

Warszawa, dnia 8 czerwca 2017 roku

Szanowny Pan Giuseppe Abbamonte
Director of the Media and Data Directorate
at Directorate General for Communications Networks,
Content and Technology of the European Commission

**WNIOSEK O INTERWENCJĘ
W SPRAWIE PROJEKTU PRZEPISÓW KRAJOWYCH
POTENCJALNIE NARUSZAJĄCYCH PRZEPISY UE
(UZUPEŁNIENIE)**

Szanowni Państwo,

W uzupełnieniu naszej prośby o interwencję, złożonej do Komisji Europejskiej w związku z podejrzeniem naruszenia prawa Unii Europejskiej przez polski Rząd wskutek projektowania rozwiązań prawnych dotyczących abonamentu radiowo-telewizyjnego, przedkładamy niniejszym uzupełnienie wcześniejszego stanowiska.

(1) Naruszenie art. 102 TFUE i 108 TFUE w związku z 106 TFUE.

Zgodnie z art. 106 TFUE, Państwa Członkowskie, w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych i przedsiębiorstw, którym przyznają prawa specjalne lub wyłączne, nie wprowadzają ani nie utrzymują żadnego środka sprzecznego z normami Traktatów, w szczególności z normami przewidzianymi w artykule 7 oraz artykułach 101-109 włącznie. Przepis ten zakazuje Państwom Członkowskim zachowań, które miałyby na celu albo skutkowałyby jakimkolwiek nieuzasadnionym uprzywilejowaniem przedsiębiorstw publicznych albo przedsiębiorstw, którym przyznano prawa specjalne lub wyłączne. W praktyce oznacza to, w szczególności zakaz usprawiedliwiania niedozwolonych porozumień oraz usprawiedliwiania nadużywania pozycji dominującej przez przedsiębiorstwa publiczne, a także zakaz udzielania im pomocy publicznej niezgodnej z prawem, w tym niezgodnej ze wspólnym rynkiem.

W naszej ocenie Rząd polski w projektowanych rozwiązaniach prawnych dotyczących abonamentu radiowo-telewizyjnego naruszył dyspozycję art. 106 TFUE poprzez „nakazanie” operatorowi wyznaczonemu (Poczta Polska S.A.) oraz Telewizji Polskiej S.A. (dalej: „telewizja publiczna”) nadużywania pozycji dominującej a także poprzez udzielenie nienotyfikowanego Komisji Europejskiej przysporzenia na rzecz telewizji publicznej.

Jak zostało wskazane w naszym stanowisku z dnia 14 kwietnia 2017 r., Rząd polski wbrew całemu środowisku mediowo - telekomunikacyjnemu forsuje przyjęcie rozwiązań prawnych, które zmuszą operatorów płatnej telewizji do przekazywania danych swoich abonentów operatorowi wyznaczonemu, celem ich zidentyfikowania i egzekwowania należnego abonamentu radiowo-telewizyjnego. Jakkolwiek nie może budzić wątpliwości obowiązek płacenia abonamentu nałożony na obywateli, to wątpliwe jest i niezgodne z prawem UE forsowanie projektowanego systemu egzekwowania tej należności.

(1a) „Nakaz” nadużywania pozycji dominującej.

Dyspozycja art. 102 TFUE zakazuje nadużywania pozycji dominującej przez przedsiębiorstwo. Przejawami nadużywania pozycji dominującej są zachowania przedsiębiorstwa, których nie byłoby ono władne podjąć, gdyby nie jego silna pozycja rynkowa. W szczególności przejawem nadużywania pozycji dominującej jest nieuzasadniona eksploatacja kontrahentów lub innych przedsiębiorstw działających na rynku, przekładająca się na osłabienie zdolności konkurencyjnego przedsiębiorstwa.

Projektowane przez Rząd polski rozwiązania prawne powodują, że operatorzy telewizji płatnej zmuszeni są do przekazania swoich baz abonenckich operatorowi wyznaczonemu; operator wyznaczony na podstawie tych danych zidentyfikuje abonentów i będzie egzekwował należny abonament. Zwrócić uwagę należy na skutki, jakie przyniesie dla rynku projektowane rozwiązanie, w tym, w jaki sposób ograniczy to zdolność konkurencyjnego przedsiębiorstwa zobowiązanych (operatorów płatnej telewizji), w szczególności z przedsiębiorstwem uprzywilejowanym, to jest z telewizją publiczną.

W chwili obecnej oferty płatnych telewizji są relatywnie zbliżone jakościowo i cenowo. Jednocześnie dostępna jest na rynku „bezpłatna” telewizja publiczna (telewizja cyfrowa naziemna). Już teraz obserwuje się coraz większy odpływ abonentów telewizji płatnych do „bezpłatnej” telewizji cyfrowej naziemnej. Wynika to z jednej strony z coraz bardziej atrakcyjnej oferty telewizji cyfrowej naziemnej, z drugiej zaś z tego, że zmienia się model potrzeb konsumenckich. Sukcesywnie zmniejsza się liczba konsumentów, którzy potrzebują telewizji linearnej; coraz częściej konsumenci chcą mieć bezpośredni wpływ na to, co oglądają, chcą dokonywać wyborów poszczególnych audycji a nie być zdany na ofertę programową proponowaną przez operatora telewizyjnego. W konsekwencji, znaczna już część abonentów przyjmuje model posiadania umiarkowanie dobrej ofertowo telewizji linearnej (cyfrowa naziemna) a do tego, w miarę potrzeb kontraktuje poszczególne audycje u dostawców VOD. Dotyczy to w szczególności młodszych konsumentów, przyzwyczajonych do nowych technologii; proces ten będzie postępował wraz z upływem czasu i ostatecznie rynek tradycyjnej telewizji, a w szczególności telewizji płatnej, podobnie jak już teraz rynek telefonii stacjonarnej, stanie się rynkiem schodzącym.

Wynika z tego, że – jak wskazano – sam rynek ogranicza możliwości telewizji płatnych, co wpływa bez wątpienia na generowane przychody ale czego nie sposób kwestionować. W i tak już trudnym otoczeniu rynkowym, Rząd polski wprowadza dodatkowe instrumenty prawne, które powodują ustawowe ograniczenie prowadzenia działalności i ograniczenia konkurencyjnego dla operatorów telewizji płatnych. Wprowadzany model jest selektywny i spowoduje, że od części rynku telewizyjnego gremialnie będą odchodzić abonenci. Abonenci telewizji płatnych mając w perspektywie, że zostaną „zadenuncjonowani” przez swoich operatorów telewizji płatnych operatorowi wyznaczonemu, a ten w konsekwencji będzie egzekwował od nich dodatkowe płatności, będą rozwiązywać umowy ze swoimi operatorami, czasem nawet za cenę zapłaty kary za wcześniejsze rozwiązanie umowy zawartej na czas oznaczony. Jeżeli przykładowo abonent telewizji płatnej ma zakontraktowany pakiet podstawowy za 15 – 20 zł miesięcznie, a w perspektywie będzie miał naliczoną dodatkową comiesięczną opłatę w wysokości 27 zł (abonament radiowo-telewizyjny), to z pewnością zmieni dostawcę telewizji na takiego, który nie prześle nikomu jego danych abonenckich, czyli na „bezpłatną” telewizję

cyfrową naziemną (telewizję publiczną). Proces rozwiązywania umów już się rozpoczął. Podkreślić należy raz jeszcze, że niniejsze stanowisko nie ma na celu usprawiedliwienie niewywiązywania się z obowiązku płacenia abonamentu radiowo-telewizyjnego, niemniej protestujemy przed wykorzystywaniem do tego komercyjnych przedsiębiorców telewizyjnych.

Gdyby bez obowiązujących regulacji, operator wyznaczony albo telewizja publiczna wykorzystując swoją siłę rynkową (pozycję dominującą) zmuszała operatorów płatnej telewizji do zachowań, do jakich zmuszać będzie projektowane rozwiązanie prawne, to z pewnością stanowiłoby to przejaw nadużywania pozycji dominującej i naruszałoby art. 102 TFUE. Z uwagi na brzmienie art. 106 TFUE i odwołanie w szczególności do art. 102 TFUE, zawarte w tym przepisie, należy uznać, że Państwo Polskie narusza normę art. 106 ust. 1 TFUE. Innymi słowy, zgodnie ze 106 TFUE Państwa Członkowskie nie mogą wprowadzać ani utrzymywać dla przedsiębiorstw publicznych środków niezgodnych z przepisami o nadużywaniu pozycji dominującej, podczas gdy projektowana regulacja jest środkiem, który pozwala *de facto* nadużywać pozycji operatorowi wyznaczonemu i/lub telewizji publicznej.

(1b) Pomoc publiczna niezgodna z prawem.

Niezależnie od wskazanych w naszym stanowisku z dnia 14 kwietnia 2017 r. przejawów naruszenia art. 108 TFUE przez Rząd polski, niniejszym wskazujemy na dodatkowe kwestie związane z ewentualnym pogwałceniem zasad przyznawania pomocy publicznej.

W stanowisku z dnia 14 kwietnia 2017 r. wskazywaliśmy w szczególności, że wskutek zmiany kręgu zobowiązanych do zapłaty abonamentu radiowo-telewizyjnego, co najmniej zmianie ulegnie dotychczasowy program pomocowy, co wymaga notyfikacji do Komisji Europejskiej, celem uzyskania potwierdzenia, że zmieniony program jest zgodny ze wspólnym rynkiem.

Niniejszym poddajemy pod rozważenie również to, że już samo ustawowe „ułatwienie” telewizji publicznej egzekwowania abonamentu radiowo-telewizyjnego stanowić może (nową) pomoc publiczną. Telewizja publiczna otrzymała systemową pomoc finansową w postaci abonamentu, która winna być przeznaczana na realizowanie misji. Teraz, w sytuacji, w której okazało się, że nie jest ona w stanie sprostać zadaniu, jakim jest egzekwowanie tej daniny, dostaje kolejny instrument, który spowoduje zwiększenie ściągalności płatności. Odbyna się to kosztem operatorów telewizji płatnej. Innymi słowy, wskutek dyskryminacji przedsiębiorstw komercyjnych, zostanie uprzywilejowana telewizja publiczna; taka (nowa) pomoc publiczna nie dość, że nie została notyfikowana Komisji Europejskiej, to w dodatku może być rozważana jako niezgodna ze wspólnym rynkiem.

(2) Naruszenie przepisów dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych.

W uzupełnieniu naszego stanowiska z dnia 14 kwietnia 2017 r. odnośnie do naruszenia przepisów dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, wskazać należy na wyrok Trybunału z dnia 15 marca 2017 r., w sprawie C-536/15. Wyrok zapadł w wyniku zapytania prejudycjalnego administracyjnego sądu apelacyjnego do spraw gospodarczych w Holandii. Spór sądowy toczył się pomiędzy operatorami telefonicznymi z Holandii a przedsiębiorcą belgijskim zajmującym się udostępnianiem spisu abonentów, który miał ustawowo zagwarantowane dostarczanie mu przez operatorów telefonicznych danych abonentów (przydzielonych numerów telefonów). Treść wyroku, w którym obszernie cytowane są przepisy prawa holenderskiego nie pozostawia wątpliwości, że przepisy te ustanawiały zobowiązanie operatorów telefonicznych do przekazania danych przedsiębiorcy tworzącemu i

udostępniającemu spisy abonentów jako usługi powszechnej, niemniej te same przepisy wprowadziły warunek, że na takie przekazanie danych operator telefoniczny musi uzyskać wcześniejszą zgodę abonenta. Zgodnie z art. 3.2. Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (holenderskie rozporządzenie w sprawie usług powszechnych i interesów użytkowników końcowych) z dnia 7 maja 2004 r., dostawca publicznie dostępnych usług telefonicznych, który przed zawarciem umowy z użytkownikiem lub w momencie jej zawarcia zwraca się do niego o podanie nazwiska, adresu (numeru domu oraz kodu pocztowego i jego miejsca zamieszkania), musi także zwrócić się o zgodę na umieszczenie tego rodzaju danych osobowych i przydzielonych przez tego dostawcę numerów telefonicznych w każdym standardowym spisie abonentów oraz we wszystkich rejestrach abonentów wykorzystywanych do celów standardowej usługi biura numerów (...). Dla Trybunału, który podejmował rozstrzygnięcie dotyczące głównego przedmiotu sporu, oczywistym było, że dla dalszego przekazania danych abonenckich konieczna jest zgoda abonenta, w szczególności jeśli przekazanie danych odbywa się w celach innych niż pierwotne. Trybunał jednoznacznie stwierdził, powołując się dodatkowo na wyrok z dnia 5 maja 2011 r. w sprawie Deutsche Telekom (C-543/09, EU:C:2011:279), że art. 12 dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie przepisom krajowym zobowiązującym przedsiębiorstwo publikujące publiczne spisy abonentów do przekazania posiadanych przez nie danych osobowych abonentów innemu dostawcy usług telefonicznych przedsiębiorstwu trzeciemu, którego działalność polega na publikowaniu drukowanego lub elektronicznego publicznego spisu abonentów lub na umożliwianiu uzyskiwania dostępu do takiego spisu za pośrednictwem usług biura numerów, bez uzależniania takiego przekazania od ponownej zgody abonentów. Jednak, po pierwsze, ci ostatni muszą zostać poinformowani przed pierwszym umieszczeniem ich danych w publicznym spisie abonentów o jego przeznaczeniu oraz o tym, iż ich dane mogą zostać udostępnione innemu dostawcy usług telefonicznych, oraz po drugie, musi zostać zapewnione, że dane te po ich przekazaniu nie zostaną wykorzystane do celów innych niż te, dla których zostały zebrane w związku z ich pierwszym opublikowaniem.

Mając na względzie powyższe, należy jednoznacznie stwierdzić, że regulacje abonamentowe, projektowane przez polski Rząd, stoją w sprzeczności z ww. dyrektywą i pozostają w sprzeczności ze stanowiskiem Trybunału. W projektowanych rozwiązaniach nie przewiduje się zgody abonentów na przekazanie ich operatorowi wyznaczonemu, zaś abonenci zgadzali się wyłącznie na przetwarzanie danych osobowych dla celów zawartej umowy. Oznacza to, że abonenci, których dane mają – zgodnie z założeniami projektu – być przekazane operatorowi wyznaczonemu nie wyrazili na to zgody.

(3) Zastosowanie art. 13 Rozporządzenia a) Rozporządzenia Rady (UE) 2015/1589 z dnia 13 lipca 2015 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Mając na względzie niniejszym przedstawiane argumenty dotyczące naruszenie zasad udzielania pomocy publicznej, a także odnośne argumenty wskazane w naszym stanowisku z dnia 14 kwietnia 2017 r. poddajemy pod rozagę Komisji Europejskiej zastosowanie środka, o którym stanowi art. 13 Rozporządzenia Rady (UE) 2015/1589 z dnia 13 lipca 2015 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („Rozporządzenie”). Zgodnie z tym przepisem *Komisja może, po umożliwieniu zainteresowanemu państwu członkowskiemu przedstawienia uwag, podjąć decyzję nakazującą państwu członkowskiemu zawieszenie wszelkiej pomocy niezgodnej z prawem do momentu podjęcia przez Komisję decyzji w sprawie zgodności pomocy z rynkiem wewnętrznym.*

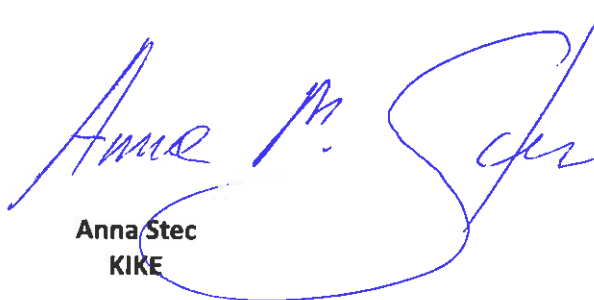
W naszej ocenie, z uwagi na nieodwracalne skutki projektowanych regulacji, które rozmontują rynek płatnej telewizji, w szczególności skutek uprzywilejowania telewizji publicznej kosztem nadawców komercyjnych, zasadne jest zawieszenie projektowanego programu pomocowego.

Zwracamy uwagę, że Komisja Europejska zastosowała przedmiotowy środek prawny w przypadku projektowanego przez Państwo Polskie tzw. podatku handlowego (podatku selektywnego od dużych sieci handlowych), co pozwala na stwierdzenie, że w niniejszym stanie prawnym i faktycznym, tym bardziej zasadne jest jego zastosowanie.

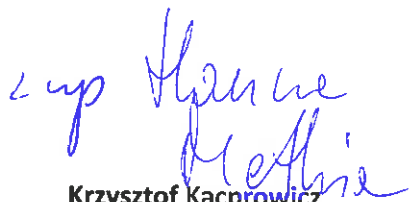
Załącznik 1 (w ślad za przekazanym przy piśmie z dnia 14 kwietnia 2017 r. projektem ustawy o zmianie ustawy o opłacie abonamentowej, przedkładamy projekt rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa w sprawie rejestracji odbiorników radiofonicznych i telewizyjnych).



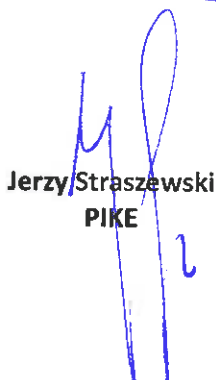
Andrzej Arendarski
KIG



Anna Stec
KIKE



Krzysztof Kacprowicz
Mediakom



Jerzy Straszewski
PIKE



Marek Szydłowski
ZPPM



Stefan Kamiński
KIGEiT



Borys Stokalski
PIIT