100% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 3;

2. W Załączniku Finansowym do Umowy w Rozdziale 2 „Zasady rozliczeń za ruch telekomunikacyjny” w § 2 ust. 1 pkt 5 dodaje się litery D) – M) w brzmieniu następującym:

”

- D) Od dnia 1 lipca 2009 r. do dnia 31 grudnia 2009 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 241% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 2,

- E) Od dnia 1 stycznia 2010 r. do dnia 30 czerwca 2010 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 226% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 2,
- F) Od dnia 1 lipca 2010 r. do dnia 31 grudnia 2010 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 210% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 2,
- G) Od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 30 czerwca 2011 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 194% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 2,
- H) Od dnia 1 lipca 2011 r. do dnia 31 grudnia 2011 r. włącznie niezależnie od okresu taryfikacyjnego wynosi 179% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 2,
- I) Od dnia 1 stycznia 2012 r. do dnia 30 czerwca 2012 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 163% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 2,
- J) Od dnia 1 lipca 2012 r. do dnia 31 grudnia 2012 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 147% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 2,
- K) Od dnia 1 stycznia 2013 r. do dnia 30 czerwca 2013 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 131% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 2,
- L) Od dnia 1 lipca 2013 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 116% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 2,
- M) Od dnia 1 stycznia 2014 r. wynosi, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 100% opłaty określonej w Załączniku Finansowym w Rozdziale 2 § 2 ust. 1 pkt 2.

W przypadku zmiany wysokości opłat wnoszonych na rzecz Polkomtel za minutę połączenia zakańczanego w sieci ruchomej Polkomtel, 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 Polkomtel, bez konieczności zmiany niniejszej Decyzji lub Umowy.”;

3. W Załączniku Finansowym do Umowy w Rozdziale 2 „Zasady rozliczeń za ruch telekomunikacyjny” § 2 ust. 1 dodaje się pkt 5a:

„ 5a Od dnia 1 lipca 2009 r. nie stosuje się opłat określonych w § 2 ust. 1 pkt 4 (opłata za zakończenie połączenia w sieci UMTS P4), o których mowa w literach A-C, i pkt. 5 (opłata za zakończenie połączeń w sieci ruchomej P4), o których mowa w literach A-C. Jeżeli jakiegokolwiek postanowienia Umowy odnoszą się do opłat określonych w pkt 4, o których mowa w literach A-C, i pkt 5 o których mowa w literach A-C, od dnia 1 lipca 2009 r. postanowienia te należy odnosić wyłącznie do odpowiednich opłat określonych w pkt 4, o których mowa w literach D-M, i pkt 5, 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

Negocjacje w sprawie zmiany stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (typu GSM 900 i UMTS) rozpoczął Polkomtel pismem z dnia 28 maja 2007 r., występując do P4 z propozycją zmian w Umowie w zakresie zmiany stawek rozliczeniowych za zakończenie połączenia w sieci P4. Ww. pismo zostało doręczone P4 w dniu 30 maja 2007 r.

W odpowiedzi P4 pismem z dnia 22 czerwca 2007 r. (data wpływu do Polkomtel dnia 29 czerwca 2007 r.) stwierdziła, iż P4 nie jest operatorem o znaczącej pozycji rynkowej i nie obciążają jej obowiązki regulacyjne na rynku 16 tj. zakańczania połączeń w mobilnej sieci telekomunikacyjnej. Wobec tego P4 nie zaakceptowała propozycji zmian stawki MTR w sieci P4, proponowanej przez Polkomtel na zasadzie symetrii opłat, jednocześnie proponując spotkanie negocjacyjne między Stronami.

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 i mocą której 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.

W związku z nie osiągnięciem przez Strony porozumienia, pismem z dnia 19 stycznia 2009 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej dnia 22 stycznia 2009 r.) Polkomtel złożył, na podstawie art. 27 ust. 2 w związku z art. 30 Pt, do Prezesa UKE wniosek o wydanie decyzji zmieniającej Umowę w zakresie zmiany stawki MTR w sieci P4, zgodnie z załączonym projektem Aneksu tj. w zakresie zmiany stawki MTR w ruchomej publicznej sieci telefonicznej P4.

Polkomtel we wniosku wskazał, iż kwestią sporną są zasady rozliczeń za zakańczanie połączeń w sieci ruchomej P4, a w szczególności wysokość stawki MTR za zakańczanie połączeń. Zdaniem Polkomtel, wysokość stawki MTR w sieci P4 zaburza równoprawną konkurencję. Polkomtel również wskazał, iż zarówno Europejska Grupa Regulatorów (zwaną dalej „ERG”), jak i Komisja Europejska jednoznacznie opowiadają się za asymetrią rozliczeń międzyoperatorskich jako

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

zasadą, która doznaje ograniczeń jedynie w wyjątkowych przypadkach. Polkomtel wskazał, iż brak obniżki w najbliższym czasie stawek MTR P4 doprowadzi do dalszego pogłębienia asymetrii pomiędzy poziomem stawek MTR stosowanych w sieci P4 a stawkami MTR, mającymi zastosowanie dla zakańczania połączeń u użytkowników końcowych nowych graczy na rynku, działających jako operatorzy MVNO. Zdaniem Polkomtel, „*pogorszenie warunków funkcjonowania graczy MVNO przejawia się przede wszystkim brakiem możliwości skonstruowania przez nich oferty detalicznej pozwalającej na powstrzymanie szybkiej erozji bazy abonenckiej MVNO, jaka niewątpliwie nastąpi w wyniku wprowadzenia przez P4 oferty detalicznej subsydiowanej wysokimi stawkami MTR*”. Zdaniem Polkomtel w celu rozwoju konkurencji i utrzymania na rynku MVNO niezbędne jest wprowadzenie symetrii w rozliczeniach pomiędzy MNO.

Polkomtel wniósł o łączne rozpoznanie niniejszej sprawy oraz wniosku P4 z dnia 24 grudnia 2008 r., dotyczącego obniżenia stawek MTR w sieci Polkomtel.

Prezes UKE, wypełniając dyspozycję art. 61 § 4 kpa, pismem z dnia 23 stycznia 2009 r. zawiadomił Strony o wszczęciu w dniu 22 stycznia 2009 r. postępowania administracyjnego o wydanie decyzji w sprawie zmiany Umowy, w zakresie wskazanym we wniosku Polkomtel oraz zwrócił się do P4 na podstawie art. 27 ust. 4 Pt o przedstawienie stanowiska w przedmiocie wniosku Polkomtel w terminie 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wszczęciu postępowania.

W odpowiedzi na zawiadomienie, pismem z dnia 9 lutego 2009 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej dnia 9 lutego 2009 r.), P4 przedstawiła stanowisko w sprawie, w którym wskazała, iż wniosek Polkomtel nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie została spełniona którakolwiek z przesłanek, określonych w art. 27 ust. 2 Pt w związku z art. 30 Pt, uprawniających Polkomtel do zwrócenia się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji zmieniającej Umowę w sposób zgodny z treścią przedstawionego projektu aneksu.

P4 odniosła się do obowiązków regulacyjnych ciążyących na Polkomtel, które Polkomtel powinien bezwarunkowo wykonywać. Ponadto P4 wskazała, że posiada znacznie mniejszą bazę klientów, wobec czego ewentualna symetria stawki MTR prowadziłyby do subsydiowania Polkomtel przez P4. P4 stwierdziła, iż fakt wydania Decyzji SMP P4, nie oznacza iż P4 prowadzi antykonkurencyjne działania na rynku zakańczania połączeń we własnej sieci. P4 przypominała, iż w odróżnieniu od Polkomtel, wciąż jest na etapie intensywnego rozwoju infrastruktury telekomunikacyjnej, bowiem P4 weszła na rynek z ponad dziesięcioletnim opóźnieniem w stosunku do Polkomtel, w którym to okresie Polkomtel utrzymywał wysokie ceny usług detalicznych i hurtowych, mogła rozłożyć w czasie inwestycje, co pozwoliło na obniżenie ryzyka inwestycyjnego oraz kosztów działalności. Ponadto Polkomtel, 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 prowadziłyby do subsydiowania Polkomtel przez P4. P4 wskazała, iż stawki stosowane na podstawie Umowy są zgodne z obowiązkami regulacyjnymi ciążyącymi na P4 i określonymi w decyzji Prezesa UKE z dnia 18 grudnia 2008 r. Zdaniem P4

stosowana w rozliczeniach z Polkomtel średnioważona stawka MTR P4 wynosi 0,55 PLN/min nie jest zatem stawką zawyżoną, gdyż maksymalna dopuszczalna stawka, jaką P4 mógłby aktualnie stosować zgodnie z stanowiskiem Prezesa UKE wynosi 0,87 PLN/min. P4 wyraziła swoje poparcie dla stanowiska Prezesa UKE co do stopniowego obniżania asymetrii stawek MTR na rynku, aż do całkowitego jej zniesienia w roku 2014.

Ponadto, zdaniem P4, połączenie spraw o które wniósł Polkomtel jest niemożliwe ze względu na przedwczesność wniosku Polkomtel. Ponadto P4 wskazała, iż jej wniosek wpłynęła wcześniej a Polkomtel od dnia 1 stycznia 2009 r. działa z naruszeniem przepisów Pt z uwagi na niewypełnienie warunków zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego oraz rozliczeń z tego tytułu, określonych w decyzji Prezesa UKE z dnia 30 września 2008 r.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2009 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej dnia 25 maja 2009 r.) Polkomtel przedstawił dodatkowe stanowisko w sprawie wersję jawną oraz wersję zastrzeżoną). W swoim stanowisku Polkomtel odniósł się do informacji przedstawionych przez P4 w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu. Polkomtel nie zgodził się, iż nie została zrealizowana przesłanka upływu wymaganego okresu negocjacji pomiędzy stronami. Polkomtel wskazał, iż wniosek negocjacyjny Polkomtel z dnia 22 czerwca 2007 r. dotyczył dokładnie tego samego zakresu przedmiotowego, co późniejsze wystąpienie Polkomtel do Prezesa UKE – tj. zmiany stawek MTR w sieci P4 w celu zapewnienia symetrycznych rozliczeń pomiędzy obydwojema operatorami. Formalnie, zdaniem Polkomtel, od tego momentu kwestia ta była sporna w relacjach pomiędzy Polkomtel i P4 i do chwili obecnej spór nie został rozstrzygnięty.

Następnie Polkomtel przedstawił merytoryczne podstawy dla symetrycznych stawek rozliczeniowych. Zdaniem Polkomtel, P4 jest w chwili obecnej operatorem rozwiniętym i z powodzeniem konkurującym z pozostałymi graczami, jak również podmiotem posiadającym ugruntowaną pozycję na rynku. Wskazuje na to szereg danych między innymi symetryczność ruchu pomiędzy sieciami, fakt, iż 55% ruchu obsługiwanego jest przez sieci P4 a nie w oparciu o roaming krajowy, oraz pokrycie 75% populacji Polski, fakty te mają potwierdzać posiadanie przez P4 znaczącej siły rynkowej. Ponadto zdaniem Polkomtel, P4 posiada dostęp do tańszych rozwiązań technologicznych, niż dotychczasowi operatorzy komórkowi, a to oznacza iż faktycznie ponosi mniejsze lub porównywalne z dotychczasowymi graczami ryzyko inwestycyjne.

Zdaniem Polkomtel, na aktualności również stracił argument P4 odnośnie asymetryczności w wymianie ruchu pomiędzy P4 i pozostałymi operatorami komórkowymi. W opinii Polkomtel, dane przedstawiane w comiesięcznych raportach rozliczeniowych sporządzane zgodnie z Umową wskazują, że zarówno jeśli chodzi o połączenia głosowe, jak i SMS, ruch pomiędzy abonentami sieci Polkomtel i P4 do sieci stron jest symetryczny i nie odbiega on swoim poziomem od poziomu symetrii pomiędzy innymi operatorami MNO. Zdaniem Polkomtel, charakterystyka ruchu P4 wskazuje, iż P4 uzyskała pełną charakterystykę ruchu operatora MNO. W związku z tym nieprawdziwym jest zdaniem Polkomtel argument stwierdzający, iż w przypadku symetrycznych stawek pomiędzy sieciami to P4 byłaby płatnikiem netto w ramach rozliczeń międzyoperatorskich z Polkomtel i stanowi próbę wprowadzenia regulatora w błąd. Zdaniem Polkomtel, przy

aktualnym poziomie asymetrii dzięki korzyściom finansowym P4 może obniżyć (subsydiować) swoje stawki detaliczne

W dniu, 5 czerwca 2009 r. Prezes UKE wydał postanowienie nr DHRT-WWM-6080-38/09(28) ograniczające P4 prawo wglądu do wersji zastrzeżonej stanowiska Polkomtel z dnia 16 kwietnia 2009 r.

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 15 czerwca 2009 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej dnia 16 czerwca 2009 r.), P4 wniosła ponownie o wydanie decyzji odmownej z uwagi na niedopuszczalność drogi administracyjnej załatwienia sporu pomiędzy P4 i Polkomtel. Ponadto ponownie P4 wskazała na niedopuszczalność drogi administracyjnej w sprawie z wniosku Polkomtel. P4 zawnioskowała o wydanie w trybie art. 9 ust. 2 Pt decyzji o uchyleniu zastrzeżonych informacji przedłożonych przez Polkomtel w piśmie z dnia 16 kwietnia 2009 r. Dodatkowo P4 zwróciła się do Prezesa UKE z wnioskiem o sprostowanie treści zawiadomienia z dnia 5 czerwca 2009 r. Następnie P4 przedstawiła informację odnośnie wysokości stawki MTR w sieci P4, jak również wskazała na brak podstaw do wydania decyzji na podstawie art. 17 Pt.

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-6080-38/09(31) dopuścił KIGEiT do postępowania na prawach strony.

Jednocześnie 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 22 czerwca 2009 r. KIGEiT wniósł o przedłużenie terminu na zapoznanie się z materiałem zgromadzonym w sprawie do dnia 25 czerwca 2009 r.

Pismem z dnia 26 czerwca 2009 r. Prezes UKE poinformował P4 o pozostawieniu bez rozpatrzenia wniosku P4 o wydanie decyzji z art. 9 ust. 2 Pt z uwagi na bezprzedmiotowość tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę Prezes UKE zważył, co następuje:

Podstawą do wystąpienia przez Polkomtel do Prezesa UKE z wnioskiem z dnia 19 stycznia 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.”* (St. Piątek, Prawo telekomunikacyjne, Komentarz, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2005 r., str. 274). Należy stwierdzić, że negocjacje w przedmiotowej sprawie rozpoczęły się w dnia 30 maja 2007 r. doręczeniem do P4 przez Polkomtel wniosku o zmianę stawek MTR w sieci P4 i do dnia złożenia przez Polkomtel wniosku z dnia 19 stycznia 2009 r. do Prezesa UKE (dnia 22 stycznia 2009 r.). Od momentu rozpoczęcia negocjacji przez strony do momentu złożenia wniosku przez Polkomtel upłynęło ponad 90 dni. Tym samym wszelka argumentacja P4, iż w niniejszej sprawie miała miejsce niedopuszczalność drogi administracyjnej, jest bezpodstawną. Aneks do Umowy w zakresie zmiany stawki MTR w sieci P4 nie został zawarty. 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 Polkomtel we wniosku z dnia 19 stycznia 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” (St. 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. St. 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), 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 przepisu, w wyjątkowych przypadkach, wymagających pilnego działania ze względu na bezpośrednie 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.” (St. 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 uprawnienia wynikającego z art. 17 Pt ustawodawca wymienił bezpośrednio i poważne zagrożenie, które może być dwojakiego 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 (St. 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 uregulowanie 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 (St. 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 Polkomtel a P4 oznaczałoby ograniczenie uprawnień użytkowników końcowych poprzez pozbawienie ich korzyści w zakresie obniżki cen za połączenia do sieci Polkomtel, 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.

Mając na uwadze powyższe zdaniem 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. Zachodzi bowiem obawa, iż P4, korzystając z obniżenia stawek MTR w sieciach operatorów konkurencyjnych, znacząco zacznie subsydiować swoją ofertę detaliczną zyskami z zakańczania połączeń we własnej sieci kierowanych m.in. z sieci Polkomtel. Biorąc pod uwagę ww. względy, w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki do wydania niniejszej Decyzji w trybie art. 17 Pt.

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 Polkomtel w zakresie wysokości stawek MTR w sieci P4, należy przypomnieć, 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 Polkomtel, Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej „PTC”) oraz Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwana dalej „PTK), z mocy właściwych decyzji, wprowadzających określone obowiązki regulacyjne. Wobec tego jako podstawę do zaistnienia asymetrycznych stawek MTR pomiędzy P4 a innymi MNO może stanowić sama niejednorodność obowiązków regulacyjnych (obowiązek stosowania niezawyżonych stawek po stronie P4 a obowiązek stosowania art. 40 Pt, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty po stronie pozostałych MNO). Należy jednak mieć na względzie, że asymetryczność stawek MTR nie powinna prowadzić do nadużywania przez P4 pozycji znaczącej poprzez stosowanie zawyżonych cen lub przenoszenia możliwości wynikających ze swojej pozycji rynkowej na rynek detaliczny. Wprowadzenie z kolei symetrycznych stawek MTR prowadziłoby 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. 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 Polkomtel (symetryczne, czy też asymetryczne) oraz jaka powinna być ich wysokość poprzez odniesienie się do poziomu asymetrii w odniesieniu do stawek operatora zasiedziałego, czyli Polkomtel.

Mając na uwadze powyższe należy przypomnieć, iż na P4 nałożono w decyzji SMP P4 obowiązek, o którym mowa w art. 44 Pt, polegający jedynie na nakazie stosowania przez P4 niezawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych

w ruchomej publicznej sieci telefonicznej P4. Obowiązek ten należy rozumieć w szczególności jako obowiązek obniżania stawek MTR w sieci P4, tak aby zachęcić P4 do stopniowej redukcji kosztów (optymalizacji ich infrastruktury), a także aby uwzględnić rozwój infrastruktury P4 (powiększanie się bazy klientów oraz istniejące efekty skali). Nie bez znaczenia jest także fakt obniżenia stawek MTR w sieciach pozostałych MNO, w tym Polkomtel. Utrzymanie stawek MTR w sieci P4 na niezmiennym poziomie może doprowadzić do powiększenia się asymetrii stawek MTR u pozostałych operatorów sieci ruchomych. W ten sposób mogłoby zwiększyć się zysk netto P4 we wszystkich rozliczeniach z Polkomtel. 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 rynku 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, uzasadnioną ww. argumentami oraz w związku z postanowieniami decyzji SMP P4 oraz obniżenia stawek MTR w sieci Polkomtel w rozliczeniach z P4, Polkomtel zaproponował symetrię tych stawek w stosunku do analogicznych stawek stosowanych przez Polkomtel. Swoje stanowisko Polkomtel poparł wywodem na temat niewielkiej różnicy w sytuacji P4 względem Polkomtel oraz koniecznością ograniczenia występującej obecnie asymetrii stawek MTR. Dodatkowo Polkomtel wskazał iż ruch pomiędzy sieciami Polkomtel i P4 jest symetryczny i nie odbiega swoim poziomem od poziomu symetrii pomiędzy innymi operatorami MNO.

Prezes UKE nie zgadza się z wywodem Polkomtel w zakresie wprowadzenia symetrycznych stawek MTR pomiędzy P4 i Polkomtel. Prezes UKE pragnie wskazać, iż asymetria stawek MTR jest w przedmiotowej sprawie jak najbardziej uzasadniona. 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 Polkomtel, który buduje swoją infrastrukturę od ponad 12 lat, wobec czego należy uznać, że proces inwestycyjny w znacznej części się zakończył, co zdaje się zauważać sam Polkomtel na stronie 3 swojego stanowiska z dnia 16 kwietnia 2009 r. Można więc przyjąć, iż poza kosztami amortyzacji, nakłady Polkomtel w jego 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 Polkomtel. W okresie początkowym swojej działalności Polkomtel czerpał znaczne dochody zarówno z wysokich cen detalicznych swoich usług, jak i wysokich cen swoich usług hurtowych. Przykładowo należy wskazać, iż Polkomtel w okresie 1997 – 2002 pobierał stawkę MTR w swojej sieci w wysokości 80 groszy za minutę połączenia. Tym samym argument Polkomtel, iż PTK w momencie wejścia na rynek w 1998 r. stosowała symetryczne stawki MTR w stosunku do innych MNO, jest błędny, bowiem stawki te nie zmieniły się przez następne 4 lata, podczas których PTK rozbudowywała swoją infrastrukturę najpierw w technologii GSM 1800, a następnie GSM 900 czyli z wykorzystaniem technologii znacznie tańszych w rozbudowie niż technologia UMTS, na podstawie której P4

rozbudowywało swoją infrastrukturę na początku funkcjonowania. Porównanie startu PTK oraz P4 również jest obciążone błędem, bowiem opłaty detaliczne obecnie są kilkakrotnie niższe niż w czasie, gdy PTK rozpoczynał swoją działalność. Należy pamiętać, iż rosnące od 1998 r. zainteresowanie usługami telefonii ruchomej umożliwiło Polkomtel zagospodarowywanie kolejnych segmentów klientów docelowych, a niski poziom nasycenia stwarzał duże możliwości rozwoju w długim okresie. Z czasem wszyscy trzej MNO (Polkomtel, PTK i PTC) osiągnęli stabilną, z ekonomicznego punktu widzenia, pozycję, a ok. 30% udział w wartości i liczbie klientów rynku, 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 Polkomtel, co musi z kolei znaleźć odzwierciedlenie w wyższym zwrocie kapitału.

Dlatego też porównywanie sytuacji P4 do Polkomtel czy 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 Polkomtel, motywowanej prowadzonym obecnie intensywnym rozwojem infrastruktury telekomunikacyjnej P4.

Ponadto Prezes UKE pragnie przypomnieć, iż ze względu na długi okres funkcjonowania na rynku, Polkomtel 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, wykorzystywana przy budowie swojej infrastruktury 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 Polkomtel. Wyraźnie wskazuje na to różnica w ilości użytkowników końcowych obu Stron postępowania. P4 posiada bowiem około 2 milionów abonentów, podczas gdy Polkomtel posiada około 14 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. Co więcej, Polkomtel 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

² Decyzja SMP P4

³ „Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego za 2008 rok”

http://www.uke.gov.pl/_gAllery/17/62/17626/Raport_o_stanie_rynk_u_telekomunikacyjnego_za_2008_rok_v3.pdf

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, nie ma to nic wspólnego

z symetrią ruchu pomiędzy sieciami P4 i Polkomtel, na jaką powołuje się Polkomtel. Zdecydowanie podnosi to koszty funkcjonowania sieci posiadającej mniejszą liczbę abonentów, ponieważ wykorzystanie jej zasobów nie jest optymalne. Istnienie asymetrii stawek MTR ma zatem na celu wyrównanie sytuacji konkurencyjnej.

Jak wskazano powyżej, istnieją więc istotne przyczyny uzasadniające funkcjonowanie asymetrii stawek MTR pomiędzy P4 a Polkomtel. 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 konkurencją 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 malenia asymetrii ruchu typu on-net i typu off-net (połączenia wykonywane poza sieć), 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.

Biorąc zatem pod uwagę wszystkie ww. względy, 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 Polkomtel) był stopniowo obniżany. Takie stanowisko zajmuje również P4.

Ponadto Prezes UKE wskazuje 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 obniżył mocą niniejszej decyzji stawkę MTR w sieci P4 do poziomu 9,2036 eurocentów za minutę połączenia (liczone wg 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. Nieco wyższe od wprowadzanych dla P4 stawki MTR mają również operatorzy mobilni w Holandii (wg informacji posiadanych przez Prezesa UKE) 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 tj. 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 korzystanie 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 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 wyrównania 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 trzech operatorzy zasiedzieli (w tym 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 Polkomtel była to decyzja DHRT-WKO-6042-6/08(11) z dnia 30 września 2008 r., zwana dalej „Decyzją WKO Polkomtel”, 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 Polkomtel

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

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 Polkomtel (oraz odpowiednich decyzjach dla PTK i PTC) tego terminu, jako daty początku obowiązywania nowej stawki MTR dla Polkomtel. 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 zasiedziały

	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 zasiedziały 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 pełnej symetrii. Proponowane przez Prezesa UKE stopniowe obniżenie stawek MTR w sieci P4 co 6 miesięcy związane 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 Polkomtel 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, 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 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 Polkomtel 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 w 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 stawek stosowanych w relacjach pomiędzy Polkomtel a P4, pozwoli na efektywne planowanie i podejmowanie decyzji biznesowych. Tym samym Prezes UKE nie uznał stanowiska Polkomtel z dnia 16 kwietnia 2009 r. wskazującego, na konieczność uregulowania stawki MTR pomiędzy P4 a Polkomtel na symetrycznym poziomie. Zdaniem Prezesa UKE, przyjęty w decyzji okres asymetrii stawek MTR jest jak najbardziej uzasadniony, biorąc pod uwagę wykazaną wcześniej przewagę rynkową Polkomtel. 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. w ramach stanowiska.

Biorąc pod uwagę twierdzenie P4 podniesione w piśmie z dnia 15 czerwca 2009 r. w sprawie ciążących na P4 obowiązków regulacyjnych, Prezes UKE pragnie wskazać niekonsekwencje tego stanowiska P4. Z jednej strony P4 wskazała na pełną gotowość realizacji ciążących na niej obowiązków regulacyjnych, w tym niestosowanie zawyżonych stawek MTR w sieci P4. W tym zakresie P4 trafnie zauważyła, iż od dnia 1 lipca 2009 r. aktualne stawki MTR w sieci P4 będą musiały być obniżone z uwagi na obniżkę tych stawek w sieci Polkomtel. Ponadto P4 zadeklarowała, iż dobrowolnie zrealizuje swój obowiązek obniżenia stawek MTR w relacjach z Polkomtel bez potrzeby interwencji Prezesa UKE. Z drugiej strony, P4 nie przekazała Prezesowi UKE żadnych dowodów świadczących o tym, iż dobrowolne obniżenie stawek MTR w sieci P4 w relacjach z Polkomtel od dnia 1 lipca 2009 r. zostanie zrealizowane. Należy bowiem zauważyć, że obie Strony bowiem w dalszym ciągu nie osiągnęły żadnego porozumienia co do wysokości stawek MTR w sieci P4. Co więcej, w tym samym piśmie P4 podniosła, iż skoro Polkomtel przy realizacji swojego obowiązku obniżenia stawek MTR w sieci Polkomtel w relacjach z P4 opóźniło się o 48 dni, to P4 również zamierza rozpocząć realizację swojego obowiązku regulacyjnego z opóźnieniem 48-dniowym. Stanowisko P4 jest więc w zakresie dobrowolnej realizacji obowiązku regulacyjnego z art. 44 Pt za nieudowodnione, a także, z ww. względów, wewnętrznie sprzeczne. Co więcej, stanowisko P4 wskazuje raczej na zamiar braku realizacji przez P4 nałożonego obowiązku regulacyjnego zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UKE z dnia

16 grudnia 2008 r. W tej sytuacji Prezes UKE nie może przychylić się do stanowiska P4 o braku potrzeby ingerencji zgodnie z art. 28 ust. 1 Pt.

Odnosząc się do zarzutów Polkomtel, że asymetryczna stawka, jaką pobiera P4 za zakończenie połączenia w swojej sieci powoduje, iż operatorzy MVNO nie mogą skutecznie konkutować i koniecznym jest wprowadzenie wyżej stawki za zakończenie połączenia u abonenta przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na rzecz którego Polkomtel udostępnia infrastrukturę, Prezes UKE wskazuje, iż P4 inwestuje w rozwój infrastruktury telekomunikacyjnej w przeciwieństwie do operatora MVNO, który korzysta z infrastruktury Polkomtel. Prezes UKE, świadomy subsydiowania skrośnego stosowanego przez P4, postanowił zmniejszyć poziom asymetrii, która powinna wyrównywać szanse dla nowo wchodzących operatorów w stosunku do zasiedziałych, ale w żaden sposób nie powinna promować antykonkurencyjnych zachowań (np. subsydiowanie skrośne). Operatorzy MVNO, którzy nie posiadają własnej infrastruktury, a tym bardziej jej nie rozbudowują mogli by stosować opisane powyżej praktyki, co stałoby w sprzeczności z podstawowym celem Prezesa UKE, jakim jest wspieranie konkurencji.

Na szczególną uwagę zwraca zarzut Polkomtel, iż P4 czerpiąc przychody z asymetrycznych stawek może kreować bardziej konkurencyjne oferty dla własnych klientów detalicznych. W przedmiotowej sprawie, analiza działań P4 po wprowadzeniu obniżki stawek MTR w sieciach konkurentów P4 (w tym w sieci Polkomtel) 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 swojej sieci, 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 PTK, PTC i Polkomtel w rozliczeniach z P4. Natomiast stawki MTR w sieci P4 nie zostały wówczas zmienione. Z uwagi na zbliżające się kolejne obniżenie stawek MTR w sieci PTK zachodzi obawa, iż sytuacja z lutego 2009 r. powtórzy się co pozwoli P4 na osiągnięcie niedopuszczalnej przewagi nad konkurencją na rynku usług detalicznych. 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 redukcję asymetrii stawek MTR rozpoczyna się od obniżki 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 Polkomtel poprzez zmniejszenie cen detalicznych usług połączeń do numerów w sieci P4.

W zakresie zarzutów P4 przedstawionych w piśmie z dnia 9 lutego 2009 r. dotyczących niespełnienia przesłanek określonych w art. 27 ust. 2 Pt, uprawniających Prezesa UKE do wydania decyzji w przedmiotowej sprawie, Prezes UKE raz jeszcze, w uzupełnieniu wcześniejszych wywodów, wskazuje, iż nie może

zgodzić się z takim stanowiskiem. Jak zostało wykazane wyżej negocjacje w sprawie rozpoczął Polkomtel pismem z dnia 27 maja 2007 r., natomiast z wnioskiem do Prezesa UKE wystąpił w dniu 22 stycznia 2009 r. tym samym została spełniona przesłanka prowadzenia negocjacji w przedmiocie zmiany stawki MTR P4 przez co najmniej 90 dni. Fakt ten umożliwił Polkomtel wystąpienie z wnioskiem o zmianę Umowy, a Prezesa UKE uprawnili do wydania przedmiotowej decyzji. Tym samym Prezes UKE przychylił się w tej materii do stanowiska Polkomtel zaprezentowanego pismem z dnia 16 kwietnia 2009 r.

Prezes UKE przy wydawaniu niniejszej Decyzji nie mógł zgodnie z wnioskiem Polkomtel łącznie rozpatrzyć poniższej sprawy ze sprawą z wniosku P4, dotyczącą uregulowania stawek MTR za zakańczanie połączeń w sieci Polkomtel, bowiem niniejsze rozstrzygnięcie ze względu na opisany powyżej szczególnie ważny charakter dla abonentów zostało wydane w oparciu o art. 17 Pt. natomiast w sprawie z wniosku P4, dotyczącej uregulowania stawek MTR za zakańczanie połączeń w sieci Polkomtel, nie zachodziły przesłanki z art. 17 Pt. Ponadto Prezes UKE wskazuje, iż połączenie ww. spraw mogłoby wpłynąć negatywnie na czas rozpatrywania łącznie obu ww. spraw i wydania niniejszej decyzji tj. przedłużyć go nadmiernie. Powyższe mogłoby w konsekwencji spowodować, iż wydanie niniejszej decyzji, po łącznym rozpatrzeniu sprawy z wniosku P4, dotyczącej uregulowania stawek MTR za zakańczanie połączeń w sieci Polkomtel, byłoby możliwe dopiero po dniu 1 lipca 2009 r. To z kolei spowodowałoby, że ochrona interesów użytkowników końcowych Polkomtel nie byłaby odpowiednia.

Jednocześnie Prezes UKE, odnosząc się do wniosku P4 z dnia 15 czerwca 2009 r. w sprawie wydania decyzji z art. 9 ust. 2 Pt uchylającej zastrzeżenie Polkomtel poufności przedstawionych informacji w stanowisku z dnia 16 kwietnia 2009 r., wskazuje, że wniosek P4 został pozostawiony bez rozpatrzenia z uwagi na jego bezprzedmiotowość. Przepis art. 9 ust. 2 Pt nie może być zastosowany w niniejszym postępowaniu, gdyż dostęp do informacji przedstawionych przez Polkomtel i stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, Prezes UKE ograniczył w trybie art. 207 Pt, na wniosek Polkomtel. Nie zastosowano więc w stosunku do tych informacji trybu art. 9 ust. 1 Pt, gdyż przepisu tego nie stosuje się w postępowaniach z art. 28 -30 Pt. Przepis art. 9 ust. 2 Pt stosuje się wyłącznie w procedurach gromadzenia informacji przez Prezesa UKE, stąd ich odtajnienie odbywa się w formie decyzji administracyjnej, kończącej postępowanie o odtajnienie. Ponadto postępowanie z art. 9 ust. 2 Pt nie ma trybu wnioskowego. Z kolei zgodnie z art. 207 ust. 1 Pt w trakcie postępowania administracyjnego Prezes UKE na wniosek strony może postanowieniem ograniczyć prawo wglądu do informacji grożących ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa lub innych tajemnic prawnie chronionych. W tej sytuacji strona wnioskująca o wydanie takiego postanowienia zobowiązana jest dostarczyć swoje stanowisko również w wersji bez zastrzeżonych informacji, tak aby pozostałe strony mogły mieć wgląd do tej wersji stanowiska.

Prezes UKE pragnie podkreślić, iż w przedmiotowej sprawie w stosunku do informacji zastrzeżonych przez Polkomtel zastosowano procedurę z art. 207 ust. 1 Pt, a nie, jak stwierdziło P4, procedurę z art. 9 ust. 1 Pt. W związku z powyższym niemożliwe było wydanie wnioskowanej przez P4 decyzji z art. 9 ust. 2 Pt, gdyż taka decyzja zostałaby wydana z rażącym naruszeniem prawa, a przez to spełniałaby ona przesłanki nieważności z art. 156 § 1 pkt 2 kpa. Z kolei od postanowienia Prezesa UKE z dnia 5 czerwca 2009 r. znak DHRT-WWM-6080-38/09(28), ograniczające P4

prawo wglądu do wersji zastrzeżonej stanowiska Polkomtel z dnia 16 kwietnia 2009 r., zgodnie z art. 207 ust. 1 Pt, nie przysługuje środek zaskarżenia. Z tego też względu przedmiotowe postanowienie, zgodnie z art. 142 kpa, można jedynie ewentualnie zaskarżyć w odwołaniu od niniejszej decyzji, o czym P4 została pouczona.

Praktyka wynikająca z poprzednich działań Prezesa w zakresie wysokości stawek MTR wskazuje, iż obniżenie tych stawek zawsze skutkuje obniżeniem cen detalicznych. Takie działanie jest w interesie użytkowników końcowych, w związku z czym przesłankę działania Prezesa UKE z art. 28 ust. 1 pkt 1 Pt należy uznać za spełnioną.

Prezes UKE podkreśla, że zmiany wprowadzone niniejszą decyzją mają na celu zapewnienie dostępu telekomunikacyjnego w zakresie objętym wnioskiem Polkomtel, a jednocześnie przyczynią się do zapewnienia rozwoju konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych poprzez rozszerzenie i poprawę oferty kierowanej przez Polkomtel 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 powyższej 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.

Otrzymuje:

1. Elżbieta Barembruch
Pełnomocnik Polkomtel
ul. Mokotowska 4/6
00-641 Warszawa
2. Piotr Kuriata
Pełnomocnik P4
ul. Taśmowa 7
02-677 Warszawa
3. Jacek Wilczewski
Pełnomocnik Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji
ul. Ruska 5
50-079 Wrocław