

**Podkreślenia i „gwiazdki” w niniejszym dokumencie wskazują do których części tekstu decyzji Komisji odnosi się komentarz UKE**

**Komentarze UKE znajdują się w tekście, w ramkach**

## **DECYZJA KOMISJI**

**z dnia 3.3.2010 r.**

**na podstawie art. 7 ust. 4 dyrektywy 2002/21/WE („Wycofanie notyfikowanej decyzji”)**

**Jedynie tekst w języku polskim jest autentyczny.**

**Sprawa PL/2009/1019: krajowy rynek hurtowy wymiany ruchu IP (IP tranzyt).**

**Sprawa PL/2009/1020: krajowy rynek hurtowy wymiany ruchu IP (IP peering) z siecią Telekomunikacji Polskiej S.A.**

KOMISJA EUROPEJSKA,

uwzględniając Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej,

uwzględniając dyrektywę 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej („dyrektywę ramową”)<sup>1</sup>, w szczególności jej art. 7 ust. 4,

uwzględniając zalecenie Komisji 2008/850/WE z dnia 15 października 2008 r. w sprawie notyfikacji, terminów i konsultacji przewidzianych w art. 7 dyrektywy ramowej („zalecenie proceduralne”)<sup>2</sup>,

uwzględniając fakt rozpoczęcia w dniu 4 stycznia 2010 r. II etapu postępowania, zgodnie z art. 7 ust. 4 dyrektywy ramowej,

uwzględniając dodatkowe informacje przesłane przez polski organ regulacyjny - Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej („Prezesa UKE”),

uwzględniając ogłoszenie opublikowane na stronie internetowej Komisji w dniu 8 stycznia 2010 r., zapraszające zainteresowane strony do przedłożenia swoich uwag wobec pisma Komisji, zawierającego poważne wątpliwości („ogłoszenie”),

po zasięgnięciu opinii Komitetu ds. Łączności,

a także mając na uwadze, co następuje:

---

<sup>1</sup> Dz.U. L 108 z 24.4.2002, s. 33.

<sup>2</sup> Dz.U. 190 z 30.7.2003, s. 13.

## I. PROCEDURA

- (1) W dniu 27 listopada 2009 r. Komisja zarejestrowała pod numerami PL/2009/1019 i PL/2009/1020 przekazane przez polski organ regulacyjny - Prezesa UKE -notyfikacje dotyczące krajowego hurtowego rynku usług wymiany ruchu IP (IP tranzyt) i hurtowego rynku usług IP peering z siecią Telekomunikacji Polskiej S.A. (TP).
- (2) W dniu 3 grudnia 2009 r. Komisja wystąpiła do Prezesa UKE z formalnym zapytaniem. Odpowiedź została udzielona w dniu 8 grudnia 2009 r. Dodatkowe informacje zostały przekazane przez Prezesa UKE w dniach 15 i 16 grudnia 2009 r.
- (3) W dniu 4 stycznia 2010 r. Komisja, zgodnie z art. 7 ust. 4 dyrektywy ramowej, poinformowała Prezesa UKE, iż ma poważne wątpliwości co do zgodności projektu decyzji z prawem Unii Europejskiej („pismo zawierające poważne wątpliwości”).
- (4) W dniu 8 stycznia 2010 r. Komisja opublikowała na swojej stronie internetowej ogłoszenie, w którym zaprosiła zainteresowane strony do przedłożenia swoich uwag odnośnie pisma Komisji z poważnymi wątpliwościami w terminie pięciu dni roboczych.
- (5) Podczas drugiego etapu postępowania Komisja przeprowadziła spotkanie z przedstawicielami UKE w dniu 19 stycznia 2010 r.
- (6) W dniu 21 stycznia 2010 r. Komisja wysłała dodatkowe pytania do Prezesa UKE. Odpowiedź Prezesa UKE otrzymano w dniu 26 stycznia 2010 r.
- (7) W dniu [18] lutego 2010 r. przeprowadzono konsultacje z Komitetem ds. Łączności w sprawie projektu decyzji, zgodnie z procedurą zawartą w art. 22 ust. 2 dyrektywy ramowej.

## n. OPIS PROJEKTÓW DECYZJI

- (8) W notyfikowanych projektach decyzji Prezes UKE określa dwa sposoby wymiany ruchu IP: (i) IP peering oraz (ii) IP tranzyt.
- (9) Prezes UKE określa IP peering jako bezpośrednią wymianę ruchu IP odbywającą się wyłącznie pomiędzy dwoma połączonymi sieciami dostawców usług internetowych (ang. *Internet Service Provider* - ISP). Według Prezesa UKE peering może przybierać różne formy<sup>3</sup>. Jeżeli chodzi o ewentualną umowę handlową, zdaniem Prezesa UKE wymiana ruchu typu peering może odbywać się bezpłatnie, ewentualnie ISP mogą świadczyć usługi wymiany ruchu za opłatą (peering płatny).

UKE: dla IP Peeringu współpraca w zakresie wymiany ruchu IP może być realizowana na zasadzie partnerskiej, gdzie nie występuje relacja klient – dostawca usługi np. w przypadku peeringu nieodpłatnego lub o równoważących się płatnościach w obydwie strony.

- (10) Model IP tranzyt przybiera\* formę relacji klient-dostawca: jeden ISP (dostawca) świadczy na rzecz innego ISP (klienta) odpłatną usługę polegającą na transmisji ruchu IP pomiędzy siecią klienta i

<sup>3</sup> W szczególności może odbywać się w postaci peeringu pomiędzy dwoma połączonymi Systemami Autonomicznymi (AS), z wyłączeniem klientów (np. ISP, dostawców treści, większych organizacji) jednego lub obu połączonych AS; bądź jako peering pomiędzy dwoma połączonymi AS, w tym także ich klientami. AS to sieć IP lub grupa sieci o takim samym procedurach routingu, zwykle pozostających pod kontrolą jednej organizacji. Każdy podłączony do Internetu komputer jest podłączony do jednego z AS.

innymi sieciami. Dokonując zakupu usług IP tranzyt, ISP może połączyć się z innymi sieciami nie posiadając połączenia bezpośredniego. Wymiana ruchu IP pomiędzy Systemami Autonomicznymi (ang. *Autonomous System* — AS) odbywa się w punkcie wymiany ruchu internetowego, tzw. *Internet Exchange Point* (DC lub DCP). Istnieją publiczne i prywatne punkty DCP. W przypadku publicznie dostępnego punktu DCP operatorzy dokonują\*\* wymiany ruchu IP z wszystkimi pozostałymi ISP podłączonymi do tego punktu. Prywatne punkty IXP są tworzone przez dużych operatorów w celu wymiany ruchu IP wyłącznie w ramach ich AS.

\*UKE: Nieprawda gdyż, model IP Tranzyt nie „przybiera” takiej formy w tej notyfikacji, tylko zawsze ma formę relacji klient-dostawca.

\*\* UKE: Nieprawda gdyż, w przypadku publicznych IX operatorzy mogą dokonywać (a nie dokonują) wymiany ruchu IP ze wszystkimi innymi ISP podłączonymi do tego IX, którzy również posiadają otwartą politykę peeringową. Obecność ISP w IX nie oznacza automatycznie, że dokonuje on wymiany ruchu w tym IX z każdym innym ISP. Operator obecny w IX może:

- nie wymieniać się ruchem z żadnym innym ISP a tylko świadczyć usługi teletransmisji (IP Transport) dla innych ISP,
- wymieniać się ruchem z wybranymi ISP (kupuje IP Tranzyt, sprzedaje IP Tranzyt, posiada peering z wybranym ISP),
- wymieniać się nieodpłatnie ruchem z każdym innym ISP który również chce się wymieniać nieodpłatnie ruchem z każdym innym ISP.

- (11) Zdaniem Prezesa UKE usługi typu IP tranzyt z zasady zapewniają dostęp do globalnej sieci internetowej. Jednak Prezes UKE podkreśla, że w Polsce mamy do czynienia z szeroką gamą innych hurtowych usług tranzytowych oferowanych przez polskich ISP: (i) IP Tranzyt Polska (zapewnia dostęp do polskiego Internetu); (ii) IP Tranzyt Polska bez TPNET (zapewnia dostęp do polskiej sieci internetowej z wyłączeniem użytkowników końcowych TP); (iii) IP Tranzyt World bez TPNET (zapewnia dostęp do globalnego Internetu z wyłączeniem użytkowników końcowych TP).
- (12) TP dostarcza następujące (odpłatne) usługi: (i) WWW.access,<sup>4</sup> (ii) TPNET.pl<sup>5</sup>, (iii) TPNET.world<sup>6</sup>

<sup>4</sup> WWW.access to usługi dla klientów biznesowych nieposiadających własnego AS.

UKE: Nieprawda gdyż, WWW.access to usługa z której korzystają również ISP, którzy korzystają z hurtowej wymiany ruchu IP z TP dla zapewnienia usług swoim użytkownikom końcowym w miejscowościach w których posiadają swoje sieci dostępowe które nie są połączone łączami z ich sieciami szkieletowymi. Są to z reguły mniejsze miasta w których nie istnieje duplikacja międzymiastowej sieci teletransmisyjnej TP.

<sup>5</sup> Usługa zapewniająca dostęp do AS TP oraz AS jej klientów (dostęp do globalnych zasobów Internetu jest zablokowany).

UKE: Jej klientów - a więc również wszystkich innych ISP polskich, którzy wymieniają się ruchem IP z TP.

<sup>6</sup> TPNET akceptuje wszystkie prefiksy rozgłaszane przez jej klientów i rozgłasza je do użytkowników TP i do światowego Internetu.

i (iv) Global Access<sup>7</sup>.

(13) Zdaniem Prezesa UKE usługi IP peering oraz IP tranzyt należy uznać za oddzielne rynki właściwe, ponieważ usługi te nie są wzajemnie zastępowalne z następujących względów:

- IP Peering polega na wymianie ruchu IP pomiędzy użytkownikami końcowymi operatora sieciowego oraz (i) użytkownikami końcowymi bezpośrednio przyłączonych operatorów lub (ii) użytkownikami końcowymi pośrednio podłączonych operatorów, którzy wykupili usługę IP Tranzyt u dostawcy usługi IP Peering.

- IP Tranzyt obejmuje IP Peering oraz usługi dodatkowe (tranzyt do partnerów peeringu i dostawców usługi IP Tranzyt). Usługa IP Tranzyt umożliwia wymianę ruchu IP z całym Internetem.

**UKE: Przedstawione argumenty są niepełne, zawierają merytoryczne błędy i nie są zgodne z opinią przedstawioną przez Prezesa UKE.** W uzasadnieniu poniżej zawarto również cytaty ze stanowiska Prezesa UKE.

Uwaga KE: „*nie są wzajemnie zastępowalne z następujących względów*”:

Prezes UKE uznał że usługi nie są względem siebie substytucyjne a nie zastępowalne. Wzajemna substytucyjność polega na łatwej możliwości zamiany jednej usługi przez drugą i drugiej przez pierwszą co nie ma miejsca w przypadku usług IP Peering i IP Tranzyt. Usługi IP Tranzyt i IP Peering nie są do siebie ani podobne ani w pełni pokrywające się zakresem świadczonej usługi ani specyfiką usługi tak jak tranzyt połączeń głosowych nie jest substytutem zakańczania połączenia głosowego w sieci operatora. IP Peering i IP Tranzyt nie mają podobnych zastosowań ani podobnych właściwości na poziomie hurtowej wymiany ruchu IP np.:

- Żaden z Polskich ISP nie jest w stanie zapewnić łączności dla swoich użytkowników końcowych z wszystkimi innymi użytkownikami końcowymi za pośrednictwem nieoznaczenie dużej liczby łączy z usługami IP Peering tak samo jak żaden alternatywny polski operator telekomunikacyjny PSTN nie jest podłączony bezpośrednio do każdego innego operatora telekomunikacyjnego PSTN w Polsce. Każdy z polskich ISP może uzyskać dostępność do globalnego Internetu i wszystkich polskich użytkowników końcowych poprzez jedno łącze z usługą IP Tranzyt tak jak każdy polski operator telekomunikacyjny PSTN może skorzystać z usług tranzytu połączeń głosowych oferowanych przez jednego operatora PSTN dla uzyskania pomaczenia z każdym użytkownikiem końcowym PSTN przyłączonym w sieci dowolnego innego operatora telekomunikacyjnego.
- Pośrednia wymiana ruchu pomiędzy AS za pośrednictwem innych AS może wielokrotnie przechodzić pomiędzy AS poprzez łącza na których świadczona jest usługa IP Tranzyt ale tylko raz przez łącze na którym jest usługa IP Peering.
- Pośrednia wymiana ruchu pomiędzy AS za pośrednictwem innych AS może być oparta wyłącznie na usługach IP Tranzyt i nie zawierać IP Peering.
- Pośrednia wymiana ruchu pomiędzy AS za pośrednictwem innych AS może nie może być oparta wyłącznie na usługach IP Peering.

Należy wskazać, że Komisja nigdy nie wykazała ani nie podała przekonujących argumentów za tym, iż usługi IP Tranzyt i IP Peering są substytucyjne, ponadto sama KE opublikowała na swoich stronach analizy potwierdzające fakt braku substytucyjności tych usług.

<sup>7</sup> TPNET akceptuje jedynie prefiksy z Systemu Autonomicznego klienta i rozgłasza je do światowego Internetu. Tranzyt od innych AS jest zablokowany.

UKE: Usługa ta nie pozwala na świadczenie usług IP Tranzyt dla klientów ISP, który posiadają własne AS np. innych ISP lub użytkowników końcowych posiadających własny AS.

**Wybrane przykłady argumentów Prezesa UKE, które zostały pominięte przez KE a znajdują się w notyfikowanych projektach:**

- „Należy jednak zauważyć, że wymiana ruchu IP na całej swojej drodze pomiędzy użytkownikami końcowymi może tylko raz być wymieniana pomiędzy dwoma AS na zasadzie IP Peeringu”
- „IP Tranzyt jest więc usługą świadczoną przez jednego z przedsiębiorców telekomunikacyjnych, posiadającego własny AS dla innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego posiadającego własny AS z wykorzystaniem protokołu BGP. IP Tranzyt zawiera wymianę ruchu obejmowaną przez peering (do/od AS sieci własnej i AS sieci własnych klientów) poszerzoną o ruch do/od dostawców usługi IP Tranzyt i/lub partnerów peeringowych.  
IP Tranzyt polega w większości przypadków na zapewnieniu przez przedsiębiorcę świadczącego usługę, łączności z całym światowym Internetem za pośrednictwem swojej sieci i posiadanych usług od innych przedsiębiorców. Istnieją również inne odmiany IP Tranzyt oferowane na rynku polskim np.:
  - IP Tranzyt Polska,
  - IP Tranzyt Polska bez TPNET,
  - IP Tranzyt Świat bez TPNET.”
- „Usługi IP Tranzyt i IP Peering nie są względem siebie substytucyjne z następujących powodów:
  - IP Peering zapewnia dostęp, mający na cel wymianą ruchu IP, jedynie do/od własnych użytkowników końcowych oraz użytkowników końcowych klientów bezpośrednich lub pośrednich, którzy wykupili usługę IP Tranzyt od dostawcy usługi IP Peering;
  - IP Tranzyt jest usługą zapewniającą dostęp do wszystkich użytkowników końcowych dostępnych w usłudze IP Peering oraz użytkowników dostępnych poprzez łącza partnerów dla usług IP Peering i dostawców usług IP Tranzyt;”

Tabela 1 notyfikacji: Główne różnice pomiędzy usługami IP Peering i IP Tranzyt decydujące o braku substytucyjności

Zagadnienie	IP Peering	IP Tranzyt
Znacząco odmienny zakres frakcji ruchu IP wymienianego pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi.	Przedsiębiorca udostępniający usługę wymiany ruchu IP Peering wymienia ruch IP z: <ul style="list-style-type: none"> <li>• własnego AS i AS klientów, którzy wykupili u niego usługę IP Tranzyt.</li> </ul> Przedsiębiorca udostępniający usługę wymiany ruchu IP Peering nie wymienia ruchu z: <ul style="list-style-type: none"> <li>• AS dostępnych dzięki usługom IP Peering od innego przedsiębiorcy,</li> <li>• AS dostępnych dzięki zakupieniu usług IP Tranzyt od innego przedsiębiorcy</li> </ul>	Przedsiębiorca udostępniający usługę wymiany ruchu IP Tranzyt wymienia ruch IP z: <ul style="list-style-type: none"> <li>• własnego AS i AS klientów, którzy wykupili u niego usługę IP Tranzyt,</li> <li>• AS dostępnych dzięki usługom IP Peering od innego przedsiębiorcy,</li> <li>• AS dostępnych dzięki zakupieniu usług IP Tranzyt od innego przedsiębiorcy.</li> </ul>
Znacząco różne metody naliczania opłat za świadczone usługi	IP Peering może być usługą płatną, usługą o bilansujących się należnościach, usługą nieodpłatną przy spełnieniu warunków brzegowych.	IP Tranzyt jest zawsze usługą płatną
Różna definicja dostawcy usługi	Dostawca oferuje usługi dostępu do Internetu na rynku detalicznym lub kontroluje dostęp do użytkowników końcowych w innych sieciach	Dostawca oferuje usługi hurtowej wymiany ruchu IP. Dostawca może nie posiadać kontroli nad użytkownikami końcowymi



- (14) Zdaniem Prezesa UKE IP peering - z powodu krótszych połączeń wykorzystywanych do transmisji ruchu - zapewnia lepszą jakość usług niż IP tranzyt, gdzie wymagane jest przesyłanie ruchu przez sieci osób trzecich. Na tej podstawie Prezes UKE definiuje (i) rynek hurtowy wymiany ruchu IP w modelu IP peering wyłącznie z siecią TP oraz (ii) rynek hurtowy wymiany ruchu IP w Polsce w trybie IP Tranzyt.

**UKE: Nieprawda gdyż, stwierdzenie zawarte w punkcie 14 pisma jest niezgodne z zapisami notyfikowanych decyzji i zawiera nieprawdziwe stwierdzenia.**

Zdaniem Prezesa UKE IP Peering i IP Tranzyt nie są substytucyjne. Pod wpływem uwag Komisji do poprzednich postępowań, gdzie Komisja stwierdziła, iż wymiana ruchu IP pomiędzy sieciami polskich ISP za pośrednictwem zagranicznych ISP zamiast wymiany bezpośredniej jest substytutem wymiany bezpośredniej, Prezes UKE przytoczył argumenty jednoznacznie wskazujące na brak uzasadnienia stanowiska jakie zajęła poprzednio KE. Prezes UKE podał mierzalne wyniki pomiarów jak i również istotne argumenty wskazujące na niezgodność opinii wyrażanej przez KE z rzeczywistymi warunkami panującymi na rynku. **Prezes UKE przeprowadził szczegółową analizę której wyniki zostały przedstawione w rozdziale „ 1.4.5 Brak substytucyjności wymiany ruchu pomiędzy polskimi ISP z wykorzystaniem IP Peering i IP Tranzyt poprzez Tier-1”**

- (15) Prezes UKE przyznaje, że powyższe rynki nie podlegają regulacji w innych krajach. W poniższej tabeli wykazuje jednak pewne czynniki, które odróżniają sytuację w Polsce od innych państw:

Porównanie sytuacji w Polsce i w innych państwach członkowskich<sup>8</sup>:

<i>Większość państw członkowskich UE</i>	<i>Polska</i>
Główni operatorzy posiadają punkt przyłączenia (ang. <i>point of presence</i> (POP)) w publicznym DCP.	TP nie posiada punktu POP w jakimkolwiek publicznym DCP. PTK, spółka zależna TP, nie posiada punktu POP w jakimkolwiek publicznym IXP.
Krajowy operator zasiedziały posiada wdrożone pewne procedury dotyczące peeringu (otwarte, selektywne, restrykcyjne).	TP nie posiada wdrożonej polityki dotyczącej peeringu. TP odmawia stosowania peeringu w relacjach z wszystkimi komercyjnymi ISP <sup>9</sup> niezależnie od rozmiarów przedsiębiorstwa czy też warunków podłączenia. TP oferuje natomiast produkt Tranzyt <a href="http://TPNET.pl">TPNET.pl</a> , którego cena - zdaniem Prezesa UKE - jest wygórowana.

<sup>8</sup> Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UKE wyrażonym w dniu 8 grudnia 2009 r. w odpowiedzi na otrzymane zapytanie

<sup>9</sup> Jednocześnie TP stosuje peering bezpłatnie z wybranymi ISP, którzy nie stanowią dla niej konkurencji (**tajemnica przedsiębiorcy**).

Krajowi operatorzy zasiedzieli stosują peering z co najmniej niektórymi komercyjnymi ISP.	TP nie stosuje peeringu w relacjach z jakimikolwiek komercyjnymi ISP.
Krajowi operatorzy zasiedzieli publikują wymagania dotyczące peeringu.	TP nie publikuje żadnych wymagań dotyczących peeringu.
Infrastruktury szkieletowe IP lub światłowodowe są powielone w wystarczającym zakresie.	Brak dostatecznego powielenia infrastruktury szkieletowej, jak i światłowodowej.

UKE: Nieprawda gdyż, Prezes UKE stwierdził a nie przyznał, że rynku hurtowej wymiany ruchu IP nie są regulowane w innych państwach EU, co jednak nie oznacza, że nie mogą być regulowane w przyszłości. Wypaczeniom konkurencyjności na rynku można zapobiec - jak to miało miejsce w USA gdzie FCC nakazała wprowadzenie ofert peeringowych przez ISP właśnie na skutek występowania zjawisk podobnych do tych jakie mają miejsce w Polsce.

- (16) Projekty decyzji Prezesa UKE dotyczą rynków, których nie ujęto w wykazie rynków podlegających regulacji *ex ante*, zamieszczonym w załączniku do zalecenia w sprawie rynków właściwych<sup>10</sup>. Zgodnie z tym zaleceniem, przy definiowaniu rynków innych niż wymienione w załączniku, krajowy organ regulacyjny powinien upewnić się, że spełnione zostaną łącznie trzy następujące kryteria: (1) obecność wysokich i trwałych barier w dostępie do rynku, (2) struktura rynku nie podąża w stronę efektywnej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym oraz (3) samo prawo konkurencji nie wystarcza, by usunąć konkretne nieprawidłowości rynkowe.
- (17) Zdaniem Prezesa UKE powyższe trzy kryteria zostały spełnione zarówno w stosunku do rynku hurtowego wymiany ruchu IP (IP peering) z TP, jak i do krajowego rynku IP tranzyt.
- (18) W odniesieniu do pierwszego kryterium Prezes UKE stwierdza obecność wysokich i trwałych barier w dostępie do rynku. TP korzysta z ekonomii skali i zakresu, a także dysponuje infrastrukturą, która nie jest łatwa do powielenia. Dalej Prezes UKE stwierdza, że istnieją również wysokie bariery prawne, wynikające z przepisów obowiązującego prawa, które skutkują długim i skomplikowanym procesem inwestycyjnym. Ponadto Prezes UKE wyjaśnia, że ISP, którzy potrzebują dostępu do sieci TP, mogą uzyskać połączenie bezpośrednio poprzez prywatny punkt TP lub - w przypadku międzynarodowych usług IP tranzyt - mogą skorzystać z jedyne go łącza pomiędzy siecią TP i światową siecią internetową, tj. **(tajemnica przedsiębiorstwa)**.
- (19) W odniesieniu do drugiego kryterium Prezes UKE stwierdza, że struktury rynkowe nie podążają w stronę efektywnej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym. Na rynku hurtowym IP peering TP posiada (zgodnie z definicją rynku według Prezesa UKE) 100% udziałów w rynku. Na rynku IP tranzyt TP - według Prezesa UKE - kontroluje dostęp do 50% polskich użytkowników końcowych, a wszyscy konkurenci zmuszeni są kupować od TP hurtowe usługi wymiany ruchu IP, aby zapewnić odpowiednią jakość usług własnym użytkownikom końcowym\*. Pomimo pewnych obniżek ceny TP są- zdaniem Prezesa UKE - wciąż wyższe niż ceny oferowane przez zagranicznych operatorów działających w Polsce.\*\* Ponadto Prezes UKE stwierdza, że TP dysponuje infrastrukturą, która nie jest łatwa do powielenia, oraz że istnieją bariery ograniczające

<sup>10</sup> Zalecenie Komisji 2007/879/WE z dnia 17 grudnia 2007 r. w sprawie właściwych rynków produktów i usług, Dz.U. L 344 z 28.12.2007, s. 65-69 (zalecenie).

ekspansję.

\* UKE: Wielokrotnie powtarzane błędne stwierdzenie KE, pomimo kilkukrotnych wyjaśnień, że Prezes UKE twierdzi, iż wyjątkowa pozycja TP na rynku IP Tranzyt wynika z posiadania kontroli nad 50% użytkowników końcowych, a wszyscy konkurenci zmuszeni są kupować od TP hurtowe usługi wymiany ruchu IP, aby zapewnić odpowiednią jakość usług własnym użytkownikom końcowym, stoi w sprzeczności z zawartością notyfikowanych projektów decyzji - gdyż przewaga TP na rynku IP Tranzyt wynika z posiadania niezdublikowanej infrastruktury teletransmisyjnej.

\*\* UKE: Prezes UKE stwierdza nie tylko że ceny są wyższe ale też że nie istnieją jakiegokolwiek przesłanki aby twierdzić że ceny oferowane przez TP w odpowiednim horyzoncie czasowym dążyły do poziomu cen oferowanych przez operatorów zagranicznych jak również alternatywnych operatorów polskich za porównywalne usługi (Tranzyt.world, Tranzyt.pl). Prezes UKE wykazał również wysokie ryzyko istnienia zjawiska zawężania marży przez TP. Wszystkie merytoryczne argumenty UKE zostały jednak przez Komisję zignorowane lub odrzucone bez jakiegokolwiek uzasadnienia.

- (20) Prezes UKE stwierdza ponadto, że samo prawo konkurencji nie wystarcza, by usunąć problemy w zakresie konkurencji, które występują na powyższych rynkach.
- (21) Prezes UKE proponuje uznanie TP za operatora o znaczącej pozycji rynkowej na obu powyższych rynkach.
- (22) W odniesieniu do rynku IP peering Prezes UKE stwierdza, że nie jest możliwe uzyskanie usługi IP peering od operatorów innych niż ten, który realizuje wymianę ruchu. Oznacza to, że operator kontrolujący (dostarczający) daną sieć jest jedynym dostawcą tej usługi w ramach tej sieci. W związku z tym, z powodu braku zastępowalności popytu i podaży dla tego rodzaju usługi, TP posiada 100% udziału w rynku wymiany ruchu IP przez bezpośrednie połączenie (peering) w ramach własnej sieci.
- (23) W odniesieniu do rynku usługi IP Tranzyt Prezes UKE opiera swoją ocenę znaczącej pozycji rynkowej na następujących kryteriach: (i) możliwość prowadzenia działalności na rynku krajowym IP tranzyt, niezależnie od klientów i konkurencji (w tym w zakresie ustalania cen); (ii) ryzyko tzw. *margin squeeze*; (iii) ryzyko dyskryminacji alternatywnych polskich ISP; (iv) całkowita wielkość operatora; (v) trudna do powielenia irma-astuktura; (vi) korzyści skali i zakresu; (vii) brak równoważącej siły nabywczej lub jej niski poziom; (viii) łatwy lub uprzywilejowany dostęp do rynków kapitałowych lub zasobów finansowych; (ix) integracja pionowa; (x) brak potencjalnej



konkurencji; oraz (xi) ograniczenia w zakresie rozwoju operatorów alternatywnych.

- (24) Prezes UKE proponuje wprowadzenie na obu rynkach następujących środków naprawczych:
- (i) obowiązek realizacji uzasadnionych wniosków o zapewnienie dostępu do elementów sieci i powiązanych z nimi urządzeń oraz umożliwienie korzystania z nich;
  - (ii) obowiązek niedyskryminacji, polegający na równym traktowaniu operatorów komunikacji elektronicznej oraz na oferowaniu usług i informacji o dostępie na warunkach nie gorszych niż stosowane w ramach własnego przedsiębiorstwa;
  - (iii) obowiązek przejrzystości, obejmujący publikowanie informacji, w tym specyfikacji technicznych i cenników sieci, oraz przygotowanie oferty referencyjnej;
  - (iv) obowiązek rozdzielności księgowej;
  - (v) kalkulacja kosztów<sup>11</sup> i kontrola cen<sup>12</sup>;
  - (vi) obowiązek przygotowywania i przedstawiania ofert referencyjnych.

### **III. UWAGI PRZEDSTAWIONE PRZEZ ZAINTERESOWANE STRONY**

- (25) W dniu 4 stycznia 2010 r. Komisja zgodnie z art. 7 ust. 4 dyrektywy ramowej poinformowała Prezesa UKE, iż ma poważne wątpliwości odnośnie zgodności projektów decyzji z prawem Unii Europejskiej. W dniu 8 stycznia 2010 r. Komisja opublikowała na swojej stronie internetowej ogłoszenie, w którym zaprosiła zainteresowane strony do przedłożenia swoich uwag odnośnie pisma Komisji z poważnymi wątpliwościami w terminie pięciu dni roboczych.
- (26) Dwie zainteresowane strony przedstawiły swoje uwagi Komisji. Uwagi te zostały wnikliwie rozważone.

### **IV. OCENA**

- (27) Aby nie dopuścić do sytuacji, w której decyzje na szczeblu krajowym miałyby negatywny wpływ na wspólny rynek lub inne cele Traktatu, decyzje podejmowane przez krajowe organy regulacyjne powinny być zgodne z prawem unijnym oraz w szczególności z wymaganiami i celami ram regulacyjnych. Krajowe organy regulacyjne posiadają wprawdzie uprawnienia uznaniowe związane ze złożonym charakterem uwarunkowań ekonomicznych, faktycznych i prawnych, czynniki te należy jednak oceniać w zgodzie z wymaganiami dyrektywy ramowej, a w szczególności z jej art. 14-16.
- (28) Projekty decyzji Prezesa UKE wyczerpują znamiona dyspozycji art. 7 ust. 4 lit. a) i b) dyrektywy ramowej i mogłyby oddziaływać na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi. Notyfikowane projekty decyzji mogą wpływać na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi, ponieważ warunki przesyłania ruchu IP w Polsce decydują o kosztach i zdolności innych operatorów i dostawców usług (łącznie z posiadającymi siedzibę w innych państwach

<sup>11</sup> Prezes UKE proponuje, aby TP była zobowiązana do obliczenia kosztów usług IP peering oraz IP tranzyt na podstawie modelu Long Run Incremental Cost (LRIC) oraz - dopóki kalkulacje te nie zostałyby zatwierdzone przez niezależnego eksperta - do ustalenia opłat pozwalających jedynie na odzyskanie uzasadnionych kosztów.

<sup>12</sup> W odniesieniu do obowiązku kontroli cen, TP będzie obowiązana do ustalenia stosownych opłat na podstawie metody *price cap*.

członkowskich) zależnych od danej usługi, do świadczenia usług komunikacji elektronicznej w Polsce.

UKE: Prezes UKE potwierdza, iż zaproponowane decyzje wypełniają dyspozycje art. 7 ust. 4 lit. a) i b) dyrektywy ramowej, a także mogą w pewnym zakresie wpływać na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi i w związku z tym podlegają procedurze konsolidacji określonej w art. 7 dyrektywy.

Prezes UKE zauważa jednak, iż **Komisja błędnie przyjęła, że warunki przesyłania ruchu IP w Polsce mogą mieć wpływ na koszty świadczenia usługi przesyłania ruchu przez innych operatorów i dostawców usług posiadających siedzibę w innych państwach członkowskich.** Należy podkreślić, iż warunki przesyłania ruchu IP w Polsce nie decydują o kosztach innych operatorów i dostawców usług posiadających siedzibę w innych państwach. Stwierdzenie takie stoi w jawnej sprzeczności z przedstawionymi w notyfikowanych projektach decyzji danymi, gdyż ceny dla usług IP Peering i IP Tranzyt w Polsce nie mają wpływu na koszty ISP w innych państwach, co wynika z zasad obowiązujących w wymianie ruchu IP.

- (29) Na podstawie notyfikowanych projektów decyzji oraz dodatkowych informacji Komisja stwierdza, że projekty decyzji związane ze świadczeniem usług IP peering i IP tranzyt nie są zgodne z prawem unijnym, a w szczególności z art. 15 ust. 3 i art. 16 ust. 4 dyrektywy ramowej oraz z celami zawartymi w art. 8 tej dyrektywy.
- (30) Zgodnie z art. 8 ust. 2 lit. b) i c) dyrektywy ramowej krajowe organy regulacyjne mają obowiązek wspierać konkurencję w zakresie świadczenia usług komunikacji elektronicznej, pilnując, aby nie dochodziło do przypadków zniekształcenia lub ograniczenia konkurencji w sektorze komunikacji elektronicznej, wspierając efektywne inwestycje w dziedzinie infrastruktury oraz promując innowacje. Informacje posiadane przez Komisję nie potwierdzają, jakoby UKE przeprowadził swoją ocenę zgodnie z art. 14—16 dyrektywy ramowej, w szczególności zgodnie z art. 8 ust. 2 lit. b) i c) tej dyrektywy w związku z art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) oraz art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE).
- (31) Komisja uważa, że Prezes UKE nie przedstawił dostatecznych dowodów na poparcie swoich ustaleń, że: (i) rynki hurtowe wymiany ruchu IP w Polsce (IP tranzyt) i IP peering z siecią TP to dwa oddzielne rynki; (ii) TP posiada znaczącą pozycję rynkową na obu tych oddzielnych rynkach, oraz (iii) rynki te podlegają regulacji *ex ante* w Polsce. Jeżeli TP objęta zostałaby regulacją w zakresie świadczenia usługi wymiany ruchu IP o ile nie byłoby to uzasadnione ze względu na definicję rynku i analizę jej siły rynkowej zgodnie z art. 14—16 dyrektywy ramowej, mogłoby to doprowadzić do ograniczenia konkurencji na rynku świadczenia takich usług, a regulacja tego rodzaju mogłaby zniechęcać do inwestycji w infrastrukturę sieciową.
- (32) Stanowisko Komisji jest oparte na następujących przesłankach:

**Prezes UKE nie przedstawił dowodów na istnienie oddzielnych rynków usług IP peering i IP tranzyt.**

- (33) W notyfikacji Prezes UKE stwierdza, że (i) rynek IP Peering jest ograniczony do sieci TP, a konkretnie do dostępu do użytkowników końcowych kontrolowanego przez TP na poziomie wymiany hurtowej IP, natomiast (ii) usługa IP tranzyt jest określana jako hurtowy rynek krajowy

wymiany ruchu IP, na którym usługi świadczą różni ISP. Prezes UKE twierdzi, że produkty oferowane na tych dwóch rynkach nie są wzajemnie zastępowalne.

- (34) W odniesieniu do braku zastępowalności pomiędzy usługami IP tranzyt i IP peering Prezes UKE odwołuje się głównie do odmiennych cech tych produktów. Prezes UKE podnosi dwa główne argumenty: i) wymagane punkty styku są różne w przypadku peeringu i tranzytu, w związku z czym ISP, którzy chcieliby bezpośrednio połączyć się z użytkownikami końcowymi w sieci TP, muszą to zrobić w prywatnym punkcie wymiany ruchu TP, podczas gdy tranzyt zawsze wymaga udziału innego operatora aby przesłać ruch, ii) jakość usług w przypadku peeringu jest wyższa jeśli chodzi o niezawodność niż w przypadku usługi tranzytu, co sprawia, że peering jest niezbędny dla ISP.

UKE: Nieprawda gdyż, punkt (34) zawiera nieprawdziwe stwierdzenia, których nie sposób wytłumaczyć. Wskazują one na brak znajomości notyfikowanych projektów decyzji.

Prezes UKE nie stwierdził, że wymagane są różne punkty styku dla IP Peering i IP Tranzyt. IP Peering jak i IP Tranzyt mogą być świadczone zarówno w prywatnych jak i w publicznych IX. Różnica w jakości usług w połączeniu bezpośrednim w odniesieniu do połączenia pośredniego nie ogranicza się do niezawodności. Analiza czynników jakościowych wpływających na brak substytucyjności połączenia bezpośredniego i połączenia pośredniego za pośrednictwem zagranicznych ISP została przedstawiona w notyfikowanych projektach decyzji.

- (35) Odnosnie do pierwszego argumentu (punkty styku), Prezes UKE dalej wyjaśnia, że ISP (polscy i zagraniczni operatorzy) są bezpośrednio podłączeni do publicznych punktów wymiany ruchu, gdzie możliwa jest wymiana ruchu IP w oparciu o rozmaite umowy. ISP obecni w takich punktach wymiany ruchu internetowego są w związku z tym w stanie przekazać ruch swoich użytkowników końcowych do światowych zasobów Internetu. Jednak TP dokonuje przyłączeń wyłącznie we własnym prywatnym punkcie wymiany ruchu internetowego, skąd ruch jest przekazywany do światowej sieci internetowej za pośrednictwem sieci France Telecom. W tym kontekście Prezes UKE stwierdza, że w niektórych regionach Polski sieci lokalne mogą uzyskać dostęp do światowej sieci internetowej wyłącznie za pośrednictwem sieci TP, ponieważ sieć TP nie została powielona na ok. 50% terytorium Polski<sup>13</sup>.
- (36) Komisja zauważa jednak, że w celu przesłania ruchu na poziomie krajowym ISP posiadający mniej rozwinięte sieci mogą zamiast bezpośredniego połączenia z TP korzystać z usług tranzytu oferowanych przez większych alternatywnych polskich ISP, którzy posiadają połączenie z prywatnym punktem wymiany ruchu TP oraz w publicznych punktach wymiany ruchu internetowego. Co za tym idzie - dzięki korzystaniu z takich usług tranzytowych większego ISP - niniejsi ISP mogą pośrednio przekazywać ruch do użytkowników końcowych TP oraz do światowych zasobów Internetu za pośrednictwem operatorów Tier 1 obecnych w publicznych punktach wymiany ruchu internetowego w Polsce<sup>14</sup>. Istnienie różnych hurtowych ofert alternatywnych ISP w Polsce, zapewniających dostęp do Internetu z uwzględnieniem lub z

<sup>13</sup> Dla przykładu, przez sieć TP musi przejść około (**tajemnica przedsiębiorstwa**) ruchu IP wysyłanego z VECTRA (operator kablowy) oraz (**tajemnica przedsiębiorstwa**) ruchu IP z Multimedia (operator kablowy).

<sup>14</sup> Operatorzy Tier 1 cechują się globalną obecnością, co pozwala im na wysyłanie i odbieranie ruchu do i od wszystkich sieci podłączonych do Internetu. W Polsce działa kilku operatorów Tier 1, np. Level 3 Communications, Tata Communications (poprzednio Teleglobe) oraz Verizon Business (poprzednio UUNET).

wyłączeniem użytkowników końcowych TP, wskazuje, że przekazywanie ruchu do sieci TP za pośrednictwem połączeń bezpośrednich lub pośrednich ma z perspektywy popytu charakter w pełni zastępowalny funkcjonalnie.

UKE: W nawiązaniu do punktu (36) Prezes UKE zwraca uwagę, że:

- dla przesłania ruchu IP wymagane jest łącze teletransmisyjne
- nie jest możliwe korzystanie z usług operatorów alternatywnych na terenach gdzie ich nie ma i nie ma też ich sieci teletransmisyjnych
- brak zduplikowanie infrastruktury teletransmisyjnej TP powoduje, że jedynym dostawcą takich usług na takim terenie może być TP.

Należy wskazać, że wymiana ruchu z siecią TP bezpośrednio czy też za pośrednictwem innego polskiego alternatywnego ISP bazuje na usłudze którą jako jedyna jest w stanie świadczyć TP. Ze strony podaży tylko TP może zapewnić taką usługę bezpośrednio lub pośrednio poprzez alternatywnych ISP którzy taką usługę wykupili w TP.

- (37) O wzajemnej zastępowalności połączenia bezpośredniego (peering) i pośredniego (tranzyt) świadczy także praktyka. Zgodnie z danymi przekazanymi przez Prezesa UKE, w roku 2009 alternatywni ISP posiadali 80 klientów usługi IP Tranzyt Polska z wyłączeniem TPNET oraz 74 klientów usługi IP Tranzyt World z wyłączeniem TPNET. Usługi z wyłączeniem TPNET zostały wykupione przez tych ISP lub dostawców treści, którzy posiadali bezpośrednie połączenie z TP lecz jednocześnie korzystali z usług innych ISP w celu obniżenia kosztów. Ponadto w roku 2009 polscy ISP podpisali 30 umów na usługę IP tranzyt z zagranicznymi operatorami Tier 1. Przy takim scenariuszu polscy ISP są w stanie uzyskać dostęp do Internetu na co najmniej trzy różne sposoby: (i) mogą wykupić dostęp do światowej sieci internetowej bezpośrednio u TP (TPNET.World i Global Access); (ii) mogą wykupić u TP dostęp wyłącznie do użytkowników końcowych TP (TPNET.pl), a dostęp do światowego Internetu zapewnią im inni ISP; lub (iii) mogą wykupić dostęp do światowego Internetu bez udziału TP (poprzez IP tranzyt).

UKE: Odnośnie punktu (37) Prezes UKE zwraca uwagę, że przytoczone dane dotyczą operatorów którzy znajdują się na terenach z powieloną infrastrukturą TP gdzie mogą oni posiadać możliwość wyboru. Wielokrotnie podkreślano, iż nie jest to możliwe na pozostałych obszarach, gdzie takiej infrastruktury i co za tym idzie takich możliwości nie ma.

Prezes UKE pragnie zauważyć że KE wielokrotnie mylnie interpretuje pojęcia wymiany ruchu bezpośredniej i pośredniej i utożsamia je jednoznacznie z peelingiem i tranzytem. Usługi IP Peering i IP Tranzyt oferowane są na łączach bezpośrednio łączących sieć a wymiana ruchu pomiędzy sieciami niepołączonymi bezpośrednio może odbywać się zarówno poprzez łącza z IP Peering i IP Tranzyt.

- (38) Odnośnie do drugiego argumentu tj. tego, że peering i tranzyt różnią się znacznie w zakresie jakości usług, Komisja uważa, że dostępne dowody nie potwierdzają tego wniosku.

UKE: Odnośnie punktu (38) **Prezes UKE ponownie wskazuje, że twierdzenie oznaczone ii w pkt. (34) do którego odnosi się Komisja w pkt (38) nie jest zgodne z zawartością notyfikowanych projektów decyzji.** Prezes UKE przedstawił niezbitę dowody na różny poziom jakości wymiany ruchu IP w połączeniu bezpośrednim i pośrednim za pośrednictwem zagranicznych ISP z wykorzystaniem usług IP Tranzyt.

**Przedstawione dane są zgodne z przyjętymi w teorii i praktyce metodami pomiaru jakości**

**dla wymiany ruchu IP i są potwierdzone opiniami ekspertów zajmujących się w praktyce hurtową wymianą ruchu IP.**

Prezes UKE z przykrością stwierdza, że podstawy kalkulacji niezawodności systemów, podstawy telekomunikacji, teoretyczne i praktyczne podstawy pomiaru mierzalnych wartości parametrów, oraz zmierzone wartości są kwestionowane lub całkowicie odrzucane przez Komisję - bez choćby wspomnienia jakichkolwiek argumentów merytorycznych w tym zakresie.

- (39) Prezes UKE stwierdza, że niektórzy ISP wykupują usługę IP tranzyt u polskich ISP w celu uzyskania dostępu do użytkowników końcowych TP na polskim rynku krajowym. Tak przekazywany w obrębie kraju ruch posiada, zdaniem Prezesa UKE, takie same cechy (w tym jakość usług) jak ruch połączony bezpośrednio, ze względu na stosunkowo krótki dystans.

**UKE: Nieprawda** gdyż, Prezes UKE nie twierdził, że taki ruch posiada **takie same cechy w tym jakość usług**. Różnica jakości wymiany ruchu IP nie wynika tylko różnej fizycznej odległości a również z liczby węzłów pośredniczących i warunków QoS na tych węzłach.

- (40) W odniesieniu do ruchu przekazywanego przez operatorów międzynarodowych, argument Prezesa UKE, iż znaczące obniżenie poziomu jakości usług powstrzymałoby operatorów od korzystania z międzynarodowego tranzytu IP jako substytutu połączenia bezpośredniego, nie został przez Prezesa UKE uzasadniony.

**UKE: Odnośnie stwierdzenia KE zawartego w pkt (40) Prezes UKE ponownie zachęca Komisję do zapoznania się z projektem decyzji, zawartymi tam danymi w tym stwierdzeniami specjalistów zajmujących się w praktyce wymiana ruchu IP a szczególnie z rozdziałem „1.4.5 Brak substytucyjności wymiany ruchu pomiędzy polskimi ISP z wykorzystaniem IP Peering i IP Tranzyt poprzez Tier-1” wraz z tabelami zawartymi w załączniku do notyfikowanego projektu.**

- (41) Co najmniej jeden z dużych polskich ISP (UPC) wysyła cały ruch do TP poprzez sieci operatorów zagranicznych, ponieważ najwyraźniej nie wyraża on zgody na warunki połączenia bezpośredniego oferowane przez TP<sup>15</sup>.

**UKE: Nieprawda** gdyż, informacje zawarte w pkt (41) **nie są zgodne z informacjami przedstawionymi w notyfikowanych projektach decyzji i nie są zgodne z dodatkowymi informacjami przekazanymi KE przez Prezesa UKE**. Prezes UKE zauważa, że Komisja wielokrotnie ignoruje dane i informacje zawarte w notyfikowanych projektach decyzji jak i dodatkowych wyjaśnieniach objętych klauzulą poufności.

- (42) Istnieją inne dowody wskazujące, że ewentualne opóźnienia w transmisji danych, z którymi mają do czynienia ISP korzystający z międzynarodowego tranzytu IP, nie są uznawane za problem z

<sup>15</sup> Inny przypadek miał miejsce w Polsce w roku 2004, gdy polskie sieci akademickie, w dwie godziny po tym jak TP zablokowała im możliwość przekazywania ruchu przez połączenie bezpośrednie, przestawiły ruch na tranzyt międzynarodowy.

punktu widzenia świadczenia usług szerokopasmowych dla użytkowników końcowych. W tym kontekście Prezes UKE nie był w stanie przedstawić dowodów na to, jakoby jakość usług oferowanych przez UPC<sup>16</sup> jej klientom uległa znaczącemu obniżeniu. Komisja zwraca uwagę, iż UPC oferuje usługi szerokopasmowe dużej liczbie klientów detalicznych<sup>17</sup> i gdyby uznali oni jakość usług za niewystarczającą, UPC utraciłaby klientów. Tak się jednak nie stało. Przeciwnie, UPC jest jednym z najlepszych operatorów szerokopasmowych w Polsce. Ponadto sugerując, że jakość danych internetowych obniża się proporcjonalnie do odległości, Prezes UKE bez dalszej analizy ignoruje istnienie bardzo szybkich połączeń światłowodowych, pozwalających użytkownikom końcowym na wysyłanie i odbieranie ruchu IP pomiędzy kontynentami, z zachowaniem zadowalającej jakości usług.

UKE: Odnośnie punktu (42) Prezes UKE zauważa, że Komisja ignoruje fakty przytoczone w notyfikacji objęte klauzulą poufności.

Dodatkowo, Prezes UKE prosi Komisję o podanie kryteriów na jakich oparła stwierdzenie że UPC jest jednym z najlepszych operatorów szerokopasmowych w Polsce i podanie danych na których Komisja dokonała takiej oceny.

Prezes UKE zwraca uwagę, iż nie ignoruje istnienia międzykontynentalnych połączeń światłowodowych. Prezes UKE zwraca natomiast uwagę, że sieci IP nie składają się wyłącznie ze światłowodów a również z AS i węzłów urządzeń aktywnych w których dochodzi do degradacji QoS i których wzrost liczby ma wpływ na QoS i SLA. Prezes UKE zachęca Komisję do zapoznania się z treścią notyfikowanych projektów decyzji.

- (43) W sytuacji braku przeszkód związanych z infrastrukturą oraz jakością w kontekście przejścia z połączenia bezpośredniego z TP na poziomie krajowym na usługi oferowane przez polskich lub zagranicznych ISP świadczących usługę EP tranzyt, Komisja odnotowuje argument Prezesa UKE, iż znacząca większość operatorów wciąż preferuje bezpośrednie połączenie z TP zamiast korzystania z operatora tranzytowego. Jednak przeważające korzystanie z jednego rodzaju produktu nie jest równoznaczne z definicją wąskiego rynku proponowaną przez Prezesa UKE. Może być i tak, że większość ISP łączy się bezpośrednio z TP, ponieważ operator ten zapewnia wysoki i gwarantowany poziom usług swoim użytkownikom końcowym po możliwej do zaakceptowania cenie. Za wnioskiem takim przemawia również fakt, że ceny hurtowe za połączenie z TP obniżyły się w ciągu ostatnich czterech lat<sup>18</sup>.

UKE: W nawiązaniu do pkt (43) Prezes UKE zauważa, że **wszyscy ISP z wyłączeniem jednego a**

<sup>16</sup> (tajemnica przedsiębiorstwa).

<sup>17</sup> Według Prezesa UKE UPC posiada (tajemnica przedsiębiorstwa) udziałów w detalicznym rynku szerokopasmowym w Polsce.

<sup>18</sup> Według TP średnie ceny spadły o (tajemnica przedsiębiorstwa) w roku 2007/2008 do (tajemnica przedsiębiorstwa) w roku 2008/2009.

UKE: Prezes UKE pragnie zauważyć, że w przedstawionych projektach decyzji znajdują się informacje że ceny za IP Peering i Tranzyt.pl innych komercyjnych ISP spadły w tym samym czasie w znacząco większym zakresie niż TP i że różnica pomiędzy cenami TP a cenami rynkowymi zwiększyła się a nie spadła.

**nie większość jak twierdzi Komisja** korzysta połączenia bezpośredniego z TP zamiast pośredniego poprzez operatorów zagranicznych co zaleca Komisja jako teoretyczne remedium na problemy występujące przez ostatnie lata na polskim rynku a co nie może być zastosowane i nie jest stosowane przez polskich ISP. Przyczyny braku zasadności zastosowania rekomendowanego przez Komisję rozwiązania przedstawione zostały w notyfikowanych projektach decyzji.

Prezes UKE stoi na stanowisku, że:

TP nie zapewnia wyższego i lepszego gwarantowanego poziomu usług dla alternatywnych ISP w stosunku do jakości zapewnianej przez TP w swojej sieci dla ruchu IP kupowanego od FT a różnica w QoS wynika wprost z braku sieci pośredniczących a nie z działań TP.

Polscy ISP wybierając droższe bezpośrednie połączenia z siecią TP gdyż rozumieją przyczynę różnic w QoS i analizują dane oraz podejmują decyzje w oparciu o nie a nie opierają się o teoretyczne niepraktyczne rozwiązania rekomendowane przez KE.

- (44) W związku z powyższym Komisja uznaje, że dane przedłożone przez Prezesa UKE w celu uzasadnienia braku zastępowalności, jak również sama analiza zastępowalności, nie są wystarczające do wykazania istnienia dwóch oddzielnych rynków wymiany ruchu IP. Ponadto z posiadanych dowodów wynika, że bezpośrednie połączenie z siecią TP jest w zakresie funkcjonalnym wzajemnie zastępowalne z połączeniem pośrednim na poziomie krajowym i międzynarodowym.

**Prezes UKE nie przedstawił wystarczających dowodów na to, że TP posiada znaczącą pozycję rynkową**

- (45) Zdaniem Komisji dane, na których Prezes UKE oparł swoją analizę znaczącej pozycji rynkowej są niewystarczające, aby uzasadnić wnioski wyciągnięte przez regulatora.
- (46) Odnośnie do rynku IP peering Komisja zwraca uwagę na twierdzenie Prezesa UKE, że TP posiada 100% udziału w rynku. Należy jednak podkreślić, że zaproponowany rynek obejmuje jedynie sieć TP, więc dokonana przez Prezesa UKE analiza znaczącej pozycji rynkowej wynika z definicji rynku, która -jak zostało to wyjaśnione powyżej - nie jest zdaniem Komisji prawidłowa.
- (47) Podobnie jeśli chodzi o rynek IP tranzyt, Komisja jest zdania, że Prezes UKE nie przedstawił wystarczających dowodów na posiadanie przez TP znaczącej pozycji rynkowej. W szczególności Prezes UKE nie wykazał, jakoby TP była zdolna do działania niezależnie od klientów i konkurentów. W celu dogłębnej oceny pod kątem tego, czy TP posiada (lub nie) znaczącą pozycję rynkową, Prezes UKE musiałby w każdym razie oprzeć swoją analizę również na danych ilościowych, takich jak -między innymi - liczba i wielkość przedsiębiorców na rynku właściwym, wielkość rynku, udziały w rynku i ich kształtowanie się w czasie, wielkość i wartość sprzedaży, ceny i ich kształtowanie się w czasie. Prezes UKE przyznał, że nie zebrał tych danych podczas swojego postępowania. Duża liczba umów tranzytu podpisanych przez ISP z krajowymi i międzynarodowymi operatorami<sup>19</sup> oferującymi tranzyt, konieczność połączenia tylko w jednym z publicznych punktów wymiany ruchu w Polsce oraz wynikające z tego niskie bariery wejścia wskazują na istnienie konkurencyjnego rynku i nie pozwalają na ustalenie, że TP posiada znaczącą pozycję rynkową, bez dalszej analizy ilościowych danych z rynku.

- (48) W ramach oceny znaczącej pozycji rynkowej Prezes UKE przedstawia dalej w sposób szczegółowy kwestie ryzyka dyskryminacji ISP na obu rynkach<sup>20</sup> oraz następujące fakty: i) TP w przeszłości

<sup>19</sup> Zob. punkt 37.

<sup>20</sup> W przekazanej notyfikacji Prezes UKE uważa, że główne problemy konkurencyjne na rynkach wymiany ruchu IP

odmówiła połączenia z innymi sieciami, ii) TP pogorszyła jakość ruchu przychodzącego z innych sieci, oraz iii) TP nie posiada jasno określonej polityki dotyczącej peeringu, lecz obciąża wszystkie sieci z tytułu usług przekazywania ruchu EP na poziomie, który Prezes UKE uznaje za zbyt wysoki.

- (49) W odniesieniu do odmowy połączenia Komisja stwierdza, iż świadczenie detalicznych usług internetowych zależy od możliwości pełnego połączenia z dużymi operatorami międzynarodowymi z jednej strony oraz z dużą liczbą ISP i dostawców treści z drugiej strony. Prezes UKE nie przedstawił żadnych argumentów co do powodów, dla których TP miałyby nie być zmotywowana do wymiany ruchu z innymi sieciami. Przeciwnie, w interesie własnych użytkowników końcowych TP musi zapewnić dostęp do wszystkich innych użytkowników Internetu, niezależnie od ich wielkości i lokalizacji.

**UKE: Nie jest prawdą stwierdzenie Komisji że Prezes UKE nie przedstawił żadnych argumentów co do powodów dla których TP miałyby nie być zmotywowana do wymiany ruchu z innymi sieciami. Argumenty takie są przedstawione w projektach decyzji jak również były przedstawiane w odpowiedzi na pytania Komisji w grudniu 2009 jak również prezentowane w czasie spotkania z Komisją w styczniu 2010.**

- (50) W odniesieniu do obniżenia jakości, strony wymieniające ruch IP są zainteresowane wysoką jakością zarówno uzyskiwanych, jak i świadczonych usług przekazywania danych. Zatem motywacja jakiegokolwiek operatora do dyskryminowania partnerów wymiany ruchu IP pod względem jakości jest ograniczona. Taka praktyka spowodowałaby działania odwetowe lub zakończenie współpracy na podstawie zawartych umów.
- (51) Ponadto obowiązki i kary uprzednio nałożone na TP<sup>21</sup> wydają się powstrzymywać ją od podejmowania jakichkolwiek działań dyskryminacyjnych dotyczących wymiany ruchu IP w zakresie, w jakim są należycie implementowane. Prezes UKE nie ustalił, w jaki sposób funkcjonowałyby wymiana ruchu BP bez nałożenia jakichkolwiek obowiązków regulacyjnych, a w szczególności czy TP, mając do czynienia z coraz większą konkurencją na rynku detalicznym<sup>22</sup> usług szerokopasmowych, byłaby wciąż w stanie dyskryminować alternatywnych polskich ISP pod względem jakości usług. Takie praktyki, o ile w ogóle możliwe, miałyby negatywne skutki również dla użytkowników końcowych TP i spowodowałyby przejście niektórych z nich do alternatywnych ISP

**UKE: Odnośnie (50) i (51) Prezes UKE pragnie przypomnieć, iż obecnie nie stwierdził celowej dyskryminacji przez TP jakości ruchu IP wymienianego z operatorami alternatywnymi. Polityka TP cechuje się natomiast stosowaniem dyskryminacji alternatywnych, konkurencyjnych ISP w inny sposób niż filtrowanie ruchu. Przykłady takich dyskryminujących praktyk zostały opisane w projektach decyzji jak również dodatkowo w wyjaśnieniach przesłanych Komisji będących stanowiskami polskich ISP. Prezes UKE zachęca Komisję do zapoznania się z treścią notyfikowanych projektów decyzji,**

dotyczą połączeń, jakości usług i wysokich cen. Podczas drugiego etapu postępowania Prezes UKE położył niewielki nacisk na inne elementy ujęte w swojej oryginalnej analizie znaczącej pozycji rynkowej (wymienione w paragrafie 23).

<sup>21</sup> W roku 2007 organ ds. konkurencji nałożył na TP karę w związku z nadużyciem przez nią pozycji dominującej na rynku dostępu do Internetu dla użytkowników końcowych przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych. W roku 2006 Prezes UKE nałożył obowiązki niedyskryminacji oraz przejrzystości w celu zapewnienia łączności koniec-koniec dla wymiany ruchu EP, na podstawie art. 5 dyrektywy o dostępie.

<sup>22</sup> Na mocy obowiązków regulacyjnych nałożonych na hurtowych rynkach dostępu szerokopasmowego.



gdzie przedstawiono zakres ww. praktyk oraz brak ich związku z dyskryminacyjnymi praktykami TP dot. jakości i wykraczającymi znacznie poza filtrowanie ruchu IP.

- (52) W odniesieniu do braku polityki peeringu, która - zdaniem Prezesa UKE - powinna zawierać przejrzyste warunki, na podstawie których operatorzy w Polsce mogą dokonywać wymiany ruchu z TP, fakt ten nie może - zdaniem Komisji - sam w sobie wskazywać na istnienie znaczącej pozycji rynkowej. Innymi słowy, wraz z rozwojem Internetu zwiększyło się zróżnicowanie AS. Dostawcy przesyłający duże ilości danych oraz duzi dostawcy treści wchodzą w interakcje z ISP oferującymi głównie szerokopasmowe usługi dostępu dla użytkowników końcowych, którzy raczej pobierają niż wysyłają duże ilości ruchu. Zmiany takie prowadzą do powstania modeli ruchu, które charakteryzują się dużą asymetrią i wpływają na sposób negocjowania umów dotyczących wymiany ruchu IP, tj. czy za wymianę ruchu pobierana jest opłata, czy też obie strony akceptują (darmowe) rozwiązania w zakresie peeringu. Polityka dotycząca peeringu może mieć różnych charakter, od otwartej do bardzo restrykcyjnej, ale w każdym przypadku pozwalałaby na negocjowanie warunków i postanowień umów o wymianę ruchu IP, które są różne w zależności od partnerów wymieniających ruch. Zdaniem Komisji Prezes UKE nie bada w sposób wystarczający relacji pomiędzy odpowiednimi graczami na polskim rynku, w szczególności w zakresie dokonywania oceny wyników negocjacji pomiędzy ISP i dużymi dostawcami treści vis-a-vis TP. Nie przesądzając o wynikach przyszłej analizy stosunków umownych na rynku polskim, co do zasady nie jest niczym niezwykłym, iż mniejsze sieci lub sieci przesyłające dużą ilość danych zawierają umowy o tranzyt (a nie o peering) z większymi sieciami, i wyrażają zgodę na płacenie większym dostawcom za przekazywanie ruchu.
- (53) Odnośnie do argumentu Prezesa UKE, iż na około 50% terytorium Polski sieć TP nie jest powielona, Komisja wskazuje, iż w niektórych regionach Polski sieci lokalne mogą uzyskać dostęp do Internetu światowego wyłącznie za pośrednictwem TP (dotyczy to np. **(tajemnica przedsiębiorstwa)** ruchu IP z VECTRA oraz **(tajemnica przedsiębiorstwa)** ruchu IP z Multimedia). Jednocześnie Komisja pragnie zauważyć, że pojedyncze połączenie nawiązane przez ISP w jakimkolwiek punkcie wymiany ruchu internetowego wydaje się być wystarczające dla celów uzyskania dostępu do Internetu. Fakt, iż na pewnych obszarach mogą mieć miejsce problemy konkurencyjne, nie powinien bez mocnych dowodów prowadzić do wniosku, iż proponowane rynki nie są konkurencyjne na poziomie krajowym. Zgodnie z powyższą argumentacją Prezesa UKE, jedynie mała część ruchu (o ile w ogóle) większych ISP musi być przekazywana przez punkty wymiany ruchu TP w celu uzyskania dostępu do światowego Internetu. Z danych przedstawionych przez Prezesa UKE nie wynika jasno, czy TP jest w stanie działać niezależnie od swoich konkurentów lub klientów tam, gdzie jest jedynym dostawcą, ani też czy TP jest w jakikolwiek sposób ograniczona obecnością swoich klientów w innych, bardziej zaludnionych regionach lub możliwościami uzyskania połączenia u innego operatora przez mniejszych klientów (przy wykorzystaniu regulowanej infrastruktury szkieletowej w celu przekazania ruchu do innego punktu styku).
- (54) Na koniec Komisja wskazuje, że w przeszłości Prezes UKE, działając na podstawie art. 5 dyrektywy o dostępie, nałożył na TP obowiązki niedyskryminacji i przejrzystości, z których wynika, że dostęp musi być zapewniony wszystkim osobom trzecim na warunkach niedyskryminujących i w sposób transparentny. Wydaje się, że w tych okolicznościach bardziej na miejscu byłoby skorzystanie z uprawnień danych Prezesowi UKE jako krajowemu organowi regulacyjnemu do wyegzekwowania połączeń koniec-koniec na podstawie art. 5 dyrektywy o dostępie<sup>23</sup>, które pozwalają mu nałożyć natychmiastowy obowiązek połączenia, w razie gdyby TP

<sup>23</sup> Dyrektywa 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń („dyrektywa o dostępie”), Dz.U L 108 z 24.4.2002, s. 7.

miała odłączyć ISP.

- (55) W związku z tym Komisja stwierdza, że Prezes UKE nie przedstawił wystarczających dowodów na posiadanie przez TP znaczącej pozycji rynkowej na rynku usługi IP peering z siecią TP i na rynku usługi IP tranzyt.

#### **Ocena testu trzech kryteriów<sup>24</sup>**

- (56) Z wyżej wymienionych powodów Komisja stwierdza dalej, że dowody przedstawione przez Prezesa UKE są niewystarczające do ustalenia, czy trzy kryteria zostały spełnione dla któregokolwiek z dwóch zaproponowanych rynków. W tym kontekście Komisja zauważa, że bariery wejścia na rynek są niskie, w szczególności w przypadku usługi IP tranzyt, oraz że o świadczenie usług przesyłania ruchu IP na polskim rynku konkurują szereg operatorów. Ponadto działania podjęte wcześniej przez Prezesa polskiego urzędu ochrony konkurencji (UOKiK) oraz Prezesa UKE pomyślnie naprawiły specyficzny problem degradacji ruchu IP w sieci TP, co sugeruje, że również trzecie kryterium nie jest spełnione.

### **V. WNIOSKI KOŃCOWE I PROPOZYCJA ZMIANY PROJEKTU DECYZJI**

- (57) Po szczegółowej analizie notyfikowanych przez Prezesa UKE projektów decyzji, dodatkowych informacji przedłożonych przez regulatora i stanowisk stron trzecich oraz ze względów przedstawionych powyżej, Komisja stoi na stanowisku, że dowody przedstawione przez Prezesa UKE nie uzasadniają wniosku, iż istnieją dwa oddzielne rynki usług IP tranzyt oraz IP peering, oraz/lub oceny Prezesa UKE, zgodnie z którą TP posiada znaczącą pozycję rynkową na tych rynkach. Projekty decyzji nie są zatem zgodne z prawem Unii Europejskiej, w szczególności z art. 8 i 14—16 dyrektywy ramowej w związku z art. 4 ust. 3 TUE i art. 102 TFUE. Komisja uważa również, że dowody przedstawione przez Prezesa UKE nie uzasadniają wniosku, że hurtowy krajowy rynek wymiany ruchu IP (IP tranzyt) oraz hurtowy rynek typu IP peering z siecią TP podlegają regulacji *ex ante*.
- (58) Z tego powodu Komisja nakazuje Prezesowi UKE wycofanie notyfikowanych projektów decyzji.

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

#### *Artykuł 1*

Niniejsza decyzja odnosi się do projektów decyzji dotyczących hurtowego rynku wymiany ruchu IP (IP tranzyt) oraz hurtowego ruchu IP peering z siecią Telekomunikacji Polskiej S.A., notyfikowanych Komisji w dniu 27 listopada 2009 r. i zarejestrowanych pod numerami PL/2009/1019 i PL/2009/102

#### *Artykuł 2*

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wycofa projekty decyzji.

#### *Artykuł 3*

Niniejsza decyzja jest skierowana do:  
Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ul.  
Kasprzaka 18/20

---

<sup>24</sup> Zalecenie stanowi, że aby dany rynek można było zidentyfikować jako podlegający regulacji *ex ante*, następujące trzy kryteria muszą zostać spełnione łącznie: 1) istnienie wysokich i stałych barier w dostępie do rynku, o charakterze strukturalnym, prawnym lub regulacyjnym; 2) struktura rynku nie pozwala na rozwój w kierunku stworzenia skutecznej konkurencji w stosownym horyzoncie czasowym; oraz 3) zastosowanie samego prawa konkurencji nie jest wystarczające dla rozwiązania problemów rynkowych.

01-211 Warszawa  
Polska.  
Sporządzono w Brukseli, dnia 3.3.2010

*W imieniu Komisji*  
Neelie KROES  
Wiceprzewodniczący Komisji