

Krzysztof Krzystek

*Kontrola koncentracji na rynku telekomunikacji mobilnej w prawie Unii
Europejskiej*

Rozprawa doktorska przygotowana
w Katedrze Europejskiego Prawa Gospodarczego
pod kierunkiem prof. Marii Królikowskiej-Olczak
w dyscyplinie nauk prawnych

Łódź 2023

Badania finansowane przez Narodowe Centrum Nauki w ramach projektu nr 2017/25/N/HS5/02946 „Kontrola koncentracji na rynku telekomunikacji mobilnej w prawie Unii Europejskiej”.

Wykaz skrótów i akronimów	10
Wstęp	11
Rozdział I. Rynek telekomunikacji mobilnej jako przykład rynku regulowanego	17
1. Wstęp	17
2. Wpływ telefonii mobilnej na gospodarkę	19
3. Liberalizacja i harmonizacja sektora telekomunikacyjnego	23
4. Sposoby regulacji rynków telekomunikacyjnych.....	38
4.1. Regulacja w ramach regulacji sektorowej.....	40
4.2. Regulacja w ramach prawa konkurencji	48
4.2.1. Decyzje w sprawach praktyk ograniczających konkurencję	48
4.2.2. Decyzje w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw	52
5. Regulacja sektorowa na rynku telekomunikacji mobilnej.....	55
5.1. Dostęp do sieci infrastrukturalnych, połączenia międzysieciowe i zakańczanie połączeń.....	55
5.1.1. Dostęp do sieci infrastrukturalnych	56
5.1.2. Świadczenie usługi dostępu i rozpoczynania połączeń w sieciach mobilnych dla wirtualnych operatorów telekomunikacji mobilnej	62
5.1.3. Połączenia międzysieciowe i zakańczanie połączeń.....	66
5.2. Usługa roamingu regulowanego	69
5.3. Gospodarowanie częstotliwościami fal radiowych.....	74
5.4. Usługa powszechna w unijnym prawie telekomunikacyjnym	79
6. Wnioski.....	84
Rozdział II. Wpływ struktury rynku na konkurencję	87
1. Wstęp	87
2. Istota zjawiska konkurencji.....	89
2.1. Rola ekonomii w prawie ochrony konkurencji	90
2.2. Cele europejskiego prawa konkurencji	91
2.3. Skuteczna konkurencja w prawie europejskim	93

3. Ekonomiczne modele konkurencji	98
3.1. Model konkurencji doskonałej	98
3.2. Model rynku monopolistycznego	100
3.3. Model rynku oligopolistycznego	104
3.3.1. Czynniki strukturalne	105
3.3.1.1. Struktura rynku.....	105
3.3.1.2. Bariery wejścia na rynek.....	108
3.3.1.3. Częstotliwość interakcji przedsiębiorstw.....	108
3.3.1.4. Przejrzystość rynku	109
3.3.2. Czynniki po stronie popytowej.....	109
3.3.2.1. Zmiany popytu	109
3.3.2.2. Elastyczność cenowa popytu	110
3.3.2.3. Siła nabywcza klientów	111
3.3.3. Czynniki po stronie podażowej.....	112
3.3.3.1. Stopień jednorodności produktu.....	112
3.3.3.2. Innowacyjność i dojrzałość rynku	112
3.3.3.3. Symetryczna sytuacja przedsiębiorców w odniesieniu do kosztów i zdolności produkcyjnych.....	113
3.4. Ekonomiczne modele rynków oligopolistycznych.....	113
3.4.1. Model Cournota	114
3.4.2. Model Stackelberga.....	116
3.4.3. Model Bertranda	117
3.4.4. Model załamanej linii popytu	119
3.4.5. Model przywództwa cenowego przedsiębiorcy dominującego na rynku	120
3.4.6. Kartel współdziałający w celu maksymalizacji zysku	122
3.4.7. Teoria gier.....	123
3.4.8. Strategia dominująca, równowaga Nasha i dylemat więźnia	125
4. Instrumenty oceny ilościowej.....	129
5. Wnioski.....	132

Rozdział III. Kontrola koncentracji przedsiębiorstw na rynkach oligopolistycznych... 135

1. Wstęp	135
2. Ewolucja systemu kontroli koncentracji w prawie Unii Europejskiej	137

2.1. Kontrola koncentracji w prawie Unii Europejskiej przed 1989 r.	137
2.2. System kontroli koncentracji wprowadzony rozporządzeniem nr 4064/89 a rynki oligopolistyczne.....	142
2.3. System kontroli koncentracji wprowadzony rozporządzeniem nr 139/2004 a rynki oligopolistyczne.....	146
3. Kryteria oceny rynków oligopolistycznych	150
3.1. Ocena wystąpienia efektów skoordynowanych.....	151
3.1.1. Pojęcie i stwierdzenie zbiorowej pozycji dominującej	151
3.1.2. Stopień koncentracji rynku	154
3.1.3. Przejrzystość rynku	157
3.1.4. Mechanizm odwetowy	158
3.1.5. Związki gospodarcze pomiędzy oligopolistami.....	159
3.1.6. Reakcja konkurentów i bariery wejścia na rynek	162
3.1.7. Siła nabywczą	165
3.1.8. Zmiany popytu.....	166
3.1.9. Homogeniczność produktu	168
3.1.10. Symetryczna sytuacja przedsiębiorców w odniesieniu do kosztów i zdolności produkcyjnych	169
3.2. Ocena wystąpienia efektów nieskoordynowanych.....	170
3.2.1. Stopień dowodu wystąpienia efektów nieskoordynowanych	170
3.2.2. Poziom koncentracji i udziały w rynku	171
3.2.3. Bliskość konkurencji	172
3.2.4. Siła nabywczą	172
3.2.5. Innowacje.....	173
3.2.6. Integracja pionowa	173
4. Środki zaradcze	174
4.1. Zasady ogólne stosowania środków zaradczych	174
4.2. Rodzaje środków zaradczych	177
4.2.1. Zbycie przedsiębiorstwa na rzecz odpowiedniego kupca	178
4.2.2. Usunięcie powiązań z konkurentami.....	180
4.2.3. Inne środki zaradcze.....	181
5. Wnioski.....	183

Rozdział IV. Koncentracje na rynku telekomunikacji mobilnej w świetle decyzji Komisji Europejskiej w latach 2006 – 2010	185
1. TIM Hellas/Q-Telecommunications – sprawa COMP/M.4036	185
1.1. Definiowanie rynku właściwego	185
1.2. Struktura rynku	185
2. T-Mobile Austria/Tele.ring – sprawa COMP/M.3916	187
2.1. Definiowanie rynku właściwego	187
2.2. Struktura rynku	188
2.3. Wpływ koncentracji na konkurencję na rynku	189
2.4. Korzyści z koncentracji – zwiększenie wydajności.....	191
2.5. Efekty skoordynowane.....	192
2.6. Efekty nieskoordynowane	193
2.7. Środki zaradcze.....	193
2.8. Wnioski	194
3. T-Mobile Netherlands/Orange Netherlands – sprawa COMP/M.4748	195
3.1. Definiowanie rynku właściwego	195
3.2. Struktura rynku	196
3.3. Wpływ koncentracji na konkurencję na rynku	197
3.4. Efekty skoordynowane.....	197
3.5. Hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń w publicznych sieciach telefonii mobilnej	198
3.6. Wnioski	199
4. T-Mobile UK/Orange UK – sprawa COMP/M.5650	200
4.1. Definiowanie rynku właściwego	200
4.2. Struktura rynku	201
4.3. Wpływ koncentracji na konkurencję na rynku	202
4.4. Środki zaradcze.....	205
4.5. Wnioski	206
5. Konsekwencje koncentracji dokonanych w latach 2006 – 2010.....	207
5.1. Wpływ przeprowadzonych koncentracji na ceny.....	209
6. Wnioski	210

Rozdział V. Koncentracje na rynku telekomunikacji mobilnej w świetle decyzji Komisji Europejskiej w latach 2012 – 2014	212
1. Hutchison 3G Austria/Orange Austria – sprawa COMP/M.6497	212
1.1. Definiowanie rynku właściwego	212
1.2. Struktura rynku	213
1.3. Wpływ koncentracji na konkurencję na rynku	213
1.4. Korzyści z koncentracji – zwiększenie wydajności.....	217
1.5. Efekty skoordynowane.....	220
1.6. Efekty nieskoordynowane	221
1.7. Środki zaradcze.....	221
1.8. Wnioski	222
2. Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland – sprawa COMP/M.6992.....	223
2.1. Definiowanie rynku właściwego	224
2.2. Struktura rynku	224
2.3. Wpływ koncentracji na konkurencję	226
2.4. Korzyści z koncentracji – zwiększenie wydajności.....	232
2.5. Efekty skoordynowane.....	233
2.6. Efekty nieskoordynowane	234
2.7. Środki zaradcze.....	236
2.8. Wnioski	237
3. Telefónica Deutschland/E-Plus – sprawa COMP/M.7018	239
3.1. Definiowanie rynku właściwego	239
3.2. Struktura rynku	240
3.3. Wpływ koncentracji na konkurencję na rynku	241
3.3.1. Detaliczny rynek usług telekomunikacji mobilnej dla użytkowników końcowych.....	242
3.3.2. Hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń	244
3.4. Korzyści z koncentracji – zwiększenie wydajności.....	245
3.5. Efekty skoordynowane.....	247
3.6. Efekty nieskoordynowane	247
3.7. Środki zaradcze.....	250
3.8. Wnioski	251
4. Konsekwencje koncentracji dokonanych latach 2012 – 2014	253

4.1. Wpływ koncentracji na ceny	257
4.2. Wpływ koncentracji na jakość sieci.....	259
5. Wnioski.....	261

Rozdział VI. Koncentracje na rynku telekomunikacji mobilnej w świetle decyzji Komisji Europejskiej i orzeczenia Sądu od 2015 r. 263

1. Teliasonera/Telenor – sprawa COMP/M.7419	263
2. Hutchison 3G UK/Telefónica UK – sprawa COMP/M.7612	264
2.1. Definiowanie rynku właściwego	264
2.2. Struktura rynku	264
2.3. Wpływ koncentracji na konkurencję na rynku	266
2.4. Korzyści z koncentracji – zwiększenie wydajności.....	270
2.5. Efekty nieskoordynowane	271
2.6. Środki zaradcze.....	274
2.7. Wnioski	276
3. Hutchinson 3G Italy/Wind/JV – sprawa COMP/M.7758	277
3.1. Definiowanie rynku właściwego	277
3.2. Struktura rynku	278
3.3. Wpływ koncentracji na konkurencję na rynku	280
3.3.1. Detaliczny rynek usług telekomunikacji mobilnej.....	280
3.3.2. Hurtowy rynek dostępu do sieci i rozpoczynania połączeń w sieciach telekomunikacji mobilnej.....	285
3.4. Korzyści z koncentracji – zwiększenie wydajności.....	286
3.5. Efekty nieskoordynowane	288
3.6. Efekty skoordynowane.....	289
3.7. Środki zaradcze.....	291
3.8. Wnioski	292
4. T-Mobile NL/Tele2 NL – sprawa COMP/M.8792.....	293
4.1. Definiowanie rynku właściwego	293
4.2. Struktura rynku	293
4.3. Wpływ koncentracji na konkurencję na rynku	295
4.4. Korzyści z koncentracji – zwiększenie wydajności.....	300
4.5. Efekty nieskoordynowane	301

4.6. Efekty skoordynowane.....	301
4.7. Wnioski	302
5. Wyrok CK Telecoms UK – T-399/16	302
5.1. Pierwsza teoria szkody: efekty nieskoordynowane na rynku detalicznym	304
5.2. Druga teoria szkody: efekty nieskoordynowane wywołane przez zakłócenie umów dotyczących współdzielenia sieci.....	309
5.3. Trzecia teoria szkody: efekty nieskoordynowane na rynku hurtowym	314
5.4. Wnioski	315
5.5. Odwołanie się Komisji Europejskiej	317
Wnioski końcowe	319
1. Wnioski dotyczące dotyczące rynków telekomunikacji mobilnej	319
2. Wnioski dotyczące rynków oligopolistycznych.....	322
3. Weryfikacja postawionej hipotezy	327
Bibliografia	335

Wykaz skrótów i akronimów

art.	– artykuł
DG	– Dyrekcja Generalna
Dz. U.	– Dziennik Ustaw
Dz. Urz.	– Dziennik Urzędowy
itp.	– i tym podobne
Komisja	– Komisja Europejska
lit.	– litera
MNO	– operator infrastrukturalny (Mobile Network Operator)
MVNO	– operator wirtualny (Mobile Virtual Network Operator)
n.	– następny (-a, -e)
np.	– na przykład
nr	– numer
ok.	– około
pkt	– punkt
por.	– porównaj
poz.	– pozycja
przyp.	– przypis
red.	– redakcja
r.	– rok
s.	– strona
SIEC	– znaczące zakłócenie skutecznej konkurencji (Significant Impediment to Effective Competition)
SPI	– Sąd Pierwszej Instancji
TFUE	– Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej
tj.	– to jest
Trybunał	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
TUE	– Traktat ustanawiający Unię Europejską
TWE	– Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską
tzw.	– tak zwany
UKE	– Urząd Komunikacji Elektronicznej
ust.	– ustęp
Zb. Orz.	– Zbiór Orzeczeń
zob.	– zobacz

Wstęp

Przyczynkiem dla przeprowadzonych badań była wyraźna zmiana praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej w zakresie kontroli koncentracji na rynku telekomunikacji mobilnej, która miała miejsce w 2012 roku i ponownie w 2015 roku. We wcześniejszych postępowaniach można było zauważyć liberalne podejście Komisji do przeprowadzanych koncentracji, z których każda zakończyła się wydaniem decyzji pozytywnej (w dwóch przypadkach zgoda była bezwarunkowa, bez żadnych środków zaradczych), a tylko jedno postępowanie trafiło do drugiej fazy oceny. Postępowania po roku 2012 były coraz bardziej szczegółowe, wszystkie trafiły do drugiej fazy oceny, zaś przeprowadzana ocena była z każdym postępowaniem coraz bardziej zaawansowana i wymagająca. Trzy kolejne postępowania zakończyły się wydaniem decyzji pozytywnej, ale z coraz bardziej rozbudowanymi środkami zaradczymi, aż w roku 2015 duńscy operatorzy Telenor i TeliaSonera odwołali swoją koncentrację z powodu braku perspektyw na wypracowanie porozumienia z Komisją. Rok później, w sprawie brytyjskich operatorów Hutchison UK i Telefónica UK, Komisja po raz pierwszy zablokowała koncentrację operatorów telekomunikacji mobilnej, natomiast koncentracja we Włoszech została zaakceptowana pod warunkiem dywestycji aktywów operatorów (spektrum radiowego i nadajników) mających umożliwić nowemu, wskazanemu z góry operatorowi wejście na rynek. Tej wyraźnej zmianie w praktyce Komisji nie towarzyszyły zmiany w europejskim prawie kontroli koncentracji, co rodzi pytania dotyczące powodów wystąpienia tak wyraźnej ewolucji. Celem pracy jest zweryfikowanie hipotezy badawczej:

Przyczyną ewolucji praktyki Komisji Europejskiej w zakresie kontroli koncentracji na rynku telekomunikacji mobilnej jest zmotywowana zanikiem uprawnień w ramach regulacji sektorowej próba wykorzystania przez Komisję instrumentów przewidzianych przez prawo kontroli koncentracji do kształtowania konkurencji na rynku.

Celem weryfikacji powyższej hipotezy podjęto próbę znalezienia odpowiedzi na pytania:

- 1) Jaki wpływ na konkurencję na rynkach telekomunikacji mobilnej w Unii Europejskiej ma regulacja sektorowa tych rynków?

- 2) Czy oligopolistyczna struktura, którą przyjmują rynki telekomunikacji mobilnej, uzasadnia szczególne podejście do kontroli koncentracji przedsiębiorstw¹?
- 3) Czy unijne prawo ochrony konkurencji zawiera kompleksowy system kontroli koncentracji pozwalający na skuteczną ocenę koncentracji na rynkach oligopolistycznych?
- 4) Czy kontrola koncentracji operatorów telekomunikacji mobilnej jest i powinna być stosowana w odniesieniu do rynku telekomunikacji mobilnej w sposób szczególny?

Dla weryfikacji postawionej hipotezy niezbędne jest przedstawienie ewolucji praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej w zakresie kontroli koncentracji w sektorze telekomunikacji mobilnej na tle zmian zachodzących w regulacji sektorowej sektora łączności elektronicznej, co determinuje wewnętrzną systematykę pracy, którą podzielono na sześć rozdziałów.

Przedmiotem pierwszego z nich jest zaprezentowanie regulacji sektorowej sektora łączności elektronicznej oraz jej ewolucyjnych przeobrażeń, co pozwala zidentyfikować instrumenty kształtowania rynku, którymi organy regulacyjne dysponowały w przeszłości, a które zanikły wraz z ograniczaniem zakresu regulacji sektorowej. Praca zawiera analizę procesów liberalizacji i harmonizacji sektora telekomunikacyjnego, trwającego obecnie procesu tworzenia jednolitego rynku łączności elektronicznej, sposobów regulacji rynków zarówno w ramach prawa regulacji sektorowej, jak i prawa konkurencji, ocenę paralelnego funkcjonowania obu grup przepisów, jak również szczegółową analizę poszczególnych instrumentów regulacji sektorowej. Niezbędna jest tu w szczególności metoda historyczna, która pozwala określić jak wraz z rozwojem konkurencji ograniczony został zakres regulacji sektorowej. Pozwala to ocenić na ile silnymi instrumentami kształtowania rynku organy regulacyjne nadal dysponują w ramach regulacji sektorowej oraz jakie uprawnienia zostały utracone.

Dla pełnego zrozumienia mechanizmów rządzących rynkiem telekomunikacji mobilnej konieczne jest przedstawienie specyfiki funkcjonowania rynków oligopolistycznych, co jest przedmiotem drugiego rozdziału. Niezbędne jest określenie cech oligopolu, przedstawienie znanych ekonomii modeli teoretycznych oligopolu (statyczne i długookresowe) i zestawienie ich z modelami rynku monopolistycznego oraz modelu konkurencji doskonałej, co pozwala zidentyfikować wyzwania, które taka struktura rynku stawia przed prawem konkurencji oraz ocenić jak na tym tle prezentuje się rynek

¹ W pracy przyjęto funkcjonalne rozumienie pojęcia „przedsiębiorstwo” na określenie podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą.

telekomunikacji mobilnej. Na łamach tego rozdziału zaprezentowano również wypracowane w ramach ekonomii instrumenty pozwalające dokonać oceny ilościowej rynku oligopolistycznego.

Rozdział III koncentruje się na przedstawieniu systemu kontroli koncentracji w prawie Unii Europejskiej. Perspektywa historyczna pozwala ustalić od którego momentu możemy mówić o kompleksowym unijnym systemie kontroli koncentracji pozwalającym Komisji dokonywać skutecznej kontroli koncentracji na rynkach oligopolistycznych. Analizie poddano również praktykę Komisji Europejskiej, Sądu i Trybunału Sprawiedliwości w kolejnych sprawach z zakresu kontroli koncentracji przez pryzmat kluczowych cech rynków oligopolistycznych zidentyfikowanych w poprzednim rozdziale.

Kolejna część pracy, obejmująca rozdziały od czwartego do szóstego, zawiera szczegółową analizę decyzji wydanych przez Komisję w sprawach koncentracji operatorów infrastrukturalnych telekomunikacji mobilnej. Ze względu na specyfikę funkcjonowania na rynku i udziały w rynku koncentracje operatorów infrastrukturalnych i operatorów wirtualnych nie rodzą takich konsekwencji dla konkurencji jak koncentracje operatorów infrastrukturalnych, więc są w pracy przywoływane wpadkowo. Badania uwzględnią wszystkie decyzje dotyczące koncentracji mobilnych operatorów infrastrukturalnych wydane w obecnym stanie prawnym, czyli od wejścia w życie rozporządzenia nr 139/2004 i stanowią kompleksową analizę najważniejszych aspektów decyzji, jak sposób definiowanie rynku właściwego, ocena jakościowa i ilościowa wraz ze stosowanymi instrumentami oceny, prospektywna ocena wpływu koncentracji na konkurencję na rynku, ocenę korzyści wynikających z koncentracji i kryteria ich akceptacji albo odrzucenia oraz przyjmowane środki zaradcze. Rozdziały IV i V zawierają analizę konsekwencji jakie koncentracje miały na konkurencję na rynku. Ze względu na zbyt krótką perspektywę czasową by wyciągnąć adekwatne wnioski, w Rozdziale VI nie przedstawiono takiej analizy.

Rozdział IV obejmuje decyzje wydane w latach 2006 – 2010. Komisja wydała decyzje w przedmiocie czterech koncentracji operatorów infrastrukturalnych w każdym przypadku zezwalając na koncentrację. W dwóch przypadkach były to koncentracje z czterech do trzech operatorów, a w pozostałych dwóch z pięciu do czterech. W przypadku koncentracji z czterech na trzech operatorów Komisja nie zidentyfikowała żadnych zagrożeń dla konkurencji, więc wyraziła zgodę bez zastrzeżeń, natomiast w przypadku koncentracji z pięciu na czterech operatorów zgoda wymagała akceptacji zobowiązań wychodzących naprzeciw zidentyfikowanym obawom o stan konkurencji.

Rozdział V prezentuje decyzje wydane w latach 2012 – 2014. Komisja wydała decyzje w przedmiocie trzech koncentracji operatorów infrastrukturalnych, były to koncentracje z czterech do trzech operatorów. W każdym przypadku Komisja wydała zgodę na koncentrację, ale w każdej sprawie Komisja zidentyfikowała zagrożenia dla konkurencji, więc zgoda wymagała akceptacji środków zaradczych wychodzących naprzeciw zidentyfikowanym obawom o stan konkurencji, które przewidywały, między innymi, wprowadzenie na rynek nowych podmiotów, w efekcie kształtując przyszłą strukturę rynku. Kluczowe znaczenie dla decyzji podjętych w tym okresie odgrywa pierwsza decyzja w sprawie austriackiej. Komisja wyraźnie wyrażała swoje niezadowolenie z konsekwencji tej koncentracji, a przyjęte w niej zobowiązania były konsekwentnie rozwijane w kolejnych sprawach, by zapobiec negatywnym skutkom, które wystąpiły przy okazji wcześniejszych koncentracji.

Trzeci wyróżniony okres jest przedmiotem analizy w rozdziale VI i obejmuje decyzje wydane po 2015 roku oraz orzeczenie Sądu dotyczące decyzji Komisji w sprawie koncentracji Hutchison 3G UK/Telefónica UK. Pierwsza zgłoszona koncentracja została odwołana przez strony wobec braku perspektyw na osiągnięcie porozumienia z Komisją. Kolejna koncentracja jako pierwsza z koncentracji na rynku telekomunikacji mobilnej została zablokowana przez Komisję. Asertywna polityka Komisji, która domagała się wprowadzenia nowego operatora infrastrukturalnego w ramach środków zapobiegawczych, wpłynęła na formę kolejnych dwóch koncentracji, które zostały przyjęte, a w tym czasie Sąd uwzględnił skargę stron i uchylił decyzję blokującą koncentrację. Jest to pierwsze w historii orzeczenie Sądu dotyczące koncentracji na rynku oligopolistycznym, gdzie teoria szkody jest zbudowana w oparciu o wystąpienie efektów nieskoordynowanych, przez co ma szczególnie doniosłe znaczenie nie tylko dla przyszłych koncentracji na rynku telekomunikacji mobilnej, ale dla wszystkich rynków oligopolistycznych.

Badania reguł materialnoprawnych są uzupełnione szczegółową analizą orzecznictwa i decyzji wydawanych w przedmiocie kontroli koncentracji operatorów telekomunikacji mobilnej, co pozwala ocenić na ile Komisja uwzględnia w procesie podejmowania decyzji dorobek w zakresie oceny efektów skoordynowanych koncentracji oraz w jaki sposób interpretuje wnioski pochodzące z nauki ekonomii na potrzebę oceny efektów nieskoordynowanych, a także czy dochodzi do szczególnego uwzględnienia czynnika jakim jest regulacja sektorowa sektora łączności elektronicznej.

Wieloaspektowość badanej problematyki, jak również jej interdyscyplinarny charakter wymagają połączenia kilku klasycznych metod badawczych bez absolutyzowania którejkolwiek z nich.

Na potrzeby wyjaśnienia treści samego prawa kluczową rolę odgrywa metoda formalno-dogmatyczna, która pozwala na egzegezę i interpretację treści pojęć użytych w normach prawnych oraz usunięcie rodzących się na tle tych norm wątpliwości. Metodą badania jest także analiza i krytyka piśmiennictwa. Pomimo, iż podstawowym przedmiotem badań są elementy systemu prawa europejskiego, w toku badań nieuniknione będzie skonfrontowanie ich z prawem, doktryną i orzecznictwem innych systemów prawnych, co w naturalny sposób doprowadzi do zastosowania metody prawno-porównawczej. Pozwoli to na krytyczne podejście do unijnych rozwiązań i pełniejszą ocenę ich skuteczności, a także ułatwi sformułowanie postulatów *de lege ferenda*.

W toku badań zastosowanie znalazła metoda historyczna, która wymaga spojrzenia na rozwiązania prawne w zakresie kontroli koncentracji jak na zjawisko społeczne o dynamicznym charakterze, posiadającym określone drogi rozwoju. Refleksji poddane zostały nie tylko zmiany w samym prawie, ale także spór o prawo, jego stosowanie i wykładnię. Połączenie metody historycznej z, przede wszystkim, perspektywą formalno-dogmatyczną pozwala w pełni poznać zmiany, które zostały dokonane w ramach prawa regulacji sektorowej oraz prawa kontroli koncentracji, ewolucję w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej, jak również wpływ zmian w prawie na ową ewolucję.

Prawo można rozpatrywać w jego aspekcie językowym jako zbiór przepisów czy też jako zbiór norm wyznaczających sposób postępowania ich adresatów i sposób podejmowania decyzji przez organy państwowe. Prawo jednak rozpatruje się przede wszystkim w jego aspekcie realnym (socjologicznym, psychologicznym, ekonomicznym, politycznym) jako czynnik kształtujący podstawy i zachowania członków społeczeństwa według wzorów narzucanych przez organizację państwową, i to przy użyciu różnych środków przymusu, aż do groźenia przemocą ze strony aparatu państwowego.² Ponadto, konsekwencją pojmowania prawa jako zespołu norm postępowania w stosunkach między ludźmi, zbudowanego na gruncie pewnych wartości w celu ich realizacji i obrony, jest konieczność badania prawa w kategoriach aksjologicznych. Fakt ten w połączeniu z równoległym obowiązywaniem w sektorze łączności elektronicznej prawa konkurencji i regulacji sektorowej wymusza skonfrontowanie z sobą aksjologii leżącej u podstaw obu grup norm prawnych, co pozwoli na ustalenie prawdziwości postawionych hipotez badawczych.

Badane grupy norm prawnych ograniczają działalność gospodarczą podmiotów obecnych na rynku. Ocena sposobu w jaki wpływają one na zachowanie przedsiębiorstw i

² Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1990, str. 72.

decyzje Komisji o zezwoleniu lub zakazaniu koncentracji wymaga przeprowadzenia ekonomicznej analiza prawa, czyli zastosowania teorii ekonomicznych oraz metod ekonometrycznych do badania procesu tworzenia prawa, jego struktury, procesów w nim zachodzących oraz wpływu prawa i instytucji prawnych na ludzi, gospodarkę i państwo.

Praca jest oparta na stanie prawnym z dnia 1 stycznia 2023 r.

Rozdział I. Rynek telekomunikacji mobilnej jako przykład rynku regulowanego

1. Wstęp

Podając rozważania nad kontrolą koncentracji na rynku telekomunikacji mobilnej nie sposób nie zacząć od przybliżenia unikalnych realiów funkcjonowania tego rynku i cech, które wyróżniają go od innych gałęzi gospodarki. Gospodarka w ujęciu statycznym to sieć powiązań pomiędzy podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą³. Powiązania mogą przyjmować charakter horyzontalny lub wertykalny, ale wyróżnić można również sektorowy wymiar gospodarki, przez który rozumieć należy powiązania pomiędzy przedsiębiorstwami mającymi wspólny przedmiot działalności gospodarczej. Niektóre sektory objęte są regulacją, która odnosi się konkretnie do danego sektora gospodarki, przez co traktowane są jako sektory szczególne, a regulujące je prawo jako prawo sektorów szczególnych.⁴ Szczególnie istotną kategorią są sektory infrastrukturalne (sieciowe), gdzie funkcjonowanie jest uzależnione od wykorzystywania specjalnej infrastruktury technicznej, jak linie telekomunikacyjne, energetyczne, rury, tory czy porty. Działalność w ramach tych sektorów ma zazwyczaj charakter usługowy i jest konieczna do funkcjonowania innych sektorów gospodarki, bo prowadzona w nich działalność gospodarcza zaspokaja pewne podstawowe potrzeby społeczne zarówno poszczególnych członków społeczeństwa, jak i podmiotów gospodarczych działających w innych dziedzinach gospodarki⁵, muszą mieć zatem charakter powszechny.

Telekomunikacja mobilna stanowi część sektora łączności elektronicznej i jako taka od początku podlegała podwójnej regulacji – zarówno prawa konkurencji, jak i regulacji sektorowej. Rynek ten wyróżnia się jednak na tle reszty sektora i pozostałych sektorów sieciowych. Typowe sektory sieciowe charakteryzowały się funkcjonowaniem państwowego monopolisty, a podstawowym celem regulacji sektorowej była demonopolizacja, otwarcie rynku na podmioty trzecie i ustalenie zasad, na których będą one mogły korzystać z niezbędnej infrastruktury i wprowadzać konkurencję. Ze względu na specyfikę

³ Inne ujęcia pojęcia „gospodarki”, por. C. Banasiński, *Prawo administracyjne gospodarcze* (w:) C. Banasiński, H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński, R. Kaszybski, J. Róg-Dyrda, M. Szczepańska, P. Widawski, M. Wierzbowski, *Prawo gospodarcze. Aspekty publicznoprawne*, Warszawa 2020, s. 19.

⁴ A. Jurkowska i T. Skoneczny, *Polityki Unii Europejskiej: Polityki sektorów infrastrukturalnych, Aspekty prawne*, t. XXVIII, Warszawa 2010, s. 5.

⁵ M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 7.

funkcjonowania sieci komórkowych oraz młody wiek branży telekomunikacja mobilna od samego początku rozwijała się w realiach rynku oligopolistycznego, nie monopolu. Obecna od samego początku konkurencja oligopolistyczna oraz dynamiczny rozwój technologii i konwergencja cyfrowa sprawiły, że wzajemna relacja tych dwóch systemów norm była unikalna i rodziła problemy z którymi nie trzeba było się mierzyć w innych sektorach sieciowych.

W porównaniu z innymi sektorami sieciowymi, rynek usług telekomunikacji mobilnej cechuje się wysokim poziomem konkurencji, co nie zmienia faktu, że przedsiębiorcy dysponujący infrastrukturą mogą mieć możliwości i motywację do wprowadzania praktyk abuzywnych. W każdym państwie jest wielu alternatywnych operatorów, z czego zazwyczaj trzech albo czterech to operatorzy infrastrukturalni, a w całej Unii Europejskiej działa około stu operatorów infrastrukturalnych. Operator infrastrukturalny (także: MNO – Mobile Network Operator) to przedsiębiorstwo oferujące usługi telekomunikacji mobilnej i będące właścicielem lub kontrolujące wszystkie elementy niezbędne do oferowania i świadczenia usług końcowemu użytkownikowi. Operator infrastrukturalny musi mieć przydzielone przez odpowiedni urząd spektrum radiowe oraz być właścicielem lub kontrolować infrastrukturę sieci bezprzewodowej i infrastrukturę backhaul. W większości przypadków przedsiębiorstwa te posiadają także własny system obsługi klienta, sprzedaży i ściągania opłat, jednak te elementy nie są niezbędne dla statusu operatora infrastrukturalnego i mogą być zlecone innym przedsiębiorstwom. Dodatkowo, na rynku każdego z państw funkcjonują operatorzy wirtualni (także: MVNO – Mobile Virtual Network Operator), czyli przedsiębiorstwa oferujące usługi telekomunikacji mobilnej na bazie infrastruktury telekomunikacyjnej należącej do innego operatora, operatora infrastrukturalnego. Głównym czynnikiem charakteryzującym operatorów wirtualnych w kontekście używanej infrastruktury jest brak własnej sieci dostępowej i przyznanych częstotliwości radiowych. Pewnego rodzaju konkurencję stanowią również podmioty oferujące komunikację w oparciu o Internet, a nie usługi komórkowe. Przykładem mogą być usługa połączeń głosowych poprzez sieć Wi-Fi, czy też komunikatory tekstowe.

Funkcjonowanie przedsiębiorstw w sektorach sieciowych znajduje się pod kontrolą zarówno organów ochrony konkurencji, jak i regulatora sektorowego, przy czym organom tym przyświecają inne cele. Regulacja to władcze oddziaływanie na przedsiębiorstwa przez niezależne organy administracyjne, którego celem jest stworzenie skutecznej konkurencji, zrekomensowanie jej braku lub niemożności realizacji celów społecznych w warunkach

konkurencji⁶. Z kolei prawo konkurencji ma na celu ochronę procesu konkurencji już istniejącego na rynku. Na poziomie państw członkowskich funkcjonują oddzielne organy administracyjne pełniące funkcje regulacyjne (krajowe organy regulacyjne) i organy ochrony konkurencji, ale na poziomie unijnym Komisja Europejska pełni podwójną funkcję organu ochrony konkurencji i regulatora sektorowego. Współistnienie regulacji sektorowej i prawa konkurencji rodzi pytania o ich wzajemną relację, szczególnie w obliczu ograniczania zakresu regulacji sektorowej. Na funkcjonującym w warunkach konkurencji oligopolistycznej rynku telekomunikacji mobilnej regulacja sektorowa była ograniczana szczególnie szybko, przez co regulatorzy tracili narzędzia umożliwiające kształtowanie rynku, a większą rolę odgrywało prawo konkurencji. Rodzi to pytania o dynamikę powyższego procesu, o ocenę na ile silnymi instrumentami kształtowania rynku Komisja Europejska nadal dysponuje w ramach regulacji sektorowej i czy prawo konkurencji, a w szczególności regulacja dotycząca kontroli koncentracji, daje jej narzędzia, którymi nadal może kształtować konkurencję na rynku.

2. Wpływ telekomunikacji mobilnej na gospodarkę

Łączność elektroniczna to najszybszy i najtańszy sposób przekazywania informacji, co czyni z niej czynnik wspierający i ułatwiający rozwój społeczno-gospodarczy i kluczowe narzędzie dla rozwoju gospodarczego obok dostępu do bieżącej wody i energii. Podczas lockdownów technologie cyfrowe umożliwiły kontynuację działalności gospodarczej, pozwoliły na nowe sposoby zapewniania edukacji i opieki zdrowotnej oraz pozwoliły pracownikom i przedsiębiorcom na utrzymanie produktywności. Ponieważ połowa światowej populacji korzysta z mobilnego Internetu, a dla wielu osób Internet mobilny jest często jedynym sposobem na połączenie się z Internetem, technologia mobilna odegrała tu kluczową rolę. W związku z tym rządy na całym świecie w coraz większym stopniu polegają na technologiach mobilnych i cyfrowych jako na podstawowym narzędziu krótkoterminowej naprawy gospodarczej, a także długoterminowego wzrostu gospodarczego i tworzenia miejsc pracy.

W ciągu ostatnich dwóch dekad technologia mobilna odpowiadała za około 10 z każdych 100 dolarów wzrostu dochodu *per capita*. W latach 2000-2019 globalny dochód *per capita* wzrósł o 3000 dolarów, a 300 dolarów (czyli 10%) tego zysku przypada na usługi

⁶ W. Hoff, *Prawny model regulacji sektorowej*, Warszawa 2008 r., s. 22.

mobilne⁷. Wynikający z tego bodziec ekonomiczny powiększył światową gospodarkę o ponad 2,4 biliona dolarów. Co ważne, dodatkowy wzrost gospodarczy nie wynikał tylko z rosnącej penetracji rynku, ale także z wprowadzania nowych usług i funkcjonalności możliwych dzięki wprowadzeniu sieci nowej generacji. Konsekwencją wymiany urządzeń na nowocześniejsze jest występujący w ostatnich latach olbrzymi wzrost wykorzystania usług przesyłania danych przy pomocy smartfonów, tabletów, czy mobilnego Internetu. Usługi mobilne zmieniły oczekiwania konsumentów, sposób w jaki ludzie komunikują się i pracują, co wpływa na życie gospodarcze.

Analizy ekonometryczne wykazały, że przy danym poziomie penetracji rynku przejście przez 10% użytkowników telefonii 2G na technologię 3G zwiększało wzrost PKB per capita o 0,15 punktów procentowych⁸. Taki sam w liczbach bezwzględnych wzrost ilości połączeń 3G wywołuje jednak większy pozytywny skutek na PKB w państwach o niższej penetracji telekomunikacji 3G⁹, co jest zgodne z prawem malejących przychodów¹⁰. Przykładowo 10 więcej połączeń 3G na każde 100 połączeń w Turcji o penetracji telefonii 3G na poziomie 25%¹¹ (wzrost o 40%), wywołałoby przyrost PKB per capita o 0,6 punktów procentowych, podczas gdy 10 więcej połączeń 3G na 100 połączeń w Stanach Zjednoczonych o penetracji telefonii 3G na poziomie 42%¹² (wzrost o 24%) wywołałoby przyrost PKB per capita o 0,4 punktów procentowych¹³. Zatem także w państwach rozwiniętych telekomunikacja mobilna wywiera istotny wpływ na rozwój gospodarczy, a wprowadzanie nowych technologii tylko dalej przyspiesza wzrost. Podwojenie ilości danych przesyłanych w ramach telekomunikacji mobilnej prowadzi do zwiększenia wzrostu PKB per capita o 0,5 punktu procentowego. Analogiczne efekty zanotowano po wprowadzeniu technologii 4G i ponownie są prognozowane dla technologii 5G. Dotychczasowe doświadczenia z usługami 5G wskazują, że klienci korzystający z tej technologii w większym stopniu niż użytkownicy 4G korzystają z dodatkowych usług dodanych jak przesyłanie wideo, muzyki i sportu, gier, usług „w chmurze”, inteligentnego domu czy noszonych urządzeń, co

⁷ Raport GSMA, *Mobile technology and economic growth*, s. 5. Dostępny na: https://www.gsma.com/betterfuture/wp-content/uploads/2020/11/Mobile-technology-and-economic-growth_web.pdf

⁸ Deloitte LLP, *What is the impact of mobile telephony on economic growth?*, Londyn 2012, s. 5.

⁹ Ibidem, s. 6.

¹⁰ Prawo malejących przychodów polega na tym, iż w miarę dodawania dodatkowych porcji jakiegoś czynnika, przy utrzymywaniu innych czynników bez zmian, będziemy uzyskiwać coraz mniej dodatkowego produktu. Inaczej formułując te prawo, krańcowy produkt każdej jednostki czynnika zmniejsza się w miarę wzrostu ilości tego czynnika przy wszystkich innych czynnikach bez zmian.

¹¹ Dane na 2011 rok.

¹² Dane na 2011 rok.

¹³ Deloitte LLP, *Op.cit.*, s. 6.

otwiera nowe drogi dla innowacji i źródła dochodu¹⁴. Im więcej danych przesyłanych jest przy każdym połączeniu, tym bardziej pozytywny wpływ na gospodarkę. Efekt ten rośnie liniowo, państwa w których przeciętny poziom wykorzystania każdego połączenia jest wyższy, doświadczają większego wpływu na PKB *per capita*. Wielka Brytania i Korea Południowa, charakteryzujące się wysoką ilością przesyłanych danych przy każdym połączeniu, doświadczają wzrostu PKB *per capita* o 1,4 punktów procentowych, podczas gdy ten dodatkowy wzrost jest mniejszy w państwach, gdzie ilość przesyłanych danych jest mniejsza¹⁵. O ile skutki ekonomiczne technologii mobilnych były bardziej intensywne w krajach rozwijających się, gdzie odpowiadają za 4,3% PKB (lub 1,4 biliona dolarów), to w liczbach bezwzględnych przyniosły wyższe korzyści w krajach rozwiniętych, gdzie wyniosły 2,8% PKB (1,5 biliona dolarów). W Ameryce Północnej i Europie w wyniku rozwoju technologii mobilnych dochód na mieszkańca wzrósł odpowiednio o 1200 dolarów i 550 dolarów. To odpowiednio 11% i 8% wzrostu dochodów na mieszkańca. W ciągu najbliższych 10 lat technologia 5G może umożliwić globalny wzrost dochodów o 2,1%, odgrywając ważną rolę w ożywieniu gospodarczym i przyszłym wzroście wydajności. Do końca 2025 roku technologia 5G będzie odpowiedzialna za około jedną czwartą wszystkich połączeń mobilnych, a ponad 40% populacji na całym świecie będzie mieszkać w zasięgu sieci 5G.

Technologie mobilne i cyfrowe są powszechnie uważane za technologie ogólnego przeznaczenia - innowacje, które zmieniają kształt gospodarki, na nowo definiując wytwarzane towary i usługi, sposoby ich wytwarzania oraz funkcjonowanie obsługujących je rynków. Technologie mobilne i cyfrowe przynoszą szczególne korzyści ekonomiczne, ponieważ dostarczają narzędzia i procesy pozwalające na szybszą, tańszą i wygodniejszą produkcję, co zwiększa produktywność przedsiębiorstw i pracowników. Obniżają również koszty pozyskiwania informacji po stronie konsumentów i producentów, umożliwiając nowe transakcje i ulepszając już istniejące, stymulując tym samym większą wymianę handlową i konkurencję.

Konserwatywne szacunki wskazują, że średnie pasmo 5G spowoduje wzrost globalnego PKB o ponad 610 miliardów dolarów w 2030 r., co stanowi prawie 65% ogólnej wartości generowanej przez usługi 5G. Organy regulacyjne powinny dążyć do udostępnienia 80 – 100 MHz przylegającego widma na operatora w najlepszych średnich pasmach 5G (np. 3,5 GHz) i około 800 MHz na operatora w wysokich pasmach (widmo mmWave). Niższe

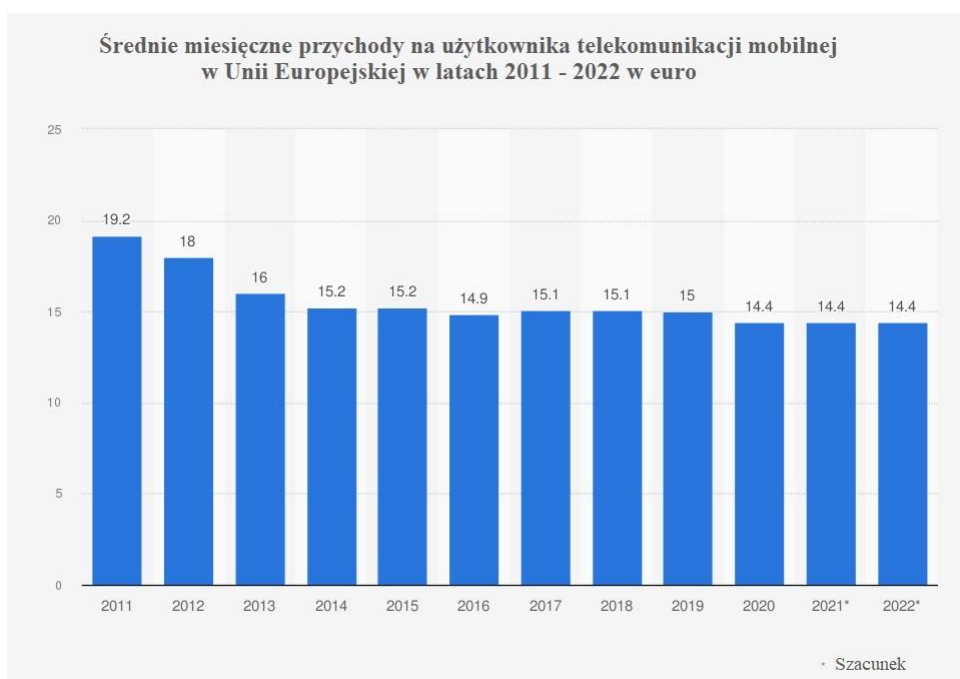
¹⁴ Raport GSMA, *The Mobile Economy 2022*, s. 19. Dostępny na: <https://www.gsma.com/mobileeconomy/wp-content/uploads/2022/02/280222-The-Mobile-Economy-2022.pdf>

¹⁵ Deloitte LLP, *Op.cit.*, s. 7.

pasma (poniżej 1 GHz) są również potrzebne aby zapewnić przepustowość na dużych obszarach i zapewnić, że 5G dotrze do wszystkich.

Na przestrzeni ostatniej dekady średnia cena usług telekomunikacji mobilnej w Unii Europejskiej utrzymuje się na stabilnym poziomie ok. 15 euro miesięcznie i jest wyższa niż w Zjednoczonym Królestwie i Islandii, ale znacząco niższa niż w Korei Południowej, Japonii i Stanach Zjednoczonych¹⁶. Poziom cen w danym regionie przekłada się na poziom inwestycji w sieci nowej generacji, a te na wzrost PKB. Decyzje organów regulacyjnych i ochrony konkurencji wpływające na intensywność konkurencji i poziom cen powinny uwzględniać to, jak intensywność konkurencji przełoży się na inwestycje.

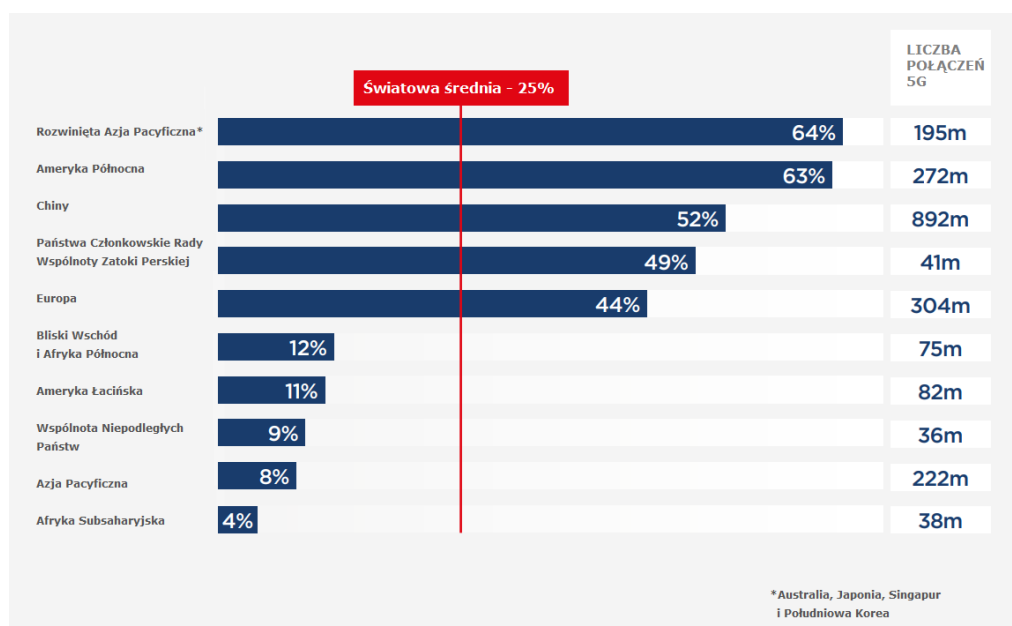
Tabela 1 Średnie miesięczne przychody na użytkownika telekomunikacji mobilnej w Unii Europejskiej w latach 2011-2022 w euro¹⁷.



¹⁶ Raport Komisji Europejskiej „Mobile and Fixed Broadband Prices in Europe 2021”, SMART number 2019/0018, s. 16.

¹⁷ Opracowanie własne na podstawie danych Statista dostępnych na: <https://www.statista.com/statistics/691710/mobile-voice-arpu-evolution-in-europe/>.

Tabela 2 Odsetek połączeń wykonywanych w technologii 5G w roku 2025 (prognoza)¹⁸.



3. Liberalizacja i harmonizacja sektora telekomunikacyjnego

Sektor telekomunikacyjny¹⁹ od początku swego istnienia rozwijał się jako część służb publicznych zapewnianych przez państwo. Operatorzy narodowi byli w całości lub w części w posiadaniu państwa, często pozostawali w pełni zintegrowani z administracją państwową i mieli wyłączność na eksploatację sieci telekomunikacyjnych i świadczenie usług²⁰. Sytuacja ta wynikała z warunków technicznych i ekonomicznych panujących w sektorze i doprowadziła do powstania monopolu naturalnego. Należy przyznać, że w przeszłości istnienie monopolu było uzasadnione i pozwoliło na osiągnięcie istotnych celów społecznych, oraz na znaczne rozwinięcie sieci i wzrost wskaźników gęstości telefonicznej²¹. Stan ten uległ z czasem zmianie i stało się jasne, że demonopolizacja sektora telekomunikacji jest niezbędna dla przyspieszenia jego rozwoju i poprawy jakości świadczonych usług.

Sektor telekomunikacyjny to jeden z sektorów sieciowych. Demonopolizacja sektora sieciowego wymaga otwarcia rynku poprzez stworzenie zasad na których podmioty trzecie będą mogły wejść na rynek, jak również uzyskać dostęp do infrastruktury niezbędnej do

¹⁸ Opracowanie własne na podstawie raportu GSMA „The Mobile Economy 2022”, s. 13.

¹⁹ Używane w niniejszej pracy pojęcie „sektor telekomunikacyjny” należy uważać za tożsamy z pojęciem „sektorem łączności elektronicznej”.

²⁰ W. Gromski, J. Kolasa, A. Kozłowski, K. Wójtowicz, *Europejskie i polskie prawo telekomunikacyjne*, Warszawa 2004, s. 31.

²¹ S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 96.

świadczenia usług na danym rynku. Światowym pionierem w zakresie demonopolizacji sektora telekomunikacji jest Nowa Zelandia, która rozpoczęła ten proces już w roku 1987.

Narodowy operator Nowej Zelandii został sprywatyzowany, a wszelkie prawne przeszkody dla wejścia na rynek nowych podmiotów, w tym licencje na świadczenie usług i sprzedaż urządzeń, zostały usunięte. Ustawodawca zrezygnował z utworzenia regulatora odpowiedzialnego za ten sektor gospodarki, zamiast tego postanowiono, by jedynie zasady prawa konkurencji chroniły interesy konkurentów i konsumentów. Reforma przyniosła pewne pozytywne rezultaty w postaci obniżenia cen, podniesienia jakości usług i znaczących inwestycji w modernizację sieci²². Jednakże, pomimo wielu podmiotów chętnych do wejścia na rynek, przez lata nie pojawiła się na rynku efektywna (skuteczna) konkurencja. Wynikało to głównie z faktu, że operatorzy nie mogli dojść do porozumienia ze sprywatyzowanym monopolistą odnośnie do warunków wzajemnego połączenia sieci. W rezultacie, mając za cel wprowadzenie na rynek konkurencji, Nowa Zelandia zastąpiła monopol prawny monopolem faktycznym, a warunki obowiązujące na rynku sprzyjały jego utrzymaniu. Z kolei w wyniku braku regulacji sektorowej, administracja Nowej Zelandii była pozbawiona narzędzi pozwalających stymulować powstanie realnej konkurencji. Polityka „lekkiej ręki” (*light handed approach to regulation*) została ostatecznie uznana za błędną i mocą *Telecommunications Act* z 2001 roku ustawodawca objął sektor telekomunikacji regulacją sektorową, nadając uprawnienia regulatora sektorowego nowemu członkowi nowozelandzkiej *Commerce Commission*, Komisarzowi ds. Telekomunikacji (*Telecommunications Commissioner*)²³.

Doświadczenia Nowej Zelandii jednoznacznie pokazują, że przeprowadzenie prywatyzacji i deregulacji sektora telekomunikacji bez objęcia go regulacją sektorową okazuje się być niewystarczające dla wdrożenia na nim skutecznej konkurencji. Z tego względu należy pozytywnie ocenić fakt, że Unia Europejska od samego początku przyjęła inne, tzw. ewolutywne, podejście zakładające powolny proces reformy sektora poprzez stopniowe wchodzenie na rynek konkurentów monopolisty (podmiotu dominującego)²⁴. Podejście to przewiduje ustanowienie regulacji sektorowej i organów regulacyjnych nadzorujących i stymulujących proces powstawania konkurencji w sektorze. Kontrola organu

²² Zob. *Telecom Reform In New Zealand: 1987-1994*, Telecommunications Information Leaflet No. 5, Communications 1 Division, Ministry of Commerce, Mar. 9, 1995.

²³ Zob. H. Whakatutuki, *Review of the Telecommunications Act 2001*, Wellington 2013.

²⁴ C. Banasiński, *Równoległe stosowanie prawa konkurencji i instrumentów regulacyjnych w Polsce (na przykładzie telekomunikacji i energetyki)*, [w:] C. Banasiński (red.), *Prawo konkurencji – stan obecny oraz przewidywane kierunki zmian*, Warszawa 2006, s. 96.

regulacyjnego ma na celu zastąpienie mechanizmów rynku i konkurencji w tych obszarach działalności gospodarczej, gdzie struktura rynku przeciwdziała powstaniu skutecznie funkcjonującej konkurencji. Z sytuacją taką mamy w naturalny sposób do czynienia w przypadku sektorów sieciowych, na których, po zniesieniu monopolów państwowych i sprywatyzowaniu przedsiębiorstw, procesy rynkowe prowadzą operatorów do umacniania swojej pozycji monopolisty naturalnego kosztem konsumentów i potencjalnych konkurentów. Dążą oni bowiem do maksymalizacji zysków, postrzegając warunki konkurencji rynkowej za niepożądane i pragnąc utrzymać możliwie największą władzę gospodarczą.

Od strony ustrojowej, przyjęte rozwiązanie oznacza objęcie podmiotów działających w sektorach sieciowych zarówno prawem konkurencji, jak i regulacją sektorową, a w konsekwencji nadzorem organów antymonopolowych i regulatora sektorowego. W efekcie organy administracyjne wyposażone są w narzędzia umożliwiające ochronę konkurencji już istniejącej na rynku przed nadużyciami podmiotów dominujących, jak i w narzędzia pozwalające na stymulowanie rozwoju konkurencji.

Prawodawstwo i orzecznictwo unijne były wiodącą siłą odpowiedzialną za rozwój sektora łączności elektronicznej w Europie. Obecnie dziedzina ta jest w znacznej mierze uregulowana właśnie na poziomie unijnym. Do łączności elektronicznej odnoszą się zarówno normy prawa pierwotnego zawarte w Traktacie, normy prawa wtórnego, jak i akty o charakterze niewiążącym.

Przepisy Traktatu nie zawierają specjalnej regulacji odnoszącej się do sektora łączności elektronicznej, jednak wiele przepisów ma dla niego doniosłe znaczenie. Za podstawę należy uznać przepisy ustanawiające rynek wewnętrzny (art. 26 TFUE, wcześniej art. 2 TWE) oraz ustanawiające swobodny przepływ towarów, unię celną i zakaz ograniczeń ilościowych (art. 28 – 37 TFUE), jak i przepisy dotyczące swobody prowadzenia działalności gospodarczej i swobodnego przepływu usług (art. 49 – 62 TFUE). Przepisy te odnoszą się zarówno do handlu urządzeniami służącymi do łączności elektronicznej, jak i do świadczenia usług łączności elektronicznej. Do sektora zastosowanie mają regulacje dotyczące prawa konkurencji (art. 101 – 109 TFUE), ze szczególną rolą art. 106 ust. 3 TFUE (wcześniej art. 86 ust. 3 TWE), będącego podstawą dyrektyw liberalizacyjnych, oraz art. 114 TFUE (wcześniej art. 95 TWE), będącego podstawą dyrektyw harmonizacyjnych.

Za pierwszy akt zmierzający do liberalizacji sektora telekomunikacji uznaje się Zieloną Księgę w sprawie rozwoju wspólnego rynku usług i urządzeń telekomunikacyjnych z

1987 roku²⁵. Był to akt miękkiego prawa (*soft law*), który nie mógł nałożyć na państwa członkowskie żadnych obowiązków, a jedynie nakreślił postulaty i kierunek przyszłej polityki Unii. Z najważniejszych kwestii Komisja podkreśliła znaczenie infrastruktury telekomunikacyjnej dla rozwoju konkurencji zapowiadając dążenie do pełnego otwarcia rynku terminali telefonicznych oraz zapewnienie całkowitej swobody dostępu do sieci i świadczenia usług z każdego punktu połączeniowego. Ponadto zapowiedziano całkowite rozdzielanie funkcji regulacyjnych i operatorskich, a w zakresie prawa konkurencji zapowiedziano stosowanie przepisów Traktatu do wszystkich zainteresowanych stron²⁶. Nie posunięto się jednak do postulowania zniesienia praw wyłącznych i specjalnych, co tłumaczono koniecznością zapewnienia operatorom państwowym stabilnych dochodów, by mogli realizować nałożone na nich obowiązki związane z powszechnym dostarczaniem podstawowych usług telekomunikacyjnych. Zwrócono jednak uwagę, że rozwój infrastruktury sieciowej będzie niezbędny dla utworzenia rynku wspólnego²⁷.

Podstawowym narzędziem prawa wtórnego, jakie stosowała Komisja do regulacji sektora telekomunikacji była dyrektywa. Wśród wydanych dyrektyw możemy wyróżnić dyrektywy o charakterze liberalizacyjnym i harmonizacyjnym. Pierwsze mają na celu zniesienie prawnych monopolii, praw wyłącznych i specjalnych przysługujących zasiedziałym operatorom, co ma umożliwić wejście na rynek konkurencji. Drugie mają na celu zbliżenie praw poszczególnych państw członkowskich, wprowadzenie wspólnych standardów, co ma ułatwić operatorom funkcjonowanie na rynku wewnętrznym. Obydwa procesy uzupełniają się wzajemnie i są niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania i rozwoju sektora²⁸.

Podstawą dla dyrektyw liberalizacyjnych jest art. 106 TFUE, który zakazuje państwom członkowskim w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych i przedsiębiorstw, którym państwo przyznało prawa specjalne lub wyłączne, wprowadzania lub utrzymywania jakiegokolwiek środka sprzecznego z normami Traktatów, w szczególności z normami prawa konkurencji i pomocy publicznej. Przedsiębiorstwa zobowiązane do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego zostały poddane normom Traktatów, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych

²⁵ Komunikat Komisji z 30 czerwca 1987 r., *Ku dynamicznej gospodarce europejskiej – Zielona Księga w sprawie rozwoju wspólnego rynku usług i urządzeń telekomunikacyjnych*, COM (87) 290 final.

²⁶ *Ibidem*, s. 4 i s. 59.

²⁷ *Ibidem*, s. 136.

²⁸ Więcej na temat relacji pomiędzy liberalizacją i harmonizacją w telekomunikacji w D. Adamski, *Europejskie prawo łączności elektronicznej. Telefonii, telewizja, Internet*, Warszawa 2005, s.53 i n.

zadań im powierzonych. Wreszcie, Komisja czuwa nad stosowaniem postanowień art. 106 TFUE i w miarę potrzeby kieruje stosowne dyrektywy lub decyzje do państw członkowskich. Pomimo, iż kompetencja Komisji na podstawie tego artykułu ma ściśle określony zakres i odnosi się tylko do naruszeń tego artykułu, stał się on podstawą dla wielu dyrektyw, które otwierały poszczególne rynki w sektorze telekomunikacji.

Komisja rozpoczęła liberalizację sektora od zniesienia specjalnych i wyłącznych praw na rynku urządzeń telekomunikacyjnych mocą dyrektywy 88/301/EWG²⁹. Liberalizacja usług świadczonych przez przedsiębiorstwa telekomunikacyjne rozpoczęła się natomiast od dyrektywy 90/388/EWG³⁰, nie objęła ona jednak wszystkich usług. Zamiast tego podzielono świadczone usługi na dwie grupy - usługi zarezerwowane (*reserved services*) i usługi konkurencyjne (*competitive services*). Zliberalizowane zostały usługi znajdujące się na drugiej liście. Należy zauważyć, że dyrektywa ta dotyczyła jedynie telekomunikacji stacjonarnej, rynek usług mobilnych nie był nią objęty i obowiązywały na nim specjalne i wyłączne prawa. Z czasem Unia dokonywała rewizji dokonanego podziału i na mocy nowych dyrektyw³¹ poszerzała listę zliberalizowanych usług. Z punktu widzenia telekomunikacji mobilnej kluczowa była dyrektywa 96/2/WE³², która zliberalizowała świadczenie usług na tym rynku. Pełną konkurencję na rynku usług telekomunikacyjnych wprowadziła dyrektywa 96/19/WE³³. Państwa członkowskie zostały zobowiązane do zniesienia wszelkich ograniczeń, praw wyłącznych i specjalnych w świadczeniu usług telekomunikacyjnych, co nastąpiło 1 stycznia 1998 r.

Równolegle do procesów liberalizacyjnych, następowała harmonizacja przepisów. Podstawą dla wydawania dyrektyw harmonizacyjnych był art. 95 TWE (obecnie art. 114 TFUE), na podstawie którego ustanowiono szereg aktów dotyczących sektora telekomunikacji. Pierwszym krokiem była dyrektywa 90/387/EWG w sprawie zasad sieci

²⁹ Dyrektywa Komisji 88/301/EWG z 16 maja 1988 r. w sprawie konkurencji na rynkach telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, Dz. Urz. L 131/73 z 27 maja 1988 r.

³⁰ Dyrektywa Komisji 90/388/EWG z 28 czerwca 1990 r. o konkurencji na rynkach usług telekomunikacyjnych.

³¹ Dyrektywa 94/46/EWG z 13 października 1994 r., dyrektywa 95/51/WE z 18 października 1995 r. i dyrektywa 96/2/WE z 16 stycznia 1996 r.

³² Dyrektywa 96/2/WE z 16 stycznia 1996 r. zmieniająca dyrektywę 90/388/EWG w odniesieniu do łączności ruchomej i osobistej, Dz. Urz. L 20/59 z 26 stycznia 1996 r.

³³ Dyrektywa 96/19/WE z 13 marca 1996 r. zmieniająca dyrektywę 90/388/EWG w odniesieniu do wprowadzenia pełnej konkurencji na rynkach telekomunikacyjnych (Dz. Urz. WE L 074/13 z 23 marca 1996 r.).

otwartej (ONP – *Open Network Provision*)³⁴, która zobowiązała państwa członkowskie do zapewnienia otwartego i sprawnego dostępu do publicznych sieci telekomunikacyjnych. Warunki ONP musiały być zgodne z trzema podstawowymi zasadami, mianowicie musiały być oparte o obiektywne kryteria, musiały być przejrzyste i opublikowane w odpowiedni sposób, oraz musiały gwarantować równy dostęp i nie być dyskryminujące³⁵. Kolejne dyrektywy rozszerzyły zasadę otwartej sieci na linie dzierżawione³⁶ oraz sieci i usługi telefonii publicznej³⁷, harmonizując warunki otwartego i sprawnego dostępu i korzystania ze stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej i usług publicznej telefonii stacjonarnej w środowisku otwartych i konkurencyjnych rynków³⁸. Ustanowiono uniwersalny numer ratunkowy „112”³⁹ dostępny za darmo również z telefonów komórkowych. Harmonizacji na podstawie art. 95 TWE uległy również przepisy dotyczące udzielania uprawnień do prowadzenia działalności telekomunikacyjnej⁴⁰, dokonywania połączeń międzyoperatorskich⁴¹, czy wyboru operatora i przenośności numerów⁴².

Konsekwencją postępów na polu harmonizacji przepisów, pełnej liberalizacji sektora telekomunikacyjnego, ale również postępu technologicznego był przegląd prawa regulującego sektor dokonany pod koniec wieku, którego przejawem był szereg konsultacji, komunikatów, raportów⁴³ i zielonych ksiąg⁴⁴. Podstawowym przyczynkiem dla przeprowadzenia kolejnych

³⁴ Dyrektywa Rady 90/387/EWG z 28 czerwca 1990 r. w sprawie ustanowienia wewnętrznego rynku usług telekomunikacyjnych poprzez wdrożenie zasad otwartej sieci (ONP), Dz. Urz. L 192 z 24 lipca 1990 r.

³⁵ Art. 3 pkt 1 dyrektywy Rady 90/387/EWG z 28 czerwca 1990 r.

³⁶ Dyrektywa Rady 92/44/EWG z 5 lipca 1992 r. w sprawie zastosowania zasady sieci otwartej (ONP) do linii dzierżawionych, Dz. Urz. L 165/27 z 19 czerwca 1992 r.

³⁷ Dyrektywa 95/62/WE z 13 grudnia 1995 r. w sprawie zastosowania zasad otwartej sieci (ONP) do telefonii głosowej i telekomunikacyjnych usług powszechnych w konkurencyjnym środowisku, zmieniona Dyrektywą 98/10/WE z 26 lutego 1998 r. w tej samej sprawie, Dz. Urz. L 101/24 z 1 kwietnia 1994 r.

³⁸ Art. 1 pkt 1 dyrektywy 95/62/WE z 13 grudnia 1995 r.

³⁹ Decyzja Komisji 91/396/EEC z 29 lipca 1991 roku i później uregulowane dyrektywą 2002/22/WE.

⁴⁰ Dyrektywa 97/13/WE z 10 kwietnia 1997 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących ogólnych zezwoleń i indywidualnych licencji w dziedzinie telekomunikacji, Dz. Urz. L 117/15 z 7 maja 1997 r.

⁴¹ Dyrektywa 97/33/WE z 30 czerwca 1997 r. w sprawie połączeń sieci w telekomunikacji z uwzględnieniem zapewniania usług powszechnych oraz interoperacyjności poprzez zastosowanie zasady otwartej sieci (ONP), Dz. Urz. L 199/32 z 26 lipca 1997 r.

⁴² Dyrektywa 98/61/WE z 24 sierpnia 1998 r. zmieniająca Dyrektywę 97/33/WE w odniesieniu do przenośności numerów i wyboru operatora, Dz. Urz. L 268/37 z 3 października 1998 r.

⁴³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Towards a new framework for Electronic Communications infrastructure and associated services. The 1999 Communications Review, COM (1999) 539.

⁴⁴ Green Paper on convergence of the telecommunications, media and information technology sectors, and the implications for regulation. Towards an Information's Society Approach, COM (1997) 623,

zmian było dostrzeżenie zjawiska konwergencji technologicznej⁴⁵, umożliwiającego integrację różnych rodzajów infrastruktury i usług telekomunikacyjnych. Rezultatem prac był pakiet dyrektyw z 2002 roku, które zastąpiły wcześniejsze regulacje.

W skład pakietu wchodziło pięć dyrektyw harmonizacyjnych (dyrektywa ramowa i cztery dyrektywy szczegółowe), wydanych na podstawie art. 95 TWE, jedna dyrektywa liberalizacyjna, wydana na podstawie art. 86 ust. 3 TWE, oraz decyzja dotycząca polityki spektrum radiowego.

Dyrektywy harmonizacyjne:

- Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa)⁴⁶;
- 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);
- Dyrektywa 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnianie sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o zezwoleniach);
- Dyrektywa 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej);
- Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie przetwarzania danych osobowych oraz ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej);

Dyrektywa liberalizacyjna:

- Dyrektywa 2002/77/WE Komisji Europejskiej z dnia 16 września 2002 r. w sprawie konkurencji na rynkach sieci i usług łączności elektronicznej;

12/03/1997; Green Paper on Radio Spectrum Policy in the context of European Community Policies such as Telecommunications, Broadcasting and R&D, COM (1998) 596, 09/12/1998.

⁴⁵ Konwergencję zdefiniowano jako zdolność różnych sieci do przenoszenia podobnych usług.

⁴⁶ Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa), Dz.U. L 108 z 24.4.2002.

- Decyzja nr 676/2002/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie ram regulacyjnych dotyczących polityki spektrum radiowego we Wspólnocie Europejskiej (decyzja o spektrum radiowym);

Podstawową zmianą wprowadzoną w pakiecie z 2002 r. było objęcie przedmiotem regulacji nie wąsko rozumianej telekomunikacji, a szeroko rozumianej łączności elektronicznej, czyli dostarczanie (zapewnianie) sieci i usług łączności elektronicznej, a także urządzeń i usług towarzyszących. Wprowadzone zostały terminy „usługi łączności elektronicznej” i „sieci łączności elektronicznej”, które zastąpiły odpowiednio pojęcia „usługi telekomunikacyjnej” i „sieci telekomunikacyjnej”. Sektory telekomunikacji, mediów i technologii informacyjnych zostały uregulowane w sposób jednolity i neutralny technologicznie. Decyzję tą należy ocenić pozytywnie, gdyż ułatwia ona Komisji kontrolę sytuacji, gdy duzi operatorzy telekomunikacyjni albo koncerny medialne postanawiają wkroczyć na blisko ze swoim rynkiem zbliżony technologicznie rynek korzystając z możliwości jakie daje nowa technologia i konwergencja rynków.

Ramy prawne obowiązujące w Unii przed wprowadzeniem pakietu z 2002 r. miały przede wszystkim na celu zarządzanie procesem przechodzenia od monopoli państwowych do konkurencji rynkowej, dlatego głównie skupiały się na tworzeniu konkurencji na rynku i na prawach podmiotów wchodzących na rynek. Celem nowej regulacji było wspieranie konkurencji na rynkach łączności elektronicznej, rozwój rynku wewnętrznego i ochrona interesów obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej, których ochrony nie gwarantowały siły rynkowe. Zasady pakietu miały być proste, nastawione na deregulację, neutralność technologiczną, a jednocześnie wystarczająco elastyczne, by dotrzymały tempa dynamicznemu rynkowi usług łączności elektronicznej. W konsekwencji, sektor został w większym stopniu poddany regulacji prawa konkurencji, przy jednoczesnym stopniowym odchodzeniu od regulacji sektorowej w miarę pojawiania się prawdziwej konkurencji.

Warto zwrócić uwagę, że częścią pakietu z 2002 roku jest decyzja nr 676/2002/WE, która reguluje politykę spektrum radiowego w Unii. Decyzje są wprawdzie bliższe środkom administracyjnym, niż prawotwórczym, jednak okazały się sprawnym narzędziem dla regulacji kwestii technicznych, badawczych i rozwojowych prawa telekomunikacyjnego i prawa łączności elektronicznej. O ile wydawanie decyzji stosowania prawa przez organy administracji publicznej w ramach władzy wykonawczej⁴⁷ oznacza formułowanie norm

⁴⁷ Por. W. Land, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979, s. 413.

indywidualno-konkretnych lub generalno-konkretnych, występujących w postaci aktów administracyjnych indywidualnych lub aktów administracyjnych generalnych⁴⁸, czym organ ustala konsekwencje prawnych pewnych faktów, tak decyzje przyjmowane przez instytucje Unii Europejskiej mogą być aktami ustawodawczymi lub aktami o charakterze nieustawodawczym. Decyzje stanowią akty ustawodawcze, jeżeli są przyjmowane ze zwykłą procedurą ustawodawczą⁴⁹ albo specjalną procedurą ustawodawczą⁵⁰. Decyzje wiążą wszystkimi swymi postanowieniami, nie wymagają aktów implementacyjnych i są wiążące wyłącznie dla adresatów danej decyzji. Jako, że możliwe jest adresowanie decyzji do wszystkich państw członkowskich (a jeżeli decyzja jest adresowana do państwa członkowskiego, to wiąże wszystkie jego organy), decyzjom takim można przypisać charakter normatywny⁵¹. Unia postanowiła, że zarządzanie częstotliwościami radiowymi, które mają zasadnicze znaczenie dla innowacyjnych produktów i usług bezprzewodowych, i z których wspólnie korzysta wiele innych sektorów, należy uregulować jednolicie w celu uniknięcia choćby potencjalnych niewłaściwych regulacji powstałych w procesie implementacji. Z tego względu poczyniono wyjątek i tą materię uregulowano drogą decyzji, by nie ograniczać się jedynie do określenia zamierzonego rezultatu.

Częstotliwości radiowe to ograniczone zasoby publiczne o istotnej wartości publicznej i rynkowej. Kluczowe dla rozwoju jest jak najskuteczniejsze i jak najefektywniejsze zarządzanie widmem z punktu widzenia ekonomicznego, społecznego i środowiskowego. Przeszkody na drodze do jego skutecznego wykorzystania muszą być stopniowo usuwane, dlatego dalsza polityka zarządzania widmem radiowym była jednym z ważniejszych elementów przyszłych aktów unijnej regulacji sektorowej, a planowanie strategiczne i koordynacja polityki w zakresie widma radiowego odgrywa coraz istotniejszą rolę.

Dyrektywy z 2002 r. były wielokrotnie zmieniane, by dostosować je do przekształceń zachodzących w sektorze. Dyrektywę o prywatności i łączności elektronicznej 2002/58/WE zaktualizowano mocą dyrektywy 2006/24/WE, jednak prawdziwe zmiany przyszły w roku 2009, gdy przyjęto dyrektywę 2009/140/WE (zmieniającą dyrektywy 2002/21/WE, 2002/19/WE i 2002/20/WE), oraz dyrektywę 2009/136/WE (zmieniającą dyrektywy 2002/22/WE i 2002/58/WE).

Dyrektywa 2009/140/WE wyraźnie stwierdza, że celem jest stopniowe zmniejszanie zakresu szczególnych regulacji sektorowych *ex ante* w miarę rozwoju konkurencji na rynku,

⁴⁸ J. Zimmermann, *Polska jurysdykcja administracyjna*, Warszawa 1996, s. 18 – 19.

⁴⁹ Art. 294 TFUE.

⁵⁰ Art. 289 ust. 2 TFUE.

⁵¹ S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 27.

aby doprowadzić do stanu, w którym łączność elektroniczna będzie podlegała wyłącznie prawu konkurencji. Obowiązki regulacyjne *ex ante* mają być nakładane tylko wtedy, gdy nie występuje skuteczna i zrównoważona konkurencja⁵². Pakiet zmian z 2009 roku to jednak przede wszystkim dalszy szereg rozwiązań harmonizacyjnych, mających na celu utworzenie jednolitego rynku wewnętrznego, jak i rozwój usług ogólnoeuropejskich. Istotnym narzędziem stał się powołany rozporządzeniem 1211/2009⁵³ BEREC⁵⁴, ciało mające na celu wspieranie rozwoju i sprawnego funkcjonowania wewnętrznego rynku łączności elektronicznej poprzez zapewnienie spójnego stosowania unijnych ram regulacyjnych. BEREC wspiera Komisję i krajowe organy regulacyjne poprzez pomoc w rozstrzyganiu sporów transgranicznych, wydawanie opinii, rekomendacji, dobrych praktyk i wytycznych, które mają charakter niewiążący, ale powinny być uwzględnione w jak największym zakresie przez organy regulacyjne i Komisję, wydawanie wytycznych w sprawie wdrażania unijnych ram regulacyjnych łączności elektronicznej. Jest to przykład „miękkiej” współpracy, która doprowadza do usprawnionej koordynacji i harmonizacji rozwiązań we wszystkich państwach członkowskich. Niezależność i kompetencje BEREC zostały zwiększone mocą rozporządzenia 2018/1971⁵⁵.

Obok postępującej harmonizacji, drugim istotnym dającym się zauważyć kierunkiem zmian jest poszerzanie regulacji odnoszącej się jedynie do telekomunikacji mobilnej. Dyrektywa 2009/140/WE wprowadziła nowe rozwiązania dotyczące zarządzania częstotliwościami radiowymi do celów świadczenia usług łączności elektronicznej, ponadto przyjęte zostały kolejne rozporządzenia w sprawie roamingu w sieciach komórkowych (rozporządzenie 717/2007⁵⁶, 554/2009⁵⁷ i 531/2012⁵⁸), mocą których znacząco obniżono

⁵² Dyrektywa 2009/140/WE, pkt 5 preambuły.

⁵³ Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1211/2009 z dnia 25 listopada 2009 r. ustanawiające Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC) oraz Urząd.

⁵⁴ BEREC to forum współpracy krajowych organów regulacyjnych między sobą i z Komisją w ramach wykonywania pełnego zakresu swoich zadań z zakresu ram regulacyjnych UE. BEREC ma służyć doświadczeniem i wiedzą specjalistyczną.

⁵⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1971 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiające Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC) oraz Agencję Wsparcia BEREC (Urząd BEREC), zmieniające rozporządzenie (UE) 2015/2120 oraz uchylające rozporządzenie (WE) nr 1211/2009.

⁵⁶ Rozporządzenie (WE) NR 717/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 czerwca 2007 r. w sprawie roamingu w publicznych sieciach telefonii ruchomej wewnątrz Wspólnoty oraz zmieniające dyrektywę 2002/21/WE.

⁵⁷ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 544/2009 z dnia 18 czerwca 2009 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 717/2007 w sprawie roamingu w publicznych sieciach telefonii ruchomej wewnątrz Wspólnoty oraz dyrektywę 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej.

wysokość opłaty za korzystanie z usługi roamingu na terenie Unii Europejskiej. W ostatnim z wymienionych rozporządzeń ustanowiono cel polityczny, zgodnie z którym różnica między taryfami roamingowymi a taryfami krajowymi powinna zbliżyć się do zera. Zauważyć należy, że rozporządzenia dotyczące roamingu stanowią odejście od założeń i metodologii regulacji sektorowej sektora łączności elektronicznej przyjętej w ramach pakietu dyrektyw z 2002 r. Podstawowym założeniem jest wprowadzanie regulacji jedynie wtedy, gdy na rynku nie funkcjonuje efektywna konkurencja, a świadczenie usług ma być pozostawione w możliwie największym stopniu siłom rynkowym. Oznacza to, że nałożenie obowiązków regulacyjnych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych musi być poprzedzone analizą rynku pod względem jego konkurencyjności, by regulacja sektorowa zanikała, gdy może ją zastąpić efektywna i silna konkurencja. Rozporządzenia regulujące roaming odchodzą od tego modelu, gdyż wprowadzają środki regulacyjne w postaci ustalenia cen maksymalnych bez przeprowadzenia analizy rynku pozwalającej na stwierdzenie, czy funkcjonuje na nim efektywna konkurencja⁵⁹. Uzasadniając wprowadzane regulacje Komisja wskazała, że ceny świadczenia usług roamingu znacznie przewyższały koszty, nie przedstawiła jednak żadnego wskaźnika, ani modelu obliczania kosztów uzasadniającego wprowadzone ceny maksymalne. Poziom cen wprowadzanych w ramach regulacji miał od początku charakter polityczny i wynikał z wynegocjowanych kompromisów, nie z konkretnych mechanizmów uwzględniających koszty ponoszone przez operatorów. Za odejście od modelu regulacji sektora należy również uznać regulację cen detalicznych, które powinny być regulowane jedynie w ostateczności, gdy regulacje na rynkach hurtowych nie przynoszą oczekiwanych rezultatów.

Przez lata charakterystyczną cechą regulacji telekomunikacji i łączności elektronicznej było korzystanie przez unijnego prawodawcę przede wszystkim z dyrektyw. Zgodnie z art. 288 TFUE, dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. Na państwie członkowskim ciąży obowiązek wdrożenia dyrektywy⁶⁰, jednak przysługuje mu wybór sposobu i metod implementacji, dyrektywa określa jedynie cel, jaki powinien zostać osiągnięty. Wybór ten wynikał z faktu znacznego zróżnicowania poziomu rozwoju rynku i regulacji prawnych w poszczególnych państwach

⁵⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 531/2012 z dnia 13 czerwca 2012 r. w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii.

⁵⁹ I. Kawka, *Roaming międzynarodowy we wspólnotowym prawie łączności elektronicznej*, (w:) S. Biernat, S. Dudzik (red.), *Przepływ osób i świadczenie usług w Unii Europejskiej. Nowe zjawiska i tendencje*, Warszawa 2009, s. 384.

⁶⁰ Zob. E. Galewska, *Implementacja dyrektyw telekomunikacyjnych*, Warszawa 2007, s. 59 i n.

członkowskich, przez co wprowadzanie ściśle jednakowych rozwiązań skutecznych bezpośrednio we wszystkich państwach członkowskich, mogłoby powodować problemy ze stosowaniem norm prawnych w nich zawartych. Tak było w przypadku rozporządzenia 2887/2000⁶¹, które okazało się nieudanym eksperymentem, w wyniku którego nie osiągnięto zamierzonych skutków. Jego adresaci mieli kłopoty ze stosowaniem zawartych w nim norm, co doprowadziło Komisję do wszczęcia licznych postępowań o naruszenie prawa wspólnotowego⁶². W ostatnich latach w prawodawstwie unijnym widać powrót do korzystania z rozporządzeń w celu regulacji sektora łączności elektronicznej. Zazwyczaj rozporządzenia są wykorzystywane jako precyzyjny instrument regulujący kwestie techniczne, czy szczegółowe rozwiązania⁶³, jednak wyraźnym sygnałem o zmianie nastawienia do tego typu aktów prawnych był wniosek o rozporządzenie 2013/0309 (COD)⁶⁴. Plan wykorzystania rozporządzenia do regulacji tak szerokiej materii świadczył o pewności prawodawcy co do stanu harmonizacji przepisów w skali całej Unii. We wniosku widać chęć usunięcia przeszkód utrudniających funkcjonowanie jednolitego rynku. Zidentyfikowane problemy to po pierwsze, usunięcie niepotrzebnych przeszkód stwarzanych przez przepisy dotyczące udzielania zezwoleń oraz przepisy mające zastosowanie do świadczenia usług tak, aby zezwolenie wydane w jednym państwie członkowskim było ważne we wszystkich państwach członkowskich, oraz aby operatorzy mogli świadczyć usługi na podstawie przepisów gwarantujących jednolite i stabilne stosowanie obowiązków regulacyjnych. Po drugie, uznano za konieczne zapewnienie większej harmonizacji dostępu do podstawowych produktów poprzez zapewnienie operatorom sieci mobilnych przewidywalnych warunków przydzielania częstotliwości oraz skoordynowanych terminów w zakresie dostępu do widma na potrzeby łączności szerokopasmowej w całej UE oraz poprzez harmonizację sposobów dostępu do europejskich sieci stacjonarnych, tak aby dostawcy usług mieli większą swobodę oferowania swoich usług na całym jednolitym rynku. Po trzecie, należy zagwarantować wspólny wysoki poziom ochrony konsumentów oraz wspólne warunki handlowe w całej Unii, w tym poprzez wprowadzenie środków mających na celu stopniowe wyeliminowanie

⁶¹ Rozporządzenie (WE) nr 2887/2000 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2000 r. w sprawie uwolnionego dostępu do pętli lokalnej.

⁶² E. Galewska, *Op.cit.*, s. 22.

⁶³ Przykładowo rozporządzenia w sprawie roamingu, czy też powołujące BEREC.

⁶⁴ Wniosek o Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego o Rady ustanawiające środki dotyczące europejskiego jednolitego rynku łączności elektronicznej i mające na celu zapewnienie łączności na całym kontynencie, zmieniające dyrektywy 2002/20/WE, 2002/21/WE i 2002/22/WE oraz rozporządzenia (WE) nr 1211/2009 i (UE) nr 531/2012 (COM(2013)0627 – C7-0267/2013 – 2013/0309(COD)).

nadmiernych opłat roamingowych oraz poprzez zapewnienie ochrony dostępu do otwartego Internetu⁶⁵.

Parlament Europejski przyjął szereg poprawek do powyższego projektu⁶⁶ i przyjął rozporządzenie 2015/2120 z 25 listopada 2015 roku⁶⁷. W porównaniu z bardzo rozbudowanym i kompleksowym projektem, przyjęte rozporządzenie jest skromne, gdyż reguluje jedynie dwa zagadnienia – wspólne zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania transmisji danych w ramach świadczenia usług dostępu do Internetu oraz związanych z tym praw użytkowników końcowych⁶⁸, jak również wprowadza nowy mechanizm ustalania cen detalicznych usług ogólnounijnego roamingu regulowanego.

Dostawcy usług dostępu do Internetu muszą traktować wszystkie transmisje danych równo, bez dyskryminacji, ograniczania czy ingerencji, bez względu na nadawcę i odbiorcę, treść, wykorzystywane lub udostępniane aplikacje lub usługi, lub też na wykorzystywane urządzenia końcowe. Środki zarządzania ruchem stosowane przez dostawcę muszą być przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne oraz nie powinny być podyktowane względami handlowymi. Dostawcy nie mogą blokować, spowalniać, zmieniać, ograniczać, pogarszać jakości ani faworyzować określonych treści, aplikacji lub usług⁶⁹. W efekcie zakazana została praktyka, zgodnie z którą dostawcy usług łączności elektronicznej pobierali wyższe opłaty za dostęp do Internetu od wybranych podmiotów pod groźbą degradacji jakości i szybkości transferu ich danych. Dotyczy to głównie operatorów telekomunikacji mobilnej, którzy utrudniali korzystanie z usług wymagających transmisji większych ilości danych, jak aplikacja Skype⁷⁰. W zakresie regulacji opłat za roaming określono natomiast, że dodatkowe opłaty z tytułu detalicznych usług roamingu powinny zostać zniesione od dnia 15 czerwca 2017 r.

⁶⁵ Ibidem, s. 3.

⁶⁶ Zob. Sprawozdanie z 20 marca 2014 roku w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego środki dotyczące europejskiego jednolitego rynku łączności elektronicznej i mającego na celu zapewnienie łączności na całym kontynencie, zmieniającego dyrektywy 2002/20/WE, 2002/21/WE i 2002/22/WE oraz rozporządzenia (WE) nr 1211/2009 i (UE) nr 531/2012 (2013/0309(COD)).

⁶⁷ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r. ustanawiające środki dotyczące dostępu do otwartego internetu oraz zmieniające dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii.

⁶⁸ Zob. K. Krzystek, *The end of net neutrality in the United States – The madness of King Trump or the start of a new trend?* [w:] *Trending topics in international and EU law: legal and economic perspectives* 2019, vol. 27, s. 491.

⁶⁹ Zob. Art. 3 (3) Rozporządzenia 2015/2120.

⁷⁰ Przykład decyzji dotyczących degradacji transferu: Decyzja Prezesa UOKiK nr DOK-98/07 z 20.12.2007 r.

Obecny kształt regulacji sektorowej nadaje Europejski Kodeks Łączności Elektronicznej⁷¹ (dalej: EKŁE), który stanowi najbardziej znaczący przegląd przepisów regulacji sektorowej od 1998 r. EKŁE zastąpił dotychczas obowiązujące dyrektywy⁷² dokonując ich konsolidacji w jednym akcie i aktualizacji istniejących przepisów. Kodeks zawiera zasady koordynacji wykorzystania spektrum radiowego przez państwa członkowskie i harmonizuje zarządzanie nim, wprowadza zmiany w przedmiocie praw konsumentów i usługi powszechnej. Szczególną uwagę zwrócono na powstanie nowej kategorii podmiotów rynkowych, tzw. dostawców usług OTT, co doprowadziło do przyjęcia nowych definicji sieci i usług łączności elektronicznej. Technologiczne kryterium („przekazywania sygnałów w sieciach łączności elektronicznej”⁷³) zastąpiono kryterium funkcjonalnym, odwołującym się do charakteru świadczonej usługi. Nowa definicja obejmuje dwa rodzaje wprost wymienionych usług (dostępu do Internetu oraz łączności interpersonalnej⁷⁴) oraz trzeci, ogólny zbiór usług, opisanych za pomocą kryterium technologicznego („usługi polegające całkowicie lub częściowo na przekazywaniu sygnałów”⁷⁵). Usługa łączności interpersonalnej może polegać całkowicie lub głównie na przekazywaniu sygnałów, jednakże nie każda usługa łączności interpersonalnej polega całkowicie lub głównie na przekazywaniu sygnałów (np. usługi łączności interpersonalnej niewykorzystujące numerów). Komisja zwróciła tu uwagę, że z punktu widzenia użytkownika końcowego nie ma znaczenia, czy dostawca sam przekazuje sygnały lub czy łączność jest zapewniona za pośrednictwem usługi dostępu do Internetu. Usługa łączności interpersonalnej oznacza usługę, która umożliwi bezpośrednią interpersonalną i interaktywną wymianę informacji między skończoną liczbą osób, w ramach której osoby inicjujące połączenie lub uczestniczące w nim decydują o jego odbiorcy lub odbiorcach, natomiast nie obejmuje ona usługi, które umożliwiają interpersonalną i interaktywną komunikację wyłącznie jako podrzędną funkcję dodatkową, która jest nieodłącznie związana z inną usługą. Podejście funkcjonalne pozwala objąć zakresem regulacji inne usługi umożliwiające komunikację niż tylko tradycyjną telefonię głosową, wiadomości SMS i pocztę elektroniczną.

Istotnym z punktu widzenia treści i obowiązków wynikających z EKŁE jest także podział usług łączności interpersonalnej na usługi łączności interpersonalnej wykorzystujące

⁷¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE 2018 L 321, s. 36).

⁷² Dyrektywy 2002/19/WE, 2002/20/WE, 2002/21/WE i 2002/22/WE.

⁷³ Art. 2 lit. c dyrektywy 2002/21/WE.

⁷⁴ Art. 2 pkt 4 lit. a i b EKŁE.

⁷⁵ Art. 2 pkt 4 lit. c EKŁE.

numery (takie, które pozwalają połączyć się z publicznie nadanymi zasobami numeracyjnymi albo które umożliwiają połączenie z numerami z krajowych lub międzynarodowych planów numeracji⁷⁶) oraz usługi łączności interpersonalnej niewykorzystujące numerów (takie, które nie łączą się i nie pozwalają na połączenie z publicznie nadanymi zasobami numeracyjnymi⁷⁷). Podmioty świadczące usługi łączności interpersonalnej niewykorzystujące numerów zwolnione są z niektórych obowiązków⁷⁸. Zmiany te miały na celu zapewnienie odpowiedniej ochrony konsumentów w obliczu rozwoju technologii i zmian w sposobach korzystania z usług łączności elektronicznej, a z drugiej strony wyrównać warunki konkurencji pomiędzy dostawcami tych usług i operatorami sieci.

Przy pomocy EKŁE Komisja chce zachęcić operatorów do inwestycji w nowoczesne sieci 5G i światłowodowe wysokich prędkości w celu osiągnięcia stanu „społeczeństwa gigabitowego”. Przepisy mają zachęcać do wspólnych inwestycji w sieci poprzez współwłasność albo współfinansowanie i współdzielenie sieci, co miałyby nadal pozwolić inwestorom na konkurowanie na rynkach detalicznych. W tym celu, w pewnych okolicznościach, EKŁE przewiduje wyjątki od reżimu regulacyjnego dotyczącego operatorów o znaczącej pozycji rynkowej, którzy budują te sieci. Operator o znaczącej pozycji rynkowej, który zawrze umowę współinwestowania na uczciwych, rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach dotyczących sieci o bardzo dużej przepustowości do lokali użytkowników końcowych może uniknąć regulacji tej sieci.

Kodeks przewiduje również łżejsze regulacje dla sieci wyłącznie hurtowych o znaczącej pozycji rynkowej. Podejście to odzwierciedla mniejsze ryzyko wystąpienia problemów w zakresie konkurencji, gdy przedsiębiorstwo zapewniające dostęp hurtowy nie jest zintegrowane pionowo.

Uzupełnieniem EKŁE jest rozporządzenie 2021/654⁷⁹, które określa jednolitą maksymalną ogólnounijną stawkę za zakończenie połączenia głosowego w sieci mobilnej oraz jednolitą maksymalną ogólnounijną stawkę za zakończenie połączenia głosowego w sieci stacjonarnej, które mają być naliczane przez dostawców hurtowych usług zakańczania połączeń głosowych za świadczenie usług zakańczania połączeń głosowych. Ma to na celu

⁷⁶ Art. 2 pkt 6 EKŁE.

⁷⁷ Art. 2 pkt 7 EKŁE.

⁷⁸ Zob. art. 12 ust. 2 EKŁE, art. 61 ust. 2 lit. c EKŁE, art. 98 EKŁE.

⁷⁹ Rozporządzenie Delegowane Komisji (UE) 2021/654 z dnia 18 grudnia 2020 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 poprzez określenie jednolitej maksymalnej ogólnounijnej stawki za zakończenie połączenia głosowego w sieci ruchomej oraz jednolitej maksymalnej ogólnounijnej stawki za zakończenie połączenia głosowego w sieci stacjonarnej.

zmniejszenie regulacyjnych obciążeń przy rozwiązywaniu problemów z konkurencją związanych z hurtowym rynkiem zakańczania połączeń głosowych w sposób spójny w całej Unii. Rozporządzenia nie ma wpływu na obowiązki niezwiązane z ustalaniem cen nałożone obecnie przez krajowe organy regulacyjne na operatorów o znaczącej pozycji rynkowej w odniesieniu do usług zakańczania połączeń i wprowadzania środków naprawczych innych niż kontrola cen. Podobnie jak w przypadku regulacji roamingu, Komisja wykorzystuje rozporządzenie, by wprowadzić jednolite maksymalne stawki w całej Unii i w jednolity sposób uregulować rynek zakańczania połączeń.

4. Sposoby regulacji rynków telekomunikacyjnych

Istotą działalności gospodarczej jest swobodna aktywność różnych podmiotów podejmowana w odpowiedzi na naturalne zachęty płynące z rynku. Wolność działalności gospodarczej jest chroniona w Konstytucji, jej ograniczenie jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny⁸⁰. Państwa i Unia Europejska mogą, poprzez stanowienie oraz stosowanie prawa, wpływać na działalność gospodarczą ograniczając pewne zachowania przedsiębiorstw, czy też wprowadzając zachęty mające zmotywować przedsiębiorstwa do innych zachowań. Tworząc normy o charakterze cywilnoprawnym kształtują granice w ramach których przedsiębiorstwa mogą swobodnie prowadzić działalność gospodarczą⁸¹. Z kolei ustanawiając i tworząc normy o charakterze administracyjnoprawnym bezpośrednio ingerują w działalność gospodarczą i wyznaczają sposoby zachowań przedsiębiorstw. Ingerencja administracyjnoprawna ma charakter władczy, pozwala realizować wyznaczone przez prawodawcę cele poprzez nadzór nad działalnością gospodarczą przedsiębiorstw i w drodze ograniczenia ich swobody działalności gospodarczej.

Słowo „regulacja” w języku potocznym oznacza „ujęcie czegoś w przepisy, normy; porządkowanie; ustawienie tak, by prawidłowo działało”⁸². W ujęciu nauki o organizacji i zarządzaniu pojęcie „regulacji” wiąże się z procesem formalizacji i instytucjonalizacji poszczególnych organizacji oraz szerszych układów społecznych i gospodarczych, czyli ujęcie ich w mniej lub bardziej ściśle normy, wyznaczające zasady, reguły, sposoby

⁸⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polski z dnia 2 kwietnia 1997 r., art. 20 – 22.

⁸¹ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003, s. 92.

⁸² M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, PWN, Warszawa 1981, s. 35.

postępowania członków instytucji, które zmierzają do osiągnięcia jej celów⁸³. Regulację można tu postrzegać jako tworzenie środowiska i wzorców zachowań, które mają przyczyniać się do osiągnięcia założonych celów, a zatem jako tworzenie całego makrosystemu⁸⁴.

W kontekście prawniczym „regulacja” posiada wiele znaczeń i nadal nie można powiedzieć, by w literaturze istniał konsensus co do jego rozumienia. Regulacja często utożsamiana jest po prostu z legislacją, ale jest też rozumiana jako uwarunkowana prawnie metoda oddziaływania publicznego na gospodarkę⁸⁵. W. Hoff rozumie ją tu wąsko, wiążąc ją z sektorami infrastrukturalnymi i ich prokonkurencyjną regulacją⁸⁶. R. Stasikowski przedstawił interpretację w oparciu o ciąg działań A. Chełmońskiego⁸⁷.

Szersze rozumienie pojęcia przedstawił M. Szydło: „regulacja to wiążące wyznaczanie określonych normatywnie wzorców zachowań oraz (tam gdzie to konieczne) autorytatywne konkretyzowanie tychże wzorców”⁸⁸. Za regulację uznał tu zarówno regulację cywilnoprawną, czyli warunki ramowe o charakterze uniwersalnym⁸⁹, odnoszącym się do wszystkich dziedzin działalności gospodarczej i wynikającą z nieautorytarnego kształtowania przez strony stosunku cywilnoprawnego⁹⁰ oraz regulację administracyjnoprawną, polegającą na władczym i wiążącym ustanawianiu i stosowaniu norm administracyjnoprawnych, które kreują konkretne wzorce zachowań.

Na potrzeby niniejszej pracy pojęcie „regulacji” nie ogranicza się tylko do pojęcia „regulacji sektorów infrastrukturalnych”, a obejmuje zdefiniowaną powyżej regulację administracyjnoprawną odnoszącą się do sektorów infrastrukturalnych, która ma na celu wywarcie sterującego wpływu na przebieg procesów gospodarczych ograniczając w ten sposób swobodę działalności gospodarczej. Oznacza ingerencję w gospodarkę mającą na celu sterowanie działalnością gospodarczą w imię realizacji celów i wartości publicznych, które uznano za słuszne i na tyle pożądane, by poświęcić dla nich interesy indywidualne.

⁸³ M. Jełowicki, W. Kieżun, Z. Leoński, B. Ostapczuk, *Teoria organizacji i kierownictwa*, Warszawa 1979, s. 90.

⁸⁴ J. Czupiał, *Przedsiębiorstwo a państwo; samorząd terytorialny i środowisko europejskie*, [w:] J. Lichtarski (red.), *Podstawy nauki o przedsiębiorstwie*, Wydawnictwo AE we Wrocławiu, Wrocław 2005, s. 470.

⁸⁵ W. Hoff, *Prawo wobec zjawisk ekonomicznych – regulacja sektorowa*, Central European Management Journal 2008, vol. 16 nr 3, s. 18.

⁸⁶ W. Hoff, *Polski model regulacji na tle porównawczym*, Problemy zarządzania 3/2004 (5), s. 127 – 129.

⁸⁷ Zob. R. Stasikowski, *Funkcja regulacyjna administracji publicznej. Studium z zakresu nauki prawa administracyjnego oraz nauki administracji*, Bydgoszcz 2009, s. 175 – 180.

⁸⁸ M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych...*, s. 38.

⁸⁹ A. Bator, *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych*, Wrocław 2000, s. 244 i n.

⁹⁰ Zob. J. Filipek, *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne. Część II*, Zakamycze 2001, s. 26.

Rynek łączności elektronicznej w Unii Europejskiej podlega podwójnej regulacji – prawa regulacji sektorowej oraz prawa konkurencji. Co do zasady regulacja sektorowa ma służyć aktywnemu tworzeniu konkurencji i w konsekwencji stanowi przykład regulacji *ex ante*⁹¹, natomiast prawo konkurencji ma prowadzić do utrzymywania poziomu konkurencji, jaki już istnieje na rynku, ma chronić istniejącą konkurencję przed nadużyciami i działaniami szkodliwymi, a nie służyć do poszerzania czy pogłębiania jej zakresu⁹², co sprawia że stosowanie tej gałęzi prawa ma co do zasady charakter *ex post*⁹³. Taki stan rzeczy wskazywałby, że to regulacja sektorowa jest narzędziem kształtowania rynku, podczas gdy prawo konkurencji służy jedynie następczym korektom rynku. Bliższa analiza wskazuje jednak, że stosowanie norm prawnych, rozumiane jako dokonywana w stosownym procesie jurysdykcyjnym konkretyzację norm ogólnych i abstrakcyjnych oraz ich przekształcenie w normy indywidualne i konkretne, zawartych w ramach obydwu grup przepisów przybiera charakter zarówno *ex ante*, jak i *ex post*. W doktrynie obecny jest również pogląd, iż stosowanie prawa może przybrać jedną z trzech postaci - *ex ante*, *ex post* oraz postać hybrydową⁹⁴. Rozróżnienie pomiędzy tymi dwoma podziałami jest jedynie wynikiem przyjmowanych konwencji i kryteriów, natomiast na potrzeby niniejszej pracy pozostano przy dominującym w doktrynie podziale dychotomicznym.

4.1. Regulacja w ramach regulacji sektorowej

Za skuteczne, spójne i sprawne egzekwowanie przepisów unijnej regulacji sektorowej odpowiedzialne są krajowe organy regulacyjne, BEREC i Komisja. Pierwszym aktem prawnym nakazującym ustanowienie specjalnego organu na krajowych rynkach telekomunikacyjnych była dyrektywa 88/301/EWG, zaś samo pojęcie „krajowego organu regulacyjnego” zostało po raz pierwszy zdefiniowane w dyrektywie 92/44/WE, z kolei dyrektywa 92/44/WE zawierała przepisy umożliwiające rozstrzyganie sporów przez krajowe organy regulacyjne i prawo odwołania się od rozstrzygnięć tego organu. Jednak dopiero

⁹¹ J. Steppa, *Regulowanie rynku telekomunikacyjnego* [w:] *Prawo telekomunikacyjne*, M. Rogalski (red), Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 110.

⁹² T. Skoczny, *Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa*, *Problemy Zarządzania* 2004, nr 3, s. 12.

⁹³ G. Monti, *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, CLR 2/2008 vol. 4, s. 138; S. Piątek, *Udział Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w regulowaniu rynków telekomunikacyjnych* [w:] C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej*, Warszawa 2006, s. 163.

⁹⁴ M. Szydło, *Prawo konkurencji...*, s. 23.

dyrektywa ramowa 2002/21/WE ukształtowała organy regulacyjne w sektorze łączności elektronicznej, zdefiniowała ich zadania oraz przedstawiała rozwiązania ustrojowe i proceduralne, zaś EKŁE zawiera ich zaktualizowaną regulację.

Krajowy organ regulacyjny jest głównym, domniemanym podmiotem odpowiedzialnym za realizację celów regulacji sektorowej⁹⁵, chociaż cele i zadania tejże dyrektywy mogą być realizowane również przez Komisję i BEREC. Zadania powierzone krajowym organom regulacyjnym przez EKŁE nie zostały opisane w sposób wyczerpujący w jednym przepisie. Dyrektywa zawiera jedynie otwarty katalog zadań w postaci: a) prokonkurencyjnej regulacji rynku (*ex ante*); b) zapewniania rozstrzygnięcia sporów między przedsiębiorstwami; c) zarządzania widmem radiowym; d) ochrony praw użytkowników końcowych; e) kształtowania rynku i konkurencji w odniesieniu do otwartego dostępu do Internetu; f) obliczania kosztu netto świadczenia usługi powszechnej; g) zapewniania możliwości przenoszenia numerów między dostawcami. Krajowe organy regulacyjne zostały również zobligowane do zapewnienia realizacji polityki mającej na celu promowanie wolności wypowiedzi i informacji, różnorodności kulturowej i językowej, jak również pluralizmu mediów⁹⁶. Do niezastrzeżonych, a możliwych do powierzenia zadań na rzecz krajowych organów regulacyjnych wskazano sprawy związane z konkurencją na rynku lub wejściem na rynek (np. wydawaniem ogólnych zezwoleń). Jednocześnie krajowe organy regulacyjne podejmują wszystkie stosowne środki, które są niezbędne i proporcjonalne do realizacji celów ogólnych określonych w art. 3 EKŁE. Przed wejściem w życie EKŁE krajowe organy regulacyjne realizowały postanowienia dyrektywy ramowej i dyrektyw szczegółowych z 2002 r.

Krajowe organy regulacyjne to organy niezależne, posiadające wystarczające zasoby finansowe i ludzkie do wykonywania przydzielonych im zadań, prawnie oddzielone i funkcjonalnie niezależne od wszelkich organizacji udostępniających sieci, urządzenia lub usługi łączności elektronicznej. Organ regulacyjny poszczególnych państw członkowskich są zobowiązane do wzajemnej współpracy polegającej na przekazywaniu sobie informacji dotyczących sytuacji na rynku. W zakresie konsultacji dotyczących podejmowania nowych środków obowiązuje konieczność powiadomienia Komisji i BEREC o rezultatach przeprowadzonych już konsultacji pomiędzy zainteresowanymi organami regulacyjnymi. Komisja posiada w ściśle określonych przypadkach uprawnienia blokowania podejmowanych

⁹⁵ Zob. art. 5 ust. 1 EKŁE.; por. K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2005, s. 179; T. Skoczny, *Op.cit.*, s. 17.

⁹⁶ Art. 3 ust. 1 EKŁE.

przez krajowych regulatorów środków, które wzbudzają jej wątpliwość, co ma zapewnić lepszą koordynację decyzji podejmowanych przez poszczególne organy.

W określonych przypadkach⁹⁷ na krajowych organach regulacyjnych ciąży obowiązek konsultacji w przypadku przyjmowania środków, które mogłyby wpłynąć na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi. Kiedy krajowy organ regulacyjny zamierza podjąć taki środek, powinien udostępnić jego projekt Komisji, BEREC oraz krajowym organom regulacyjnym, wraz z uzasadnieniem zastosowania danego środka. Zainteresowane organy, BEREC i Komisja mogą poczynić uwagi do przedłożonych projektów decyzji. Ponadto, jeżeli celem środka jest zdefiniowanie rynku właściwego różnego od tych, które zdefiniowano w zaleceniu lub wyznaczenie przedsiębiorstwa jako posiadającego, samodzielnie albo łącznie z innymi, znaczącą pozycję rynkową, a środek ten oddziaływałby na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi, Komisja może podjąć decyzję o zawieszeniu przyjęcia środka przez okres dwóch miesięcy, jeżeli uzna, że projektowany środek stanowiłby przeszkodę w funkcjonowaniu rynku wewnętrznego, lub o swoich poważnych wątpliwościach co do zgodności tego środka z przepisami prawa Unii. W tym okresie Komisja może nakazać jego wycofanie projektowanego środka albo wycofać zastrzeżenia. Mocą nowelizacji z 2009 r.⁹⁸ prawo weta zostało rozszerzone - jeżeli projektowany środek ma na celu nałożenie, zmianę lub uchylenie obowiązku nałożonego na przedsiębiorstwo, Komisja może zawiesić jego przyjęcie na okres trzech miesięcy i w tym czasie zobowiązać krajowy organ regulacyjny do zmiany lub wycofania planowanego środka, włącznie z przedstawieniem szczegółowych propozycji w tym zakresie.

Przyjęte rozwiązania zakładają, że decyzje są podejmowane na poziomie krajowym przez niezależne organy najlepiej zaznajomione z sytuacją na rynku danego państwa członkowskiego, ale szczegółowe konsultacje pomiędzy organami, BEREC i Komisją zapewniają harmonizację i spójność decyzji podejmowanych w poszczególnych państwach członkowskich, a także ich zgodność z prawem Unii Europejskiej. Przysługujące Komisji prawo weta pozwala jej czuwać nad tym procesem i zachować pozycję głównego organu decyzyjnego nadzorującego działalność organów krajowych.

O ile krajowe organy regulacyjne są domniemanymi podmiotami odpowiedzialnymi za stosowanie unijnego prawa regulacji sektorowej w sektorze łączności elektronicznej, to w ostatnich latach rośnie rola pozostałych organów. W 2009 r. poszerzono prawo weta Komisji i utworzono BEREC. Coraz większą rolę zaczęły odgrywać „miękkie akty prawa”, czyli

⁹⁷ Zob. art. 32 ust. 3 EKŁE.

⁹⁸ Art. 1 pkt 6 dyrektywy 2009/140/WE.

kolejne zalecenia Komisji zmniejszające liczbę rynków podlegających obligatoryjnemu przeglądowi. Komisja poprzez przyjęte rozporządzenia precyzyjnie uregulowała stawki roamingu i zakańczania połączeń, czyli rynki wcześniej podlegające nadzorowi krajowych organów regulacyjnych. BEREC uzyskał nowe uprawnienia o charakterze „miękkiej regulacji” – kompetencje opiniodawcze w tematach wskazanych w rozporządzeniu 2018/1971 i kompetencje do wydawania wytycznych w sprawie wdrażania unijnych ram regulacyjnych.

Regulacja sektora łączności elektronicznej jest, co do zasady, regulacją *ex ante* o charakterze prewencyjnym i nastawionym na przyszłość. Konkretyzacja *ex ante* ma na celu tworzenie zachęt dla pożądanых przyszłych zachowań i w efekcie przeciwdziałanie występowaniu w przyszłości niepożądanych z punktu widzenia konkurencji zjawisk, a nie sankcjonowanie zjawisk już zaistniałych, niemniej wpływ na nią mają konkretne już zaistniałe zachowania podmiotów obecnych na rynku, których negatywne skutki na konkurencję konkretyzacja ma na przyszłość wyeliminować. Istotą nie jest jednak ocenianie przeszłych zachowań, a określenie przyszłych działań przedsiębiorców. Regulacja *ex ante* powinna skupiać się na celach długoterminowych, oceny rynku należy dokonać w ujęciu prognostycznym, biorąc za punkt wyjścia istniejące warunki rynkowe. W ramach analizy należy ocenić, czy w przyszłości na rynku będzie panowała konkurencja i czy jakkolwiek brak konkurencji ma charakter trwały, przy czym należy wziąć pod uwagę oczekiwane lub dające się przewidzieć zmiany na rynku. Przyjmowane środki mają umożliwić naprawienie występujących na rynku nieprawidłowości i doprowadzenie rynku do stanu w którym będzie występowała na nim skuteczna konkurencja.

Regulacja *ex ante* wprowadzona przy pomocy pakietu dyrektyw telekomunikacyjnych z 2002 r. została zaimplementowana do polskiego systemu prawnego przepisami ustawy Prawo telekomunikacyjne⁹⁹. Cała procedura regulacji *ex ante* składa się z następujących czterech stopni¹⁰⁰:

- definiowanie rynków właściwych stosownie do okoliczności występujących w danym państwie, a w szczególności odnośnych rynków geograficznych w obrębie danego terytorium, zgodnie z przepisami prawa konkurencji¹⁰¹;

⁹⁹ Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, Dz. U. 2004 Nr 171 poz. 1800.

¹⁰⁰ Por. D. Stevens, P. Valcke, *NRAs (and NCAs?): Cornerstones for the Application of the New Electronic Communications Regulatory Framework. New requirements, task, instruments and cooperation procedures*, Communications & Strategies 2003, nr 50, s. 172.

¹⁰¹ Zob. art. 15 ust. 3 dyrektywy 2002/21/WE i art. 21 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

- przeprowadzenie przez regulatora sektora łączności elektronicznej analizy rynku mającej na celu określenie rynku właściwego, następnie ustalenie, czy na rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja oraz podmiot lub podmioty o znaczącej pozycji rynkowej. W przypadku braku skutecznej konkurencji następuje wyznaczenie podmiotu lub podmiotów o znaczącej pozycji rynkowej, przegląd istniejących obowiązków oraz nałożenie nowych, utrzymanie w mocy lub zmiana już obowiązujących wymogów. W przypadku występowania skutecznej konkurencji na rynku wcześniej regulowanym – uchylenie obowiązków regulacyjnych. W przypadku występowania skutecznej konkurencji na rynku wcześniej nieregulowanym – stwierdzenie występowania skutecznej konkurencji¹⁰²;
- konsultacja projektu rozstrzygnięcia z zainteresowanymi stronami; równoległa konsolidacja projektu rozstrzygnięcia z KE, BEREC i innymi organami regulacyjnymi; zasięgnięcie opinii krajowego organu ds. konkurencji;
- wydanie rozstrzygnięcia w sprawie, przy czym w przypadku rynków poprzednio uregulowanych, na których teraz stwierdzono skuteczną konkurencję, wydawane są dwa odrębne rozstrzygnięcia;

Kryteria, które musi spełnić rynek, by mógł zostać poddany regulacji sektorowej *ex ante* określiła Komisja w zaleceniu 2003/311/WE¹⁰³, w którym sformułowany został test składający się z trzech kryteriów. Regulacji podlega rynek, na którym:

- występują wysokie i trwałe bariery w dostępie do rynku (o charakterze strukturalnym, prawnym lub regulacyjnym);
- struktura nie podąża w stronę efektywnej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym;
 - samo prawo konkurencji nie jest wystarczające by usunąć nieprawidłowości rynkowe;

Niespełnienie jednego z kryteriów oznacza, że rynek nie podlega regulacji *ex ante*. Rynek, który spełnia test trzech kryteriów podlega następnie analizie konkurencyjności, która ma na celu ustalenie, czy występuje na nim skuteczna konkurencja. W przypadku, gdy rynek jest

¹⁰² Zob. M. Rogalski, *Prawo telekomunikacyjne*, Warszawa 2011, s. 122.

¹⁰³ Zalecenie 2003/311/WE w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej z 11 lutego 2003 roku.

skutecznie konkurencyjny, organ nie nakłada obowiązków na przedsiębiorstwa telekomunikacyjne albo znosi wcześniej nałożone. Stwierdzenie braku skutecznej konkurencji jest równoznaczne z ustaleniem na rynku przedsiębiorstwa o znaczącej pozycji rynkowej¹⁰⁴. Test trzech kryteriów spotkał się generalnie z pozytywnymi uwagami¹⁰⁵, ale wzbudził też kontrowersje ze względu na nieostrość wprowadzonych pojęć i kryteriów¹⁰⁶.

Oprócz testu trzech kryteriów zalecenie wymienia szereg rynków, które określono na podstawie powyższych trzech kryteriów i w przypadku tych rynków krajowe organy regulacyjne powinny wychodzić z założenia, że trzy kryteria są spełnione, jednak krajowy organ regulacyjny może odstąpić od przeprowadzenia procedury analizy rynku wymienionego w zaleceniu, jeżeli ustali, że na danym rynku trzy kryteria nie są spełnione. Jeżeli chodzi o rynki niewymienione w zaleceniu, to krajowe organy regulacyjne powinny zbadać, czy dany rynek spełnia wymienione kryteria. Jeżeli krajowy organ regulacyjny stwierdzi, że — przy braku regulacji na poziomie hurtowym — na odpowiednio zdefiniowanych rynkach detalicznych istnieje trwała konkurencja, powinien również stwierdzić, że regulacja *ex ante* na poziomie hurtowym nie jest już konieczna.

Pierwsze zalecenie przyjęte w 2003 roku¹⁰⁷ definiowało 18 rynków właściwych, których cechy mogą uzasadniać regulację *ex ante*, z których trzy dotyczyły telekomunikacji mobilnej (rynki 15¹⁰⁸, 16¹⁰⁹ i 17¹¹⁰). W wyniku przeglądu Komisja stwierdziła konieczność aktualizacji zalecenia i wydała nowe zalecenie w 2007 roku¹¹¹, które zredukowało listę rynków właściwych do siedmiu, z których tylko jeden dotyczy telekomunikacji mobilnej (rynek 7¹¹²). Rewizja zalecenia z 2014 roku¹¹³ przewidywała cztery rynki właściwe, w tym

¹⁰⁴ S. Polster, M. Brandl, *The New Concept of Market Dominance In the Proposed EU Telecommunications Framework*, Computer and Telecommunications Law Review 2001, nr 7, s. 218.

¹⁰⁵ L. Hou, *The Three Criteria Test: A Critical Assessment*, KoGuan Law School 2008, s. 2.

¹⁰⁶ Zob. Por. C.M. Bender, G. Götz, B. Pakula, *Effective Competition:: Its Importance and Relevance for Network Industries*, [w:] *Effective Competition in Telecommunications, Rail and Energy Markets*, Intereconomics 2011, nr 1 – 2, s. 8.

¹⁰⁷ Zalecenie 2003/311/WE.

¹⁰⁸ Rynek dostępu i rozpoczynania połączeń w publicznych sieciach telefonii mobilnej.

¹⁰⁹ Rynek zakańczania połączeń głosowych w indywidualnych sieciach mobilnych.

¹¹⁰ Hurtowy narodowy rynek roamingu międzynarodowego w publicznych sieciach mobilnych.

¹¹¹ Zalecenie 2007/879/WE z 17 grudnia 2007 roku w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej.

¹¹² Zakończenie połączenia głosowego w poszczególnych sieciach telefonii komórkowej.

¹¹³ Zalecenie 2014/710/WE w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej z 9 października 2014 roku.

tylko jeden dotyczący telekomunikacji mobilnej (rynek 2¹¹⁴). W art. 75 EKŁE Komisja została uprawniona do przyjęcia aktu delegowanego określającego jednolitą maksymalną ogólnounijną stawkę za zakończenie połączenia głosowego w sieci mobilnej oraz stacjonarnej, co ograniczy możliwość ustalania nadmiernych stawek za zakańczanie połączeń przez operatorów sieci. Stawki za zakańczanie połączeń powinny być podobne do stawek, jakich oczekuje się w przypadku konkurencyjnych rynków, w związku z tym rynki zakańczania połączeń nie powinny już spełniać trzech kryteriów na poziomie Unii, co znalazło odzwierciedlenie w najnowszym zaleceniu¹¹⁵ z 2020 r., które przewiduje objęciem regulacją *ex ante* tylko dwóch rynków, w tym żadnego dotyczącego telekomunikacji mobilnej. Postępująca redukcja liczby rynków podlegających regulacji *ex ante* świadczy o stopniowym znoszeniu sektorowych regulacji *ex ante* w miarę wzrostu konkurencji w sektorze łączności elektronicznej. Z uwagi na zwiększenie konkurencji, jakie osiągnięto dzięki regulacji sektorowej, w kolejnych zaleceniach określano jedynie rynki właściwe na poziomie hurtowym. Istnieje przekonanie, że regulacja tych rynków może zaradzić brakowi skutecznej konkurencji na poziomie hurtowym, który z kolei jest przyczyną stwierdzonych nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku na powiązanych rynkach detalicznych. Jeżeli jednak krajowy organ regulacyjny wykaże niepowodzenie interwencji na rynku hurtowym, właściwy rynek detaliczny może zostać poddany regulacji *ex ante*, o ile krajowy organ regulacyjny stwierdził, że spełnione są trzy kryteria wskazane w niniejszym zaleceniu. To podejście Komisji wynika z faktu, że regulacja rynku hurtowego jest uważana za mniej intruzywną od regulacji rynku detalicznego. Zgodnie z zaleceniem, jeśli krajowy regulator stwierdzi brak skutecznej konkurencji na danym rynku detalicznym, powinien w pierwszej kolejności dokonać analizy rynku hurtowego, który jest rynkiem najwyższego szczebla w stosunku do danego rynku detalicznego w wertykalnym łańcuchu dostaw. Krajowy organ regulacyjny powinien przeprowadzić analizę kolejnych — aż do rynku detalicznego — rynków, które stanowią rynki niższego szczebla w stosunku do objętego regulacją rynku wyższego szczebla, tak by określić, czy istniałaby na nich skuteczna konkurencja w przypadku regulacji na wyższym szczeblu.

¹¹⁴ Hurtowy rynek usługi zakańczania połączeń głosowych w poszczególnych sieciach telefonii komórkowej.

¹¹⁵ Zalecenie 2020/2245 z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 ustanawiającą Europejski kodeks łączności elektronicznej.

Stosowanie prawa regulacji sektorowej to przede wszystkim konkretyzacja *ex ante*, od tej zasady istnieją jednak odstępstwa. Decyzje stosowania prawa regulacji sektorowej będące przejawem konkretyzacji w sposób *ex post* można podzielić na dwie kategorie – podejmowane przez Komisję wobec krajowego organu regulacyjnego, oraz decyzje krajowego organu regulacyjnego wobec przedsiębiorstw aktywnych w danym sektorze.

Decyzje podejmowane przez Komisję mają na celu konsolidację rynku wewnętrznego i zachowanie spójności stosowania przepisów regulacji sektorowej w całej Unii. Z tego względu, jeśli Komisja uzna, że określone działania podjęte przez krajowe organy regulacyjne stanowiłyby przeszkodę w funkcjonowaniu jednolitego rynku lub są sprzeczne z prawem Unii Europejskiej, może nakazać organowi krajowemu zaprzestanie takich działań. Przykładem jest decyzja skorzystania z prawa weta na podstawie art. 32 EKŁE (wcześniej art. 7 ust. 4 dyrektywy ramowej), w której Komisja może uznać, że środek podjęty przez krajowy organ regulacyjny, dotyczący definiowania rynku właściwego lub wyznaczenie przedsiębiorstwa jako posiadającego, samodzielnie albo łącznie z innymi, znaczącą pozycję rynkową, a który oddziaływałby na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi, za przeszkodę w funkcjonowaniu rynku wewnętrznego, lub o swoich poważnych wątpliwościach co do zgodności tego środka z przepisami prawa Unii. W razie podjęcia przez Komisję takiej decyzji, proponowany środek nie może zostać przyjęty przez kolejne dwa miesiące, a w tym czasie Komisja będzie mogła podjąć decyzję, na mocy której może zobowiązać krajowy organ regulacyjny do wycofania proponowanego środka. Tym samym decyzja Komisji kwalifikuje określone działanie krajowego organu regulacyjnego jako sprzeczne z prawem i nakazuje jego zaprzestanie, co jest typowym przejawem konkretyzacji *ex post*.

Charakter konkretyzacji *ex post* mogą mieć również decyzje podejmowane przez krajowe organy regulacyjne, które odnoszą się do działań poszczególnych przedsiębiorstw czynnych w sektorach sieciowych. Szczegółowe ukształtowanie reżimu prawnego poszczególnych decyzji stosowania prawa podejmowanych przez krajowe organy regulacyjne jest każdorazowo rzeczą prawodawcy krajowego¹¹⁶. Przykładami takich środków w Polsce są administracyjnoprawne środki przymusu (np. zakaz podejmowania pewnych działań) i kary pieniężne¹¹⁷, jakie w drodze decyzji może nakładać Prezes UKE na podstawie przepisów Działu XI ustawy Prawo telekomunikacyjne¹¹⁸. Są to uprawnienia związane ze

¹¹⁶ M. Szydło, *Prawo konkurencji...*, s. 57.

¹¹⁷ Zob. art. 209 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

¹¹⁸ Zob. M. Czyżak, *Administracyjna kara pieniężna jako instrument regulacji rynku telekomunikacyjnego*, Ikar 2012, nr 6 (11), s. 22.

sprawowaniem „policji gospodarczej” oraz „reglamentacji gospodarczej”¹¹⁹ rozumianych jako ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego przed zagrożeniami związanymi z działalnością gospodarczą oraz zapewnienie zgodnego z interesem publicznym funkcjonowania gospodarki¹²⁰.

4.2. Regulacja w ramach prawa konkurencji

Zakaz praktyk ograniczających konkurencję i kontrola koncentracji stanowią dwa filary systemu ochrony konkurencji, który jest postrzegany jako sztandarowy przykład regulacji *ex post*. Prawo to jest stosowane do rynków na których funkcjonuje skuteczna konkurencja, ma korygować pojawiające się na rynku nieprawidłowości i czuwać, by podmioty obecne na rynku nie nadużywały swojej pozycji ze szkodą dla konkurencji. Prawo konkurencji jest nastawione na ocenę przeszłych zachowań przedsiębiorców, a tym samym daje przedsiębiorcy możliwość podejmowania zróżnicowanych działań rynkowych, które to następnie, dopiero po ich wprowadzeniu, są oceniane zgodnie z przyjętymi wcześniej zasadami. Oznacza to, że podstawową funkcją regulacji prawnokonkurencyjnej jest prewencja i kształtowanie pożądaných, określonych z góry postaw wśród przedsiębiorców, a nie tylko represjonowanie negatywnych zachowań. Pomimo dominującej roli jaką odgrywa konkretyzacja *ex post*, również w prawie konkurencji mamy do czynienia z przykładami konkretyzacji *ex ante*, chociaż zazwyczaj nie występuje ona samoistnie i wyłącznie, ale ma przeważający wpływ na daną decyzję.

4.2.1. Decyzje w sprawach praktyk ograniczających konkurencję

Najbardziej charakterystycznym przypadkiem stosowania konkretyzacji *ex post* w ramach europejskiego prawa konkurencji są decyzje wydawane przez Komisję Europejską oraz krajowe organy antymonopolowe w związku z naruszeniem przez przedsiębiorstwa zakazu porozumień antykonkurencyjnych (art. 101 ust. 1 TFUE) i zakazu nadużywania pozycji dominującej (art. 102 TFUE). Stosując te przepisy organ antymonopolowy może wydać następujące decyzje¹²¹:

¹¹⁹ Zob. M. Rogalski, *Przestępstwa telekomunikacyjne*, Kraków 2006, s. 160 i n.

¹²⁰ K. Stolarski, *Zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynkach telekomunikacyjnych w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, s. 37.

¹²¹ Zob. art. 5 rozporządzenia Rady (WE) 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu.

- domagające się zaprzestania naruszenia;
- zarządzające środki tymczasowe;
- akceptujące zobowiązania;
- nakładające grzywny lub okresowe kary pieniężne lub inne kary przewidziane w krajowych przepisach prawa.

W przypadku stwierdzenia przez organ antymonopolowy występowania zachowania sprzecznego z art. 101 ust. 1 lub 102 TFUE, organ może wydać decyzję nakazującą przedsiębiorstwu lub związkowi przedsiębiorstw, których sprawa dotyczy, zaprzestanie danych zachowań. W celu wydania decyzji organ analizuje zachowania podjęte przez dane przedsiębiorstwo lub związek przedsiębiorstw, zaś wynikiem konkretyzacji *ex post* jest nakaz zaniechania dalszego praktykowania danego zachowania. Alternatywnie jednak, decyzja wydana na tej samej podstawie może wprawdzie zawierać w sobie elementy konkretyzacji *ex post*, jednak ze względu na swój cel i konsekwencje być przykładem konkretyzacji *ex ante*, gdy organ skupia się na nałożeniu na przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa obowiązków podjęcia pewnych nowych działań, tym samym skupiając się na konkretnych przyszłych działaniach przedsiębiorców, a nie tylko na zaprzestaniu obecnej praktyki. Środki, które może zastosować Komisja obejmują zarówno środki behawioralne, jak i środki strukturalne, przy czym środki strukturalne zastosować można jedynie, gdy nie istnieją równie skuteczne środki behawioralne lub gdy równie skuteczne środki behawioralne byłyby bardziej uciążliwe dla zainteresowanych przedsiębiorstw niż środki strukturalne¹²². W każdym przypadku zastosowane środki muszą być niezbędne dla zakończenia naruszenia oraz proporcjonalne wobec naruszenia. Komisja może stosować obydwa rodzaje środków, jednak kwestia, czy krajowe organy antymonopolowe mogą stosować środki strukturalne budzi wątpliwości w doktrynie¹²³. Wydaje się że skoro organy te mogą wydawać decyzje nakazujące zaprzestania naruszenia na podstawie art. 5 rozporządzenia nr 1/2003¹²⁴, to upoważnia je to do nakładania obu typów środków niezbędnych do usunięcia naruszenia. Z drugiej strony zrozumiałe jest, że w praktyce stosowanie środków strukturalnych przez krajowe organy antymonopolowe w przypadku naruszeń, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, rodzi wątpliwości w zakresie podmiotów prowadzących działalność poza jurysdykcją danego organu antymonopolowego. Za przyznaniem krajowym organom antymonopolowym prawa

¹²² Zob. art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003.

¹²³ Por. M. Szydło, *Prawo konkurencji...*, s. 53 i K. Stolarski, *Op.cit.*, s. 39.

¹²⁴ Rozporządzenie Rady nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu.

do stosowania środków strukturalnych przemawia fakt, że same środki behawioralne, w przeciwieństwie do strukturalnych, nie eliminują pierwotnej zachęty, która doprowadziła przedsiębiorstwa do ograniczania konkurencji. W konsekwencji środki behawioralne, mające kontrolować zdolność przedsiębiorstwa lub przedsiębiorstw do ograniczania konkurencji, mogą doprowadzić do sytuacji, w której poziom konkurencji jest niższy niż byłby w przypadku wyeliminowania zachęty do ograniczania konkurencji.

Z kolejnym typem decyzji mamy do czynienia, gdy Komisja wyda decyzję uznającą daną praktykę przedsiębiorstwa lub grupy przedsiębiorstw za naruszającą art. 101 ust. 1 lub 102 TFUE. Może ona wówczas (fakultatywnie) nałożyć sankcję w postaci grzywny¹²⁵ lub okresowej kary pieniężnej¹²⁶. Decyzja ta opiera się na analizie zachowań, które miały miejsce w przeszłości i jest typowym przykładem sankcji nałożonych w wyniku konkretyzacji *ex post*.

Podobnie za przykład konkretyzacji *ex post* uznać należy tzw. decyzje zobowiązujące w których organ czyni wiążącymi zobowiązanie przedsiębiorstw do zaniechania występującej praktyki sprzecznej z prawem konkurencji. Jeżeli Komisja zamierza przyjąć decyzję nakazującą zaprzestania naruszenia, a zainteresowane przedsiębiorstwa zaproponują zobowiązania uwzględniające zastrzeżenia wyrażone przez Komisję we wstępnej fazie rozpatrywania sprawy, Komisja może, w drodze decyzji, uczynić takie zobowiązania wiążącymi dla przedsiębiorstw¹²⁷. Analogiczne uprawnienie przysługuje Prezesowi UOKiK na podstawie art. 12 UOKiK¹²⁸, zgodnie z którym Prezes Urzędu może zobowiązać przedsiębiorcę, któremu jest zarzucane naruszenie art. 6 lub art. 9 ustawy lub art. 101 ust. 1 lub art. 102 TFUE (w przeciwieństwie do Komisji, Prezes UOKiK może taką decyzję wydać na dowolnym etapie postępowania). Decyzja zobowiązująca, w kształcie uregulowanym w rozporządzeniu 1/2003, jest sposobem konsensualnego rozstrzygnięcia sporu na podstawie złożonych przez przedsiębiorstwa (związki przedsiębiorstw) zobowiązań. Decyzje te określano jako *sui generis* ugodę przedsiębiorstwa z organem¹²⁹, chociaż formalnie ugodą nie są¹³⁰. Przesłanką, konieczną do wydania decyzji zobowiązującej, jest złożenie zobowiązania

¹²⁵ Zob. art. 23 rozporządzenia 1/2003.

¹²⁶ Zob. art. 24 rozporządzenia 1/2003.

¹²⁷ Zob. art. 9 rozporządzenia 1/2003.

¹²⁸ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz. U. 2007 Nr 50 poz. 331.

¹²⁹ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 298.

¹³⁰ Ugodę zawrzeć mogą wyłącznie strony. Do ugody stanąć nie mogą natomiast podmioty działające na prawach strony, czy też organ prowadzący postępowanie. Decyzje zobowiązujące nie są sposobem rozwiązania sporu pomiędzy stronami postępowania przed Prezesem UOKiK, gdyż brak tu trzeciej strony.

przez przedsiębiorstwo. Pojęcie zobowiązania (w rozporządzeniu 1/2003: commitment), nie jest tu równoznaczne z pojęciem zobowiązania w ujęciu cywilistycznym¹³¹. Zobowiązanie przedsiębiorstwa jest jednostronnym aktem woli, pochodzącym od przedsiębiorstwa lub związku przedsiębiorstw będących stronami postępowania przed organem antymonopolowym. Treścią tego zobowiązania jest wyrażenie woli przedsiębiorstwa co do określonego zachowania w przyszłości (działania lub zaniechania), natomiast ze strony organu antymonopolowego – warunkowe wstrzymanie się od nałożenia sankcji. Przedmiotowo zachowanie będące treścią zobowiązania powinien charakteryzować związek z deliktem antymonopolowym rozpatrywanym w ramach postępowania¹³². Przedsiębiorstwo zobowiązuje się do podjęcia działań mających na celu przywrócenie stanu zgodności z prawem, natomiast organ antymonopolowy ocenia dokonane zobowiązanie i wydaje decyzję zatwierdzającą lub nie przedstawione zobowiązanie. Decyzje te mają na celu skuteczne i trwałe zakończenie naruszenia z zachowaniem zasady proporcjonalności¹³³. Oznacza to, że decyzje zobowiązujące posiadają oczywiste cechy regulacji *ex post*, gdyż odnoszą się do zachowań już podjętych przez przedsiębiorstwo. Nie można jednak pominąć faktu, że decyzje zobowiązujące są skierowane na przyszłość, kształtują przyszłe zachowania przedsiębiorstw i niekiedy ten element może pełnić rolę wiodącą. Z tego względu, gdy decyzja zobowiązująca nie skupia się na doprowadzeniu do zaniechania występującej praktyki, tylko na zobowiązaniu przedsiębiorstwa lub grupy przedsiębiorstw do podjęcia nowych czynności, należy uznać ją za przykład konkretyzacji *ex ante*, pomimo nadal obecnych elementów *ex post*. Pogląd ten tym bardziej wspiera fakt, że decyzje zobowiązujące mogą być wydane nawet, gdy przedsiębiorca uprzednio zaprzestał sprzecznej z prawem konkurencji działalności, jeśli organ antymonopolowy stwierdzi ryzyko powrotu do wcześniejszej praktyki.

Analogiczny podział można rozróżnić w zakresie środków tymczasowych, czyli decyzji wydawanych w przypadkach naglących, ze względu na ryzyko zaistnienia poważnej i nienaprawialnej szkody dla konkurencji w oparciu o wykrycie naruszenia *prima facie*. Wydanie decyzji w konsekwencji wykrycia naruszenia świadczy o cechach konkretyzacji *ex post* i faktycznie, decyzji nakazującej zaprzestanie dotychczasowych działań sprzecznych z prawem konkurencji należy przyznać taki charakter. Środki tymczasowe nie mają charakteru

¹³¹ Por. Z. Radwański, *Zobowiązania - część ogólna*, Warszawa 1995, s. 31.

¹³² A. Gill, M. Swora, *Decyzja zobowiązująca jako metoda rozwiązywania sporów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2005, nr 3, s. 129.

¹³³ *Ibidem*, s. 133.

aktu ostatecznie kończącego postępowanie, są stosowane jeszcze w trakcie postępowania antymonopolowego, gdy ich brak może spowodować trudne do odwrócenia konsekwencje dla konkurencji, jednak czas obowiązywania decyzji o zastosowaniu środka tymczasowego jest ściśle określony i wygasają one wraz z zakończeniem postępowania w toku którego zostały wydane. Tymczasowy charakter środków i w konsekwencji brak długoterminowego nastawienia się na przyszłość sprawia, że zakwalifikowanie środków tymczasowych jako środków regulacji *ex ante* jest kontrowersyjne, jednak środki wykraczające ponad sam zakaz dalszego wykonywania danej działalności, nakładające na przedsiębiorcę obowiązek podjęcia nowych działań należy uznać za przykład konkretyzacji *ex ante*¹³⁴, analogicznie jak ma to miejsce w przypadku decyzji zobowiązujących.

Przykładem decyzji stanowiących typowy przykład konkretyzacji prawa konkurencji *ex post* są decyzje w których Komisja albo krajowy organ antymonopolowy stwierdza, że dane zachowanie przedsiębiorstwa lub związku przedsiębiorstw nie stanowi naruszenia art. 101 ust. 1 lub 102 TFUE, albo że jest ono objęte wyłączeniem zawartym w art. 101 ust. 3 TFUE. Warto zwrócić uwagę, że za czasów obowiązywania rozporządzenia 17/62¹³⁵, które przewidywało prewencyjną kontrolę Komisji, można było mówić o regulacji *ex ante*, gdyż Komisja udzielała wyłączeń indywidualnych. Od czasu wprowadzenia, mocą rozporządzenia 1/2003¹³⁶, modelu wyłączeń stosowanych bezpośrednio, przedsiębiorstwa same oceniają czy ich praktyka narusza art. 101 ust. 1 TFUE, a Komisja interweniuje jedynie, gdy uzna iż w danym przypadku wyłączenie z art. 101 ust. 3 nie obejmuje konkretnej praktyki. W tym przypadku mamy jednak do czynienia z typową konkretyzacją *ex post*, odnoszącą się do dokonanych zachowań przedsiębiorstw i mającą na celu ocenę działań przedsiębiorstw, a nie ukształtowanie ich przyszłych zachowań.

4.2.2. Decyzje w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw

Unijny system prawa konkurencji odnoszący się do kontroli koncentracji przeszedł istotną zmianę wraz z wejściem w życie rozporządzenia nr 139/2004¹³⁷. Przed przyjęciem tego aktu, Komisja podejmowała próby wykorzystania art. 81 ust. 1 i art. 82 TWE (obecnie

¹³⁴ M. Szydło, *Prawo konkurencji...*, s. 31.

¹³⁵ Rozporządzenie 17/62/EEC First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, Official Journal 013 , 21/02/1962 P. 0204 – 0211.

¹³⁶ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003.

¹³⁷ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

art. 101 ust. 1 i art. 102 TFUE) w celu zakazania koncentracji szkodliwych dla konkurencji, kwalifikując koncentracje jako porozumienie antykonkurencyjne albo nadużycie pozycji dominującej¹³⁸. To niedoskonałe rozwiązanie oznaczało możliwość analizowania zaistniałych już działań i w konsekwencji konkretyzację o przeważających cechach *ex post*, gdy Komisja odnosiła się do przeprowadzonych przez przedsiębiorstwa działań. Rozporządzenie w sprawie koncentracji przedsiębiorstw z 21 grudnia 1989 r.¹³⁹ wprowadziło do europejskiego prawa konkurencji kompleksowe i systematyczne podejście do kontroli koncentracji *ex ante*, ale dopiero przepisy rozporządzenia nr 139/2004 umożliwiają przeprowadzenie dużo bardziej szczegółowej analizy koncentracji i wprowadziły możliwość zapobiegania powstawania pozycji dominującej, a nie tylko przeciwdziałanie wzmocnienia już istniejącej pozycji dominującej, na co jedynie pozwalała poprzednia regulacja. Przepisy i stosowanie polskiego prawa ochrony konkurencji, w tym kontroli koncentracji, było w sposób analogiczny „dostosowywane” do standardów unijnych¹⁴⁰, a obecnie obowiązujące przepisy materialnoprawne kontroli koncentracji¹⁴¹ są odpowiednikiem art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 139/2004.

Zgodnie z obowiązującą regulacją, przed notyfikacją koncentracji przedsiębiorstwa muszą zdefiniować jej ramy, co do zasady, w formie umowy cywilnoprawnej, publicznej oferty przejęcia lub nabycia kontrolnego pakietu akcji. Z punktu widzenia cywilnoprawnego oznacza to, że Komisja lub krajowy organ antymonopolowy analizuje działania koncentracyjne, które przedsiębiorcy już zdefiniowali i rozpoczęli. Fakt ten zdaniem niektórych autorów¹⁴² uzasadnia zakwalifikowanie decyzji uznających koncentrację za zgodną albo niezgodną z rynkiem wewnętrznym za przykład konkretyzacji *ex post*, jako że ocena dotyczy czynności podjętych już przed przedsiębiorców. Opinia taka jest uzasadniona z punktu widzenia prawa cywilnego, jednak sytuacja wygląda inaczej z perspektywy prawa konkurencji. Organ antymonopolowy nie poddaje analizie cywilnoprawnych skutków dokonanej czynności prawnej, tylko skupia się na analizie wpływu koncentracji na konkurencję na rynku. Podstawowym celem kontroli koncentracji jest prewencja przed

¹³⁸ Zob. Rozdział III, pkt. 2.1.

¹³⁹ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

¹⁴⁰ Zob. A. Jurkowska, T. Skoczny, *Doktryny orzecznicze sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1962–2004*, w: A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych*, Walters Kluwer 2007, s. 64–66. T. Skoczny, [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, T. Skoczny (red), Warszawa 2014, s. 4 i n.

¹⁴¹ Art. 18, art. 19 ust. 1, art. 20 ust. 1 uokik.

¹⁴² Zob. M. Szydło, *Prawo konkurencji...*, s. 32.

powstaniem na rynku nadmiernych i stanowiących zagrożenie dla konkurencji koncentracji. Z punktu widzenia cywilnoprawnego dany podmiot może już istnieć (np. jako spółka z o. o. w organizacji), jednak do momentu rozpoczęcia działalności nie wywołuje on wpływu na konkurencję¹⁴³.

Kluczowym kryterium do oceny charakteru decyzji wydawanych w sprawach kontroli koncentracji jest moment implementacji koncentracji. Kontrola dokonywana przed dokonaniem koncentracji jest przykładem konkretyzacji *ex ante*, natomiast kontrola dokonywana już po wprowadzeniu danej koncentracji w życie stanowi przykład konkretyzacji *ex post*. Zgodnie z aktualną unijną regulacją należy zatem zakwalifikować decyzje w sprawie kontroli koncentracji jako przykład konkretyzacji *ex ante*, gdyż organ podejmuje władczą decyzję polegającą na zezwoleniu lub nie na implementację danej koncentracji, która bez zgody organu nie może dojść do skutku. W tym celu organ antymonopolowy przeprowadza analizę nastawioną na ocenę przyszłego kształtu rynku, a nie ocenę przeprowadzonych czynności cywilnoprawnych. Przeprowadzany test SIEC¹⁴⁴ zobowiązuje organ do dokonania złożonej, długoterminowej analizy wpływu koncentracji na konkurencję na rynku, odmiennie niż ma to miejsce w przypadku analizy naruszenia art. 101 ust. 1 lub art. 102 TFUE, a porównywalnie jak ma to miejsce w przypadku analiz przeprowadzanych przez regulatorów sektorowych.

W ramach procedury kontroli koncentracji możemy mieć również do czynienia z konkretyzacją *ex post*, gdy organ antymonopolowy penalizuje naruszenie przez przedsiębiorstwa ciążących na nich obowiązków¹⁴⁵, co jest typowym przykładem „policji gospodarczej” i nie stanowi istoty postępowania w sprawie kontroli koncentracji.

Porównanie środków stosowanych w ramach regulacji sektorowej i prawa konkurencji pokazuje, że obydwie grupy przepisów mogą być podstawą dla konkretyzacji *ex ante*, jak i *ex post*. Pomimo tego, większość narzędzi pozwalających na aktywne, bezpośrednie kształtowanie rynku można odnaleźć w ramach regulacji sektorowej i, w ramach prawa konkurencji, w regulacji dotyczącej kontroli koncentracji. Regulacja kontroli koncentracji wyraźnie wyróżnia się w ramach prawa konkurencji, kładąc równie silny akcent na nakierowaną przyszłościowo konkretyzację *ex ante*, co regulacja sektorowa. W konsekwencji, dokonując analizy i konkretyzacji w ramach kontroli koncentracji, Komisja i krajowe organy antymonopolowe mogą skutecznie wpływać na dany rynek i kształtować jego strukturę. W

¹⁴³ K. Stolarski, *Op.cit.*, s. 44.

¹⁴⁴ *Significant Impediment to Effective Competition* – znaczące zakłócenie skutecznej konkurencji.

¹⁴⁵ Zob. art. 8 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004 i Dział VII ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

obliczu postulowanego przez Komisję ograniczania stosowania w stosunku do rynków łączności elektronicznej regulacji sektorowej, rola decyzji *ex ante* podejmowanych w ramach kontroli koncentracji jako narzędzi kształtowania rynku w naturalny sposób rośnie. Jednak należy zwrócić uwagę, że o ile kontrola koncentracji, jako element systemu prawa antymonopolowego, ma cele zbieżne i podobne do celów regulacji sektorowej, to te dwie grupy przepisów nie powinny być stosowane jako swoje substytuty. Prawo konkurencji ma na celu utrzymanie istniejącej konkurencji, zaś regulacja sektorowa wykształcenie efektywnej konkurencji. Decyzje unijnych organów ochrony konkurencji, w których wyraźnie widoczna jest ze strony organu chęć promowania konkurencji oraz czynienia rynków bardziej konkurencyjnymi spotyka się w doktrynie prawa konkurencji z otwartą krytyką¹⁴⁶. Ma to stanowić przejaw przekroczenia kompetencji przez organ, który w ramach polityki konkurencji ma chronić istniejącą konkurencję. Instytucje prawa konkurencji nie powinny być wykorzystywane do regulowania rynków na których występuje efektywna konkurencja, nawet jeżeli w wyniku wprowadzenia danego rozwiązania rynek miałby stać się jeszcze bardziej konkurencyjny.

5. Regulacja sektorowa na rynku telekomunikacji mobilnej

5.1. Dostęp do sieci infrastrukturalnych, połączenia międzysieciowe i zakańczanie połączeń

Jednym z podstawowych wyzwań, które trzeba przezwyciężyć wprowadzając efektywną konkurencję w sektorach strukturalnych, jest zapewnienie dostępu¹⁴⁷ do sieci infrastrukturalnych, połączeń międzysieciowych i interoperacyjności usług dla podmiotów innych niż przedsiębiorstwo zasiedziałe. Operator zasiedziały jest naturalnie zmotywowany by samemu wykorzystywać swoją sieć do świadczenia usług użytkownikom końcowym i w

¹⁴⁶ G. Monti, *New Directions in EC Competition Law* [w:] T. Tridimas, P. Nebbia (red.), *European Union Law for the Twenty-First Century. Rethinking the New legal order*, Vol. 1, Hart Publishing 2004, s. 190; Por. decyzja Komisji Europejskiej 94/579/EC z 27 lipca 1994 r., *BT-MCI*, sprawa IV/34.857.

¹⁴⁷ Dostęp nie oznacza dostępu zapewnianego użytkownikom końcowym, a udostępnianie urządzeń lub usług innemu przedsiębiorstwu, na ściśle określonych warunkach, na zasadzie wyłączności albo braku wyłączności, celem świadczenia usług łączności elektronicznej. Obejmuje to dostęp do elementów sieci i urządzeń towarzyszących (w szczególności obejmuje dostęp do pętli lokalnej oraz urządzeń i usług niezbędnych do jej obsługi), dostęp do fizycznej infrastruktury (budynków, przewodów, masztów, itp.), do odpowiedniego oprogramowania, translacji numerów, dostęp do sieci (w szczególności na potrzeby roamingu).

ten sposób maksymalizować swoje zyski¹⁴⁸, dlatego jest skłonny do odmawiania dostępu do sieci innym podmiotom lub oferowania go po zawyżonej cenie. Sytuacja ta sprawia, że z punktu widzenia operatora mającego wejść na rynek, perspektywa poniesienia olbrzymich kosztów budowy własnej infrastruktury przed rozpoczęciem działalności stanowić będzie wysoką barierę wejścia na rynek, szczególnie biorąc pod uwagę fakt, że inwestycje w infrastrukturę to często tzw. „koszty utopione”, czyli koszty, których przedsiębiorstwo nie może odzyskać w przypadku zakończenia działalności i wyjścia z rynku. Jest to szkodliwe zarówno dla konkurencji na rynku, jak i konsumentów, dlatego zagadnienie dostępu jest przedmiotem analizy zarówno z punktu widzenia prawa regulacji sektorowej, jak i prawa konkurencji, chociaż obydwie gałęzie prawa regulują problematykę dostępu w inny sposób.

5.1.1. Dostęp do sieci infrastrukturalnych

W ramach prawa konkurencji odmowa dostępu może zostać uznana za antykonkurencyjną odmowę dostawy i w efekcie za nadużycie pozycji dominującej zakazane na podstawie art. 102 TFUE. Należy pamiętać, że nie każda odmowa dostępu może być uznana za zabronioną przez prawo konkurencji. Każde przedsiębiorstwo co do zasady korzysta, w ramach swobody działalności gospodarczej, z możliwości wyboru swoich partnerów handlowych i możliwości decydowania o sposobie wykorzystania swojej infrastruktury. Prawo konkurencji nakłada obowiązek udzielenia dostępu jedynie na przedsiębiorstwa posiadające pozycję dominującą i jedynie w przypadku, gdy odmowa prowadzi do wyeliminowania konkurencji, w efekcie szkód dla konsumentów, przy braku korzyści, które rekompensowałyby powyższe straty. Aby odmowa prowadziła do wyeliminowania konkurencji dla produktu do którego odmówiono dostępu nie może być dostępny substytut, co czyni go niezbędnym dla funkcjonowania na rynku. Z punktu widzenia rynku telekomunikacji mobilnej sytuacja taka jest mało prawdopodobna, gdyż w każdym państwie członkowskim występuje kilku operatorów dysponujących w pełni rozwiniętymi sieciami, więc w zasadzie nie można tu już mówić o sytuacji monopolu naturalnego, a odmowa dostępu ze strony jednego operatora sama w sobie nie uniemożliwi prowadzenia działalności na rynku¹⁴⁹. Jeżeli jednak wszyscy alternatywni operatorzy infrastrukturalni również odmówiliby dostępu i w efekcie na rynku nie byłoby dla danego produktu substytutu,

¹⁴⁸ Por. S. Piątek, *Sieci szerokopasmowe w polityce telekomunikacyjnej*, Warszawa 2011, s. 53.

¹⁴⁹ Wyjątkami mogą być jedynie niektóre najslabiej zaludnione regiony, gdzie duplikowanie infrastruktury nie ma uzasadnienia, jak ma to miejsce przykładowo w części terytorium Irlandii, zob. Rozdział V pkt 2.

stałby się on niezbędny do skutecznego konkurowania¹⁵⁰. Należy uznać, że prawo konkurencji wymusza udzielenie dostępu do sieci operatorów telekomunikacji mobilnej jedynie w wyjątkowych sytuacjach, gdyż dotyczy tylko operatorów znajdujących się w pozycji dominującej na rynku, gdy wszyscy operatorzy strukturalni odmawiają dostępu, dana infrastruktura jest niemożliwa lub nieopłacalna ekonomicznie do zduplikowania, a odmowa wywołuje szkodę dla konsumentów i nie jest obiektywnie uzasadniona, bądź nie prowadzi do korzyści dla konsumentów poprzez zyski na polu zwiększonej efektywności.

Na tle prawa konkurencji przepisy regulacji sektorowej przewidują znacznie szerszy katalog sytuacji, w których na operatorze spoczywać może obowiązek zapewnienia dostępu do swojej sieci. Celem regulacji sektorowej jest zapewnienie, by konkurenci uzyskali dostęp do infrastruktury operatora zasiedziałego na jasnych i niedyskryminacyjnych warunkach, dzięki czemu mogą szybko rozpocząć działalność bez konieczności inwestowania w najdroższe elementy infrastruktury. Należy zwrócić uwagę, że unijna regulacja dostępu chroni przede wszystkim umowny mechanizm świadczenia dostępu i połączeń międzysieciowych. Podstawowym zobowiązaniem państw członkowskich jest zapewnienie, by nie istniały ograniczenia, które utrudniałyby przedsiębiorstwom w tym samym państwie członkowskim albo w różnych państwach członkowskich prowadzenie pomiędzy sobą negocjacji w sprawie umów o technicznych i handlowych warunkach dotyczących dostępu lub wzajemnych połączeń, zgodnie z prawem Unii¹⁵¹.

Ponadto, regulator sektorowy może nałożyć szereg obowiązków dostępowych, których katalog zależy od pozycji rynkowej danego operatora. W przypadku operatorów posiadających pozycję znaczącą regulator dysponuje uprawnieniami dotyczącymi:

- obowiązku przejrzystości (art. 9 dyrektywy o dostępie i art. 69 EKŁE);
- obowiązku niedyskryminacji (art. 10 Ddyrektywy o dostępie i art. 70 EKŁE);
- obowiązków związanych z rozdzielenością księgową (art. 11 dyrektywy o dostępie i art. 71 EKŁE);
- obowiązków związanych z dostępem i użytkowaniem specyficznych urządzeń sieciowych (art. 12 dyrektywy o dostępie i art. 73 EKŁE);
- kontroli cen i obowiązków związanych z systemem księgowania kosztów (art. 13 dyrektywy o dostępie i art. 74 EKŁE);

¹⁵⁰ M. Szydło, Op.cit., s. 129.

¹⁵¹ Zob. art. 59 ust. 1 EKŁE.

- w wyjątkowych okolicznościach, po wcześniejszej notyfikacji i uzyskaniu zgody Komisji, organ regulacyjny może nałożyć obowiązki w zakresie dostępu czy połączeń międzysieciowych inne niż wymienione wyżej;

Jawność zasad i warunków dostępu i połączeń międzysieciowych, w tym cen, służy przyspieszaniu negocjacji, unikaniu sporów i daje uczestnikom rynku pewność, że usługa nie jest świadczona na dyskryminujących warunkach, co wspiera rozwój mechanizmów umownych. Gdy środki te nie są wystarczające, krajowy organ regulacyjny nakłada na operatora posiadającego pozycję dominującą konkretne obowiązki związane z dostępem.

Odnosnie do operatorów, którzy nie posiadają pozycji znaczącej krajowe organy regulacyjne wspierają i w razie potrzeby zapewniają odpowiedni dostęp i wzajemne połączenia oraz interoperacyjność usług, wykonując swoje zadania w taki sposób, aby promować wydajność, zrównoważoną konkurencję, realizację sieci o bardzo dużej przepustowości, efektywne inwestycje i innowacje oraz zapewnić maksymalne korzyści użytkownikom końcowym¹⁵². EKŁE w art. 61 ust. 2 – 4 wymienia przykładowo środki, które organ regulacyjny może nakładać na operatorów, zaś art. 61 ust. 6 EKŁE (wcześniej art. 5 ust. 4 dyrektywy o dostępie) dodatkowo przyznaje krajowym organom regulacyjnym uprawnienie do interweniowania z własnej inicjatywy, w uzasadnionych przypadkach, w celu zapewnienia przestrzegania celów regulacji sektorowej. Przykładowe wyliczenie środków i brak określenia o jaki typ interwencji chodzi sprawiają, że postanowienia te budzą szereg niejasności i trudności przy wdrożeniu przepisów dyrektywy¹⁵³, jednocześnie dając organom regulacyjnym dużą swobodę decyzyjną.

Warto podkreślić, że o ile obowiązki wynikające z prawa konkurencji ciążyą na każdym dominującym przedsiębiorstwie, które zarządza siecią telekomunikacyjną, o tyle obowiązki wynikające z regulacji sektorowej nie obciążają każdego operatora, nawet o pozycji dominującej. Spoczywają one jedynie na tych przedsiębiorstwach, na które zostały nałożone decyzją sektorowego organu regulacyjnego, niezależnie od pozycji rynkowej, gdyż samo stwierdzenie pozycji dominującej danego operatora nie przesądza o zastosowaniu wobec operatora obowiązku udzielenia dostępu, a jedynie określa którym katalogiem środków będzie w danej sytuacji dysponował organ regulacyjny. W przypadku regulacji sektorowej nie tylko zakres podmiotów, które mogą zostać objęte obowiązkami związanymi z zapewnieniem

¹⁵² Zob. art. 61 ust. 1 EKŁE.

¹⁵³ B. Marciniak, *Regulacja telekomunikacji – nakładanie obowiązku połączenia sieci na operatorów niezajmujących pozycji znaczącej. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2012 r. (III SK 3/12)*, Ikar 2013, nr 3(2), s. 127.

dostępu jest szerszy niż w prawie konkurencji, ale również obiekty do których udostępniania mogą być zobowiązani operatorzy nie muszą stanowić tzw. „wąskich gardeł” i być niezbędnymi do świadczenia usług. Zamiast tego dyrektywa określa pewien zakres zasad, którymi powinny kierować się organy regulacyjne przy rozważaniu nałożenia obowiązków, takie jak potrzeba zapewnienia neutralności technologicznej, potrzebę ochrony konkurencji w długoterminowej perspektywie, ze szczególnym uwzględnieniem efektywnej ekonomicznie konkurencji opartej na infrastrukturze oraz innowacyjnych modeli biznesowych wspierających zrównoważoną konkurencję, takich jak modele oparte na współinwestycjach w sieci¹⁵⁴. Organy powinny nakładać obowiązki w szczególności jeżeli odmowa przyznania dostępu lub ustanowienie nierozsądnych zasad i warunków mających podobny skutek uniemożliwiłyby powstanie trwale konkurencyjnego rynku detalicznego i nie leżałyby w interesie użytkowników końcowych¹⁵⁵.

W przypadku, gdy istnieje realna technicznie i ekonomicznie możliwość duplikacji danej sieci, możliwość uzyskania łatwego dostępu do cudzej sieci infrastrukturalnej nie sprzyja rozwojowi konkurencji opartej na infrastrukturze, gdyż konkurenci mogą czuć się demotywowani do dokonywania własnych inwestycji w infrastrukturę. Stan taki jest niepożądany i sprzeczny z wytycznymi zawartymi w EKŁE, które nakazują organom regulacyjnym ochronę długoterminowej konkurencji, w szczególności konkurencji opartej na infrastrukturze¹⁵⁶. Należy jednak pamiętać, że podstawowym celem regulacji sektorowej jest wytworzenie efektywnej konkurencji, w szczególności na rynkach detalicznych, co ma stanowić korzyść dla użytkowników końcowych. Dlatego organ regulacyjny może nakazać udzielenie dostępu do infrastruktury nie będącej „wąskim gardłem”, gdy skutkuje to rozwojem konkurencji i zwiększeniem efektywności alokacyjnej nawet kosztem rozwoju infrastruktury i efektywności dynamicznej. Organ regulacyjny musi zawsze rozważyć konsekwencje krótko- i długoterminowe wprowadzanego przez siebie obowiązku udzielenia dostępu. Nakazanie udostępnienia elementów sieci, które mogłyby zostać zduplikowane, z jednej strony spowalnia rozwój efektywności dynamicznej, a z drugiej jest przede wszystkim korzystne dla konkurentów, którzy mają znacznie ułatwione warunki wkroczenia na rynek, a nie dla samego procesu konkurencji, w szczególności w perspektywie długookresowej. W takiej sytuacji prawo konkurencji zezwala operatorom na odmowę udzielenia dostępu, koncentrując się na korzyściach dla procesu konkurencji, nie zaś na dobrocie konkurentów.

¹⁵⁴ Art. 73 ust. 2 EKŁE.

¹⁵⁵ Art. 73 ust. 1 EKŁE.

¹⁵⁶ Art. 73 ust. 2 lit. f) EKŁE.

Gdy organ regulacyjny nałoży na operatora obowiązek udostępnienia sieci, może on odmówić dostępu jedynie powołując się na obiektywne kryteria, takie jak techniczna wykonalność albo potrzeba zapewnienia integralności sieci. Operator nie może odmówić dostępu do swojej sieci powołując się na płynące z odmowy korzyści, w tym przede wszystkim korzyści efektywności dynamicznej. Analizę i porównanie zysków i strat w krótkiej i długiej perspektywie zarówno, gdy chodzi o efektywność dynamiczną, jak i alokacyjną przeprowadza z góry organ regulacyjny. Operator musi dostosować się do jego decyzji, z wyjątkiem sytuacji uzasadnionych ze względów technicznych lub bezpieczeństwa, odmowa dostępu stanowi naruszenie niezależnie od konsekwencji jakie wywołuje na rynku, z samego tylko faktu naruszenia nałożonego nakazu. Odmienne, odmowa dostępu stanowi naruszenie prawa konkurencji tylko pod warunkiem wystąpienia antykonkurencyjnych skutków na rynku następczym i operator dominujący może jej dokonać, jeśli decyzja ta przyniesie realne korzyści ekonomiczne, przede wszystkim zwiększy efektywność dynamiczną.

Rozwiązania przyjęte w ramach regulacji sektorowej przywodzi na myśl teorię oligopolu Augustina Cournot¹⁵⁷, która w najbardziej ortodoksyjnej formie zakłada, że zachowania rynkowe są bezpośrednim wynikiem takich czynników jak liczba przedsiębiorstw obecnych na rynku, różnice pomiędzy ich rozmiarami, ponoszonymi kosztami, czy zróżnicowaniu produktów. Zgodnie z tą teorią, znając koszty ponoszone przez przedsiębiorstwa, możemy obliczyć ich udział w rynku - przedsiębiorstwa ponoszące niższe koszty mają większy udział, natomiast porównanie rozmiaru przedsiębiorstw działających na rynku powie wiele o cenie ich dóbr – cena jest mniejsza, gdy przedsiębiorstwa są do siebie zbliżone wielkościami i rośnie im większa jest różnica pomiędzy wielkością przedsiębiorstw¹⁵⁸. Zatem to struktura rynkowa ma kształtować zachowania rynkowe przedsiębiorstw, które z kolei determinują sytuację rynkową (wynik). Jest to tzw. paradygmat S-C-P (*Structure-Conduct-Performance*), w ramach którego istotnym założeniem jest, że skoro struktura S skutkuje zachowaniem C, a zachowanie C skutkuje wynikiem P, to analiza zachowania C może być pominięta, gdyż zgodnie z podstawowymi prawami logiki, S skutkuje P.

Podobnie jak w teorii Cournot, organy regulacyjne nakładając obowiązek udzielenia dostępu nie analizują zachowania przedsiębiorstw (C), tylko w oderwaniu od rzeczywistych

¹⁵⁷ Zob. A. Cournot, *Studies in the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*, Nowy York 1897.

¹⁵⁸ H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Londyn 2005, s. 36.

konsekwencji działań przedsiębiorstw i ich wpływu na efektywność alokacyjną i dynamiczną, domniemują ze skoncentrowanej struktury sektora sieciowego, że odmowa dostępu będzie szkodliwa dla rynku¹⁵⁹. Na gruncie prawa konkurencji tak uproszczony sposób regulowania funkcjonowania przedsiębiorstw oparty na podstawie paradygmatu S-C-P był charakterystyczny dla tzw. szkoły harwardzkiej, która skupiała się na strukturalnych przejawach oligopolu, jak niewielka ilość przedsiębiorstw, czy małe zróżnicowanie produktów. W konsekwencji szkoła ta optowała za agresywną polityką w zakresie koncentracji, co miało zapobiec postępującej koncentracji na rynkach, której skutki były w większości uważane za szkodliwe dla konkurencji. Postulowano wręcz, że organy powinny móc rozbijać monopolistów, nawet jeśli ich zachowanie w żadnym stopniu nie narusza prawa¹⁶⁰. Tak uproszczone stosowanie prawa konkurencji zostało jednak dawno zarzucone i prymat osiągnęła pogłębiona ekonomiczna analiza konkretnych konsekwencji i wyników danego zachowania rynkowego¹⁶¹.

Europejskie prawo konkurencji zakazuje dominantom stosowania praktyk wykluczających jedynie, jeżeli dana praktyka wywołuje efekt wykluczenia i w konsekwencji prowadzi do antykonkurencyjnych skutków obniżając efektywność ekonomiczną przy braku rekompensujących te straty korzyści. Regulacja sektorowa przewiduje obowiązek dostępowy o szerszym zakresie i obejmujący większy katalog podmiotów niż prawo konkurencji, co wskazuje że powinna być stosowana w sytuacji, gdy zasady prawa konkurencji mogą okazać się niewystarczające dla zapewnienia efektywnej konkurencji. W miarę intensyfikacji konkurencji na rynku, należy stopniowo ograniczać zakres regulacji sektorowej, uwzględniając fakt, że obowiązek zapewnienia dostępu do infrastruktury wprowadzie pociąga za sobą zwiększenie konkurencji w krótkiej perspektywie czasowej, ale nie powinien zniechęcać konkurentów do inwestowania w alternatywne rozwiązania, co pociągnie za sobą zwiększoną zrównoważoną konkurencyjność lub lepszą jakość i większe korzyści dla użytkownika końcowego w dłuższej perspektywie czasowej¹⁶².

¹⁵⁹ M. Szydło, *Prawo konkurencji...*, s. 82.

¹⁶⁰ H. Hovenkamp, *Op.cit.*, s. 37.

¹⁶¹ M. Szydło, *Prawo konkurencji*, s. 82.

¹⁶² Zob. EKŁE, pkt. 191 preambuły.

5.1.2. Świadczenie usługi dostępu i rozpoczynania połączeń w sieciach mobilnych dla wirtualnych operatorów telekomunikacji mobilnej

Operatorzy, którzy dysponują swoją infrastrukturą i pasmem częstotliwości radiowej nazywani są operatorami infrastrukturalnymi, czyli MNO. W odróżnieniu od nich operatorzy wirtualni, MVNO, nie dysponują widmem i, co do zasady, własną infrastrukturą. Zamiast tego zawierają umowę dostępu z MNO, która umożliwia im korzystanie z ich infrastruktury i widma. W ten sposób powstaje hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń w publicznych sieciach telekomunikacji mobilnej i relacja pomiędzy MNO jako stroną podaźową i MVNO jako stroną popytową, oraz wertykalna relacja pomiędzy hurtowym rynkiem dostępu i rozpoczynania połączeń oraz detalicznym rynkiem świadczenia usług telekomunikacji mobilnej.

W celu uzyskania dostępu MVNO ogłasza przetarg, w ramach którego MNO mogą konkurować o zawarcie umowy hurtowego dostępu do sieci. Decyzję o zawarciu umowy MNO podejmują uwzględniając swoje krótkoterminowe i długoterminowe cele, jak chęć zoptymalizowania wykorzystania sieci bez przeciążania jej oraz chęć uniknięcia kanibalizacji już uzyskiwanych przychodów w wyniku utraty klientów na rzecz MVNO. W efekcie MNO może nie mieć jakiegokolwiek motywacji, by zawierać umowę dostępu do swojej sieci, albo może czasowo zamrazać funkcjonowanie sieci MVNO. Takie całkowite lub częściowe wykluczanie z rynku może uniemożliwić MVNO skuteczne konkurowanie na rynku detalicznym.

MVNO może funkcjonować w oparciu o jeden z trzech modeli biznesowych. Może funkcjonować w pełni w oparciu o infrastrukturę MNO jako dostawca usług, może być „lekkim” lub częściowym MVNO, posiadającym pewne elementy infrastruktury, albo pełnym MVNO posiadającym własną kluczową infrastrukturę, dostarczającym własnych kart SIM, zdolnym do samodzielnej negocjacji warunków swoich połączeń zagranicznych w ramach roamingu, itp. Niezależnie od modelu funkcjonowania, każdy operator wirtualny musi korzystać z dostępu do sieci MNO, gdyż nawet pełny MVNO nie dysponuje własnym spektrum.¹⁶³ Przyjęty model biznesowy ma wpływ na strukturę kosztów danego MVNO. W typowym modelu „pay-as-you-go”, gdzie MVNO płaci za wykorzystane połączenia i przesłane dane, dla dostawcy usług całe koszty mają charakter kosztów zmiennych. Im wyższy zakres posiadanej własnej infrastruktury, tym większy udział kosztów stałych w

¹⁶³ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 11 maja 2016 r., *Hutchison 3G UK/Telefónica UK*, Sprawa nr COMP/M.7612 (2016/C 357/06), pkt. 181.

ponoszonych kosztach i większa motywacja do agresywnego konkurowania o nowych klientów. Ponadto, operatorzy wirtualni wydający własne karty SIM mają silniejszą pozycję przetargową na rynku usług hurtowych, gdyż zmiana goszczącego ich operatora nie musi wiązać się z koniecznością wymiany kart SIM u wszystkich klientów.

Obok MNO i MVNO na rynku funkcjonują jeszcze pośrednicy – agregatorzy MVNA (Mobile Virtual Network Aggregator) i aktywatorzy MVNE (Mobile Virtual Network Enabler), którzy zawierają umowy hurtowego dostępu do sieci MNO w celu oferowania dostępu MVNO, samemu nie będąc zainteresowanymi działalnością na rynku detalicznym. Mogą oni ułatwiać wejście na rynek nowych MVNO. Podmioty te są jednak tylko pośrednikami, z punktu widzenia kalkulacji MNO nie różnią się niczym od MVNO¹⁶⁴.

W odróżnieniu od telekomunikacji stacjonarnej, gdzie rynek wyższego szczebla był zdominowany przez monopolistę, w telekomunikacji mobilnej mamy do czynienia z oligopolami zarówno na hurtowym rynku wyższego szczebla, jak i na detalicznym rynku niższego szczebla. Zintegrowany wertykalnie monopolista dysponujący infrastrukturą na wyłączność może chcieć wykluczyć konkurentów na rynku niższego szczebla. W przypadku konkurencji oligopolistycznej kilku operatorów dysponujących własną infrastrukturą na rynku wyższego szczebla, operatorzy muszą zmierzyć się z dylematem więźnia¹⁶⁵. Nawet jeśli MNO uważałyby, że udzielenie dostępu nie jest w jego interesie i przynosi mu więcej negatywnych skutków niż pozytywnych, przykładowo w wyniku kanibalizacji dochodów od obecnych klientów, to perspektywa udzielenia dostępu przez konkurenta wiąże się z jeszcze bardziej negatywnymi konsekwencjami, gdyż tak samo doprowadzi do utraty klientów, ale bez rekompensaty w postaci opłat uiszczanych przez goszczonego MVNO. Skuteczna konkurencja na rynku hurtowym sprawia, że MNO mają większą zachętę do zawierania umów z MVNO oraz oferowania korzystniejszych warunków. Ze względu na skutki jakie zaburzenie konkurencji na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń może wywołać na rynku usług detalicznych, utrzymanie na nim skutecznej konkurencji powinno być szczególnie istotne dla organu ochrony konkurencji.

Oceniając operatorów wirtualnych przez pryzmat adresowanych przez nich grup klientów i typu świadczonych usług można rozróżnić MVNO nastawionych na rynek masowego odbiorcy oraz niszowych MVNO. Operatorzy nastawieni na rynek masowego odbiorcy stanowią bezpośrednią konkurencję dla MNO, starają się zaoferować usługi rywalizujące z ich ofertami, wywierają istotną presję konkurencyjną, a jednocześnie

¹⁶⁴ Decyzja Komisji Europejskiej *Hutchison 3G UK/Telefónica UK*, pkt. 210 – 213.

¹⁶⁵ Zob. Rozdział II, pkt. 3.5.8.

przedstawiają zagrożenie kanibalizacji przychodów osiągniętych przez MNO poprzez odebranie obecnych klientów. Niszowi MVNO specjalizują się w świadczeniu specjalnych usług dla konkretnych, niszowych klientów, często skupiają się na świadczeniu usług międzynarodowych, obsłudze mniejszości narodowych albo wybranej grupy wiekowej.¹⁶⁶ Tacy operatorzy nie wywierają istotnej presji na MNO, wielu z nich specjalizuje się w zaspokajaniu potrzeb części rynku, które ciężko jest zaadresować MNO, albo które nie są dla nich opłacalne. Znaczna część klientów niszowych operatorów nie byłaby inaczej w ogóle obsługiwana, więc operatorzy ci generują nowych klientów i stanowią wartość dodaną dla goszczących ich MNO.¹⁶⁷ Operatorzy infrastrukturalni są mniej chętni do obsługi operatorów nastawionych na rynek masowego odbiorcy, których postrzegają jako konkurentów, niż operatorów niszowych, których postrzegają w charakterze partnerów.

Funkcjonowanie operatorów infrastrukturalnych i wirtualnych znacząco różni się od siebie. Operator infrastrukturalny poniósł wysokie koszty utopione w rozwój infrastruktury, a koszty funkcjonowania zależą głównie od struktury sieci, a nie stopnia jej wykorzystania, są więc kosztami stałymi. Z kolei operator wirtualny nie ponosił kosztów budowy infrastruktury, zamiast tego korzysta z usługi hurtowego dostępu, a zakres usługi zależny jest od wykorzystania sieci przez klientów. Stąd dla operatora wirtualnego koszty funkcjonowania stanowią koszty zmienne, marginalne, rosnące wraz z większym wykorzystaniem sieci przez klientów. Operator wirtualny nie uzyska korzyści skali porównywalnej z operatorem infrastrukturalnym, gdyż wraz ze wzrostem skali świadczonych usług, rosną jego koszty. Model, w którym operator wirtualny płaci za usługę roamingu proporcjonalnie do wykorzystania sieci przez jego klientów („pay-as-you-go”) oferuje w szczególności niską zachętę do rozwoju bazy klientów. Większą motywację do konkurencyjności o klientów przez operatorów wirtualnych wywołuje sytuacja, gdy operator ten musi zapłacić za z góry ustaloną przepustowość sieci niezależnie od tego, czy jego klienci rzeczywiście wykorzystają w pełni tę alokację zasobów. Operator wirtualny będzie miał motywację, by zwiększać liczbę klientów, bo koszty świadczenia usług stają się w ramach wynegocjowanego poziomu kosztami stałymi.

Hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń w publicznych sieciach telekomunikacji mobilnej został wyłączony z listy rynków, na których regulację *ex ante* można uznać za uzasadnioną w 2007 r.¹⁶⁸ i jest regulowany tylko przepisami prawa

¹⁶⁶ Decyzja Komisji Europejskiej *Hutchison 3G UK/Telefónica UK*, pkt 977.

¹⁶⁷ Decyzja Komisji Europejskiej *Hutchison 3G UK/Telefónica UK*, pkt 1839.

¹⁶⁸ Zob. Zalecenie Komisji 2007/879/WE.

konkurencji z wyłączeniem sytuacji, gdy regulator wykaże, że zasadne jest nałożenie obowiązków regulacyjnych zgodnie z art. 67 EKŁE. Na niepodlegającym regulacji hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń MNO mają motywację by tak definiować warunki umów zawieranych z operatorem nastawionym na rynek masowy, by móc kształtować ofertę detaliczną goszczącego MVNO w sposób, który nie pozwoli mu w pozytywny sposób wyróżnić się na tle MNO i odebrać znaczną liczbę klientów, w efekcie minimalizując wywieraną przez niego presję konkurencyjną. Operator infrastrukturalny ma motywację, by osiągnąć korzyści z efektu skali, jaki oferuje mu jego sieć, ale operatorzy infrastrukturalni nie dążą do maksymalizacji stopnia wykorzystania sieci, tylko do maksymalizacji zysków. Operator nie będzie obniżał cen w celu przyciągnięcia nowych klientów tylko dlatego, że ma niewykorzystane zasoby sieciowe, jeśli będzie to skutkowało zmniejszeniem zysków pochodzących z już istniejącej bazy klientów. Podobnie, jeśli na hurtowym rynku dostępu nie funkcjonuje sprawna konkurencja, może nie mieć motywacji by udzielać dostępu, bądź by udzielać go na korzystnych warunkach.

Motywacja danego MNO do udzielenia dostępu do swojej sieci jest zależna od liczby użytkowników jego sieci i wynikającej z niej groźby kanibalizacji przychodów. Dla mniejszych operatorów priorytetem jest optymalizacja wykorzystania sieci i posiadanego widma, by maksymalizować efekt skali. Tacy operatorzy, często o statusie *maverick*¹⁶⁹, będą częściej postrzegać potencjalnego MVNO jako wartość dodaną do swojej sieci, ponieważ ryzykują kanibalizację mniejszej liczby użytkowników niż więksi operatorzy. MVNO poprzez swoją działalność będzie przynosił nowych użytkowników do sieci, która jest wykorzystywana w niewielkim stopniu. Martin Bouygues, właściciel MNO Bouygues Telecom, stwierdził, że „nie po to kupił zamek, by Cyganie wałęsali się w nim na trawniku”¹⁷⁰, ale niedługo później to jego operator zaczął oferować MVNO dostęp na bardziej konkurencyjnych i mniej ograniczających warunkach od większych konkurentów. Podobnie w Belgii to najmniejszy MNO, Base, oferował MVNO warunki zaburzające rynkowe *status quo*. Obydwaj operatorzy skutecznie przejmowali operatorów funkcjonujących w sieciach

¹⁶⁹ Przedsiębiorstwo *maverick* (także „niezależne”) to przedsiębiorstwo, które w przeszłości zapobiegało koordynacji lub ją zakłócało, np. nie podwyższało w ślad za konkurencją cen lub też posiada cechy, które motywują je do wyboru innych strategii niż chcieliby koordynujący się konkurenci. O roli przedsiębiorstw *maverick*: J. Bromfield, M. Olczak, *The Role Of The Maverick Firm Concept In European Commission Merger Decisions*, *Journal of Competition Law & Economics* 2018, Vol. 14, Issue 2, s 179 – 192.

¹⁷⁰ H. de Launay, *Presque 800 MVNO dans le monde, mais quasiment aucun en Afrique. A quand le développement des MVNO sur le continent?*, TIC & Telecom 2014, dostępne: <https://www.agenceecofin.com/avis-d-expert/1801-16794-presque-800-mvno-dans-le-monde-mais-quasiment-aucun-en-afrique-a-quand-le-developpement-des-mvno-sur-le-continent>.

konkurentów, co doprowadziło większych MNO do oferowania bardziej korzystnych warunków. We Włoszech mający mniejszy udział w rynku H3G bardziej chętnie udzielał dostępu do swojej sieci MVNO nastawionym na rynek masowego odbiorcy od większych konkurentów, którzy świadczyli usługi tylko niszowym MVNO.¹⁷¹

Operatorów infrastrukturalnych i wirtualnych łączy specyficzna relacja. W zależności od sytuacji i profilu MVNO, może on być korzystny dla goszczącego go MNO albo może wywierać na niego presję konkurencyjną na rynku usług detalicznych. Udział w rynku MNO ma wpływ na jego motywację do goszczenia w swojej sieci operatorów wirtualnych. Duży operator będzie się obawiał kanibalizacji osiągniętych przychodów, podczas gdy niewielki operator będzie widział szansę na zwiększenie wykorzystania sieci. Organ konkurencji i regulator rynku powinni świadomie oceniać charakterystykę rynku podejmując na nim interwencje. Brak skutecznej konkurencji na rynku hurtowym może w łatwy sposób doprowadzić do wykluczenia MVNO lub sytuacji, w której MNO oferują umowy uniemożliwiające MVNO skuteczną konkurencję na rynku detalicznym.

5.1.3. Połączenia międzysieciowe i zakańczanie połączeń

Za szczególny rodzaj dostępu można uznać połączenia międzysieciowe, czyli interkonektywność. Istnieją dwa rodzaje połączeń realizowanych w ramach sieci telekomunikacyjnych – połączenia typu *on-net* (rozpoczynające i kończące się w ramach tej samej sieci) oraz połączenia typu *off-net* (rozpoczynające się w jednej sieci, a kończące się w sieci innego operatora). Dzięki interkonektywności użytkownicy sieci jednego operatora mogą łączyć się z użytkownikami sieci innego operatora. Brak możliwości połączeń międzysieciowych doprowadziłby do umacniania pozycji dominującego operatora i przeciwdziałałby wykształceniu się efektywnej konkurencji. Największa sieć oferująca największą liczbę możliwych połączeń byłaby bowiem najbardziej atrakcyjna dla konsumentów. Połączenia międzysieciowe pozwalają nawet nowym operatorom oferować pełnowartościowe usługi na równi z większymi konkurentami i pozwalają im zaistnieć na rynku. Swego rodzaju „rekompensatą” za interkonektywność są dla operatora mającego wielu abonentów opłaty pobierane na podstawie stawek interkonektywnych za zakańczanie połączeń w swojej sieci.

¹⁷¹ K. Tyagi, *Four-to-Three Telecoms Mergers: Substantial Issues in EU Merger Control in the Mobile Telecommunications Sector* (w:) *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* nr 49, luty 2018 r., s 194.

Zakańczanie połączeń to usługa świadczona na rzecz operatora sieci z której wychodzi dane połączenie przez operatora sieci do której połączenie przychodzi. Wyróżnia się stawkę za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych (FTR – *fixed termination rates*) i stawkę za zakańczanie połączeń w sieciach mobilnych (MTR – *mobile termination rates*). Pobieranie opłaty za zakończenie połączenia od operatora sieci z której połączenie wychodzi jest konsekwencją przyjętego w Europie modelu opłat CPP¹⁷², gdzie tylko strona inicjująca połączenie za nie płaci. Operator, który pobrał opłatę za połączenie międzysieciowe musi następnie uiścić opłatę na podstawie stawki interkonektowej operatorowi sieci do której połączenie było skierowane. W konsekwencji na przychody operatorów składają się opłaty za połączenia wychodzące, zarówno *on-net*, jak i *off-net*, oraz opłaty za zakańczanie połączeń przychodzących. Naturalnym jest, że więksi operatorzy dążą do wysokiego poziomu stawek interkonektowych, co pozwoli zwiększyć przychody kosztem mniejszych operatorów, którzy zakańczają mniejszą liczbę połączeń przychodzących w swojej sieci i odnotowują negatywny bilans zakańczanych połączeń. Z tego względu przez wiele lat konkurencja na rynku telekomunikacji mobilnej nie prowadziła do obniżenia stawek MTR, gdyż ich wysoki poziom był korzystny dla zasiedziałych operatorów, którzy mieli wyższe przychody i osłabiali potencjalną nową konkurencję. Wysokie stawki MTR stanowią barierę dla nowych operatorów, ale z drugiej strony pozwalają sfinansować rozwój sieci operatorom infrastrukturalnym¹⁷³. Co do zasady przyjmuje się, że stawki powinny być symetryczne i takie same dla wszystkich działających na rynku operatorów¹⁷⁴. W praktyce na zagadnienia kosztowo-cenowe kładzie się wielki nacisk, gdyż pozwalają organom regulacyjnym w stosunkowo łatwy sposób ukształtować wzajemne stawki pomiędzy operatorami w taki sposób, by nowi, mniejsi operatorzy znajdowali się w uprzywilejowanej pozycji, co pozwoli im na szybsze i łatwiejsze zdobywanie udziału w rynku. Analizy ekonomiczne wykazują, że niski poziom stawek MTR jest niezbędny dla efektywnego funkcjonowania na rynku operatorów wirtualnych, którzy tylko w takich warunkach są w stanie przebić się i odebrać

¹⁷² CPP – „Calling Party Pays”, czyli „dzwoniący płaci” – zasada zgodnie z którą strona dzwoniąca pokrywa zarówno koszt rozpoczęcia, jak i zakończenia połączenia. Alternatywą jest system RPP – „Receiving Party Pays”, czyli „odbierający płaci” – zasada zgodnie z którą strona odbierająca połączenie pokrywa koszt zakończenia połączenia.

¹⁷³ Zob. S. Hurkens, A. Lopez, *The welfare effects of mobile termination rate regulation in asymmetric oligopolies: The case of Spain*, Telecommunications Policy 2012, nr 36; D. Lee, *Regulating termination charges in asymmetric oligopolies*, Information Economics and Policy, September 2015, vol. 32, s. 16 i n.

¹⁷⁴ K. Stolarski, *Zakaz nadużywania pozycji dominującej...*, Warszawa 2015, s. 88.

zasiedziały MNO część rynku¹⁷⁵. Z drugiej strony, należy mieć świadomość, że obniżenie stawek MTR i w konsekwencji przychodów sprawi, że operatorzy mogą próbować podnieść ceny innych świadczonych przez siebie usług, działając na zasadzie „łóżka wodnego”. Regulacja stawek MTR może wpłynąć na stawki za abonament, połączenie, poziom dopłat do telefonów, etc. Z tego względu regulowanie stawek powinno być ograniczone, by korzyści pochodzące z ułatwienia zdobycia udziału w rynku mniejszym operatorom nie były okupione ograniczaniem wydajności i generowaniem dodatkowych strat.

Stwierdzono, że symetryczna redukcja stawek MTR prowadzi bezpośrednio do wzrostu konkurencji pomiędzy operatorami i korzyściami dla konsumentów¹⁷⁶. Pomimo tego, w praktyce europejskich organów regulacyjnych dopuszczalne było uprzywilejowanie nowych operatorów poprzez zezwolenie im na pobieranie opłat w wysokości wyższej od kosztów standardowego operatora. Taki uprzywilejowany status operator mógł otrzymać, gdy wykazał, że na rynku detalicznym istnieją przeszkody utrudniające wejście na rynek i ekspansję. Asymetryczna regulacja rynku mogła trwać do czterech lat, kiedy to operator powinien osiągnąć udział w rynku na poziomie 15 – 20%, czyli powyżej poziomu minimalnej skali efektywności¹⁷⁷. Pomijając okres przejściowy dla nowych operatorów, koszty usług zakańczania połączeń miały być obliczane w oparciu o zorientowane przyszłościowo długookresowe koszty przyrostowe (LRIC) i najpóźniej od 1 lipca 2014 r. miały być symetryczne.

Zgodnie z art. 75 ust. 1 EKŁE Komisja była zobowiązana ustanowić jednolitą maksymalną ogólnounijną stawkę za zakończenie połączenia głosowego dla usług łączności mobilnej oraz jednolitą maksymalną ogólnounijną stawkę za zakończenie połączenia głosowego dla usług łączności stacjonarnej, aby zmniejszyć regulacyjne obciążenie przy rozwiązywaniu problemów z konkurencją związanych z hurtowym rynkiem zakańczania połączeń głosowych w sposób spójny w całej Unii. W tym celu Komisja przyjęła rozporządzenie 2021/654, w którym wskazała maksymalne stawki zakańczania połączeń dla poszczególnych państw członkowskich oraz ustaliła ścieżkę stopniowej redukcji cen, która umożliwi osiągnięcie jednolitej maksymalnej ogólnounijnej stawki za zakończenie połączenia głosowego w sieci mobilnej. Zadaniem krajowego organu regulacyjnego jest od tej pory monitorowanie i zapewnianie zgodności stosowanych stawek.

¹⁷⁵ L. Cricelli, M. Grimaldi, N. Levialdi, *The impact of regulating mobile termination rates and MNO-MVNO relationships on retail prices*, Telecommunications Policy 2012, nr 36, s. 19.

¹⁷⁶ Ibidem, s. 27.

¹⁷⁷ Zalecenie Komisji 2009/396/WE z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych, pkt. 10.

5.2. Usługa roamingu regulowanego

Roaming to możliwość korzystania przez urządzenie mobilne z sieci innych operatorów niż operator macierzysty, bazująca na hurtowej umowie zawartej pomiędzy operatorami¹⁷⁸. Wyróżnić można kilka typów roamingu, podstawowe dwa podziały o największym znaczeniu to roaming krajowy i zagraniczny, oraz roaming stały i tymczasowy.

Roaming krajowy oznacza korzystanie z sieci innych operatorów działających na terytorium tego samego państwa, co operator macierzysty. Jest to przykład współdzielenia sieci i najczęściej dochodzi do niego, gdy operatorzy wprowadzają na rynek nową generację usług i mogą dzięki współpracy szybciej objąć jej zasięgiem teren całego kraju, lub gdy na rynek wchodzi nowy MNO, którego sieć nie obejmuje od początku zasięgiem terenu całego kraju. Operator taki tylko dzięki roamingowi jest w stanie zaoferować klientom konkurencyjną ofertę. Usługi świadczone na rzecz MVNO również można uznać za postać roamingu krajowego.

Roaming międzynarodowy od roamingu krajowego odróżnia aspekt trans graniczności świadczonych usług. Umożliwia on konsumentom korzystania z sieci operatorów działających w innych państwach bez konieczności zawierania przez nich umowy z zagranicznym operatorem.

Podział na roaming stały i tymczasowy odnosi się do czasu, jaki użytkownik spędza korzystając z roamingu i ma większe znaczenie w odniesieniu do roamingu międzynarodowego. Międzynarodowy roaming tymczasowy jest definiowany jako korzystanie przez klientów z roamingu w państwie członkowskim innym niż państwo członkowskie jego operatora krajowego do okresowych podróży¹⁷⁹. Roaming stały oznacza korzystanie z usługi w wymiarze większym, niż tymczasowy.

Korzystając z usługi roamingu użytkownik korzysta z usług dwóch operatorów w dwóch państwach, podczas gdy opłata pobierana jest tylko przez operatora z państwa macierzystego. Operator ten rekompensuje operatorowi odwiedzanego państwa koszty poniesione przy obsługiwaniu rozmowy na podstawie taryfy. Wysokie opłaty za roaming międzynarodowy dodatkowe koszty dla turystów i przedsiębiorstw, dlatego są nieracjonalne z punktu widzenia funkcjonowania jednolitego rynku. Raport INTUG¹⁸⁰ z 1999 roku wskazywał, że ceny międzynarodowego roamingu w Unii Europejskiej były uporczywie i

¹⁷⁸ K. Krzystek, *Polityka Unii Europejskiej w zakresie świadczenia usługi roamingu regulowanego w telefonicznych sieciach ruchomych*, Studia Prawno-Ekonomiczne, tom CII, Łódź 2017, s. 53.

¹⁷⁹ Zob. Rozporządzenie nr 2015/2120, art. 7 pkt 5.

¹⁸⁰ International Telecommunications Users Group.

bezpodstawnie wysokie, oraz że konkurencja nie prowadziła do ich obniżenia. Analiza cen wykazała niewytłumaczalne różnice w poszczególnych państwach, które nie mogły wynikać z kosztów ponoszonych przez operatorów¹⁸¹.

Podstawą dla pierwszych interwencji w przedmiocie roamingu były obawy o naruszenie art. 82 TWE (art. 102 TFUE) postaci antykonkurencyjnych porozumień i odmowy kontraktowania. Postępowania¹⁸² zostały jednak zakończone¹⁸³ wraz z przyjęciem pierwszego rozporządzenia dotyczącego roamingu¹⁸⁴, które regulowało zagadnienia podniesione we wszczętych postępowaniach. Decyzję o zaniechaniu próby regulacji rynku roamingu międzynarodowego przy pomocy instrumentów prawa konkurencji na rzecz regulacji sektorowej należy ocenić w tym przypadku pozytywnie. Decyzje, które Komisja mogłaby wydać we wszczętych postępowaniach odnosiłyby się do ewentualnego naruszenia prawa konkurencji i miały charakter *ex post*, a nie definiowałyby zasad na jakich roaming miałby funkcjonować w przyszłości, co jest rolą regulacji sektorowej. Określona w art. 67 EKŁE procedura analizy rynku nie rozpoczyna się wszak od stwierdzenia, że doszło do antykonkurencyjnych praktyk, tak jak ma to miejsce w przypadku prawa ochrony konkurencji (z wyjątkiem kontroli koncentracji), lecz że jej podstawę stanowi przyszła wizja danego rynku¹⁸⁵. Analizę hurtowych krajowych rynków świadczenia usług roamingu międzynarodowego w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych potwierdziła istnienie problemu wysokich cen, jednak regulatorzy nie mogli wskazać operatora albo grupy operatorów posiadających pozycję dominującą na tym rynku, co mogłoby stanowić dopiero podstawę do dalszych działań w postaci nałożenia obowiązków regulacyjnych¹⁸⁶. Prezes UKE stwierdził¹⁸⁷ występowanie skutecznej konkurencji na hurtowym rynku roamingu, a więc relacji międzyoperatorskich, zauważając problem wysokich cen detalicznych. W konsekwencji uznał, że specyfika rynku i jego międzynarodowy charakter uzasadniają

¹⁸¹ A. Fisher-Madsen, E. Suntherland, *INTUG Europe - Report on GSM roaming prices 1999*, Bruksela 1999, s. 2. Dostępny na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1547704.

¹⁸² Komunikat Prasowy Komisji Europejskiej IP/04/994 z 26 lipca 2004 r., *Commission challenges UK international roaming rates* i Komunikat Prasowy Komisji Europejskiej IP/05/161 z 10 lutego 2005 r., *Competition: Commission challenges international roaming rates for mobile phones in Germany*.

¹⁸³ Zob. Komunikat Prasowy Komisji Europejskiej IP//07/1113 z 18 lipca 2007 r., *Antitrust: Commission closes proceedings against past roaming tariffs in the UK and Germany*.

¹⁸⁴ Rozporządzenie nr 717/2007.

¹⁸⁵ I. Kawka, *Op.cit.*, s. 377; Komunikat Komisji, *Wytyczne w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej w ramach porządku regulacyjnego Wspólnoty w sprawach sieci i usług w sprawach sieci i usług łączności elektronicznej*, Dz. Urz. UE z 11.07.2002, C 165/6, pkt 27.

¹⁸⁶ M. Wach, *Regulacje roamingu międzynarodowego – nowe możliwości czy wyzwania?*, IKAR 2013, nr 8 (2), s. 90.

¹⁸⁷ Postanowienie Prezesa UKE, DRTD - SMP - 6043-4/06 (28) z 27 marca 2007 r.

podjęcie przez Komisję wyjątkowych środków wykraczających ponad pakiet dyrektyw z 2002 r.

Pierwszym unijnym aktem regulującym roaming było rozporządzenie nr 717/2007 wprowadzające limity opłat, które operatorzy mogli pobierać na hurtowym i detalicznym rynku usług roamingu międzynarodowego dla połączeń głosowych inicjowanych i zakańczanych wewnątrz Unii. Rozporządzenie określiło zasady zwiększające przejrzystości cen i przekazywania informacji o opłatach użytkownikom końcowym. Rozporządzenie nr 544/2009 wprowadziło dodatkowo ograniczenie maksymalnego poziomu opłat hurtowych i detalicznych w odniesieniu do wiadomości SMS oraz maksymalny limit opłat hurtowych za transmisję danych. Komisja nie wprowadziła limitu cen za transmisję danych na rynku usług detalicznych, co można uznać za swego rodzaju eksperyment, mający na celu sprawdzenie, czy do osiągnięcia satysfakcjonującego stanu na rynku detalicznym wystarczy regulowanie rynku hurtowego bez wprowadzania limitów na rynku usług detalicznych, co stanowi silniejszą ingerencję w konkurencję na rynku, ale regulacja nie przyniosła oczekiwanych efektów.

Rozporządzenie nr 521/2012 wprowadziło szereg rozwiązań mających na celu zwiększenie konkurencji na rynku usług roamingu. Ułatwiono uzyskanie dostępu hurtowego do usług roamingu przez MVNO, którzy oprócz obsługi swoich klientów detalicznych mogli odsprzedawać je hurtowo innemu operatorowi. Operatorzy mieli wprowadzić ofertę oddzielnej sprzedaży detalicznych usług roamingu, przez co stawał się on osobną usługą dostępną także poza pakietem zwykłych usług detalicznych, co miało to zwiększyć konkurencję i doprowadzić do obniżenia cen.

Dodatkowe opłaty za połączenia głosowe, wiadomości SMS i transmisję danych w roamingu zostały ostatecznie zmienione mocą rozporządzenia nr 2015/2120. Rozporządzenie wprowadziło szereg mechanizmów mających zabezpieczyć interesy operatorów przed stratami w przypadku nadużywania korzystania z roamingu przez konsumentów. Świadczenie usługi roamingu podlega „polityce uczciwego korzystania”, która ma na celu zapobieganie niewłaściwemu lub niestandardowemu korzystaniu z detalicznych usług roamingu regulowanego przez klientów, na przykład na korzystaniu z tych usług w sposób stały. W takim przypadku operator ma prawo nałożyć dodatkową opłatę. Podobnie, w szczególnych i wyjątkowych okolicznościach, z myślą o zapewnieniu zrównoważonego charakteru modelu opłat krajowych dostawcy usług roamingu, w przypadku gdy nie jest on w stanie odzyskać swoich całkowitych rzeczywistych i prognozowanych kosztów świadczenia usług roamingu z całkowitej kwoty swoich rzeczywistych i prognozowanych dochodów ze świadczenia takich

usług, może on wystąpić z wnioskiem do krajowego organu regulacyjnego o udzielenie zezwolenia na stosowanie dodatkowej opłaty. Opłatę tę stosuje się jedynie w zakresie niezbędnym do pokrycia kosztów świadczenia detalicznych usług roamingu regulowanego, z uwzględnieniem mających zastosowanie maksymalnych opłat hurtowych.

Regulacja usługi roamingu znosząca dodatkowe opłaty sprawiła, że operatorzy nie mają możliwości dokonywać na rynkach roamingu działań zaburzających skuteczną konkurencję, a z drugiej regulator nie ma możliwości kształtowania konkurencji poprzez ustalanie preferencyjnych stawek za świadczenie roamingu na rynku hurtowym.

Zlikwidowanie stawek za roaming w ramach Unii Europejskiej zmniejszyło atrakcyjność ekspansji do innych państw członkowskich, czy poprzez wchodzenie na rynek jako nowy operator, czy koncentrację z zasiedziałym operatorem¹⁸⁸. Im wyższa opłata za połączenie w roamingu międzynarodowym, tym międzynarodowe koncentracje stają się bardziej atrakcyjne. Operatorzy obecni w różnych państwach uzyskują pozycję porównywalną z pozycją przedsiębiorstw zintegrowanych wertykalnie, mogą czerpać i generować korzyści skali w analogiczny do nich sposób i uzyskiwać wszystkie potencjalne korzyści pionowej integracji – usprawnioną koordynację, wyeliminowanie podwójnej marginalizacji i wyeliminowanie niewydajnej substytucji, co w efekcie prowadzi do zwiększonej efektywności. Mogło to być motywacją dla wykształcenia się i umacniania pozycji ogólnoeuropejskich liderów, ale polityka Unii Europejskiej w zakresie roamingu zmierza konsekwentnie do dbania o dobro konsumenta poprzez obniżanie cen roamingu.

Usługi roamingu były jednym z elementów analiz szeregu międzynarodowych koncentracji operatorów telekomunikacji mobilnej. W ostatecznie nieprzeprowadzonej koncentracji Telia i Telenor, dwóch zasiedziałych operatorów w Szwecji i Norwegii, podnoszono, że zintegrowany operator mógłby całkowicie znieść dodatkowe opłaty za roaming między tymi państwami¹⁸⁹. Konkurenci, którzy nie byli obecni w obydwu państwach twierdzili, że nie byłoby w stanie konkurować z taką ofertą. Kwestia pojawiła się ponownie przy koncentracji Telia i Sonera¹⁹⁰ (operatorzy ze Szwecji i Finlandii), gdzie Komisja zauważyła potencjalne zapotrzebowanie na usługi pan-nordyckie, w szczególności ze strony klientów biznesowych¹⁹¹. Argumentowano, że zinternalizowanie opłaty za roaming między łączącymi się sieciami może wzmocnić ich pozycję dominującą na rynku fińskim i wręcz

¹⁸⁸ K. Krzystek, *Polityka Unii Europejskiej...*, s. 60 i n.

¹⁸⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z 13 października 1999 r., *Telia i Telenor*, Sprawa COMP/M.1439 (2001/98/EC), w szczególności pkt 159.

¹⁹⁰ Decyzja Komisji Europejskiej z 10 lipca 2002 r., *Telia i Sonera*, Sprawa COMP/M2803.

¹⁹¹ Decyzja Komisji Europejskiej *Telia i Sonera*, pkt. 12 – 14.

wykluczyć konkurentów z rynku szwedzkiego¹⁹². Telia i Sonera zobowiązali się do niedyskryminacyjnego świadczenia usług roamingu operatorom z obydwu krajów, czym wyeliminowano wszelkie zachęty dla stworzenia pan-nordyckiej oferty. Podobną analizę przedstawiono przy przejęciu przez Vodafone niemieckiego Mannesmann¹⁹³ oraz irlandzkiego Eircell¹⁹⁴. Zintegrowanie międzynarodowego roamingu było postrzegane za zagrożenie dla konkurencji, w wyniku którego zintegrowany operator mógł mieć możliwość pozyskania klientów przyciągniętych ofertą ponadnarodową, co miało wręcz pozwolić uzyskać dominującą pozycję na powstającym rynku usług pan-europejskich¹⁹⁵. Z tego względu w wymienionych koncentracjach na strony nakładano zobowiązania dotyczące roamingu, które miały uniemożliwić wprowadzenie pan-europejskich ofert, pomimo że stało to w sprzeczności z oczekiwaniami Komisji dotyczącymi wprowadzania przez operatorów paneuropejskich ofert od ok. 2004 – 2005 roku¹⁹⁶.

Do integracji operatorów obecnych w różnych państwach doszło natomiast w Afryce i na Bliskim Wschodzie, gdzie doprowadziło to do reakcji innych operatorów, w tym Orange i Vodafone, którzy odpowiedzieli ofertami pozbawionymi opłat za roaming. W efekcie w Afryce standardem jest internalizowanie roamingu w państwach, w którym dany operator prowadzi działalność, a w Afryce Wschodniej opłaty za roaming zanikły¹⁹⁷. Podobny proces zaszedł na Karaibach¹⁹⁸. Procesy te okazały się możliwe bez intensywnej interwencji ze strony regulatorów, dzięki samej liberalizacji przepisów i aktywności konkurujących z sobą operatorów.

Zniesienie dodatkowych opłat za roaming w ramach Unii Europejskiej wiązało się ze znacznymi stratami¹⁹⁹. Z analiz wynika, że obniżenie cen usług głosowych i SMS w ramach roamingu nie powoduje proporcjonalnego do spadku przychodów zwiększenia korzystania z

¹⁹² Decyzja Komisji Europejskiej *Telia i Sonera*, pkt. 100.

¹⁹³ Decyzja Komisji Europejskiej z 12 kwietnia 2000 r., *Vodafone Airtouch i Mannesmann*, Sprawa COMP/M.1795, pkt. 12 – 14.

¹⁹⁴ Decyzja Komisji Europejskiej z 2 marca 2001 r., *Vodafone Airtouch i Eircell*, Sprawa COMP/M.2305, pkt. 7 – 11.

¹⁹⁵ Decyzja Komisji Europejskiej *Vodafone Airtouch i Mannesmann*, pkt. 45.

¹⁹⁶ M. Wach, *Regulacyjne i cywilnoprawne aspekty roamingu międzynarodowego*, Warszawa 2013, s. 82.

¹⁹⁷ Zob. E. Sutherland, *International Mobile Roaming in Africa*, Johannesburg 9 lutego 2010, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1550264>.

¹⁹⁸ E. Sutherland, *International Mobile Roaming in the Caribbean*, Trynidad i Tobago 2009. SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1501245

¹⁹⁹ N. Bhas, *Mobile Roaming, Regulation, Opportunities, Emerging Sectors 2015 – 2020*, s. 29, dostępny: <https://www.juniperresearch.com/press/mobile-roaming-revenues-fall-28pc-in-europe-2017>.

tych usług²⁰⁰. Inaczej sytuacja wygląda z usługą transmisji danych, gdzie obniżanie cen przełożyło się na zwiększony ruch. Regulacje doprowadziły do znacznego zmniejszenia przychodów z tytułu roamingu²⁰¹, co było jedną z motywacji przyjęcia dyrektywy 2014/61/UE²⁰².

5.3. Gospodarowanie częstotliwościami fal radiowych

Fale radiowe to fale elektromagnetyczne rozchodzące się w przestrzeni bez sztucznych przewodnic²⁰³. Korzystanie z fal radiowych jest niezbędne dla świadczenia usług telekomunikacji mobilnej i warunkuje prowadzenie tego rodzaju aktywności, co w obliczu dynamicznego rozwoju technologii bezprzewodowych, w szczególności usług szerokopasmowych, prowadzi do rosnącego zapotrzebowania na częstotliwości radiowe. Te jednak stanowią tzw. zasoby rzadkie, ograniczone i deficytowe, spektrum radiowe to jedynie częstotliwości w zakresie pomiędzy 9 kHz i 3000 GHz, a w większości przypadków zapotrzebowanie przedsiębiorców przewyższa dostępny zakres²⁰⁴. Nieefektywność dystrybucji i wykorzystania widma tworzy koszty, prowadzi do niewykorzystywania możliwości przedsiębiorstw i ze szkodą dla konsumentów obniża stosowanie innowacyjnych rozwiązań w usługach. Z tego względu niezbędna jest optymalizacja i możliwie najefektywniejsze, wykorzystanie dostępnych częstotliwości, uwzględniające zależność Europy od usług radiowych oraz potrzebę unikania wzajemnych zakłóceń pomiędzy poszczególnymi krajami.

W tradycyjnym modelu zarządzania pasmem radiowym organ regulacyjny przydziela, w drodze decyzji administracyjnej *ex ante*, poszczególnym podmiotom fragment dostępnego spektrum, zazwyczaj na wieloletni, nawet kilkunastoletni okres czasu. Organ decyduje o przeznaczeniu danej częstotliwości, co pozwala zachować pełną kontrolę nad sposobem wykorzystania fal radiowych w danym państwie. Z uwagi na ograniczony zakres spektrum i

²⁰⁰ M. Wach, *Regulacyjne i cywilnoprawne...*, s. 417.

²⁰¹ Komisja Europejska, Komunikat Prasowy IP/13/611 z 27 czerwca 2013 r., *New lower price caps for mobile roaming from 1 July: data 36% cheaper; roaming in Croatia 15 times cheaper*; KPN, *Quarterly reports Q3 2013* oraz *Quarterly reports Q4 2013*, dostępne: <http://ir.kpn.com/phoenix.zhtml?c=69978&p=irol-presentations>

²⁰² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/61/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie środków mających na celu zmniejszenie kosztów realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej.

²⁰³ Decyzja nr 676/2002/WE, art. 2.

²⁰⁴ S. Piątek, *Polityka komunikacji Unii Europejskiej* [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Polityki Unii Europejskiej: Polityki sektorów infrastrukturalnych, Aspekty prawne*, t. XXVIII Warszawa 2010, s. 172

dynamicznie rosnące zapotrzebowanie uznano, że sztywny model przyznawania wyłącznych praw poprzez model administracyjny ogranicza rozwój i innowacyjność w sektorze technologii bezprzewodowych i w efekcie osiągnął swoje granice. W ramach Unii Europejskiej sztywne trzymanie się granic państwowych jest coraz mniej istotne dla optymalnego wykorzystania widma, zaś fragmentaryzacja skutkuje zwiększonymi kosztami i utratą możliwości rynkowych dla użytkowników widma²⁰⁵. Zmiana podejścia była niezbędna, szczególnie w obliczu odejścia od telewizji analogowej na rzecz telewizji cyfrowej, co zwolniło znaczny zakres częstotliwości w najbardziej wartościowej części widma radiowego²⁰⁶.

Wraz z pakietem dyrektyw z 2002 r. Unia Europejska zaczęła zastępować model administracyjny alternatywnymi modelami gospodarowania częstotliwościami - modelem rynkowym, modelem wspólnoty widma i modelem neutralności technologicznej i usługowej. Mają one zapewnić większą elastyczność podmiotową i przedmiotową, oraz przyczynić się do wzrostu elastyczności wykorzystania widma, co ma prowadzić do promocji inwestycji i innowacji.

Model rynkowy zakłada istnienie indywidualnych praw do użytkowania danych częstotliwości, które mogą być przedmiotem obrotu cywilnoprawnego. Wprowadzono możliwość przekazywania lub dzierżawienia posiadanych uprawnień, co miało w efekcie doprowadzić do powstania rynku widma radiowego²⁰⁷. Rynki widma mają poprawić efektywność wykorzystania widma, gdyż przemysł i popyt rynkowy lepiej niż organy regulacyjne potrafią wskazać najwartościowsze zastosowania. Komisja przyjęła wysoki standard dotyczący jawności tych transakcji, gdyż każdy zamiar lub fakt przekazania praw do użytkowania musi być zgłoszony do organu regulacyjnego, zaś transakcje muszą być podawane do wiadomości publicznej. Organy regulacyjne zapewniają, aby w wyniku przekazania lub gromadzenia praw użytkowania częstotliwości radiowych nie występowało zakłócenie konkurencji. Państwa członkowskie mogą w tym celu podjąć odpowiednie środki, takie jak nałożenie obowiązku sprzedaży lub dzierżawy praw użytkowania częstotliwości radiowych, czy też stosowanie kar, w tym sankcji finansowych. Środki te mają nie dopuścić

²⁰⁵ Komunikat Komisji, *Sprawozdanie na temat wyników przeglądu unijnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE oraz Streszczenie propozycji reform z 2007 roku*, COM (2007) 696 wersja ostateczna, s. 8.

²⁰⁶ Poszczególne pasma częstotliwości mają różną charakterystykę, co wiąże się z różnymi kosztami funkcjonowania i niezbędną strategią.

²⁰⁷ Zob. Communication from the Commission, „Towards a new framework for Electronic Communications infrastructure and associated services”, Communications Review 1999, COM (1999) 539 final, s. 23. Dostępny pod adresem: http://aei.pitt.edu/5978/1/003190_1.pdf.

do nadmiernego gromadzenia praw do częstotliwości przez przedsiębiorstwa i bezpodstawnego przetrzymywania praw do widma²⁰⁸.

Model wspólnoty widma zakłada brak indywidualnych praw wyłącznych w danym zakresie spektrum, co pozwala na używanie go przez wielu użytkowników jednocześnie na tym samym obszarze geograficznym²⁰⁹. Telekomunikacja cyfrowa raczej nie może być świadczona przy wykorzystaniu modelu wspólnoty widma²¹⁰, gdyż rozwiązanie to jest skierowane do sprzętu o małej mocy, który musi jedynie spełnić pewne warunki techniczne i może być wykorzystywany bez licencji, jednak model ten jest istotny dla rozwoju sektorów radiowych wykorzystujących stosunkowo małą część widma.

Model neutralności technologicznej i usługowej oznacza rezygnację ze wskazywania przez organ regulacyjny konkretnej technologii lub usługi dla danego zakresu częstotliwości. Pozwala to na większą elastyczność wykorzystania widma i ułatwia wykształcenie się rynku widma.

Wprowadzane modele zarządzania częstotliwościami fal radiowych mają się wzajemnie uzupełniać i doprowadzić do wykształcenia rynku widma radiowego, który będzie umożliwiał wycenę widma, przyczyni się do bardziej elastycznego dostępu do częstotliwości i ich bardziej efektywnego wykorzystywania. Z drugiej strony nowy model pozbawia organy regulacyjne bezpośredniego nadzoru nad wykorzystaniem widma fal radiowych, pozostawiając jednak narzędzia interwencji w razie zaistnienia sytuacji szkodliwej dla konkurencji.

W projekcie rozporządzenia 2013/0309 zauważono, że sytuacja, w której reguły dotyczące dostępności i przydzielania widma są odmienne w poszczególnych państwach członkowskich, utrudnia planowanie i inwestowanie ponad granicami i w efekcie osiągnięcie większej skali. Aby położyć kres tej niekorzystnej sytuacji postulowano harmonizację dostępnych zasobów poprzez:

- określenie wspólnych zasad regulacyjnych mających zastosowanie do państw członkowskich przy określaniu warunków dotyczących użytkowania częstotliwości

²⁰⁸ Art. 3 pkt. i) i 5 decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady nr 243/2012/UE z 14 marca 2012 r. w sprawie ustanowienia wieloletniego programu dotyczącego polityki w zakresie widma radiowego, Dz. U. L 081, P 0007-0017.

²⁰⁹ Zob. Raport Zespołu ds. Polityki Spektrum Radiowego, *Opinion on Aspects of a European Approach to 'Collective Use of Spectrum'*, RSPG08-244 Final, z dn. 19 listopada 2008. Dostępny pod adresem: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/shared-use-spectrum>

²¹⁰ Zob. A. Burdziak, „Współużytkowanie widma radiowego – prawne i technologiczne możliwości w aspekcie kognitywnych technologii”, (w:) *Informatyzacja Postępowań sądowych*, Kwartalnik Naukowy Prawo Mediów Elektronicznych, 25 maja 2011, s. 44. Dostępny pod adresem: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/38857/001.pdf>.

radiowych, które są zharmonizowane na potrzeby bezprzewodowej łączności szerokopasmowej – organy regulacyjne miały powstrzymać się od stosowania procedur lub nakładania warunków użytkowania widma, które mogą nadmiernie utrudnić oferowanie zintegrowanych sieci i usług łączności elektronicznej w kilku państwach członkowskich lub na terenie całej Unii;

- upoważnienie Komisji do przyjmowania aktów wykonawczych w celu zharmonizowania dostępności widma, terminów przydzielania częstotliwości i okresów obowiązywania praw do użytkowania częstotliwości;

- wprowadzenie mechanizmu konsultacji umożliwiającego Komisji dokonywanie przeglądu projektów krajowych środków dotyczących przydziału i wykorzystania widma;

- uproszczenie warunków wprowadzania i świadczenia bezprzewodowego dostępu szerokopasmowego o niskiej mocy („Wi-Fi”, nadajniki o małej mocy) w celu zwiększenia konkurencji i zmniejszenia obciążenia sieci.

EKŁE wprowadził nowy system udzielania ogólnych i indywidualnych zezwoleń na użytkowanie widma radiowego, który ma doprowadzić do spójności i przewidywalności w całej Unii jeśli chodzi o sposób udzielania zezwoleń na użytkowanie widma. Obecny system ma na celu promowanie przewidywalności regulacyjnej i inwestycyjnej w oparciu o rozwiązania takie jak 15-letni minimalny okres obowiązywania licencji na widmo, środki ułatwiające współkorzystanie z widma przez operatorów telekomunikacji mobilnej oraz możliwość cofnięcia praw do widma w oparciu o zasadę „wykorzystaj albo strać”. Koordynacja polityki w zakresie widma radiowego ma zapewnić, by wykorzystywanie zharmonizowanego widma nie prowadziło do występowania szkodliwych zakłóceń transgranicznych²¹¹. Dwa państwa członkowskie lub większa ich liczba mogą współpracować ze sobą w celu wspólnego przyznania indywidualnych praw użytkowania widma radiowego. Państwa członkowskie współpracują ze sobą oraz z Komisją w zakresie promowania koordynacji podejść do polityki widma radiowego w Unii oraz, w stosownych przypadkach, zharmonizowanych warunków w odniesieniu do dostępności i efektywnego wykorzystania widma radiowego, koniecznego do ustanowienia i funkcjonowania rynku wewnętrznego łączności elektronicznej. Ma to ułatwić wejście na rynek dla nowych podmiotów i współkorzystanie z widma radiowego.

W działaniach unijnego prawodawcy widać odejście od sztywnego modelu administracyjnych decyzji *ex ante* na rzecz zliberalizowanych form gospodarowania spektrum

²¹¹ Zob. art. 28 EKŁE.

fal radiowych. W naturalny sposób ogranicza to uprawnienia organów regulacyjnych, których rola sprowadza się obecnie do kontrolowania sposobu wykorzystania widma przez przedsiębiorców.

Na potrzeby operatorów telekomunikacji mobilnej zasoby sieciowe są określane na podstawie dostępnego spektrum częstotliwości oraz liczby nośników i przekaźników w danej komórce nadającej sygnał radiowy pomiędzy odbiornikiem i anteną. Dostępne spektrum częstotliwości determinuje zasoby sieci komórkowej. Budowa sieci jest droższa, gdy dostępne spektrum jest mniejsze, bo trzeba wybudować więcej nadajników (cell) i przekaźników (carrier), ale na koszt budowy wpływa również dostępna częstotliwość oraz zakres przyległego spektrum. W kontekście świadczenia usług telekomunikacji mobilnej szczególnie istotne są trzy wymiary zasobów widmowych operatora:

- łączna ilość dostępnego widma jest głównym wyznacznikiem przepustowości. Ma bezpośredni wpływ na liczbę połączeń, które mogą być obsługiwane jednocześnie, a w przypadku transmisji danych na przepustowość, do której użytkownik może uzyskać dostęp w celu pobierania i wysyłania plików. Od tej wartości zależy, powyżej jakiego poziomu zapotrzebowania operator musi podjąć dodatkowe, generalnie bardziej kosztowne, kroki w celu zwiększenia przepustowości;
- wykorzystywane pasmo częstotliwości. Ponieważ różne pasma częstotliwości mają różne charakterystyki propagacji, generalnie preferowane jest widmo o niższej częstotliwości (np. 900 MHz) niż widmo o wyższej częstotliwości (np. 1800 MHz lub 2600 MHz). Sygnały o niższej częstotliwości zazwyczaj przemieszczają się dalej i głębiej wnikają w budynki niż sygnały o wyższej częstotliwości. W szczególności częstotliwości poniżej jednego GHz obejmują zasięgiem duże obszary i lepiej penetrują budynki, co pozwala budować sieć niższym kosztem;
- ilość dostępnego przylegającego widma. Zasadniczo preferowane jest przylegające widmo, ponieważ może to umożliwić zarówno świadczenie usług o większej prędkości, jak i usługi o umiarkowanej prędkości w bardziej stabilny sposób na większym obszarze. Przylegające widmo umożliwia również łatwiejszą koordynację widma i korzystanie z tańszego wyposażenia.

Operatorzy mają tendencję do wykorzystywania w pierwszej kolejności najniższych częstotliwości. Gdy dana lokacja stanie się nasycona z powodu zbyt dużej liczby użytkowników, MNO dodają do nasyconych lokacji kolejne komórki, które działają z większą częstotliwością. W ten sposób operatorzy poprawiają przepustowość swoich lokacji wykorzystując wyższe częstotliwości. W związku z tym niższe częstotliwości są zwykle

używane do pokrycia kraju zasięgiem sieci, a wyższe do zapewnienia przepustowości w szczególności w obszarach o dużym wykorzystaniu sieci. Pasma 900 MHz i 1800 MHz zostały zasadniczo przeznaczone do komunikacji 2G, zaś pasmo częstotliwości 2100 MHz zostało wykorzystane do usług 3G. 4G wykorzystano pasmo 800 MHz dla uzyskania zasięgu oraz 1800 MHz i 2600 MHz dla przepustowości.

Większy zakres dostępnego widma zapewnia operatorom większą zdolność do jednoczesnej obsługi dużej liczby użytkowników. Przy węższym paśmie dostępnej częstotliwości operatorzy mają mniejsze zdolności, ale mogą to zrekompensować większym zagęszczeniem lokacji, co oczywiście jest bardziej kosztowne. Strategia MNO będzie zależna od dostępnego mu spektrum. Dodatkowe pasma dodają cenne zasoby, ale mogą skomplikować zarządzanie różnymi komórkami w sieci.

Częstotliwość	Miasto (km)	Miasteczko (km)	Wieś (km)
800 Mhz	1,06	1,76	16,66
900 Mhz	1,03	1,70	16,20
1800 Mhz	0,56	0,92	10,95
2100 Mhz	0,47	0,77	9,75
2600 Mhz	0,16	0,32	6,76

Zasięg komórki w danym paśmie częstotliwości zależy od środowiska.

Podjmując decyzję w sprawie kontroli koncentracji organ powinien uwzględnić stan spektrum przynależnego do każdego operatora. Wprowadzanie nowej generacji telekomunikacji mobilnej o pełni możliwości może wymagać konkretnej ilości przylegającego spektrum. Jeżeli w wyniku koncentracji powstały podmiot stawałby się jedynym, który mógłby zaoferować usługi wyższej jakości, może to mieć wpływ na konkurencję i organ może rozważyć dywestycje mające umożliwić skuteczną konkurencję. Posiadane częstotliwości wpływają na koszt rozwoju infrastruktury, co również może wpływać na konkurencyjność operatora.

5.4. Usługa powszechna w unijnym prawie telekomunikacyjnym

W kulturze europejskiej już w XIX wieku pojawiła się koncepcja, iż państwo jest zobowiązane do zapewnienia swoim obywatelom pewnego podstawowego zakresu usług, które zaspokoją powszechne potrzeby społeczne. We Francji wykształciła się koncepcja służby publicznej (*service public*) w przeciwieństwie do konstrukcji prawnej władzy

publicznej (*puissance publique*)²¹² w której jej zwolennicy widzieli w państwie podmiot władzy publicznej wobec obywateli²¹³, w Niemczech *Daseinsvorsorge*, we Włoszech *servizio pubblico*, które postrzegały troskę o obywateli i zaspokajanie ich podstawowych potrzeb jako obowiązek administracji publicznej, który był realizowany poprzez zakłady publiczne lub koncesjonowane prywatne przedsiębiorstwa²¹⁴. Koncepcje te uległy dalszemu rozwojowi po drugiej wojnie światowej, gdy zapewnienie równego dostępu do podstawowych usług, zwłaszcza infrastrukturalnych, postrzegano jako element konstytucyjnych zasad społecznej gospodarki rynkowej, czy też państwa socjalnego. Świadczeniu podlegał szeroki zakres usług, od ulicznego oświetlenia, podstawowej medycyny prewencyjnej, przez dostęp do poczty, elektryczności, czy telegrafu i telefonu²¹⁵. Przedsiębiorstwom zapewniającym usługi w ogólnym interesie przysługiwało najczęściej prawo wyłączne i pozycja monopolisty w zamian za obowiązek świadczenia usług wszystkim obywatelom, nawet w przypadkach, gdy było to niedochodowe. Występujące straty były finansowane poprzez pomoc państwa lub subsydiowane z dochodowych fragmentów rynku.

Proces europejskiej integracji i związana z nim postępująca liberalizacja i prywatyzacja części z usług świadczonych w interesie ogólnym, uważanych w przeszłości za publiczne i tradycyjnie świadczone lub finansowane przez państwo sprawiły, że wiele z nich jest dziś świadczona przez podmioty prywatne w warunkach rynkowych. Usługi świadczone w ogólnym interesie są uważane za kluczowy element europejskiego modelu społeczeństwa²¹⁶ i bynajmniej nie wykluczają się z polityką wspólnego rynku i regułami konkurencji, ale wręcz je uzupełniają. Komisja zdefiniowała usługi świadczone w interesie ogólnym jako usługi mające charakter gospodarczy lub niegospodarczy, których zapewnienie gwarantuje państwo w ramach realizacji misji służby publicznej²¹⁷. Jest to kategoria zbiorcza zawierająca usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym (UOIG) i usługi w interesie ogólnym niemające charakteru gospodarczego. Kryterium rozgraniczającym te dwie

²¹² Zob. J. Jeżewski, *Administracja pod rządami prawa cywilnego (Z badań porównawczych nauki prawa administracyjnego)*, Wrocław 1974, s. 71 i n.

²¹³ K. Strzyczkowski, *Prawo regulacji. Miejsce w systemie prawa. Od prawa państwa świadczącego do prawa państwa gwarancyjnego* [w:] M. Królikowska-Olczak (red.), *Sektory infrastrukturalne – problematyka prawna*, C.H. Beck 2018, s. 4.

²¹⁴ M. Szydło, *Usługa powszechna w telekomunikacji jako instytucja prawa Wspólnoty Europejskiej*, Przegląd Sądowy z 2006 r. nr 5, s. 109.

²¹⁵ E. Szyszczak, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Portland 2007, s. 212.

²¹⁶ *Communication From The Commission Services of General Interest in Europe* COOM(2000)580 final, s. 3.

²¹⁷ Komunikat Komisji w sprawie usług użyteczności publicznej w Europie z 26.09.1996 r. (Dz. U. C 281), s. 1.

kategorii jest kwestia charakteru gospodarczego niektórych usług²¹⁸. Traktat odwołuje się do pojęcia usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w art. 14 TFUE, art. 106 ust. 2 TFUE i w protokole nr 26 TFUE²¹⁹, jednak unika zdefiniowania tego pojęcia. W komunikacie z 2001 roku Komisja określiła usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym jako usługi rynkowe, które państwa członkowskie poddają szczególnym obowiązkom świadczenia usług publicznych na podstawie kryterium interesu ogólnego²²⁰, jednocześnie szeroko zakreślając uprawnienia państw członkowskich w odniesieniu do definiowania usług, które zaliczą do UOIG.

Usługa powszechna stanowi przykład praktycznego zastosowanie instytucji usługi świadczonej w ogólnym interesie gospodarczym²²¹. Usług powszechnych nie należy jednak utożsamiać z usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym, gdyż jest to pojęcie węższe, które zawiera się w ramach usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, podczas gdy nie każda usługa świadczona w ogólnym interesie gospodarczym jest zawsze usługą powszechną²²². Swoim zakresem usługi powszechne obejmują szczególny krąg usług, które ze względu na swoje znaczenie dla życia obywateli, powinny być formalnie i faktycznie dostępne dla wszystkich, którzy chcą z nich skorzystać²²³, co w efekcie ma przyczynić się do wyrównania szans w społeczeństwie.

Usługa powszechna to minimalny zestaw usług o oznaczonej jakości, dostępnych dla wszystkich użytkowników, niezależnie od ich usytuowania geograficznego, oraz o przystępnych, jak na warunki panujące w danym państwie, cenach. W Unii Europejskiej instytucja ta funkcjonuje obecnie w sektorach sieciowych jak gaz ziemny²²⁴, energia elektryczna²²⁵, czy poczta²²⁶, ale jej koncepcja jest najściślej związana z rynkiem usług telekomunikacyjnych. W przeszłości państwowi monopolisci świadczyli usługi uznawane za

²¹⁸ J. Kociubiński, *Pojęcie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w prawie konkurencji UE*, EPS 2011, nr 8, s. 5.

²¹⁹ *Protokół (nr 26) w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym*, C 202/307.

²²⁰ Komunikat Komisji w sprawie usług użyteczności publicznej w Europie z 19.02.2001 r. (Dz. U. C 17/4), załącznik nr 2.

²²¹ K. Krzystek, *Usługa powszechna w łączności elektronicznej* [w:] M. Królikowska-Olczak (red.) *Sektory infrastrukturalne – problematyka prawna*, C.H. Beck 2018, s. 338.

²²² S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2002, s. 340.

²²³ S. Dudzik, *Usługi w ogólnym interesie gospodarczym w projekcie dyrektywy o usługach na rynku wewnętrznym*, Wspólnoty Europejskie 2005, nr 10, s. 24.

²²⁴ Dyrektywa 2009/73/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 2003/55/WE.

²²⁵ Dyrektywa 2019/944 z dnia 5 czerwca 2019 r. w sprawie wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej oraz zmieniająca dyrektywę 2012/27/UE (przekształcenie).

²²⁶ Dyrektywa 97/67/WE z 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług.

społecznie niezbędne nawet gdy były niedochodowe, a straty były wyrównywane w dochodowych sektorach rynku. Liberalizacja i wprowadzanie mechanizmów rynkowych sprawiły, że mechanizm wewnętrznego subsydiowania stał się niemożliwy do utrzymania, gdyż operator świadczący niedochodowe usługi byłby niekonkurencyjny względem konkurentów.

Usługi powszechne są usługami rynkowymi, które państwa członkowskie poddają szczególnym zobowiązaniom odnoszącym się do służby publicznej, na podstawie kryterium interesu ogólnego²²⁷, jednak ich świadczenie nie powinno powodować zbędnych zniekształceń warunków rynkowych. W idealnej sytuacji siły rynkowe sprawią, że zadowalający pakiet usług będzie dostępny dla każdego. Jeżeli sytuacja taka nie występuje, państwo może interweniować i nałożyć na jednego lub kilku przedsiębiorców obowiązki świadczenia usług powszechnych, przyznać im z tego tytułu szczególne prawa lub metody finansowania.

Przedsiębiorstwa, którym zostało powierzono świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym powinny to czynić nawet w przypadku, gdy koliduje to z ich własnym interesem ekonomicznym²²⁸. Działania państw członkowskich mające zapewnić świadczenie usług powszechnych nie powinny naruszać unijnych reguł konkurencji, ale uzasadnione nałożenie obowiązku świadczenia usług, może oznaczać ograniczenie zastosowania unijnego prawa konkurencji w tym zakresie. Zgodnie z wyłączeniem przewidzianym w art. 106 ust. 2 TFUE, reguły konkurencji stosuje się wobec przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym tylko w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych. Ma to w szczególności znaczenie dla wprowadzonego mechanizmu finansowania niedochodowych usług. Dopuszczalne są tylko zniekształcenia warunków rynkowych bezwzględnie konieczne dla osiągnięcia wyznaczonego celu. Wyrównywanie strat przez państwo członkowskie stanowi pomoc publiczną i podlega ograniczeniom traktatowym, a traktatowe wyłączenie obejmuje jedynie uzasadnione i obiektywnie konieczne koszty netto²²⁹, które stanowią dla

²²⁷ Aneks II (Definicja pojęć) do Komunikatu Komisji, *Usługi użyteczności publicznej w Europie*, 2001/C 17/04.

²²⁸ P. von Wilmsdorf, *Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen unter dem EWG-Vertrag*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 1991, Band 155, s. 552; E. J. Mestmäcker, *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext. Ein Beitrag zur Funktion von Art. 90 Abs. 2 EGV [w:] Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats. Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag*, red. F. Ruland, B. B. von Maydell, H.-J. Papier, Heidelberg 1998, s. 645.

²²⁹ S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 192.

operatora niesprawiedliwe obciążenie (*unfair burden*). Koszt netto świadczenia usługi powszechnej to różnica pomiędzy kosztem netto działania z obowiązkiem świadczenia usługi powszechnej a kosztem netto działania bez obowiązku świadczenia usługi powszechnej²³⁰. Są to koszty, których operator by uniknął, gdyby nie był obciążony świadczeniem usługi powszechnej i to jedynie przyjmując najbardziej efektywny sposób wykonywania swoich obowiązków przez operatora²³¹. Kalkulacja kosztów netto uwzględnia korzyści, w tym niematerialne, jakie odnosi dostawca usługi powszechnej. Odzyskiwanie lub finansowanie kosztów netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej wymaga, aby wyznaczone przedsiębiorstwa obciążone obowiązkiem świadczenia usługi powszechnej otrzymywały rekompensatę za świadczone usługi na warunkach niekomercyjnych²³².

EKŁE przewiduje dwa możliwe modele finansowania obciążenia spowodowanego świadczeniem usług powszechnych²³³. W pierwszym koszty mogą być finansowane przez państwo bezpośrednio z środków publicznych, podczas gdy drugi zakłada utworzenie w tym celu specjalnego funduszu, na który składają się operatorzy łączności elektronicznej funkcjonujący na danym rynku. W drugim przypadku operatorzy obciążani są w sposób proporcjonalny i oparty na obiektywnych kryteriach, przy możliwości zwolnienia z wpłat mniejszych podmiotów, które nie osiągnęły określonego poziomu przychodów lub udziału w rynku. W praktyce świadczenie usług powszechnych nie wydaje się stanowić znacznego obciążenia dla wyznaczonych operatorów, biorąc pod uwagę, że o ile większość państw członkowskich uchwaliło przepisy wprowadzające mechanizm ich finansowania, tylko dwa państwa je zastosowały (Francja i Włochy)²³⁴.

W zakres europejskiej telekomunikacyjnej usługi powszechnej wchodzi dostęp po przystępnej cenie do usługi adekwatnego szerokopasmowego dostępu do internetu i do usług łączności głosowej, w tym do łącza umożliwiającego skorzystanie z tych usług, w stałej lokalizacji. Ponadto państwa członkowskie mogą też zapewniać przystępność cenową takich usług nieświadczonych w stałej lokalizacji, jeżeli uznają to za konieczne do zapewnienia pełnego społecznego i ekonomicznego uczestnictwa konsumentów w życiu społecznym.

²³⁰ Część A załącznika IV do dyrektywy 2002/22/WE i załącznika VI EKŁE.

²³¹ S. Piątek, *Ibidem*, s. 198.

²³² Część B załącznika IV do dyrektywy 2002/22/WE i załącznika VI EKŁE.

²³³ Zob. art. 90 EKŁE.

²³⁴ I. Kawka, *Telekomunikacyjne Organy Regulacyjne w Unii Europejskiej. Problematyka prawna*, Kraków 2006, s. 353.

Usługi, które wchodziły w zakres usługi powszechnej w ramach poprzedniego reżimu prawnego²³⁵, mogą nadal być zapewniane.

Wskazany zakres usługi powszechnej ma charakter minimalny i gwarancyjny, ma na celu zapobieganie wykluczeniu społecznemu poprzez zapewnienie każdemu dostępu do usług powszechnie dostępnych w społeczeństwie. Zakres świadczeń i sposób ich zapewnienia mają charakter dynamiczny i zmieniają się wraz z przekształceniami społecznymi, politycznymi, warunkami ekonomicznymi i technicznymi, dostosowując się do zmieniających się potrzeb użytkowników²³⁶. Efektem tych procesów było poszerzenie zakresu usługi powszechnej o funkcjonalny dostęp do Internetu w roku 2009, oraz zmiana wprowadzona w EKŁE. Ponadto, państwo członkowskie może poszerzyć zakres usług świadczonych w ramach usługi powszechnej²³⁷, ale dodatkowe usługi nie mogą być finansowane na takich samych zasadach, jak inne świadczenia składające się na minimalny zakres usługi powszechnej opisanej w dyrektywie²³⁸.

6. Wnioski

W sektorze łączności elektronicznej mamy do czynienia z paralelnym funkcjonowaniem przepisów prawa regulacji sektorowej i prawa ochrony konkurencji. Obydwie grupy przepisów mają zbieżne cele, które pokrywają się z sobą. Specyfika sektora i w szczególności rynku telekomunikacji mobilnej, jego podatność na postęp i innowacje technologiczne spowodowały, że Komisja regularnie dokonywała przeglądu regulacji sektorowej i dostosowywała jej zakres do rozwoju sytuacji w branży. Analiza unijnej polityki w ramach regulacji sektorowej sektora łączności elektronicznej pozwala na rozróżnienie czterech etapów.

²³⁵ Na podstawie dyrektywy 2002/22/WE w zakres europejskiej telekomunikacyjnej usługi powszechnej wchodziło: (1) stacjonarne przyłączenie do publicznej sieci łączności, które umożliwia komunikację głosową, faksową i przesyłanie danych z szybkościami pozwalającymi na funkcjonalny dostęp do Internetu; przyłączanie do sieci pozwalającej inicjować i odbierać połączenia krajowe i międzynarodowe (przyłączenie w stałej lokacji może być dokonane przy wykorzystaniu technologii telefonii stacjonarnej lub mobilnej), (2) dostęp do pełnego spisu abonentów telefonicznych oraz do pełno zakresowego biura numerów, (3) udostępnianie publicznych automatów telefonicznych lub innych publicznych punktów dostępowych telefonii głosowej i (4) środki zapewniające dostępność usług telefonicznych dla osób niepełnosprawnych i osób o szczególnych potrzebach społecznych;

²³⁶ Zielona księga nt. usług użyteczności publicznej z 21 maja 2003, COM (2003) 270, pkt. 51.

²³⁷ W Polsce doszło do poszerzenia zakresu telekomunikacyjnej usługi powszechnej o świadczenie dostępu do Internetu szerokopasmowego dla „jednostek uprawnionych” – zob. art. 81 ust. 5 Ustawy Prawo telekomunikacyjne.

²³⁸ M. Szydło, *Usługa powszechna...*, s. 123.

W latach 90. XX wieku Unia dążyła do liberalizacji sektora. Liberalizacja sektora miała umożliwić przedsiębiorstwom z państw członkowskich świadczenie usług w państwach członkowskich innych niż państwo pochodzenia. Zniesiono prawa specjalne i wyłączne, otworzono rynek poprzez zliberalizowanie łączności dzierżawionego dostępu komutowanego, ISDN, telefonii głosowej oraz dostępu szerokopasmowego, uregulowano dostęp do pętli lokalnej, objęto regulacją *ex ante* operatorów o znaczącej pozycji rynkowej, uregulowano świadczenie usługi powszechnej, zliberalizowano rynek urządzeń końcowych, działalność telekomunikacyjna była reglamentowana (zezwoleń ogólne, indywidualne licencje, uprawnienia do wykorzystywania częstotliwości i numeracji).

W pierwszej dekadzie XXI wieku Unia dokonywała harmonizacji przepisów obowiązujących w poszczególnych państwach członkowskich. Harmonizacja zasad funkcjonowania sektora w skali Unii służyła tworzeniu jednolitych warunków konkurencji na rynku wewnętrznym. Ustanowiono jednolite normy dla wszystkich usług łączności elektronicznej, przyjęto zasadę neutralności technologicznej, wzmocniono rolę organów regulacyjnych, wprowadzono procedurę analizy rynków właściwych przewidującą współpracę z Komisją, umożliwiono definiowanie rynków ponadnarodowych, przyjęto zalecenie określające 18 rynków właściwych, na których domniemywano konieczność regulacji. Nastąpiło odejście od licencji indywidualnych na rzecz ogólnego zezwolenia, dążono do zharmonizowania użytkowania częstotliwości w obrębie Wspólnoty.

W drugiej dekadzie XXI wieku możemy zauważyć wyraźne dążenie do przekształcenia *de facto* dwudziestu ośmiu różnych rynków łączności elektronicznej w jednolity rynek łączności elektronicznej. Wzmocniono uprawnienia Komisji w ramach stosowania regulacji *ex ante*, utworzono BEREC, przyjęto wspólną politykę w przedmiocie widma i wtórny obrót częstotliwościami. W ramach rewizji zaleceń zmniejszono liczbę rynków, gdzie domniemywano konieczność regulacji do siedmiu (2007 r.), a następnie do czterech (2014 r.). Rozszerzono zakres ochrony konsumentów poprzez zwiększenie transparentności umów i wprowadzenie jednolitych zasad co do czasu trwania umów.

Konsolidację regulacji sektora łączności elektronicznej w postaci europejskiego kodeksu łączności elektronicznej w połączeniu z dyrektywą w sprawie środków mających na celu zmniejszenie kosztów realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej można uznać za początek nowego etapu, któremu ma być poświęcona trzecia dekada XXI wieku – etapu inwestycji w infrastrukturę cyfrową wysokiej jakości. Regulacją objęto dostawców usług OTT, rozwinięto koncepcję współkorzystania z infrastruktury i przyjęto nowe podejście regulacyjne do superszybkich sieci. Rozwinięto koordynację w przedmiocie wspólnej,

zharmonizowanej polityki zarządzania widmem i zwiększono rolę BEREC poprzez przyznanie nowych kompetencji. Można zauważyć wyraźne odchodzenie od regulacji sektorowej *ex ante* na rzecz prawa konkurencji i kontroli *ex post*, chociażby poprzez wydłużenie terminów analiz z trzech do pięciu lat czy też przez zmniejszenie liczby rynków podlegających obowiązkowemu przeglądowi do dwóch (2020 r.).

W odniesieniu do regulacji *ex ante* telekomunikacji mobilnej rynki roamingu międzynarodowego i zakańczania połączeń zostały precyzyjnie uregulowane poprzez zniesienie opłat lub wskazanie cen maksymalnych, zaś pozostałe rynki znalazły się poza zaleceniem Komisji wskazującym rynki podlegające obowiązkowemu przeglądowi. Wprowadzenie na nich regulacji wymaga, by analiza rynku potwierdziła spełnienie przez dany rynek testu trzech kryteriów. Szczególnie w ramach telekomunikacji mobilnej oznacza to, że potencjalne konflikty pomiędzy prawem regulacji sektorowej i prawem ochrony konkurencji nieuchronnie dobiegają końca wraz z rozwojem skutecznej konkurencji, postępującym zanikiem regulacji sektorowej i zastępowaniem jej przez prawo ochrony konkurencji. Liberalizacja i harmonizacja przepisów, znaczne obniżenie cen i taryf doprowadziły do sytuacji, gdzie niemalże wszystkie rynki w ramach telekomunikacji mobilnej na których może istnieć konkurencja, stały się konkurencyjne, a możliwość stosowania regulacji *ex ante* przybrała status teoretycznego narzędzia, które może być zastosowane, jeśli na jakimś rynku pojawią się zakłócenia, wobec których nieprzydatne okaże się prawo ochrony konkurencji. Wydaje się, że w przyszłości podstawowymi zadaniami stojącymi przed regulacją sektorową sektora łączności elektronicznej będzie wspieranie budowy i sprawnego wykorzystania infrastruktury cyfrowej wysokich prędkości.

Wobec rosnącej roli prawa ochrony konkurencji szczególnie istotną rolę odgrywa regulacja dotycząca kontroli koncentracji. Ma ona unikalny w ramach prawa antymonopolowego charakter, pod wieloma względami zbliżony do prawa regulacji sektorowej i pozwala bezpośrednio wpływać na strukturę rynku. Organ ochrony konkurencji wydając decyzje dotyczące koncentracji operatorów powinien jednak kierować się celami prawa konkurencji i nie wykorzystywać ich jako okazji do formowania *ad hoc* konkurencji na rynku, a jedynie zapobiegać potencjalnym zagrożeniom dla konkurencji.

Rozdział II. Wpływ struktury rynku na konkurencję

1. Wprowadzenie

Konkurencja jest zjawiskiem nieodłącznie związanym z gospodarką wolnorynkową i sprowadza się do rywalizacji pomiędzy przedsiębiorcami. Dziedzictwu ekonomii klasycznej²³⁹ zawdzięczamy tezę, że nieuregulowane, niekontrolowane, pozornie chaotyczne i całkowicie egoistyczne zachowanie przedsiębiorców zapewnia większy dobrobyt niż centralne sterowanie i kontrola rządu. Rywalizacja jest korzystna zarówno dla konsumentów, jak i przedsiębiorców, ale niekiedy działanie podmiotów obecnych na rynku, a nawet sama struktura danego rynku, mogą prowadzić do zniekształcania, ograniczania lub eliminowania konkurencji. Prawo konkurencji wychodzi naprzeciw takim sytuacjom, wprowadzając mechanizmy mające zapobiec praktykom zaburzającym rywalizację. Zanim jednak dojdzie do interwencji w rynek, prawodawca i regulator muszą odpowiedzieć na podstawowe pytanie – jaki jest pożądany stan, do którego interwencja ma doprowadzić?

Pożądany obraz konkurencji (rozumianej jako pewien „stan”, nie sama czynność) ewoluował wraz z rozwojem myśli ekonomicznej. Pierwotnie za stan idealny uznano konkurencję doskonałą²⁴⁰, czyli sytuację pełnego rozproszenia popytu i podaży, przy całkowitej jednorodności dóbr i braku regulacji ze strony władz. Monopol rozumiany był jako rządowy przywilej i traktowany jako przejaw niedoskonałości. Model ten nie odzwierciedla jednak rzeczywistej konkurencji, która zawsze jest w mniejszym lub większym stopniu niedoskonała. John Bates Clark i John Maurice Clark argumentowali, że konkurencja doskonała jest zarówno teoretycznie, jak i praktycznie nieosiągalna, co doprowadziło ich do wypracowania koncepcji dostatecznej konkurencji (*workable competition*)²⁴¹. Zgodnie z nią rynek jest dostatecznie konkurencyjny, gdy nie można zidentyfikować żadnej konkretnej zmiany możliwej do wprowadzenia za pomocą interwencji organów publicznych, która doprowadziłaby do większych społecznych zysków niż kosztów. Clark sugerowali, że należy dążyć do stanu dostatecznej konkurencji, nie do konkurencji doskonałej. Konkurencja doskonała to statyczny stan punktu ostatecznej równowagi, który nie powinien być wykorzystywany jako wskaźnik realnej gospodarki. Monopol został sprowadzony do stanu

²³⁹ Szkoła myśli ekonomicznej, zapoczątkowana w drugiej połowie XVIII w. przez Adama Smitha, uważana za pierwszy współczesny, naukowy kierunek ekonomiczny.

²⁴⁰ Zob. Rozdział II, pkt. 3.3.1.

²⁴¹ Zob. J. M. Clark, *Konkurencja jako proces dynamiczny*, Waszyngton 1961.

ujednocionej kontroli rynku, dostrzeżono również korzyści płynące z koncentracji przedsiębiorstw. Stwierdzono, że olbrzymia korporacja, o ile nie jest monopolistą i działa pod presją rywali, faktycznych lub potencjalnych, może być zdolna nawet do większego rozwoju niż mniejsze przedsiębiorstwo, zaś konsolidacja bez zajmowania pozycji monopolisty sprzyja rozwojowi²⁴².

O rynku dostatecznie konkurencyjnym możemy mówić wtedy, gdy pomimo występowania pewnego stopnia sił monopolistycznych, konkurencja jest wystarczająco silna, by chronić konsumentów przed negatywnymi skutkami częściowych monopolii. Rozważania te legły u podstaw koncepcji skutecznej konkurencji („*effective competition*”), która jest często wykorzystywana w ramach prawa konkurencji, w tym europejskiego prawa konkurencji, jako metoda pomiaru i zapewniania adekwatnego poziomu konkurencyjności na rynkach, które mogą nie mieć idealnej struktury.²⁴³

Na współczesne prawo konkurencji olbrzymi wpływ ma dorobek tzw. „szkoły harwardzkiej” i „szkoły chicagowskiego”. „Strukturalna” szkoła harwardzka opiera się na dość sztywnej teorii oligopolu Cournota²⁴⁴, podkreśla problem barier wejścia na rynek i przekonanie, że pewne struktury rynku wręcz nieuchronnie muszą skutkować zachowaniami antykonkurencyjnymi. W efekcie postulowano, że najlepszym rozwiązaniem jest interwencja w strukturę rynku, a postępowanie przedsiębiorców zmieni się samo. Szkoła chicagowska pokładała większą wiarę w zdolność rynków do poprawiania się bez interwencji władz. Jej zwolennicy argumentowali, że metody stosowane przy podejściu strukturalnym były statyczne i w efekcie nieadekwatne do analizy dynamicznego zjawiska jakim jest konkurencja.

Postępujący rozwój poglądów na temat konkurencji pokazuje jak ewoluowało samo rozumienie pojęcia konkurencji. Początkowo była postrzegana w sposób statyczny, przez pryzmat struktury rynkowej, jako pewien stan rzeczy. Z czasem konkurencja zaczęła być postrzegana jako proces, czyli zjawisko dynamiczne, i oceniana z punktu widzenia zachowań i strategii rynkowych w oparciu o teorię gier z uwzględnieniem wpływu innowacji na rozwój rynku. Rozróżnienie między konkurencją jako stanem i konkurencją jako procesem to nie tylko kwestia semantyki. To rozróżnienie odzwierciedla odmienne podejścia, które koncentrują się na odrębnych, ale czasami uzupełniających się kwestiach. Z jednej strony, konkurencja jako stan rzeczy jest oparta na badaniu systemów równowagi, w których proces

²⁴² J. B. Clark, *Essentials of Economic Theory*, Auburn 2007, s. 534.

²⁴³ Zob. Rozdział II, 2.2.3.

²⁴⁴ Zob. A. Cournot, Op.cit.

dostosowania się przedsiębiorców jest zasadniczo zakończony. Rozliczenie rynku²⁴⁵ zapewnia fakt, że przedsiębiorcy mają dostęp do informacji niezbędnych dla korygowania swoich wyborów w czasie przy założeniu doskonałej racjonalności. Koordynacja między przedsiębiorcami ma więc być idealna i charakteryzuje się równowagą konkurencyjną lub równowagą Nasha. Na tej podstawie można opisać sytuacje doskonałej i niedoskonałej konkurencji, każdą z nich przedstawiając jako określone równowagi. Z drugiej strony, konkurencja rozumiana jako proces oznacza badanie sytuacji, w których dominują nierównowagi rynkowe. Te nierównowagi są generowane przez ciągłe odkrywanie nowych możliwości produkcyjnych i rynkowych oraz, bardziej ogólnie, przez pojawienie się radykalnych i trwałych zmian w danym rynku. Nacisk kładziony jest na sam proces dostosowywania się, aby zobaczyć, w jaki sposób oddziałujący na siebie przedsiębiorcy koordynują swoje działania.

Organy ochrony konkurencji nie powinny traktować obydwu podejść jako alternatyw, z których należy wybrać jedną. Najlepsze zrozumienie procesu konkurencji można osiągnąć poprzez jednoczesne uwzględnienie elementów obydwu szkół myśli, które mają największe przełożenie na sytuację w danym stanie faktycznym. Instrumenty statycznej oceny są przydatne dla analizy zagadnień takich jak alokacja czy cena, podczas gdy elementy oceny dynamicznej pozwalają zrozumieć złożone procesy konkurencyjne i ich wpływ na produktywność i innowacyjność.

2. Istota zjawiska konkurencji

Pojęcie konkurencji to kategoria prawna niezdefiniowana normatywnie, podstawą ujmowania jej istoty są akty prawne określające zakres wolności gospodarczej, w tym w szczególności akty zaliczane do prawa konkurencji. Wolność gospodarcza stanowi element społecznej gospodarki rynkowej, to publiczne prawo podmiotowe uczestników obrotu gospodarczego, któremu odpowiada obowiązek organów publicznych do nienaruszania swobody działalności gospodarczej. Jest to jednocześnie niezbędna przesłanka dla występowania zjawiska konkurencji, które może się realizować tylko w ramach gospodarki wolnorynkowej. Prawo konkurencji stanowi zestaw norm, które ze swej natury ograniczają wolność gospodarczą w celu zapewnienia, by mechanizm konkurencji funkcjonował bez zakłóceń i nadużyć, a w efekcie w sposób bardziej efektywny. Cel ten jest osiągany, gdy

²⁴⁵ Rozliczenie rynku – sytuacja, gdy podaż zaspokaja popyt w taki sposób, że nie ma nadwyżek ani podaży, ani popytu.

skutkiem stosowania prawa konkurencji jest zwiększenie poziomu dobrobytu. Konieczność wiarygodnego ustalenia, czy dana interwencja organu antymonopolowego przyniesie więcej korzyści niż strat sprawiła, że ekonomia zaczęła odgrywać kluczową rolę w postępowaniach z dziedziny prawa konkurencji.

2.1. Rola ekonomii w prawie ochrony konkurencji

Znaczenie ekonomii w stosowaniu prawa konkurencji staje się oczywiste, gdy uwzględnimy fakt, że kluczowe dla prawa konkurencji pojęcia, jak „konkurencja”, „monopol”, „oligopol”, „bariery wejścia”, wywodzą się z nauki ekonomii. Nie dziwi zatem, iż zarówno Komisja, jak i Trybunał kładą coraz większy nacisk na stosowanie analizy ekonomicznej przy wydawaniu decyzji. O ile w latach 70. i 80. zasady ekonomii były stosowane nieprecyzyjnie i *ad hoc*, to w szczególności po wprowadzeniu rozporządzenia nr 4064/89, zaczęto coraz bardziej polegać na argumentach ekonomicznych²⁴⁶. Widać to zarówno w rosnącej liczbie wydawanych obwieszczeń i wytycznych²⁴⁷, jak i w fakcie utworzenia stanowiska Głównego Ekonomisty ds. Konkurencji, którego rola polega na świadczeniu pomocy w ocenie wpływu ekonomicznego działań Komisji w dziedzinie konkurencji oraz udzielaniu niezależnych wskazówek dotyczących metodologicznych zagadnień ekonomicznych i ekonometrycznych przy stosowaniu unijnych reguł konkurencji.

Rosnące znaczenie analizy ekonomicznej sprawiło, że przedmiotem postępowania przestała być kwestia wyrządzenia szkody konkurentom na rzecz oceny czy zaszkodziło konkurencji ze szkodą dla konsumentów. Komisja stwierdza wprost, że najważniejsze znaczenie ma ochrona skutecznego procesu konkurencji, a nie jedynie podmiotów konkurujących²⁴⁸. Wyrządzenie szkody konkurentom niekoniecznie skutkuje wyrządzeniem szkody konkurencji i konsumentom, wszak konkurowanie z definicji oznacza dążenie do uzyskania przewagi nad konkurentami, co jest dla nich szkodliwe, ale wcale nie świadczy, że

²⁴⁶ S. Bishop, M. Walker, *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Londyn 2010, s. 3

²⁴⁷ Por. Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (97/C 372/03); Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (2000/C 291/01); Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2004/C 31/03); Komunikat Komisji — wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (2009/C 45/02).

²⁴⁸ Komunikat Komisji — wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (2009/C 45/02), pkt. 6.

na rynku nie ma skutecznej konkurencji. W konsekwencji Komisja skupia się obecnie na analizie skutków danego działania, zamiast skupiać się na samej jego formie.

2.2. Cele europejskiego prawa konkurencji

Analiza ekonomiczna dostarcza narzędzi, dzięki którym Komisja może ocenić daną sytuację rynkową, ale aby odpowiedzieć na pytanie jak się wobec niej zachować, należy uwzględnić cele europejskiego prawa konkurencji. Europejskiemu prawu konkurencji przyswieca kilka celów, mających różny charakter.

Traktat o Unii Europejskiej stwierdza, że „Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne państwom członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn”²⁴⁹. Między innymi, celem Unii jest promowanie „dobrobytu jej narodów”²⁵⁰, dlatego ustanawia rynek wewnętrzny i działa „na rzecz trwałego rozwoju Europy, którego podstawą jest zrównoważony wzrost gospodarczy oraz stabilność cen, społeczna gospodarka rynkowa o wysokiej konkurencyjności zmierzająca do pełnego zatrudnienia i postępu społecznego”²⁵¹ i zapewnia funkcjonowanie „otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją”²⁵². Można tu dostrzec ochronę konkurencji jako potrzebę zapewnienia wolności działalności gospodarczej w ramach społecznej gospodarki rynkowej.

Komisja Europejska stwierdza, że konkurencja na rynku jest chroniona w ramach zwiększania dobrobytu konsumentów i zapewnienia efektywnej alokacji zasobów²⁵³. Jest to najważniejszy cel ochrony konkurencji²⁵⁴, interesy konsumentów w skali całej gospodarki powinny być postrzegane jako postać i element interesu publicznego, a tym samym chronione²⁵⁵. Stanowi to przejaw efektywnościowego (jakościowego) podejścia do definiowania interesu publicznego²⁵⁶. Jednocześnie ochronie podlegają nie tylko bezpośrednie

²⁴⁹ Art. 2 TUE.

²⁵⁰ Art. 3(1) TUE.

²⁵¹ Art. 3(3) TUE.

²⁵² Art. 119 (1) TFUE.

²⁵³ Wytyczne w sprawie stosowania art. 81(3) Traktatu WE (2004/C 101/08), pkt 13.

²⁵⁴ Zob. Wyrok Sądu z dnia 7 czerwca 2006 r., *Österreichische Postsparkasse AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawy połączone T-213/01 i T-214/01, pkt 115.

²⁵⁵ A. Powalowski, *Prawo ochrony konkurencji*, Warszawa 2015 r., s. 25.

²⁵⁶ Zob. A. Jurkowska-Gomułka, *Interes publiczny a prywatne egzekwowanie reguł konkurencji*, [w:] *Prawo konkurencji. 25 lat*, T. Skoczny (red.), Warszawa 2016, s. 151 – 154.

interesy konsumentów, lecz również struktury rynku i w ten sposób – konkurencja jako taka²⁵⁷. W tym sensie ochrona konkurencji ma zapewnić optymalną efektywność ekonomiczną.

Zakaz praktyk ograniczających konkurencję i kontrola koncentracji służą temu samemu interesowi publicznemu w ochronie konkurencji²⁵⁸, ale w ich sposobie uregulowania istnieją istotne różnice, które świadczą o aksjologicznych różnicach. Praktyki ograniczające konkurencję są *ex lege* za zakazane, a czynności z nimi związane uważane za nieważne, podczas gdy koncentracje nie tylko nie z założenia bezprawne, co wręcz stanowią przejaw konstytucyjnej wolności działalności gospodarczej i dążenia do wzmocnienia skuteczności działania przedsiębiorstw²⁵⁹. Podejmowanie decyzji w sprawie koncentracji przez organ antymonopolowy sprowadza się do zestawienia interesu publicznego, czyli ochrony funkcjonalnie rozumianej konkurencji, służącej dobrobytowi konsumentów oraz realizacji przez przedsiębiorstwa ich celów gospodarczych²⁶⁰.

Unikalnym celem europejskiego prawa konkurencji jest cel integracyjny – promowanie integracji w ramach rynku wspólnego. Komisja podkreśla, że „utworzenie i utrzymanie rynku wspólnego sprzyja wydajnej alokacji zasobów w całej Wspólnocie z korzyścią dla konsumentów”²⁶¹. Integracja rynku wewnętrznego w naturalny sposób wpływa na podejście do działań, które mogłyby prowadzić do jego podziału na państwowe monopole i skutkować w ograniczeniu presji konkurencyjnej wywieranej na siebie przez podmioty z danej branży. Cel ten jest realizowany chociażby poprzez eliminowanie takich działań podejmowanych przez przedsiębiorstwa, które tworzą bariery odgradzające poszczególne rynki krajowe i utrudniające trans graniczną ekonomiczną interpenetrację i integrację²⁶².

²⁵⁷ Wyrok Trybunału z 6 października 2009 r., *GlaxoSmithKline Services Unlimited, dawniej Glaxo Wellcome plc przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawy połączone C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, pkt 63.

²⁵⁸ M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *Podstawy i zakres publicznoprawnej ochrony konkurencji*, [w:] *System prawa prywatnego, Prawo konkurencji*, t. 15, M. Kepiński (red.), Warszawa 2013, s. 722.

²⁵⁹ Ł. Kryśkiewicz, *Cele prewencyjnej kontroli koncentracji* [w:] *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2018*, nr 3(7), s. 42.

²⁶⁰ M. Szwał, W. Podlasin, *Warunkowa zgoda na dokonanie koncentracji w świetle zasady proporcjonalności* [w:] *Wyzwania dla ochrony konkurencji i regulacji rynku. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Skocznemu*, Warszawa 2017, s. 209.

²⁶¹ Wytyczne w sprawie stosowania art. 81(3) Traktatu WE (2004/C 101/08), pkt 13.

²⁶² M. Szydło, *Regulacja sektorowa a ogólne prawo antymonopolowe*, *Problemy zarządzania* 1/2008 (19), s. 243.

2.3. Skuteczna konkurencja w prawie europejskim

Zjawisko konkurencji jest powszechnie uważane za korzystne i pożądane. W większości przypadków rynki o wysokim poziomie konkurencji zwiększają dobrobyt konsumentów i nie wymagają interwencji ze strony regulatorów. Z kolei monopole zazwyczaj wpływają negatywnie na dobrobyt konsumentów, a nadzór regulatorów jest niezbędny dla ochrony interesów konsumentów.

Zalety skutecznej konkurencji nie ulegają dziś wątpliwości, zaś jej zachowanie stanowi samą istotę prawa konkurencji. Rozporządzenie nr 139/2004 stanowi, że wszelka koncentracja, która mogłaby w znaczący sposób przeszkadzać w skutecznej konkurencji na wspólnym rynku lub znacznej jego części, powinna zostać uznana za niezgodną ze wspólnym rynkiem²⁶³, natomiast w orzeczeniu w sprawie *United Brands* Trybunał zdefiniował pojęcie pozycji dominującej jako „pozycję ekonomicznej siły, która pozwala przedsiębiorcy zapobiegać utrzymaniu skutecznej konkurencji na rynku właściwym”²⁶⁴. Pomimo, iż jest to pojęcie tak istotne dla europejskiego prawa konkurencji, nie zostało ono nigdy dokładnie zdefiniowane.

Skuteczną konkurencję można zdefiniować jako proces rywalizacji. Rywalizacja przedsiębiorców w celu zaoferowania najatrakcyjniejszych dóbr i usług stanowi mechanizm, poprzez który korzyści z konkurencji przekazywane są konsumentom, zaś wyeliminowanie rywalizacji, czy to w wyniku koncentracji, czy z umowy kartelowej, często stanowi podstawę postępowań organów antymonopolowych. Takie rozumienie skutecznej konkurencji nie przedstawia jednak żadnych punktów odniesienia co do poziomu rywalizacji, który można uznać za skuteczną konkurencję i prowadzi do błędnego wniosku, że eliminacja konkurencji zawsze szkodzi konkurencji na rynku. Tymczasem eliminacja konkurencji może być wynikiem koncentracji podmiotów, których udział w rynku jest tak niewielki, że nie mają żadnego wpływu na poziom konkurencji. Ponadto, praktyka organów w zakresie porozumień wertykalnych pokazuje, że takie umowy pomiędzy producentem i dystrybutorem mogą być korzystne zarówno dla stron umowy, jak i konsumentów²⁶⁵. Takie ujęcie skutecznej konkurencji nie odpowiada potrzebom prawa konkurencji, gdyż traktuje rywalizację jako wartość samą w sobie, nie pozwalając rozróżnić uzasadnionych i nieuzasadnionych

²⁶³ Rozporządzenie nr 139/2004, pkt. 25.

²⁶⁴ Wyrok Trybunału z dnia 14 lutego 1978 r. *United Brands Company i United Brands Continentaal BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*. Sprawa 27/76, pkt 65.

²⁶⁵ Zob. Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych 2010/C 130/01.

przypadków wyeliminowania konkurencji i prowadziłyby do ochrony konkurentów zamiast ochrony konkurencji.

Skuteczną konkurencję można zdefiniować jako sytuację braku ograniczeń wywieranych na siebie przez obecnych na rynku przedsiębiorców. Ta definicja odpowiada interpretacji skutecznej konkurencji przyjmowanej przez Komisję na potrzeby stosowania art. 101 TFUE, jednak nie bierze poprawki na zasadę pomocy *de minimis*, czy wyłączenia grupowe. Istnienie tych instytucji wskazuje, że istnieją inne kryteria dla zdefiniowania skutecznej konkurencji niż tylko brak ograniczeń.

Skuteczną konkurencję można zdefiniować jako stan, w którym żaden przedsiębiorca nie jest w stanie wpłynąć na cenę. W tym przypadku skuteczna konkurencja jest sprowadzana do konkurencji doskonałej, która jest przydatna dla analizy zasad ekonomicznych, ale nie może być podstawą dla praktyki organów antymonopolowych. Konkurencja doskonała jest praktycznie nieosiągalna, a przyjęcie takiej definicji na potrzeby stosowania prawa konkurencji prowadziłyby do wniosku, że wszystkie rynki wymagają interwencji. W praktyce rynki, które są uznawane za konkurencyjne, odbiegają od ideału konkurencji doskonałej.

Celem prawa konkurencji jest ochrona i promowanie skutecznej konkurencji, jednak żadna z powyższych definicji nie może być przyjęta dla potrzeb praktyki organów antymonopolowych, gdyż nie pozwalają określić jaki minimalny poziom konkurencji jest wymagany i jakie ograniczenia są dopuszczalne, zanim rynek przestanie być skutecznie konkurencyjny. To, czy rynek jest konkurencyjny nie zależy od jego charakterystyki, tylko od skutków jakie generuje dla konsumentów. Organy antymonopolowe nie powinny skupiać się na skutkach pożądanym według abstrakcyjnych, teoretycznych modeli, tylko na realnie osiągalnych skutkach swojej ewentualnej interwencji. Wymaga to oceny wpływu planowanej interwencji na dobrobyt konsumentów przez pryzmat kryteriów ograniczeń produkcji i ograniczeń innowacji. Ograniczenie produkcji prowadzi do zwiększenia cen, gdyż ta sama ilość konsumentów może otrzymać mniejszą ilość dóbr. Ograniczanie innowacji zmusza konsumentów do zaakceptowania dóbr i usług niższej jakości, podczas gdy rynek pozbawiony ograniczeń mógłby doprowadzić do wprowadzenia dóbr i usług wyższej jakości.

Rynek, który wspiera konkurencję cenową można opisać jako rynek, na którym funkcjonuje wielu producentów, bariery wejścia są niskie, produkty homogeniczne, a informacja łatwo dostępna zarówno dla konsumentów, jak i producentów. Opisanie rynku, który wspiera innowacyjność jest bardziej skomplikowanym zadaniem. Innowacje, szczególnie gdy są chronione prawem własności intelektualnej, mogą prowadzić do uzyskania przez dane przedsiębiorstwo siły rynkowej, a nawet monopolu. Struktura rynkowa, która

wspiera silną konkurencję cenową jest często inna od struktury wspierającej innowacje. Największe innowacje powstają zazwyczaj w skoncentrowanych rynkach ze stosunkowo małą liczbą producentów, którzy produkują dające się rozróżnić od siebie produkty, zaś patenty i prawa autorskie często stanowią znaczące bariery wejścia.

Z punktu widzenia prawa konkurencji nie można zatem uznać, że ideałem do którego należy dążyć jest rynek z setkami rywalizujących z sobą niewielkich przedsiębiorstw. Przedsiębiorstwa mogą wówczas faktycznie intensywnie rywalizować z sobą, ale ich oferta będzie droższa, mniej innowacyjna i nowoczesna, niż mogłaby być w przypadku innej struktury rynkowej. Ogólny cel prawa konkurencji dbania o dobrobyt konsumentów nie zawiera precyzyjnych wytycznych co do zasad jakimi ma się kierować organ antymonopolowy, by zapewnić odpowiedni balans pomiędzy konkurencją cenową i rozwojem innowacji. Na szczęście, organ antymonopolowy nie jest regulatorem rynku analogicznym do regulatora sektorowego i działa tylko reakcyjnie. Zakłada to fundamentalne przekonanie, że w większości przypadków rynek sam znajdzie optymalną równowagę, a organ antymonopolowy ma jedynie chronić przed nadużyciami i szkodliwymi strukturami rynku, jednocześnie nie stając na drodze innowacjom, interweniując gdy sytuacja na rynku grozi ograniczeniem innowacji.

Przedsiębiorstwa obecne na rynku doskonale konkurencyjnym mają krótkoterminową zachętę by obniżyć koszty, ale mogą nie mieć środków niezbędnych na inwestycje, które przyniosą korzyści w długiej perspektywie czasowej. Prace badawczo-rozwojowe (B+R) są zazwyczaj kosztowne i zwracają się po latach. Monopolista zazwyczaj dysponuje środkami niezbędnymi dla prowadzenia prac B+R, ale często może nie odczuwać odpowiedniej zachęty, by przeprowadzić inwestycje.

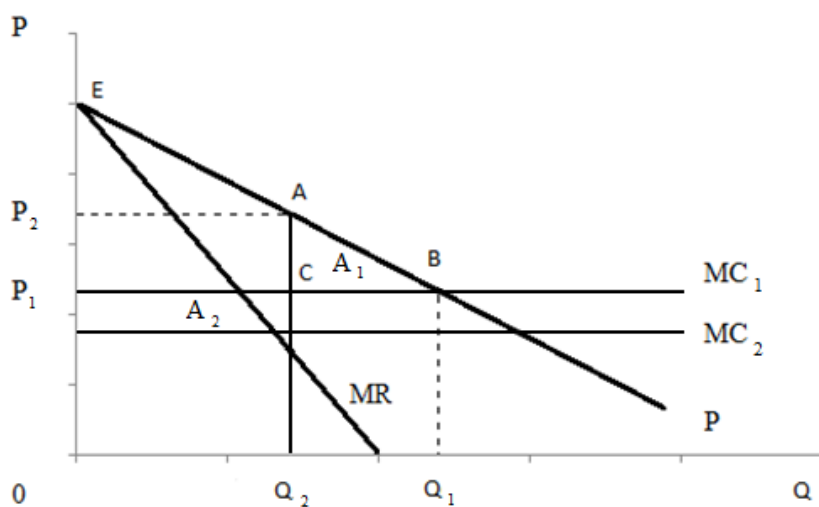
Z perspektywy organu antymonopolowego warto rozróżnić innowacje wprowadzane samodzielnie przez pojedynczego przedsiębiorcę i innowacje będące wynikiem współpracy kilku przedsiębiorców. Pierwszy rodzaj innowacji zazwyczaj nie stwarza problemów z punktu widzenia prawa konkurencji, z wyjątkiem przypadku przedsiębiorców o pozycji dominującej specjalnie projektujących swój produkt w taki sposób, by technologia innych podmiotów nie była kompatybilna i stawała się bezużyteczna²⁶⁶. Organy antymonopolowe skupiają się na przypadkach innowacji będących wynikiem koncentracji, wspólnych przedsięwzięć albo porozumień wertykalnych. Te formy współpracy przedsiębiorców w większości przypadków prowadzą do zwiększenia dobrobytu, ale z drugiej strony skutkują zmniejszeniem liczby

²⁶⁶ H. Hovenkamp, Op.cit., s. 25.

konkurentów na rynku, ułatwieniem wprowadzenia zmony cenowej lub innymi ograniczeniami konkurencji. W tym przypadku organ antymonopolowy powinien zestawić i porównać korzyści płynące z wprowadzanej innowacji ze stratami generowanymi przez ograniczenie konkurencji w celu oceny, czy dana współpraca jest korzystna, czy szkodliwa.

Teoretyczny model, według którego organ antymonopolowy może zestawić z sobą korzyści i straty wynikające z koncentracji przedsiębiorców, przedstawił Oliver E. Williamson²⁶⁷.

Wykres 1 Model zestawienia korzyści i strat O. Williamsona²⁶⁸



Na wykresie Linia MC_1 przedstawia poziom średnich kosztów przed podjęciem współpracy, natomiast MC_2 przedstawia poziom średnich kosztów będący wynikiem współpracy. P_1 i P_2 przedstawiają cenę w analogicznych okresach. Cena P_2 jest wyższa od ceny P_1 , ponieważ w innym przypadku ekonomiczne skutki współpracy byłyby wyłącznie pozytywne. Obszar A_1 to strata społeczna wynikająca ze wzrostu ceny z P_1 do P_2 , przy założeniu, że koszty pozostają stałe. Jednak ponieważ współpraca przynosi zwiększenie wydajności, należy uwzględnić prostokąt A_2 , który odzwierciedla zmniejszone średnie koszty. Ostateczny wpływ koncentracji na dobrobyt to różnica $A_2 - A_1$. Jeśli powierzchnia A_2 jest większa niż A_1 , współpraca zwiększa poziom dobrobytu. Może to mieć miejsce w przypadku, gdy doszło do wzrostu cen, a korzyścią ze zwiększonej wydajności jest zwiększony zysk

²⁶⁷ Zob. O. E. Williamson, *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs* (w:) The American Economic Review, Vol. 58, Nr 1 (marzec 1968), s. 18-36.

²⁶⁸ Opracowanie własne na podstawie: O. E. Williamson, *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs* (w:) The American Economic Review, Vol. 58, Nr 1 (marzec 1968), s. 21.

przedsiębiorcy. Wyliczenia przeprowadzone na podstawie tego modelu sugerują, że stosunkowo niewielka redukcja kosztów wystarcza by zrównoważyć stosunkowo wysoką podwyżkę ceny, nawet przy wysokiej elastyczności popytu²⁶⁹. Wynika z tego, że aby współpraca przedsiębiorców, która przynosi istotne korzyści ekonomiczne, wywołała negatywne skutki, musi prowadzić do powstania znaczącej siły rynkowej i skutkować stosunkowo wysokim wzrostem cen.

Powyższy model stanowi pewne uproszczenie rzeczywistości. Istotnym problemem dla organu antymonopolowego może być zestawienie natychmiastowych skutków danej współpracy (np. natychmiastowa obniżka kosztów, natychmiastowy wzrost cen) ze skutkami pojawiającymi się w dłuższej perspektywie czasowej (np. zwiększone nakłady na B+R przynoszące korzyści w przyszłości, ale też perspektywa wewnętrznej ekspansji przedsiębiorców na rosnących rynkach prowadzącej z czasem do takich samych oszczędności jak współpraca, bez tworzenia straty społecznej). Nawet jeśli współpraca przyniesie natychmiastowe pozytywne skutki, to po uwzględnieniu możliwości wewnętrznej ekspansji może się okazać, że w dłuższej perspektywie wyrządzi więcej szkód niż korzyści²⁷⁰. Ponadto, skutki danej współpracy nie mogą być oceniane w próżni, gdyż może ona mieć wpływ na innych przedsiębiorców obecnych na rynku. Koncentracja na rynku oligopolistycznym może ułatwić znowę pomiędzy łączącymi się spółkami i innymi podmiotami obecnymi na rynku. Zmowa powstała w wyniku koncentracji spowodowałaby podwyżkę cen wszystkich jej uczestników, tworząc ogólnorynkową stratę społeczną, podczas gdy korzyści z koncentracji byłyby odczuwane tylko przez łączące się spółki.

Model Williamsona daje ekonomiczne uzasadnienie dla uwzględniania przez organ ochrony konkurencji czynników wyrównawczych przy badaniu koncentracji. Z punktu widzenia stosowania prawa konkurencji istotne znaczenie ma, że model ten należy uwzględnić tylko, gdy występują korzyści i straty, które można ze sobą zestawić i porównać. Organ antymonopolowy powinien najpierw ustalić, czy dana współpraca wywołuje negatywne konsekwencje dla konkurencji. Jeśli tak nie jest, nie powinien interweniować. Jeśli zidentyfikuje ograniczenie konkurencji, powinien ustalić, czy towarzyszą mu istotne korzyści i jeśli tak, czy wprowadzenie ograniczenia konkurencji jest konieczne dla osiągnięcia tych korzyści. Jeśli odpowiedź na jedno z powyższych pytań jest negatywna, powinien interweniować. Tylko w pozostałym przypadku organ ochrony konkurencji powinien przeprowadzić analizę korzyści i strat według powyższego modelu.

²⁶⁹ O. E. Williamson, *Ibidem*, s. 23.

²⁷⁰ O. E. Williamson, *Ibidem*, s. 25.

3. Ekonomiczne modele konkurencji

Modele konkurencji doskonałej i monopolu pozwalają dobrze zobrazować podstawowe zasady rządzące rynkami, w szczególności pozwalają zilustrować szkodliwy wpływ monopolu na poziom dobrobytu. Na potrzeby pracy przyjęto podział na kategorie cech rynku i modeli zachowań przedsiębiorców na nim obecnych, należy jednak pamiętać, że ten podział na „statyczne” i „dynamiczne” elementy rynku jest w świetle teorii gier umowny.

3.1. Model konkurencji doskonałej

Rynek doskonale konkurencyjny to rynek, na którym działa wielu producentów oferujących jednorodne dobro. Kupujących również jest wielu i jest im obojętne produkt którego przedsiębiorcy zakupią. W efekcie zarówno przedsiębiorcy, jak i kupujący są biorcami ceny, gdyż żaden uczestnik rynku nie ma możliwości wpływania na cenę²⁷¹. Żaden producent nie może zażądać ceny wyższej od ukształtowanej przez rynek ceny równowagi, ani żaden kupujący nie może oczekiwać, że otrzyma cenę niższą od ceny równowagi. Wszyscy uczestnicy rynku dysponują pełną informacją na jego temat, ponadto nie występują żadne bariery wejścia lub wyjścia. W rzeczywistości spełnienie wszystkich przesłanek jest w zasadzie niemożliwe i w efekcie rynki doskonale konkurencyjne nie istnieją, lecz za przykłady zbliżonych można uznać rynki niektórych płodów rolnych, jak na przykład pszenicy, żyta, itp.

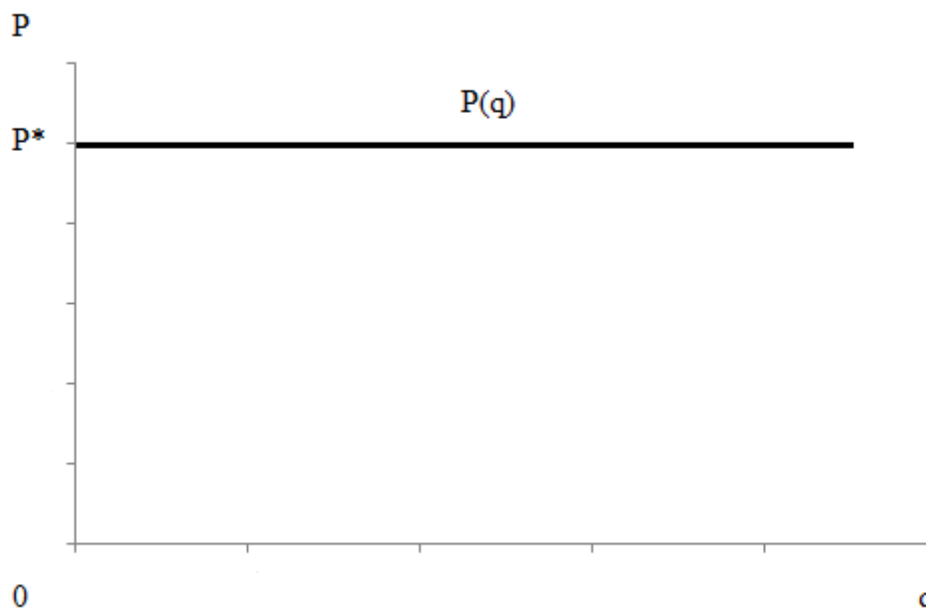
Przedsiębiorstwo funkcjonujące na rynku doskonale konkurencyjnym traktuje cenę produktu jako daną, jest ona niezależna od wielkości jego produkcji, gdyż ta stanowi niewielki fragment produkcji całej branży. Ze względu na powszechną dostępność dóbr i ich zastępowalność dobrami innych producentów, przedsiębiorstwo nie może podnieść ceny dobra powyżej ceny równowagi rynkowej, gdyż kupujący kupią dobra konkurencji oferowane w cenie równowagi rynkowej i przedsiębiorstwo nie sprzeda niczego. Z drugiej strony, przedsiębiorstwo może sprzedać całą swoją produkcję w cenie równowagi rynkowej, o czym świadczy płaska linia popytu, zatem nie ma żadnego powodu, by obniżyć cenę²⁷². Oznacza to, że popyt na dobro w cenie równowagi rynkowej (P^*) jest nieskończenie elastyczny i nieskończenie duży (zob. Wykres 1). Jeżeli przedsiębiorstwo chce zwiększyć przychody, musi zwiększyć produkcję (q) przy utrzymaniu ceny rynkowej. Co istotne, przedsiębiorstwo

²⁷¹ D. Begg, G. Vernasca, S. Fisher, R. Dornbusch, *Mikroekonomia*, Warszawa 2014, s. 278.

²⁷² Ibidem.

zwiększając produkcję nie spowoduje spadku ceny (P), gdyż jego podaż jest tak mała w stosunku do popytu na dobra branży, że rynek nie reaguje na jego działania wahaniem ceny.

Wykres 2. Popyt na produkt przedsiębiorstwa funkcjonującego na rynku doskonale konkurencyjnym



Zysk przedsiębiorstwa to różnica między całkowitym przychodem ze sprzedaży produktu i kosztami produkcji. Przedsiębiorstwo działające na rynku doskonale konkurencyjnym dążąc do maksymalizacji zysku będzie zwiększało produkcję do chwili, gdy przyrost przychodu wynikający ze zwiększenia produkcji o jedną jednostkę jest równy przyrostowi kosztu wytworzenia tej dodatkowej jednostki, a zatem do chwili, gdy przychód krańcowy (będący równy cenie równowagi) jest równy kosztowi krańcowemu. Na rynku doskonale konkurencyjnym każde przedsiębiorstwo osiąga swój optymalny rozmiar.

Specyfika rynku doskonale konkurencyjnego sprawia, że zmierza on do zerowego zysku, gdyż cena zmierza do przeciętnych kosztów produkcji²⁷³. Zmiana popytu na rynku doskonale konkurencyjnym będzie w perspektywie krótkookresowej prowadzić do zmiany ceny i wystąpienia nadzwyczajnych zysków (w razie wzrostu ceny) lub strat (w razie spadku ceny). W perspektywie długookresowej hipotetycznego modelu konkurencji doskonałej, gdzie nie istnieją żadne bariery wejścia i wyjścia, zaś podmioty posiadają pełną i darmową informację na temat rynku, sytuacja w której przedsiębiorcy uzyskują zysk będzie prowadziła

²⁷³ E. Czarny, *Mikroekonomia*, Warszawa 2006, s. 138.

do pojawiania się na rynku nowych podmiotów, zwiększenia podaży, spadku ceny i zmniejszenia zysku. Analogicznie występowanie straty prowadziłoby do opuszczenia rynku przez niektóre podmioty, zmniejszenia podaży i zwiększenia ceny. W konsekwencji w ujęciu długoterminowym liczba przedsiębiorstw dostosowuje się tak długo, aż cena dobra zrówna się z minimalnymi przeciętnymi kosztami całkowitymi, a zysk będzie wynosił zero²⁷⁴. Liczba przedsiębiorstw dostosowuje się, by zapewnić, że popyt przy tej cenie jest zaspokajany. Na rynkach doskonale konkurencyjnych konsumenci nabywają dobra w cenie równej ich kosztom produkcji²⁷⁵.

Tylko na rynku doskonale konkurencyjnym może zostać osiągnięta równowaga optymalna społecznie, a zatem stan efektywności produkcyjnej i alokacyjnej²⁷⁶. Oznacza to sytuację, w której nie można dokonać żadnej innej alokacji czynników wytwórczych lub produktów poprawiając czyjąś sytuację, bez jednoczesnego pogarszania położenia innego podmiotu²⁷⁷. Jest to tzw. stan efektywności w sensie Pareta. Zasoby są wykorzystywane w sposób optymalny, produkcja jest na poziomie umożliwiającym konsumentom nabycie potrzebnej ilości towaru w cenie, która jest najniższa spośród opłacalnych dla producenta.

Przychód całkowity przedsiębiorstwa doskonale konkurencyjnego to pole prostokąta o wysokości równej cenie równowagi i podstawie równej podaży.

3.2. Model rynku monopolistycznego

Rynek na którym nie obowiązuje przynajmniej jedna z czterech zasad doskonałej konkurencji (duża liczba sprzedawców i nabywców będących biorcami ceny, brak barier wejścia i wyjścia, jednorodność produktu, doskonała informacja) i który w efekcie nie prowadzi do optymalnej alokacji czynników produkcji, to rynek na którym panuje konkurencja niedoskonała. Na wszystkich rynkach niedoskonale konkurencyjnych przedsiębiorstwa są dostatecznie silne, by ustalić cenę produktu (są konfrontowane z

²⁷⁴ N. G. Mankiw, *Principle of Economics*, Mason 2011, s. 292.

²⁷⁵ Należy zwrócić uwagę, że zysk to przychód pomniejszony o koszty jego uzyskania, zaś koszty uzyskania przychodu w nauce ekonomii obejmują koszt alternatywny, a zatem ekonomiczny koszt możliwości, która została zaprzepaszczone w skutek podjęcia takiej a niej innej działalności. Zysk w ujęciu ekonomicznym nie jest tożsamy z zyskiem w ujęciu księgowym, czyli zyskiem normalnym. Zerowy zysk w ujęciu ekonomicznym oznacza pozytywny zysk w ujęciu księgowym równy kosztowi alternatywnemu, a zatem zyskowi, który przedsiębiorca mógłby osiągnąć podejmując się innej działalności. Zob. T. Ulen, R. Cooter, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2011, s. 38.

²⁷⁶ T. Ulen, R. Cooter, *Op.cit.*, s. 49.

²⁷⁷ E. Czarny, *Op.cit.*, s. 150.

opadającą linią popytu)²⁷⁸. Taki rynek może przyjąć jedną z kilku form, z których najbardziej skrajnym przeciwieństwem konkurencji doskonałej jest monopol.

Monopolista to jedyny faktyczny i potencjalny podmiot oferujący dany produkt (nie posiadający bliskiego substytutu) wielu klientom, nie preferując żadnego z nich. Rynek w pełni monopolistyczny charakteryzuje się brakiem choćby potencjalnej możliwości wejścia na niego konkurentów oraz doskonałą informacją. Oznacza to, że elastyczność mieszana popytu na produkt monopolisty względem ceny jakiegokolwiek innego dobra jest równa zeru²⁷⁹.

Monopolizacja danej branży może wynikać z trzech głównych przyczyn:

- technicznych, gdy kluczowe zasoby niezbędne do funkcjonowania w branży są dostępne tylko jednemu przedsiębiorstwu;
- ograniczenia prawne wynikające ze szczególnego znaczenia danej branży dla prawodawcy, czy też wynikające z praw autorskich i patentów;
- struktura rynku sprawia, że koszt krańcowy i przeciętny spadają wraz z wzrostem produkcji, co oznacza rosnące korzyści skali i sytuację, gdy efektywna jest tylko produkcja na wielką skalę, co prowadzi do powstania monopolu naturalnego. Gdy minimum kosztów przeciętnych przypada na produkcję tak wielką, że pozwala zaspokoić praktycznie cały popyt, w gałęzi utrzyma się tylko jedno przedsiębiorstwo²⁸⁰;

Jak każde racjonalne przedsiębiorstwo, monopolista będzie maksymalizował swoje zyski ustalając produkcję na poziomie, na którym koszt krańcowy równa się utargowi krańcowemu²⁸¹. W odróżnieniu od sytuacji przedsiębiorstwa funkcjonującego na rynku doskonale konkurencyjnym, zwiększenie podaży przez monopolistę, będącego całą branżą, będzie skutkowało obniżeniem ceny i w konsekwencji zmniejszeniem dochodu krańcowego. Oznacza to, że dochód krańcowy (MR) monopolisty będzie zawsze niższy od ceny (zob. Wykres 2).

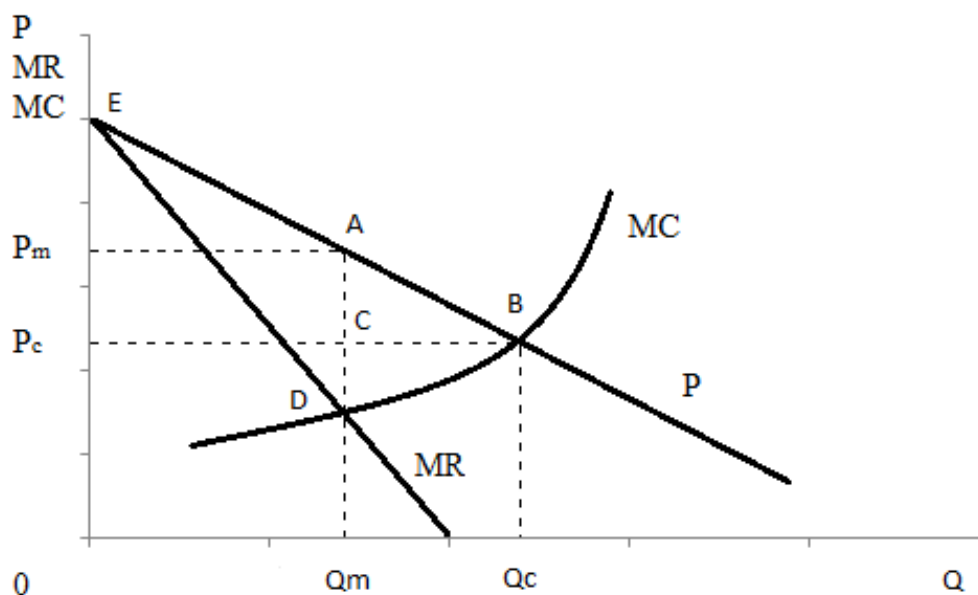
²⁷⁸ E. Czarny, *Op.cit.*, s. 165.

²⁷⁹ E. Czarny, *Op.cit.*, s. 170.

²⁸⁰ E. Czarny, *Op.cit.*, s. 167.

²⁸¹ T. Ulen, R. Cooter, *Op.cit.*, s. 40.

Wykres 3 Popyt na produkt monopolisty



Zwiększenie podaży przez monopolistę ma dwojaki wpływ na jego przychód. Przychód rośnie z powodu sprzedaży dodatkowych sztuk dobra, a jednocześnie maleje ze względu na obniżkę ceny spowodowaną wzrostem podaży. Monopolista będzie zwiększał produkcję tak długo, jak dodatkowy przychód będzie przewyższał dodatkowy koszt produkcji i efekt obniżenia ceny wszystkich produkowanych dóbr, a zaprzestanie zwiększania produkcji gdy skutek spadku ceny spadek przychodu byłby większy niż jego wzrost spowodowany wzrostem produkcji.

Maksymalizacja całkowitego przychodu monopolisty dokonuje się przy większej produkcji niż maksymalizacja zysku. W konsekwencji cena ustalana przez przedsiębiorstwo maksymalizujące przychody byłaby niższa niż cena oferowana przez przedsiębiorstwo maksymalizujące zysk²⁸². Monopolista produkuje mniej i drożej niż branża doskonale konkurencyjna, ustalając poziom produkcji niezależnie od potrzeb konsumentów. Branża doskonale konkurencyjna produkuje Q_c dóbr w cenie P_c , podczas gdy monopolista (będący całą branżą) produkuje mniejszą ilość Q_m w wyższej cenie P_m . Monopolista realizuje dodatni zysk w znaczeniu ekonomicznym. Oznacza to nieoptymalne wykorzystanie czynników produkcji i uzyskiwanie zysku nadzwyczajnego kosztem konsumentów. W przypadku branży doskonale konkurencyjnej nadwyżka producenta wynosi zero, natomiast nadwyżce nabywcy

²⁸² E. Czarny, *Op.cit.*, s. 181.

odpowiada trójkąt P_cBE . W monopolu producent uzyskuje nadwyżkę równą P_mP_cCA , a nadwyżka konsumenta wynosi tylko P_mAE . Koszt społeczny monopolu odzwierciedla trójkąt zawarty między punktami ABC (tzw. bezproduktywna strata społeczna)²⁸³. Społeczeństwo zyskałoby więcej, gdyby produkcja wynosiła Q_c , jednak w celu optymalizacji monopolista ustala produkcję na poziomie Q_m .

Rynek doskonale konkurencyjny jest efektywny technicznie, konkurencja zmusza przedsiębiorstwa do produkcji po jak najniższym koszcie jednostkowym i minimalizacji kosztu przeciętnego, podczas gdy monopolista dąży do zrównania przychodu krańcowego z kosztem krańcowym, na poziomie gdzie cena jest wyższa od kosztu krańcowego, co nie musi nastąpić przy poziomie produkcji minimalizującym koszt przeciętny.

Monopolizacja gospodarki sprawia, że nadwyżka producenta wzrośnie kosztem nadwyżki konsumenta, zasoby społeczne nie są lokowane efektywnie, dobrobyt nie jest dzielony sprawiedliwie, sytuacja konsumenta jest gorsza niż w przypadku konkurencji doskonałej i występuje bezproduktywna strata społeczna.

Powyższe stwierdzenia opierają się na założeniu jednakowego przebiegu krzywych kosztów monopolisty i branży doskonale konkurencyjnej. Sytuacja kształtuje się inaczej gdy występują rosnące korzyści skali, co pozwala monopolistom produkować przy przeciętnych kosztach niższych niż w przypadku branży doskonale konkurencyjnej.

Kontrowersyjna jest kwestia prowadzenia prac B+R skutkujących postępem technicznym. Z jednej strony wskazuje się, że monopolista ma mniejszą motywację od przedsiębiorcy doskonale konkurencyjnego by inwestować w badania, gdyż i tak sprzeda swój produkt z powodu braku konkurencji. Z drugiej strony należy wskazać, że przedsiębiorca doskonale konkurencyjny nie uzyskując zysków może nie dysponować środkami do przeprowadzenia kosztownych badań, szczególnie że każda obniżka kosztów zostanie natychmiast przejęta przez pozostałych konkurentów i przedsiębiorstwo innowacyjne nie osiągnie zysków ze swojej inwestycji, a jedynie doprowadzi do obniżenia ceny rynkowej. Monopolista nie dość, że ma środki na kosztowne inwestycje, to może uzyskać dodatkowy zysk dzięki swojej inwestycji, dlatego ma motywację by stale dążyć do obniżenia kosztów przeciętnych. Zmiana techniki produkcji może nawet doprowadzić do sytuacji, w której monopolista wyprodukuje więcej i po niższej cenie niż branża doskonale konkurencyjna.

²⁸³ D. Begg, G. Vernasca, S. Fisher, R. Dornbusch, *Op.cit.*, s. 306.

3.3. Rynek oligopolistyczny

Rynek oligopolistyczny to rynek, na którym funkcjonuje lub dominuje niewiele przedsiębiorstw, z których każde ma znaczący udział w rynku, zaś nabywców jest wielu. Oferowane produkty mogą być jednorodne lub zróżnicowane, będące dość bliskimi substytutami. Poszczególne przedsiębiorstwa są świadome obecności oraz rzeczywistych i potencjalnych działań konkurentów. Przedsiębiorstwa podejmując swoje decyzje rynkowe, mające na celu optymalizację działalności, uwzględniają zarówno swoją sytuację, jak i przewidywane reakcje konkurentów. Jest to tzw. współzależność strategiczna i stanowi ona najistotniejszą cechę rynku oligopolistycznego. Zazwyczaj w przypadku oligopolu istnieją znaczne bariery wejścia na rynek oraz przyjmuje się pełną informację dotyczącą rynku. Przedsiębiorstwa funkcjonujące na rynku oligopolistycznym konfrontowane są z opadającą linią popytu.

Przedsiębiorstwo działające w warunkach monopolu dąży do sytuacji maksymalizującej zysk. Jeśli przedsiębiorstwa tworzące branżę oligopolistyczną będą działały w taki sam sposób w jaki działałby w ich miejscu monopolista, będą maksymalizować zysk branży, a zatem swój zsumowany zysk. Zmowa monopolistyczna polega na takim ustaleniu wielkości produkcji i podziału przychodów, by zbliżyć się do sytuacji zbiorowego monopolisty i oddalać od sytuacji branży doskonale konkurencyjnej. Produkcja na poziomie Q_m przy cenie P_m pozwala na maksymalizację zysków, ale jeśli któreś przedsiębiorstwo złamie znowę, zwiększy produkcję w kierunku Q_c i obniży cenę w stronę P_c , jego zyski wzrosną kosztem producentów będących w znowie, bo przychód krańcowy będzie przewyższał koszt krańcowy. Dylemat przedsiębiorstw funkcjonujących w branży oligopolistycznej polega zatem na tym, że z jednej strony najkorzystniejsze dla wszystkich przedsiębiorstw traktowanych łącznie jest trwanie w sytuacji znowy monopolistycznej, jednak każdy jest kuszony perspektywą polepszenia swojej indywidualnej sytuacji poprzez wyłamanie się ze znowy. Jeśli jednak wszystkie przedsiębiorstwa podejmą się rywalizacji i konkurencji, zbliżą się do sytuacji branży doskonale konkurencyjnej, co będzie oznaczało zmniejszenie sumy zysków całej branży i pogorszenie sytuacji ich wszystkich traktowanych łącznie²⁸⁴.

Nie ma jednolitego modelu oligopolu, gdyż w porównaniu z rynkami monopolistycznymi i doskonale konkurencyjnymi, są to rynki znacznie bardziej skomplikowane, nie prowadzące

²⁸⁴ D. Begg, G. Vernasca, S. Fisher, R. Dornbusch, *Op.cit.*, s. 334.

do jednoznacznych rozwiązań optymalizacyjnych²⁸⁵. Poszczególne rynki oligopolistyczne różnią się od siebie wieloma cechami, które można podzielić na trzy podstawowe grupy²⁸⁶:

- 1) czynniki strukturalne – struktura rynku (liczba konkurentów i ich udziały w rynku), bariery wejścia, częstotliwość interakcji przedsiębiorstw, przejrzystość rynku;
- 2) czynniki po stronie popytowej – zmiany popytu, elastyczność cenowa popytu, siła nabywcza klientów;
- 3) czynniki po stronie podażowej – stopień jednorodności produktu, innowacyjność i dojrzałość rynku, symetryczna sytuacja przedsiębiorców w odniesieniu do kosztów i zdolności produkcyjnych;

3.3.1. Czynniki strukturalne

3.3.1.1. Struktura rynku

Im więcej producentów, tym mniej prawdopodobne jest powstanie kartelu, gdyż osiągnięcie porozumienia i jego przestrzeganie staje się w takiej sytuacji coraz trudniejsze²⁸⁷, w szczególności jeśli koordynacja oparta jest jedynie na milczącej praktyce.

Współpracujące przedsiębiorstwa muszą dzielić zyski branży między siebie, zatem im ich więcej, tym udział każdego przedsiębiorstwa mniejszy, a potencjalne zyski z wyłamania się ze zmowy większe, gdyż przedsiębiorstwo może zdobyć klientów znacznej liczby konkurentów i zyskać istotny udział w rynku. Większa liczba przedsiębiorstw powoduje ponadto, że mniejszy jest wpływ pojedynczego z nich na cenę rynkową. Wraz ze wzrostem liczby członków oligopolu, zwiększenie produkcji przez jednego z nich ma mniejszy wpływ na obniżenie ceny produktu²⁸⁸, co stanowi motywację do zwiększenia podaży, swojego udziału w rynku oraz zysku. Wraz ze wzrostem liczby producentów, rynek oligopolistyczny coraz bardziej upodabnia się do rynku doskonale konkurencyjnego, cena zbliża się do kosztu krańcowego, a produkcja do ilości społecznie optymalnej.

Podstawowy sposób analizy stopnia koncentracji rynku opiera się na tzw. współczynniku Giniego i sprowadza się do obliczeniu procentowego udziału w rynku

²⁸⁵ M. Rekowski, *Mikroekonomia*, Poznań 2015, s. 273.

²⁸⁶ M. Ivaldi, B. Jullien, P. Rey, P. Seabright, J. Tirole, *The Economics of Tacit Collusion: Final Report for DG Competition, European Commission*, Toulouse 2003, s. 11.

²⁸⁷ N. G. Mankiw, M. P. Taylor, *Mikroekonomia*, Warszawa 2015, s. 514.

²⁸⁸ *Ibidem*, s. 515.

największych przedsiębiorstw, zazwyczaj czterech albo ośmiu²⁸⁹. Im większy ich udział w rynku, tym większy stopień dominacji. Ten sposób analizy nie uwzględnia jednak struktury całego rynku i siły pozostałych podmiotów na nim obecnych. Czynniki te mogą mieć znaczenie, gdyż pozostali konkurenci mogą niekiedy wywierać na tyle intensywną presję konkurencyjną, by skutecznie uniemożliwić podmiotom dominującym zawiązanie zмовы monopolistycznej.

Drugim często stosowanym wskaźnikiem jest indeks Herfindahla-Hirschmana (HHI), który stanowi sumę kwadratów procentowego udziału w rynku każdego z obecnych na nim przedsiębiorstw. Maksymalna wartość indeksu wynosi 10.000 dla monopolu i dąży do zera wraz ze wzrostem poziomu konkurencji na rynku. Indeks Herfindahla-Hirschmana pozwala oszacować względną siłę najsilniejszych podmiotów na rynku. W przypadku duopolu w którym obydwa przedsiębiorstwa mają udział w rynku równy 50%, HHI wynosi 5000, podczas gdy w przypadku duopolu o udziałach 75% i 25% wynosi 6250. Metoda ta uwzględnia zarówno siłę największych podmiotów, jak i strukturę pozostałych członków rynku, jednocześnie przywiązując proporcjonalnie większą wagę do udziału większych przedsiębiorstw, co ma odzwierciedlać ich dominującą pozycję na rynku. W 1982 roku HHI wprowadzono jako metodę oceny stanu koncentracji rynku w Stanach Zjednoczonych na potrzeby kontroli koncentracji przedsiębiorstw²⁹⁰. Rynki podzielono na trzy kategorie – nieskoncentrowane (HHI poniżej 1000), średnio skoncentrowane (HHI pomiędzy 1000 i 1800) oraz wysoko skoncentrowane (HHI ponad 1800). Przy ocenie koncentracji porównywano stopień koncentracji rynku przed i po koncentracji²⁹¹.

W Unii Europejskiej w celu zmierzenia poziomu koncentracji rynku Komisja może wykorzystać wskaźnik HHI²⁹², chociaż w stosownych przypadkach może również posłużyć się innymi miernikami koncentracji, w tym przede wszystkim współczynnikiem Giniego²⁹³.

²⁸⁹ S. Mukherjee, *Modern Economic Theory*, Nowe Delhi 2005, s. 460.

²⁹⁰ The U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *1982 Merger Guidelines*, s. 12.

²⁹¹ Jeśli po koncentracji HHI wynosił poniżej 1000, interwencja urzędu była mało prawdopodobna. Jeśli HHI znajdował się w przedziale 1000-1800, interwencja urzędu była mało prawdopodobna, jeśli zmiana indeksu była mniejsza niż o 100 punktów, zaś w przypadku zmiany o więcej niż 100 punktów interwencja była bardziej prawdopodobna. W przypadku koncentracji prowadzących do HHI na poziomie powyżej 1800, interwencja jest mało prawdopodobna, jeśli zmiana była mniejsza niż 50 punktów; jeśli zmiana wynosiła 50-100 punktów, urząd mógł interweniować w zależności od stanu danego rynku; jeśli zmiana wynosiła 100 punktów lub więcej, urząd prawdopodobnie podejmował działania w przedmiocie danej koncentracji.

²⁹² Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2004/C 31/03) z dnia 5 lutego 2004 roku, pkt. 14 – 16.

²⁹³ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt. 16.

Nie jest możliwe, aby Komisja zidentyfikowała problemy związane z konkurencją horyzontalną po połączeniu na rynku, kiedy wskaźnik koncentracji HHI wynosi poniżej 1000. Nie wydaje się także możliwe, aby Komisja zidentyfikowała problemy związane z konkurencją horyzontalną w przypadku połączenia, kiedy wskaźnik koncentracji HHI wynosi po połączeniu od 1000 do 2000, zaś zmiana wynosi mniej niż 250, czy też w przypadku połączenia, kiedy wskaźnik koncentracji HHI po połączeniu wynosi powyżej 2000 ale zmiana jest mniejsza niż o 150 punktów, z wyjątkiem szczególnych okoliczności²⁹⁴.

Metoda badania stopnia koncentracji rynku na podstawie wskaźnika HHI jest bardziej miarodajna od samego zmierzenia udziałów w rynku czołowych przedsiębiorstw. Uwzględnia ona względną siłę wszystkich podmiotów obecnych na rynku, a w przypadku oceny wpływu przeprowadzanych koncentracji na stan rynku, łagodniej ocenia łączenie się mniejszych podmiotów niż wzmocnienie się dominujących. Obecność mniejszych podmiotów utrudnia funkcjonowanie zmony monopolistycznej, a stopień koncentracji przedsiębiorstw nie wchodzących w skład kartelu ma znaczenie²⁹⁵. Rynek, na którym cztery największe przedsiębiorstwa mają udziały w rynku po 20% będzie miał poziom koncentracji równy 80% niezależnie od tego, czy oprócz tych czterech przedsiębiorstw na rynku funkcjonuje tylko jedno przedsiębiorstwo o udziale 20%, czy też dziesięć przedsiębiorstw o udziale 2% każde. Pięciu podmiotom znacznie łatwiej skoordynować swoje działania niż czternastu, ponadto małe przedsiębiorstwa będą miały małą motywację, by trzymać rygor wprowadzony przez dominujące podmioty i nie walczyć o zwiększenie swojego udziału. Zagadnienia te odzwierciedla wskaźnik HHI, w których wspomniany rynek pięciu przedsiębiorstw ma współczynnik 2000 punktów, a rynek czternastu podmiotów – 1640 punktów.

Kolejnym używanym wskaźnikiem jest indeks Lerner, który uzależnia wynik oceny nie od udziału w rynku, a od relacji pomiędzy ceną a kosztem krańcowym danego przedsiębiorstwa. Na rynku doskonale konkurencyjnym cena zrównuje się z kosztem krańcowym, zatem poziom nadwyżki ceny nad kosztem krańcowym świadczy o sile rynkowej przedsiębiorstwa. Indeks przyjmuje wartości od 0 (dla konkurencji doskonałej) do 1 (dla monopolu).

Niezależnie od wybranej metody, niemożliwe jest dokładne określenie progu, przy którym zмова staje się atrakcyjna dla przedsiębiorstw, gdyż stopień koncentracji to tylko jedna z cech kształtujących charakterystykę danego rynku, a ustalenie czy dany

²⁹⁴ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt. 20.

²⁹⁵ R. Posner, *Antitrust Law*, Chicago 2001, s. 71.

przedsiębiorca posiada pozycję dominującą nie może jednak zostać oparte wyłącznie na badaniu udziału rynkowego²⁹⁶.

3.3.1.2. Bariery wejścia na rynek

Funkcjonowanie zmowy jest trudne do utrzymania, jeśli bariery do wejścia na rynek dla nowych przedsiębiorstw są niewielkie. W razie braku barier wejścia, jak w przypadku konkurencji doskonałej, każde wprowadzenie zawyżonej ceny doprowadzi do wejścia na rynek nowych podmiotów, obniżenia ceny i uniemożliwi funkcjonowanie zmowy. Niewielkie bariery wejścia i wynikające z niego znaczne prawdopodobieństwo wkroczenia na rynek nowych podmiotów zwiększa motywację do wyłamania się ze zmowy, gdyż skutki wkroczenia nowych podmiotów sprawiają, że odwet ze strony członków zmowy będzie mało prawdopodobny i mniej skuteczny. Potencjalne wejście nowego podmiotu będzie oznaczało utratę przyszłych zysków wynikających ze zmowy i sprawi, że ewentualne konsekwencje odwetu w postaci wojny cenowej będą mało istotne.

W przypadku braku barier wejścia, utrzymanie zmowy jest niemożliwe, im bariery większe, tym większe prawdopodobieństwo wystąpienia, utrzymania i egzekwowania zmowy.

3.3.1.3. Częstotliwość interakcji przedsiębiorstw

Liczba i częstotliwość interakcji mają istotne znaczenie dla prawdopodobieństwa wystąpienia i funkcjonowania zmowy. Milcząca zмова nie może w ogóle zaistnieć w sytuacji, w której przedsiębiorstwa nie zakładają przyszłych wzajemnych interakcji, zaś zмова monopolowa jest mało prawdopodobna, gdy przedsiębiorstwa rzadko wchodzą we wzajemną interakcję²⁹⁷. Im częstsze interakcje, tym szybciej można zareagować na wyłamanie się ze zmowy i przeprowadzić odwet.

Dla pełnej oceny częstotliwości kontaktów niezbędne jest uwzględnienie, czy przedsiębiorstwa również funkcjonują na innych rynkach, wchodząc na nich w interakcję. Sytuacja taka zwiększa częstotliwość interakcji sprawiając, że zмова jest łatwiejsza do utrzymania. Ponadto, zależność na kilku rynkach pozwala zniwelować występujące na danym

²⁹⁶ K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 199.

²⁹⁷ M. Ivaldi, B. Jullien, P. Rey, P. Seabright, J. Tirole, *Op.cit.*, s. 19.

rynku okoliczności niesprzyjające, czy wręcz uniemożliwiające powstanie i funkcjonowanie zmowy.

3.3.1.4. Przejrzystość rynku

Modele konkurencji doskonałej oraz monopolu zakładają występowanie informacji doskonałej na temat rynku. Przedsiębiorstwa miały pełną, natychmiastową i darmową informację na temat cen, produkcji, popytu i innych danych rynkowych. W przypadku oligopolu, taki dostęp do informacji sprawia, że przedsiębiorstwa natychmiast dowiadują się o wyłamaniu się ze zmowy przez jednego z nich, dzięki czemu mogą od razu podjąć decyzję o odwecie. Brak przejrzystej informacji utrudnia funkcjonowanie zmowy i może prowadzić do jej ograniczenia.

3.3.2. Czynniki po stronie popytowej

3.3.2.1. Zmiany popytu

Dominująca na rynku tendencja wzrostu lub spadku ma znaczenie dla szans powstania oraz funkcjonowanie zmowy. Jeśli rynek jest stabilny – popyt utrzymuje się na tym samym poziomie, nieznacznie rośnie lub maleje – zwiększa się prawdopodobieństwo wystąpienia na nim zmowy. Dzięki przejrzystości stabilnego rynku łatwo można zidentyfikować przedsiębiorstwo wyłamujące się ze zmowy, bowiem zwiększenie udziału w rynku może się odbyć tylko kosztem konkurenta.

W przypadku rynku o wyraźnie spadającym popycie, przedsiębiorstwa o wysokich kosztach stałych będą chciały współpracować, by zachować zysk, gdyż obniżka cen i malejąca sprzedaż mogą nawet doprowadzić do opuszczenia przez nich rynku. Z drugiej strony, przy spadającym popycie powstaje problem nadwyżek zdolności produkcyjnych. Jeśli dotknie on przedsiębiorstwa w różnym stopniu, przedsiębiorstwa o większych nadwyżkach będą miały motywację do zwiększenia produkcji i wyłamania się z współpracy by zwiększyć aktualne zyski, w szczególności że potencjalne przyszłe zyski i tak będą mniejsze od obecnych, niezależnie od odwetu konkurentów.

Rynek cechujący się dynamicznie rosnącym popytem jest często postrzegany jako niesprzyjający zmomom, co może wynikać z faktu, że dynamiczny rozwój rynku stanowi silną zachętę do wkroczenia na rynek nowych podmiotów i zniweczenia istniejącej zmowy.

Zakładając jednak, że wszystkie czynniki, oprócz dynamicznego wzrostu popytu (w tym liczba podmiotów funkcjonujących na rynku – chociażby w skutek wysokich barier wstępu), pozostają stałe, dynamiczny wzrost stanowi zachętę do przestrzegania zmowy. Dzięki wzrostowi potencjalne przyszłe zyski są większe od obecnych, więc przestrzeganie zmowy jest na dłuższą metę bardziej atrakcyjne niż ryzyko utraty przyszłych zysków wskutek odwetu.

Popyt nie musi jednak wykazywać stałej tendencji, może ulegać wahaniom wynikającym z sezonowego charakteru, cykli gospodarczych, czy innych przyczyn. Przy wahaniami popytu, gdy popyt jest wysoki, krótkoterminowe zyski ze złamania zmowy są większe od potencjalnych strat wynikających z przyszłego odwetu, potencjalnie mającego miejsce w okresie niższego popytu. Im większe wahania cyklu koniunkturalnego, tym trudniej utrzymać znowę, w szczególności w okresie wysokiego popytu²⁹⁸.

3.3.2.2. Elastyczność cenowa popytu

Elastyczność cenowa popytu to stosunek procentowej zmiany wielkości popytu do procentowej zmiany ceny. Pozwala ona określić spodziewany wpływ zmiany ceny na popyt, a zatem skłonność konsumentów do rezygnacji z danego dobra, gdy jego cena wzrośnie. O popycie mówimy, że jest elastyczny, gdy zmiana ceny odbija się wyraźnie na wielkości popytu. Popyt jest zaś nieelastyczny, gdy zmiana ceny ma niewielki wpływ na zmianę popytu. Poziom elastyczności cenowej zależy od wielu czynników, takich jak dostęp do substytutów, charakter dobra (dobra pierwszej potrzeby, dobra luksusowe), udział produktu w wydatkach, horyzont czasowy, etc.

Przychód całkowity przedsiębiorstwa to iloczyn ceny i ilości sprzedanego dobra, znajomość elastyczności cenowej popytu pozwala przedsiębiorstwom ocenić jak zmieni się przychód całkowity w wyniku obniżenia czy podniesienia ceny. Gdy popyt jest nieelastyczny, podniesienie ceny prowadzi do wzrostu przychodu całkowitego. Sytuacja jest odwrotna, gdy popyt jest elastyczny i w odpowiedzi na podwyżkę ceny popyt spada na tyle, że przychód całkowity ulega zmniejszeniu.

Z punktu widzenia oligopolistów znowa będzie tym bardziej opłacalna, im mniejsza elastyczność cenowa popytu. Gdy elastyczność cenowa popytu jest wysoka, podniesienie ceny będzie wiązało się ze znacznym zmniejszeniem sprzedaży, ale przy niskiej elastyczności

²⁹⁸ M. Ivaldi, B. Jullien, P. Rey, P. Seabright, J. Tirole, *Op.cit.*, s. 30.

przedsiębiorstwa mogą podnieść cenę nie zmniejszając istotnie sprzedaży. Im mniejszy poziom elastyczności cenowej popytu, tym więcej przedsiębiorstwa mogą zyskać wchodząc w zмовę. Mała elastyczność cenowa popytu oznacza również nieopłacalność wyłamywania się ze zмовы. Obniżenie ceny nie spowoduje bowiem znacznego wzrostu popytu. Z drugiej strony, niska elastyczność popytu ogranicza skuteczność ewentualnej akcji odwetowej. Z odwrotną sytuacją mamy do czynienia przy wysokiej elastyczności.

Ponadto, należy mieć świadomość, że z punktu widzenia konsumenta funkcjonowanie zмовы na rynku o nieelastycznym popycie jest bardziej szkodliwe niż w przypadku rynku o popycie elastycznym. Elastyczność popytu świadczy o istnieniu alternatyw dla dobra oferowanego przez oligopolistów.

3.3.2.3. Siła nabywczą klientów

Rynek kształtują nie tylko producenci, ale również klienci. Klienci dysponujący znaczną siłą nabywczą są w uprzywilejowanej sytuacji i mogą wymusić na producentach zaoferowanie korzystnej ceny. Znaczący klient składając mniejszą liczbę większych zamówień²⁹⁹ ogranicza liczbę interakcji na rynku i w efekcie może rozbić funkcjonującą na nim zмовę. Przedsiębiorstwa mają silną motywację, by zdobyć dany kontrakt, więc są skłonne zaoferować niższą cenę, zaś mniejsza liczba interakcji ogranicza możliwość odwetu. Odwrotnie, znaczna liczba klientów o nieznaczącej sile nabywczą ułatwia funkcjonowanie zмовы kartelowej.

Powiązany zagadnieniem z kategorii czynników strony podażyowej jest trwałość produktu. Produkty, których czas użytkowania jest długi sprawiają, że zakupy są rzadkie, a pomiędzy nimi występują długie okresy, gdy przedsiębiorstwo nie ma możliwości sprzedania produktu. Ogranicza to motywację do współpracy i motywuje do wyłamywania się.

²⁹⁹ Przykładem mogą być skonsolidowane przetargi na szczepionki, broń, itp.

3.3.3. Czynniki po stronie podażowej

3.3.3.1. Stopień jednorodności produktu

Im produkt mniej jednorodny, im jego charakterystyka w istotnych kwestiach bardziej zróżnicowana, tym trudniej jest utrzymać znowę³⁰⁰. Zróżnicowane zamówienia sprawiają, że niemożliwe staje się zmówienie się producentów co do jednej ceny. Konieczne byłoby wynegocjowanie zaawansowanych algorytmów uwzględniających liczne kryteria ustalania ceny, co ułatwiłoby wykrycie znowy, gdyż niemożliwa staje się współpraca oparta jedynie na wzajemnej obserwacji postępowania konkurentów³⁰¹. Zidentyfikowanie przedsiębiorstwa wyłamującego się ze znowy będzie trudne, gdyż ocenę czy cena nie została obniżona trzeba skorelować z cechami towaru. Homogeniczność produktu ułatwia funkcjonowanie znowy, gdyż kontrolowanie ceny staje się wystarczające do stwierdzenia wyłamania się konkurenta ze znowy.

3.3.3.2. Innowacyjność i dojrzałość rynku

Innowacyjność rynku³⁰² sprawia, że współpraca jest utrudniona. Na rynku, który jest napędzany innowacją możliwe jest uzyskanie przez przedsiębiorcę znaczącej przewagi nad rywalami, co pozwala mu zaoferować produkt bardziej zaawansowany oraz uzyskać wyższe zyski. Zmniejsza to dla niego atrakcyjność znowy, ponadto sprawia, że mniej innowacyjni konkurenci będą mieli ograniczone zdolności odwetu. Sama perspektywa wysokiego prawdopodobieństwa wystąpienia istotnych innowacji sprawia, że przedsiębiorcy traktują swoją obecną sytuację jako krótkotrwałą, co zniechęca do znowy i zmniejsza znaczenie przyszłego odwetu³⁰³. Rynek, na którym przedsiębiorstwa funkcjonują na tak samo zaawansowanym stopniu technologicznym, a prawdopodobieństwo wyróżnienia się przedsiębiorcy poprzez innowacje jest niewielkie sprzyja znowom.

³⁰⁰ R. Posner, *Op.cit.*, s. 75.

³⁰¹ J. Szczodrowski, *Kontrola rynków oligopolistycznych w prawie konkurencji*, Warszawa 2015, s. 52.

³⁰² Rozumiana jako szansa na wprowadzenie przez poszczególnych uczestników rynku istotnych innowacji poprawiających parametry produktu i dających przewagę nad mniej innowacyjnymi konkurentami.

³⁰³ M. Ivaldi, B. Jullien, P. Rey, P. Seabright, J. Tirole, *Op.cit.*, s. 33.

3.3.3.3. Symetryczna sytuacja przedsiębiorców w odniesieniu do kosztów i zdolności produkcyjnych

Zbliżona do siebie struktura kosztów, zdolności i metod produkcji ułatwiają funkcjonowanie zmowy. Optymalna cena rynkowa jest zależna od kosztów produkcji, gdy te są zbliżone, przedsiębiorstwom łatwiej się umówić i ustalić zawyżoną cenę. Duża różnica w kosztach produkcji sprzyja wyłamywaniu się ze zmowy, bo bardziej wydajni producenci mają motywację, by zwiększyć swoje zyski kosztem mniej wydajnych konkurentów.

3.4. Ekonomiczne modele rynków oligopolistycznych

Dla świadomego stosowania prawa konkurencji na rynku oligopolistycznym niezbędne jest uwzględnienie cech danego rynku i zachowań przedsiębiorstw na nim obecnych. Podstawową różnicą pomiędzy modelami konkurencji doskonałej i monopolu a oligopolami jest fakt, że pierwsze dwa modele nie uwzględniają jako czynnika interakcji pomiędzy przedsiębiorstwami obecnymi na rynku i tego jak ta interakcja może wpłynąć na wynik procesu konkurencji. W przypadku konkurencji doskonałej każde przedsiębiorstwo ma tak mały udział w rynku, że zwiększenie albo zmniejszenie przez nie produkcji nie ma wpływu na cenę rynkową. Przedsiębiorstwa nie muszą zatem uwzględniać działań swoich konkurentów przy planowaniu własnych działań. Z kolei monopolista nie ma konkurencji, sam ustala cenę i wysokość produkcji, również nie musi uwzględniać niczyich działań planując swoje działania. Na większości rynków przedsiębiorstwa muszą brać pod uwagę decyzje podejmowane przez konkurentów przy ustalaniu własnej strategii. Co więcej, przedsiębiorstwa mają świadomość, że decyzje które podejmą co do ceny i wielkości produkcji mogą wywołać reakcję ze strony konkurentów i uwzględniają to w swoich planach. Na rynku oligopolistycznym interakcje pomiędzy przedsiębiorstwami są najsilniejsze, żaden uczestnik takiego rynku nie może ignorować działań swojej konkurencji ani warunków rynkowych.

Istnieje wiele modeli opisujących rynki oligopolistyczne, każdy bazuje na innych założeniach i ocenia rynki z innej perspektywy. Podstawowy podział wskazuje na modele krótkookresowe (statyczne) i modele długookresowe, które uwzględniają konsekwencje serii zachowań uczestników rynku w dłuższej perspektywie czasowej. Modele krótkookresowe zostaną przedstawione w oparciu o kryterium zmiennych decyzyjnych, przez pryzmat których oceniane jest zachowanie przedsiębiorstw. Pierwsze dwa modele opisują oligopol, w którym

przedsiębiorstwa działają niezależnie i reagują na zmiany wielkości produkcji konkurenta (modele Cournota i Stackelberga), kolejne dwa modele przedstawiają oligopol, w którym przedsiębiorstwa działają niezależnie, ale reagują na zmiany ceny u konkurentów (modele Bertranda i załamanej linii popytu), ostatnie dwa modele przedstawiają oligopol, w którym przedsiębiorstwa współpracują z sobą (model przywództwa cenowego przedsiębiorstwa dominującego na rynku i kartel współdziałający w celu maksymalizacji zysku). Dla uproszczenia prezentowanych modeli, analiza jest ograniczona do rynku, na którym działają dwa przedsiębiorstwa (duopol). Następnie przedstawione zostaną modele długookresowe – w tym celu przybliżona zostanie teoria gier, czyli teoria podejmowania decyzji przez wiele różnych podmiotów uwzględniająca ich wzajemne interakcje. Na koniec przedstawione zostaną specyficzne sytuacje rynkowe – strategia dominująca, równowaga Nasha i dylemat więźnia.

3.4.1. Model Cournota

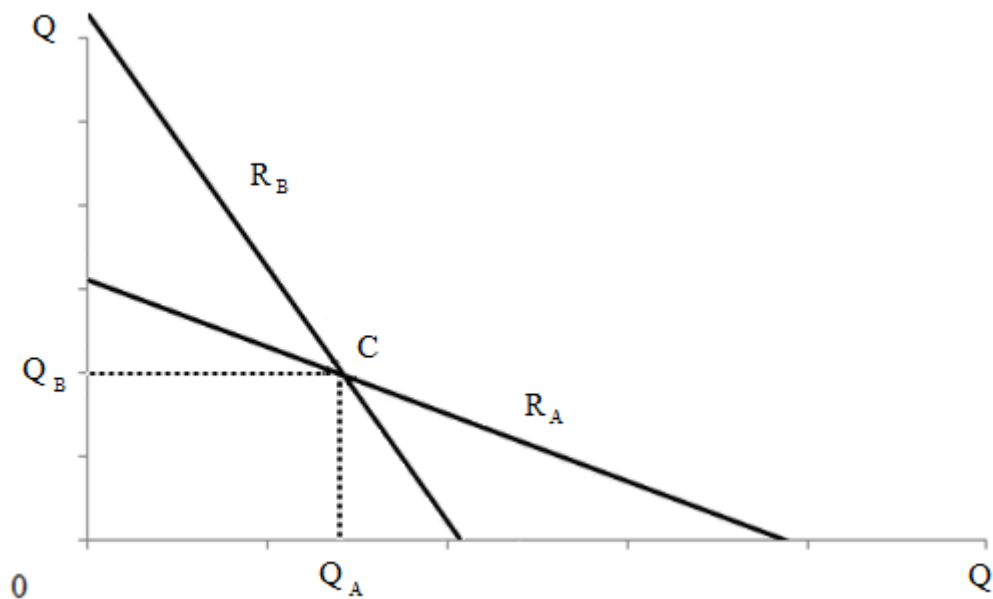
Autorem pierwszego modelu funkcjonowania oligopolu, stworzonego w 1838 roku, jest francuski matematyk Antoine Augustin Cournot. Przewiduje on istnienie duopolu, w którym przedsiębiorstwa wytwarzają jednorodny produkt, a decyzje podejmują równocześnie. Zmiennymi decyzyjnymi są wielkości produkcji poszczególnych przedsiębiorstw, każdy traktuje postępowanie swojego konkurenta jako dane, jego poziom produkcji jako stały, może je przewidywać, ale nie może wpływać na jego decyzję. Każde przedsiębiorstwo maksymalizuje swój zysk poprzez dostosowanie wielkości produkcji do przewidywanego poziomu produkcji konkurenta.

Proces decyzyjny przedsiębiorstwa A wygląda następująco – dla każdego poziomu produkcji przedsiębiorstwa B, istnieje poziom produkcji pozwalający zmaksymalizować zysk przedsiębiorstwa A. Odzwierciedla to tzw. ścieżka reakcji, czyli linia R_A na Wykresie 3. Z kolei dla każdego poziomu produkcji przedsiębiorstwa A, ścieżka reakcji R_B wskazuje jaki poziom produkcji pozwoli zmaksymalizować zyski przedsiębiorstwa B. Całkowity przychód każdego przedsiębiorstwa zależy nie tylko od jego sprzedaży, ale również od wielkości sprzedaży konkurenta. Każde przedsiębiorstwo będzie produkowało taką ilość towarów, która odpowiada jego przekonaniu o produkcji konkurenta, będzie zatem starało się zaspokoić popyt ze strony klientów, którzy nie nabędą produktu konkurenta.

Punkt przecięcia R_A i R_B to punkt równowagi Cournota (C), po jego osiągnięciu każde przedsiębiorstwo maksymalizuje zysk, a jego przewidywania co do wielkości produkcji

konkurenta potwierdzają się. Gdyby któreś z przedsiębiorstw przewidywało, że konkurent wybierze inną wielkość produkcji niż ta, którą wyznaczają współrzędne punktu równowagi Cournota i dostosowywało się do niej zgodnie z przebiegiem swojej ścieżki reakcji, to jego działanie spowodowałoby taką reakcję, że również drugie przedsiębiorstwo wytwarzałoby produkcję o wielkości określonej przez punkt C ³⁰⁴.

Wykres 4 Poziom produkcji przedsiębiorców wg. modelu Cournota



Zakładając, że duopolisci mają takie same warunki produkcji i maksymalizują swój zysk w punkcie równowagi Cournota, będą dostarczać na rynek jednakowe ilości produktów i osiągać jednakowy zysk. Wykazano, że poziom produkcji na rynku doskonale konkurencyjnym byłby półtorakrotnie wyższy niż w duopolu Cournota³⁰⁵, natomiast w przypadku, gdyby liczba przedsiębiorstw była większa niż dwóch, poziom produkcji będzie rosł, jednak nie osiągnie poziomu produkcji rynku doskonale konkurencyjnego. Jeżeli jednemu z przedsiębiorców uda się obniżyć koszty produkcji względem konkurenta, jego produkcja wzrośnie, zaś produkcja konkurenta zmaleje, aż osiągnięty zostanie nowy punkt równowagi. Zmiany wielkości produkcji nie znoszą się wzajemnie, wzrost produkcji

³⁰⁴ E. Czarny, *Op.cit.*, s. 207.

³⁰⁵ J. Szczodrowski, *Op.cit.*, s. 56.

przedsiębiorstwa produkującego taniej jest większy od wartości spadku produkcji droższego przedsiębiorstwa, przez co poziom produkcji wzrośnie, zaś cena spadnie.

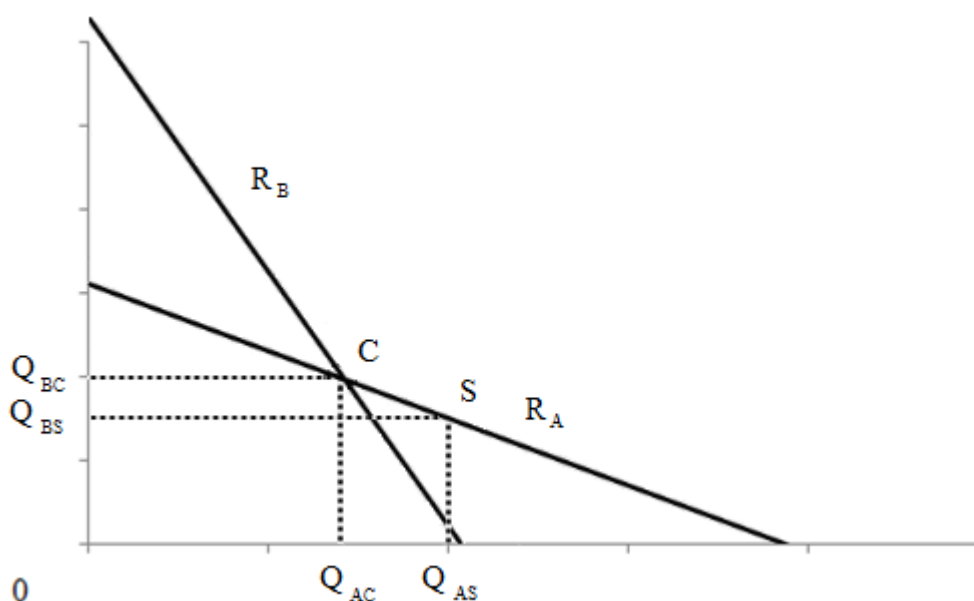
Według modelu Cournota, po osiągnięciu stanu równowagi przedsiębiorstwa nie mają powodu do podejmowania dalszych działań, gdyż maksymalizują swój zysk bez konieczności porozumiewania się z konkurentem i zawiązywania kartelu. Należy zwrócić uwagę, że gdyby duopolisci zawarli porozumienie kartelowe, wysokość produkcji by spadła a cena wzrosła. Członkowie kartelu zachowują się jak zbiorowy monopolista, produkują tyle ile produkowałby monopolista, przez co produkują mniej i po wyższej cenie niż duopolisci, którzy nie pozostają w zmwie.

3.4.2. Model Stackelberga

Model Stackelberga stanowi rozszerzenie modelu Cournota. Zakłada on, że jedno przedsiębiorstwo (lider) wie, że jego konkurent (naśladowca) zachowuje się zgodnie z założeniami Cournota, zna jego krzywą reakcji i uwzględnia ją planując swoje działania. W efekcie poprawia swoją sytuację względem punktu równowagi Cournota kosztem swojego konkurenta.

Lider zakłada, że jego konkurent przyjmie jego poziom produkcji jako daną i dostosuje do niego wielkość swojej produkcji. Lider ustala swoją produkcję na optymalnym dla siebie poziomie na ścieżce reakcji, maksymalizując swój zysk. Naśladowca dostosowuje się do produkcji lidera, przez co osiągnany jest punkt równowagi Stackelberga S.

Wykres 5 Poziom produkcji przedsiębiorstw wg. modelu Stackelberga



Całkowita produkcja branży jest większa w przypadku oligopolu Stackelberga niż oligopolu Cournota, gdyż lider zwiększa produkcję bardziej, niż naśladowca obniża swoją. Działania lidera prowadzą do obniżenia ceny rynkowej, jednak rekompensuje on to sobie zwiększając swoją produkcję i osiąga większy zysk niż w przypadku równowagi Cournota, natomiast naśladowca traci podwójnie – produkuje mniej i za niższą cenę rynkową.

Jeżeli obydwa przedsiębiorstwa będą równocześnie usiłować przyjąć pozycję lidera, rynek znajdzie się w stanie niestabilnej nierównowagi Stackelberga, w którym każde przedsiębiorstwo osiąga zysk mniejszy niż w przypadku równowagi Cournota. Taka sytuacja skutkuje wojną cenową trwającą do chwili, aż jeden z konkurentów pogodzi się z rolą naśladowcy, albo aż dojdzie do zawarcia porozumienia i maksymalizacji wspólnego zysku.

3.4.3. Model Bertrand

Francuski ekonomista Joseph Bertrand nie podzielał poglądu Cournota, że zmienną decyzyjną przedsiębiorstw jest wielkość produkcji. W swojej analizie przyjął bardziej realistyczne założenie, zgodnie z którym na rynku oligopolistycznym przedsiębiorstwa nie ustalają poziomu produkcji, tylko poziom cen.

Bertrand stworzył model, w którym przedsiębiorstwa wytwarzają homogeniczne dobro, ponoszą identyczne, stałe koszty, konsumenci mają pełną informację o sytuacji na

rynku i zawsze wybierają tańszą ofertę. Statyczność modelu przejawia się w założeniu, że przedsiębiorstwa spodziewają się, że zmieniając cenę własnego produktu nie spowodują reakcji konkurenta i korekty ceny jego produktu, traktują ją zatem jako daną. W efekcie jakakolwiek różnica w cenie sprawia, że przedsiębiorstwo oferujące niższą cenę przejmuje cały rynek, zaś droższy konkurent nie sprzedaje niczego. Każde przedsiębiorstwo dąży do maksymalizacji zysku, zatem ma motywację, by podciąć cenę rywala – aż do momentu, gdy cena zrównuje się z kosztem marginalnym i dalsze obniżenie ceny przyniosłoby straty. Prowadzi to do ustalenia ceny na poziomie kosztów marginalnych przez obydwie przedsiębiorstwa i podzielenia się rynkiem po połowie. Przedsiębiorstwa nie osiągają zysku netto, a stan równowagi rynku jest zbliżony do stanu konkurencji doskonałej.

Model, który zakłada tak wielką różnicę pomiędzy monopolem i duopolem, przy braku dalszych różnic pomimo zwiększania liczby konkurentów na rynku, musi budzić wątpliwości. Wyniki modelu wydają się stać wyraźnie w sprzeczności z rzeczywistymi wynikami rynków oligopolistycznych, co sugeruje, że model pomija istotne elementy procesu konkurencji.

Po pierwsze, Bertrand nie uwzględnił zagadnienia ograniczeń mocy produkcyjnych. Model zakłada, że każde przedsiębiorstwo może zaspokoić popyt całego rynku, co w praktyce jest zazwyczaj mało prawdopodobne. Jeśli przedsiębiorstwo nie może zaspokoić całego rynku, jego konkurent nadal będzie sprzedawał swoje produkty. Ponadto, założenia dotyczące homogeniczności produktu i identycznych, stałych kosztów rzadko będą spełnione. Ostatnie kontrowersyjne założenie dotyczy postępowania przedsiębiorstw, które nie uczą się z doświadczeń z przeszłości i nie maksymalizują zysku danego przemysłu, co świadczy o ich naiwności, a w efekcie o naiwności samego modelu.

Pomimo powyższych zastrzeżeń, dzięki swojej specyficznej charakterystyce, rynek łączności elektronicznej może w praktyce blisko odpowiadać modelowi Bertranda. W latach 90. europejscy operatorzy telekomunikacyjni zainwestowali w infrastrukturę zdolną do przesyłu danych o wysokiej przepustowości, przewidując nadchodzący wzrost zapotrzebowania na szybki transfer danych. Niestety dla nich, oczekiwany wzrost popytu nie nastąpił, na rynku wystąpiła powszechna nadwyżka przepustowości, w efekcie ceny spadły do poziomu kosztów marginalnych³⁰⁶ – zgodnie z przewidywaniami modelu Bertranda.

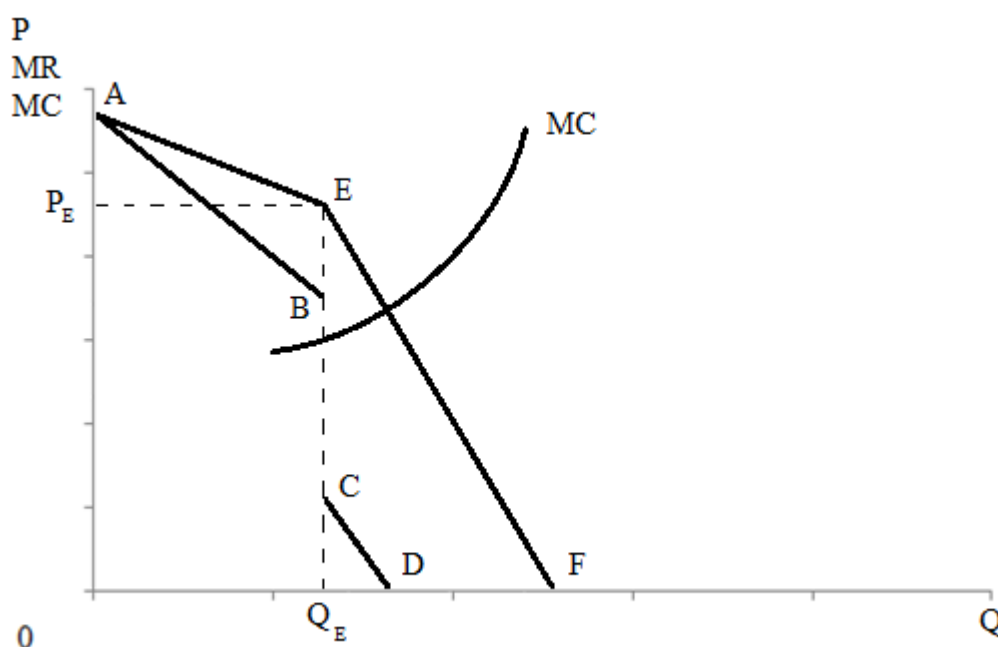
³⁰⁶ S. Bishop, M. Walker, *Op.cit.*, s. 39.

3.4.4. Model załamanej linii popytu

Drugim modelem opisującym oligopol, który za zmienną decyzyjną przyjmuje cenę, jest teoria załamanej linii popytu. Jej twórcy³⁰⁷ podjęli wyzwanie wyjaśnienia stabilności cen, którą można odnotować na rynkach oligopolistycznych, gdzie przedsiębiorstwa nawet w obliczu zmiany kosztów lub popytu pragną utrzymać dotychczasową cenę.

Model ten oparty jest na wykresie opisującym zależność ceny, kosztów krańcowych i przychodu krańcowego od popytu. Charakterystyczne załamanie spowodowane jest reakcjami przedsiębiorstw na zmiany cen przez konkurenta.

Wykres 6 Załamana krzywa popytu na rynku oligopolistycznym



Kiedy przedsiębiorstwo obniża cenę, jego konkurenci robią to samo, by pozostać konkurencyjnymi (dolna, stroma część linii popytu). Gdy przedsiębiorstwo podnosi cenę, konkurenci nie idą w jego ślady, utrzymują swoje niższe ceny i zyskują klientów, którzy zrezygnowali z zakupu dobra przedsiębiorstwa podnoszącego cenę (górną część linii popytu). Stan równowagi na rynku znajduje się w punkcie E, na lewo od którego koszt krańcowy jest niższy niż przychód krańcowy, na prawo zaś wyższy. Załamanie linii popytu sprawia, że linia

³⁰⁷ Niezależnie od siebie R.L. Hall, C.J. Hitch i Paul M. Sweezy opublikowali w 1939 r. artykuły prezentujące załamaną linię popytu.

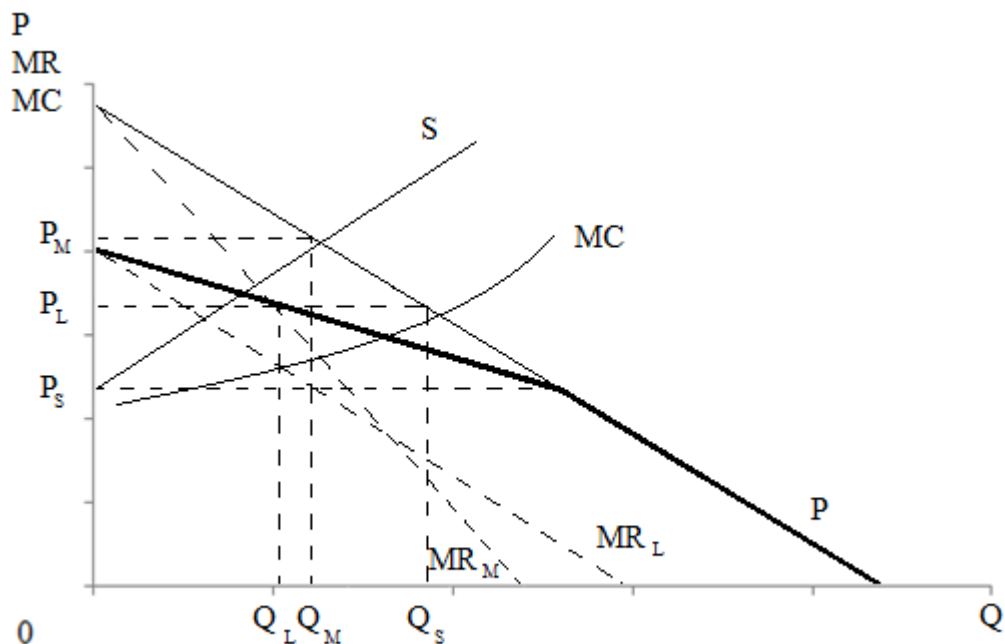
przychodu krańcowego jest nieciągła w punkcie Q_E odpowiadającemu na osi poziomej wielkości produkcji w miejscu załamania. Tak długo jak linia kosztu krańcowego znajduje się pomiędzy punktami B i C, poziom kosztu krańcowego może ulegać zmianie na tym odcinku nie wywołując zmiany ceny produktu - przedsiębiorstwa będą nadal maksymalizować swój zysk produkując Q_E za cenę P_E .

Model załamanej linii popytu dobrze uzasadnia brak elastyczności ceny na rynkach oligopolistycznych nawet w obliczu zmiany kosztów i silnej rywalizacji konkurentów. Nie wyjaśnia jednak sposobu podejmowania decyzji co do ceny i wielkości produkcji. Model nie daje odpowiedzi na pytanie w jaki sposób przedsiębiorstwa ustalają cenę i dlaczego punkt załamania występuje akurat przy danym poziomie ceny. Nie jest to teoria wyznaczania ceny, tylko instrument tłumaczący dlaczego raz ustalona cena rynkowa będzie się utrzymywać.

3.4.5. Model przywództwa cenowego przedsiębiorcy dominującego na rynku

Model ten odzwierciedla funkcjonowanie rynku, na którym dominuje jedno przedsiębiorstwo (lider), które ustala cenę dla całego rynku, a jego mniejsi konkurenci sprzedają swoje dobra po cenie ustalonej przez lidera, są zatem cenobiorcami. Mniejsze przedsiębiorstwa zaspokajają popyt wynikający z ich zdolności produkcyjnych przy cenie danej przez lidera, lider zaspokaja pozostałą część rynku. Taka struktura rynkowa często występuje w branżach, w których wcześniej funkcjonował monopolista, który zachował pozycję dominującą pomimo pojawienia się konkurencji. W efekcie rynek przyjmuje strukturę przedsiębiorstwa dominującego i doskonale konkurencyjnego otoczenia, co stanowi hybrydę monopolu i konkurencji doskonałej.

Wykres 7 Model przywództwa cenowego przedsiębiorcy dominującego na rynku



Kiedy przedsiębiorstwo było monopolistą, samo zaspokajało popyt całego rynku (prosta P). Po demonopolizacji, konkurenci przejmują część popytu wpływając na linię popytu lidera, która znajduje się poniżej linii popytu monopolisty (pogrubiona linia).

Im wyższa cena ustalona przez lidera, tym większa motywacja do zwiększenia produkcji przez konkurentów (prosta S symbolizuje podaż konkurentów rosnącą wraz ze wzrostem ceny), jednak jeżeli lider ustali cenę na poziomie P_S lub niższym, konkurenci przestaną produkować swoje dobra. Model zakłada bowiem, że konkurenci są mniej wydajni cenowo od lidera, więc istnieje poziom ceny, poniżej którego konkurentom produkcja już nie będzie się opłacała, ale lider nadal będzie osiągał zysk.

Zgodnie z modelem przywództwa cenowego lider ustala cenę posiłkując się swoją obniżoną względem monopolisty linią popytu, maksymalizując zysk przy cenie P_L i produkcji Q_L , czyli w punkcie, gdzie koszty krańcowe MC zrównują się z przychodem krańcowym MR_L . W efekcie lider produkuje za cenę niższą niż monopolista, jednak produkcja całej branży jest większa niż produkcja monopolisty, gdyż konkurenci produkują dobra w ilości odpowiadającej odcinkowi Q_L do Q_S , co pozwala zaspokoić popyt całego rynku. Warto podkreślić, że cena rynkowa osiągnięta na rynku operującym zgodnie z tym modelem jest nadal wyższa niż koszty marginalne, co odzwierciedla siłę rynkową lidera.

Model przywództwa cenowego przedsiębiorcy dominującego na rynku jest podobny do modelu Stackelberga, jednak jest między nimi jedna istotna różnica. W modelu przywództwa cenowego doskonale konkurencyjni konkurenci przyjmują cenę nadaną przez lidera i produkują tyle dóbr, aż ich koszt marginalny zrówna się z ceną. W modelu Stackelberga naśladowcy ustalają produkcję tak, by zmaksymalizować zysk dla danej produkcji lidera – przez co nie ustalają ceny na równi z kosztami marginalnymi. Cena jest zatem wyższa, a produkcja niższa niż w modelu przywództwa cenowego. Jednakże, wraz ze wzrostem liczby naśladowców obecnych na rynku, rynek opisywany przez Stackelberga zbliża się do rynku z przedsiębiorcą dominującym³⁰⁸.

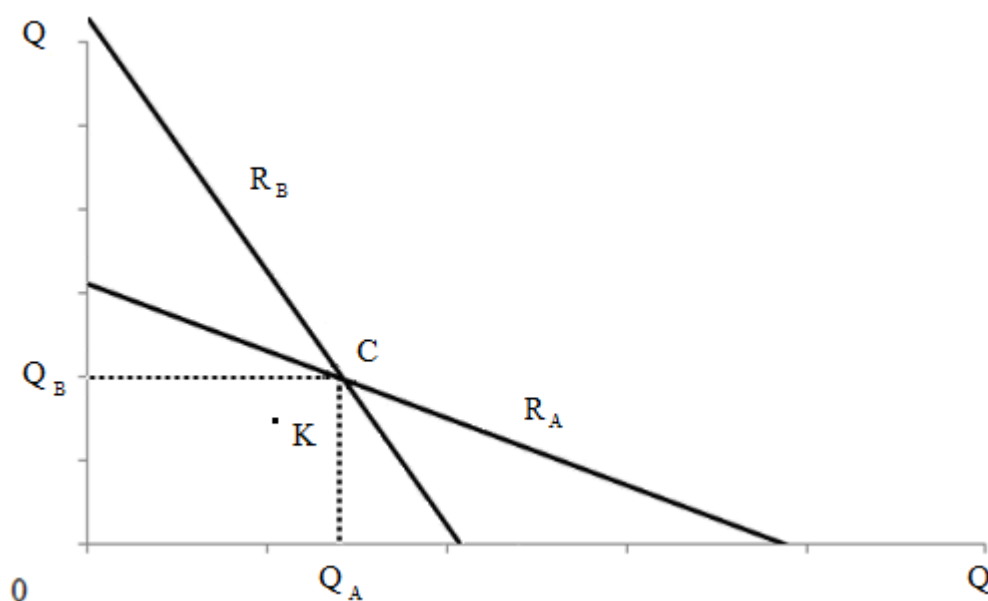
3.4.6. Kartel współdziałający w celu maksymalizacji zysku

Ekonomiści dzielą kartele na dwie kategorie – kartele współdziałające w celu wspólnej maksymalizacji zysku oraz kartele dążące do podziału rynku³⁰⁹. Oligopolisci zawierający umowę mającą na celu maksymalizację zysku branży zachowują się jak monopolista zbiorowy, maksymalizują całkowity zysk z produkcji i dzielą go między siebie. W porównaniu do stanu równowagi Cournota, oligopolisci tworzący kartel dostarczają na rynek mniejszą ilość dóbr, osiągając punkt równowagi w punkcie K, ale ponieważ cena jest odpowiednio wyższa, obydwaj osiągają większy zysk – kosztem swoich klientów, których poziom dobrobytu jest niższy w punkcie K, niż w punkcie C.

³⁰⁸ S. Bishop, M. Walker, *Op.cit.*, s. 43.

³⁰⁹ E. Czarny, E. Nojszewska, *Mikroekonomia*, Warszawa 2000, s. 214.

Wykres 8 Porozumienie kartelowe duopolistów



Punkt K nie znajduje się na ścieżce reakcji żadnego z przedsiębiorstw, dlatego nie stanowi najlepszego krótkoterminowego rozwiązania dla żadnego z nich. Każdy z nich może indywidualnie zarobić więcej podnosząc swoją produkcję do poziomu swojej ścieżki reakcji – zakładając, że pozostałe przedsiębiorstwo nie zwiększą swojej produkcji. Zjawisko to determinuje stabilność kartelu – każdy jego członek ma motywację, by oszukać partnerów, bo jeśli tylko on będzie oszukiwał, osiągnie dodatkowe zyski, natomiast jeśli pozostałe przedsiębiorstwa będą oszukiwać jego, osiągnie on niższe zyski niż osiągałby w punkcie C . Tak długo, jak przedsiębiorstwa nie oszukują się, osiągają większe zyski jako branża.

3.4.7. Teoria gier

Opisane powyżej modele konkurencji oligopolistycznej mają charakter statyczny. Ograniczają się do opisu jednej serii zachowań przedsiębiorstw i bazują na wielu różnych założeniach, które usztywniają warunki rynkowe na potrzeby danego modelu. Każdy model osiąga inne wyniki, bo każdy ukazuje jedynie niektóre aspekty rynku, zależnie od przyjętych na wstępie założeń, przez co żaden z nich nie odzwierciedla w pełni dynamicznego środowiska w którym przedsiębiorstwa konkurują nie tylko ceną i poziomem produkcji, ale również innowacyjnością. Przełomem w zrozumieniu zasad funkcjonowania rynków oligopolistycznych była teoria gier przedstawiona w 1944 r. przez matematyka Johna von

Neumanna i ekonomistę Oskara Morgensterna³¹⁰. Teoria gier bywa określana jako teoria decyzji wielu osób oraz jako analiza konfliktów i myślenia strategicznego. Analizuje się w niej zachowania różnych podmiotów i ich wzajemne interakcje.

„Gra” jest sytuacją, w której racjonalne decyzje poszczególnych podmiotów nieuchronnie zależą od siebie. Uczestnicy gry podejmują posunięcia, które mają doprowadzić do maksymalizacji osiągananej przez nich wypłaty – w przypadku przedsiębiorstw, wypłatą jest osiągnany przez nich zysk. Każdy gracz musi przyjąć długoterminową strategię, definiującą jak gracz będzie działał w każdej możliwej sytuacji.

Teoria gier jest bardzo przydatna w objaśnianiu mechanizmów funkcjonowania oligopoli, gdzie najlepsza strategia każdego przedsiębiorstwa zależy od strategii wybranych przez innych graczy. Opisuje ona zależności pomiędzy realizacją własnego interesu gospodarczego przez każde z przedsiębiorstw a ich interesem wspólnym³¹¹. Skupienie się na analizie zachowań przedsiębiorstw zamiast na konsekwencjach danej struktury rynku sprawdza się tu szczególnie dobrze, gdyż zależności pomiędzy oligopolistami są silne i decyzje każdego przedsiębiorstwa mają bezpośredni wpływ na pozostałych.

W ramach teorii gier istnieją podziały na różne kategorie gier. W zależności od tego, czy reguły współpracy przedsiębiorstw wynikają z wiążących prawnie porozumień, czy też przedsiębiorstwa funkcjonują bez formalnego porozumienia, mówimy o grach kooperacyjnych i niekooperacyjnych³¹². Jako, że antykonkurencyjne porozumienia pomiędzy przedsiębiorstwami są, co do zasady, zakazane przez prawo konkurencji, analiza zachowań przedsiębiorstw w ramach gier niekooperacyjnych jest szczególnie istotna. Innym kryterium podziału jest ilość dostępnej graczom informacji - możemy mówić o grach z niekompletną, kompletną³¹³ albo doskonałą³¹⁴ informacją. Czas trwania gry, czyli jej powtarzalność, pozwala wyróżnić gry skończone, w których gracze dysponują określoną, skończoną liczbą ruchów i gry nieskończone, gdy przynajmniej jeden z graczy ma do dyspozycji nieskończoną liczbę ruchów. Gdy gra skończona ogranicza się tylko do jednej serii ruchów, mówimy o grze

³¹⁰ Zob. J. von Neumann i O. Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton 1944.

³¹¹ A. Małowski, A. Wieczorek, H. Sosnowska, *Konkurencja i kooperacja. Teoria gier ekonomii i nauk społecznych*, Warszawa 2004, s. 59.

³¹² J. Szczodrowski, *Op.cit.*, s. 61.

³¹³ Każdy z uczestników zna zbiory strategii i funkcje wypłat wszystkich graczy.

³¹⁴ Każdy z uczestników zna zbiory strategii i funkcje wypłat wszystkich graczy, a także wszystkie wcześniejsze decyzje swoje i pozostałych graczy.

krótkookresowej³¹⁵, gdy zaś ruchów jest więcej, mówimy o grze długookresowej lub dynamicznej. Gra o nieskończonej liczbie ruchów to inaczej „supergra”.

Świadomość przedsiębiorstwa, że jego działania mają bezpośredni wpływ na poziom zysków jego konkurentów, zaś ich działania mają bezpośredni wpływ na jego poziom zysków, stanowi najbardziej charakterystyczną cechę rynków oligopolistycznych analizowanych zgodnie z teorią gier. W grach długookresowych przedsiębiorstwa reagują na ruchy swoich konkurentów zmieniając swoje postępowanie w danym okresie stosownie do zachowania swoich konkurentów w poprzednim okresie. Wysoka powtarzalność gry sprzyja koordynacji działań, gdyż przedsiębiorstwa mają świadomość, że wyłamanie się z zaistniałej na rynku koordynacji będzie wiązało się z reakcją odwetową konkurentów w następnej turze gry. W przypadku gier długookresowych i supergier skuteczność mechanizmu odwetowego jest kluczowa dla koordynacji strategii przez przedsiębiorstwa. Gdy przedsiębiorstwo ma świadomość, że wyłamanie się ze współpracy spotka się z odwetem, oczywistym wyborem jest dla niego utrzymanie stanu koordynacji. Podstawową cechą odróżniającą długookresową perspektywę teorii gier od statycznych modeli zależności oligopolistycznej jest założenie, że każde przedsiębiorstwo będzie egzekwowało swoją „najlepszą strategię” bazując na analizie „najlepszych” strategii konkurentów.

Warto podkreślić, że pomimo iż obecnie statyczne modele nie odgrywają równie istotnej roli w praktyce analizy zachowań przedsiębiorstw co model dynamiczny, to stanowią bardzo istotny instrument na potrzeby oceny nieskoordynowanych skutków koncentracji. Koncentracja stanowi jeden „ruch” w grze, którego konsekwencje organ antymonopolowy musi przewidzieć i prawidłowo ocenić.

3.4.8. Strategia dominująca, równowaga Nasha i dylemat więźnia

Do opisu gry, w której uczestniczą dwaj gracze, najczęściej używa się macierzy wypłat. Rzędy i kolumny macierzy przedstawiają strategie pierwszego i drugiego gracza. Każde pole przedstawia wypłatę pierwszego i drugiego gracza w przypadku przyjęcia przez nich wyznaczonych strategii.

³¹⁵ Przedstawione wcześniej statyczne modele rynku oligopolistycznego stanowią przykłady gier krótkookresowych i są zgodne z teorią gier.

Tabela 3. Macierz wypłat – strategia dominująca

		B	
		X	Y
A	I	2, 3	1, 2
	II	3, 2	2, 1

Tabela 1. przedstawia grę pomiędzy dwoma graczami, którzy równocześnie podejmują decyzje o przyjmowanej przez siebie strategii. Przedsiębiorstwo A może przyjąć strategię I albo II, podczas gdy przedsiębiorstwo B może przyjąć strategię X albo Y. Pierwsza cyfra w każdym polu wskazuje wypłatę przedsiębiorstwa A, druga cyfra wypłatę przedsiębiorstwa B. Wynik osiągnięty przez przedsiębiorstwa w oczywisty sposób zależy od działania obydwu przedsiębiorstw.

Każde przedsiębiorstwo ocenia każdą z możliwych strategii i wybiera tę, która maksymalizuje jego wypłatę. Jeżeli ta sama strategia jest wybierana dla każdej możliwej kombinacji strategii obydwu przedsiębiorstw, a zatem niezależnie od decyzji konkurenta, nazywamy ją strategią dominującą. Jeżeli w grze każdy gracz ma swoją strategię dominującą, osiągnięty z ich zastosowania profil stanowi równowagę strategii dominujących w danej grze.

Przypadek przedstawiony w Tabeli 1. zakłada, że przedsiębiorstwo A zyskuje najwięcej przyjmując strategię II – niezależnie od decyzji podjętej przez przedsiębiorstwo B. Z kolei dla B strategią dominującą jest wybór X. Działające racjonalnie przedsiębiorstwa osiągają optymalne wyniki przyjmując swoje strategie dominujące, w efekcie przyjmują strategię zobrazowaną przez profil II/X dający wypłaty (3, 2). Żadne przedsiębiorstwo nie może zmienić swojej sytuacji na lepszą.

Nie w każdym przypadku przedsiębiorstwo musi posiadać strategię dominującą. Jego optymalne postępowanie może zależeć od wyboru dokonanego przez konkurenta.

Tabela 4. Macierz wypłat - przedsiębiorstwo A nie posiada strategii dominującej

		B	
		X	Y
A	I	2, 3	1, 2
	II	1, 2	2, 1

Dla przedsiębiorstwa B strategia X nadal jest strategią dominującą, gdyż uzyskuje wyższą wypłatę niezależnie od postępowania konkurenta. Jednak optymalna strategia przedsiębiorstwa A zależy od decyzji podjętej przez B. Gdyby B przyjął strategię X, A osiągnie wyższą wypłatę przy strategii I, jednak jeśli B przyjmie strategię Y, A uzyska większą wypłatę przy strategii II. Podejmując swoją decyzję A musi przewidzieć, co zrobi B. Znając macierz wypłat konkurenta i zakładając jego racjonalne postępowanie, A może przewidzieć wybór strategii X i samemu wybrać strategię I. Przedsiębiorstwo może przewidzieć postępowanie konkurenta, pomimo równoczesnego i samodzielnego podejmowania decyzji. Wiedza o poprzednich decyzjach konkurenta może dostarczyć dodatkowych informacji. Osiągany stan równowagi jest optymalny dla obydwu przedsiębiorstw i żadne z nich nie ma motywacji, by zmieniać swoją strategię. Taką sytuację na rynku oligopolistycznym nazywa się stanem równowagi Nasha. Każde przedsiębiorstwo wybiera optymalną strategię przy danej strategii konkurenta. Stan równowagi Nasha odpowiada koncepcji oligopolistycznej równowagi Cournota³¹⁶.

Szczególnie ważnym rodzajem gry jest paradoks zwany dylematem więźnia, który zobrazowany jest przez Tabelę 3. Analiza dylematu więźnia pozwala zrozumieć, dlaczego kooperacja działań następuje z trudnością, nawet jeśli jest korzystna dla wszystkich stron.

³¹⁶ Por. podrozdział 3.4.1.

Tabela 5. Macierz wypłat - dylemat więźnia

		B	
		X	Y
A	I	3, 3	5, 1
	II	1, 5	4, 4

Analiza macierzy wypłat wskazuje, że strategie dominujące dla przedsiębiorstw to I i X, a stan równowagi osiągnany jest w lewym górnym polu. Jednakże, gdyby obydwa przedsiębiorstwa zdecydowały się przyjąć alternatywne strategie II i Y, obydwa uzyskałyby wyższe wypłaty. Model ten dobrze obrazuje sytuację oligopolistów tworzących kartel, którzy maksymalizują zyski branży poprzez dotrzymanie porozumienia kartelowego, jednocześnie mając świadomość, że wystąpienie z kartelu przez tylko jednego jego członka pozwoli mu zwiększyć swoją wypłatę kosztem pozostałych członków kartelu. Z kolei powrót do konkurencji sprawi, że cała branża uzyska mniejszą wypłatę. Mechanizm dylematu więźnia pokazuje dlaczego na rynkach oligopolistycznych w praktyce trudne może być utrzymanie współpracy. Utrzymanie porozumienia jest optymalnym wyborem, jednak z indywidualnego punktu widzenia, uwzględniającego naturalną potrzebę dbania o własny interes, jest ono nieracjonalne.

Rachunek przedsiębiorstw skonfrontowanych z dylematem więźnia może zmienić powtarzalność gry. Współpracujący oligopolisci mają świadomość, że jeśli wyłamią się z porozumienia i oszukają konkurenta, w następnej turze gry ten postąpi tak samo. Żadne przedsiębiorstwo nie będzie miało motywacji, by powrócić do pierwotnej strategii porozumienia kartelowego, przez co obydwa mają motywację, by zostać oszustami na stałe. O ile zatem w przypadku gier jednokrotnych oszustwo jest strategią dominującą, o tyle w przypadku gry powtarzalnej, póki graczom zależy na przyszłych zyskach, nie będą zainteresowani zerwaniem umowy dla jednorazowej korzyści.

W warunkach gry wielokrotnej może niekiedy dojść do sytuacji zmony milczącej, czyli sytuacji, w której ograniczenie konkurencji wynika z decyzji podejmowanych przez przedsiębiorstwa niezależnie w oparciu o występującą między nimi współzależność.

4. Instrumenty oceny ilościowej

Poszczególne rynki oligopolistyczne różnią się od siebie, analiza ekonomiczna dokonywana na potrzeby koncentracji musi zawsze odzwierciedlać realia danego rynku. Analiza ilościowa jest niezbędnym narzędziem do oceny wpływu koncentracji na konkurencję na rynku oraz do identyfikacji potencjalnych negatywnych skutków dla konsumentów. Zakres przeprowadzanej analizy będzie zależny od przyjętej teorii szkody oraz dostępnych informacji pozwalających ją potwierdzić lub odrzucić. Jeśli ograniczenia dostępnych informacji i danych wymuszają przyjęcie pewnych założeń, powinny być one jasne i realistyczne, by nie wypaczyły wyniku analizy.

Podstawową techniką analizy ilościowej jest statystyka opisowa, która służy do opisu i podsumowania danych liczbowych, a także wyciągania na ich podstawie wniosków i stanowi podstawę dla dalszych analiz. Kluczowe dane pozwalające wyciągnąć wnioski na temat ocenianego rynku to statystyki dotyczące udziałów w rynku, stopnia jego koncentracji i ich zmiany w czasie, struktura kosztów i wykorzystanie posiadanych zasobów, wydatki na badania i rozwój, liczba i długość zawieranych umów, wzorce zakupowe konsumentów i ich przepływ do konkurentów, strategie przedsiębiorstw i reakcje konsumentów.

Miara elastyczności i stóp substytucyjności stanowi bardziej zaawansowaną technikę analizy ilościowej. Elastyczność mierzy reakcję jednej zmiennej na inną pod względem procentowej zmiany jednej zmiennej w odpowiedzi na procentową zmianę innej zmiennej. Szczególnie istotna jest elastyczność popytu w odpowiedzi na zmianę ceny, czyli w jakim stopniu spadnie popyt w odpowiedzi na podwyżkę cen. Co do zasady im więcej substytutów produktu, tym większa elastyczność popytu. Stopy substytucyjności wskazują dokąd przejdzie popyt w razie podniesienia ceny i stanowią miarę bliskości produktów i konkurentów, przez co są przydatne przy definiowaniu rynku właściwego i szacowania efektów nieskoordynowanych koncentracji. Stopy substytucyjności dwóch produktów lub przedsiębiorców mówią jaki odsetek utraconej w wyniku podniesienia ceny przez jednego przedsiębiorcę sprzedaży trafi do drugiego przedsiębiorcy. Im wyższy, tym bliższymi są konkurentami.

Analiza presji na wzrost cen (analiza UPP - *upward pricing pressure*) pozwala oszacować w jakim stopniu przedsiębiorstwo powstałe w wyniku koncentracji będzie miało motywację do podwyższenia cen. Wskazuje jakie zachowanie byłoby opłacalne, ale jego zdolność do działania w oparciu o te zachęty zależy od istnienia lub braku czynników wyrównawczych, które mogłyby zapobiec wzrostowi cen. W przypadku braku takich

czynników wyrównawczych można uznać, że przedsiębiorcy są w stanie działać zgodnie ze stojącymi przed nimi zachętami gospodarczymi.

Presja na wzrost cen powstaje, ponieważ po koncentracji nowy podmiot nie straciłby wszystkich klientów odchodzących po jednostronnej podwyżce cen jednej ze swoich marek, ale zachowałaby znaczną ich liczbę internalizując część strat, które w innym przypadku spowodowałyby podwyżka cen. Jeśli konkurenci maksymalizowali zyski przed koncentracją, podwyżka cen nie byłaby opłacalna z powodu substytucyjności produktów konkurentów. Jeśli jednak dwoje z nich połączy się, jedno źródło substytucji zostanie zinternalizowane w ramach powstałego podmiotu. UPP łączy informacje o stopach substytucyjności z informacjami o marżach by obliczyć stopień w jakim koncentracja sprawi, że wyższa cena będzie bardziej opłacalna niż przed koncentracją. W efekcie świadczy o tym, jak wyeliminowanie jednego konkurenta wpłynie na zdolność powstałego podmiotu do podniesienia cen. Presję na wzrost cen należy rozumieć w odniesieniu do kierunku, jaki ceny przyjęłyby w przypadku braku koncentracji. Jeśli w przypadku braku koncentracji można było oczekiwać spadku cen, presja na wzrost cen niekoniecznie oznacza, że ceny wzrosną w wartościach bezwzględnych. Możliwość podwyższenia cen może również oznaczać dążenie powstałego podmiotu do ograniczenia ulepszeń funkcjonalności dostępnych usług, co skutkuje stratami w dobrobycie konsumentów powodowanymi przez mechanizmy inne niż cena. Wzrost cen przewidywany w wyniku analizy UPP będzie prawdopodobnie mniej precyzyjny niż pełna symulacja koncentracji, ponieważ pomija skutki sprzężenia zwrotnego między tymi dwoma przedsiębiorcami i innymi konkurentami (czynniki te zwykle zwiększają skalę przewidywanych podwyżek cen) i nie uwzględnia korzyści płynących z koncentracji.

GUPPI (*Gross Upward Pricing Pressure Index*)³¹⁷, czyli wskaźnik brutto presji na wzrost cen, stanowi wstępną miarę ryzyka wystąpienia efektów nieskoordynowanych koncentracji bez konieczności określenia rynku właściwego. Wskazuje jaką zachętę do podniesienia cen będzie miał powstały podmiot. Wysoki wskaźnik GUPPI wskazuje na dużą skłonność nowego podmiotu do podwyższania cen po koncentracji. Wskaźnik ten może być wykorzystany do oszacowania wielkości wzrostu cen. Aby obliczyć wskaźnik GUPPI, wystarczy poznać stopy substytucji pomiędzy produktami stron, ich marże i ceny. Nie wymaga się tu żadnych informacji o popycie na produkty lub marże pozostałych konkurentów. Nie uwzględnia on korzyści płynących z koncentracji. Należy zwrócić uwagę, że o ile wskaźnik GUPPI jest przydatnym narzędziem do oceny koncentracji

³¹⁷ Zaprezentowany w: S. Salop, S. Moresi, *Updating the Merger Guidelines: Comments*, Georgetown University Law Journal, 2009.

horyzontalnych³¹⁸, to istnieją różne warianty tego wskaźnika, które uwzględniają różne warunki i typy koncentracji. Wskazano, że wariant vGUPPI w szczególności pozwala ocenić wertykalną presję na wzrost cen na rynku wyższego szczebla, motywację do wykluczenia konkurentów na rynku niższego szczebla i w efekcie wzrost cen dla konsumentów³¹⁹.

Orientacyjny wzrost cen (IPR – *Indicative Price Rise*) to prosty i przejrzysty test sprowadzający się do porównania cen maksymalizujących zysk przed koncentracją z cenami maksymalizującymi zysk po koncentracji. Ponieważ podejście to zakłada brak reakcji rywali, nie są wymagane żadne informacje o produktach rywala.

Ani UPP, ani IPR nie uwzględniają prawdopodobnej reakcji ze strony rzeczywistych i potencjalnych konkurentów. Z tego powodu nie mogą one przedstawić pełnej analizy prawdopodobieństwa wystąpienia szkody konkurencyjnej wynikającej z koncentracji. Stanowią one alternatywny i bardziej ukierunkowany od ilościowej analizy udziałów w rynku sposób identyfikowania koncentracji, które mogą potencjalnie wywołać efekty nieskoordynowane.

Kompensująca redukcja kosztów marginalnych (CMCR – *Compensating Marginal Cost Reduction*) to wielkość, o którą koszt krańcowy produktu musi się zmniejszyć w wyniku wynikającego z koncentracji wzrostu wydajności, aby zapobiec wzrostowi jego ceny po koncentracji. Gdyby koszt krańcowy produktu zmniejszył się dokładnie o wielkość CMCR, koncentracja nie miałaby wpływu netto na ceny ani podaź. Innymi słowy, wskaźnik ten pokazuje przy jakiej wysokości kosztów marginalnych cena sprzed koncentracji nadal byłaby ceną równowagi Nasha. CMCR uwzględnia fakt, że redukcja kosztów krańcowych produktu będzie, poprzez zwiększenie marży na tym produkcie, miała wpływ na warunki optymalizacji innych produktów. Ten efekt jest ignorowany w analizach GUPPI. Ponieważ obydwa testy wymagają tych samych informacji, CMCR powinno być preferowane jako miara wymaganej redukcji kosztów krańcowych poprzez zwiększenie wydajności.

Na rynkach, gdzie do sprzedaży dochodzi poprzez przetarg, udziały w rynku nie muszą odzwierciedlać relacji rynkowych, siły konkurentów i ich interakcji. Rynkiem takim jest hurtowy rynek dostępu dla operatorów MVNO. Analiza poprzednich przetargów może dostarczyć informacji o bliskości konkurencji poszczególnych przedsiębiorców. Jeśli przedsiębiorcy regularnie zajmują czołowe miejsca w przetargach, może to wskazywać na bliskość konkurencji między nimi. Ważne jest zwrócenie uwagi na podmioty, które nie

³¹⁸ M. Trost, *Is the Whole Greater than the Sum of Its Parts? Pricing Pressure Indices for Mergers of Vertically Integrated Firms*, Review of Industrial Organization 2021, s. 236.

³¹⁹ Zob. S. Moresi, S. Salop, *vGUPPI: Scoring Unilateral Pricing Incentives in Vertical Mergers*, Antitrust Law Journal 79 (1) 2013 – 2014, s. 185 – 214.

wygrywają przetargów. Przedsiębiorca, który zajmuje drugie miejsce w przetargu nadal wywiera presję konkurencyjną i wpływa na proces przetargu oraz ostateczną cenę.

Pełna symulacja koncentracji to najbardziej kompleksowe i złożone podejście do szacowania prawdopodobnego wzrostu cen po koncentracji, uwzględniające różne cechy, takie jak asymetrie między przedsiębiorcami, wynikający z koncentracji wzrost wydajności i różne formy interakcji na rynku. Przeprowadzenie symulacji wymaga wyboru modelu konkurencji najlepiej odzwierciedlającego konkurencję na rynku (model Cournota, Bertranda, itp.) i odpowiednią funkcję popytu. Są one następnie kalibrowane przy pomocy danych z rynku, takich jak ceny, podaź, udziały w rynku, elastyczność popytu. Model ten wymaga precyzyjnych danych by dać wiarygodne wyniki i ostrożne przyjmowanie założeń co do cech rynku. Jakość danych ma kluczowe znaczenie dla precyzji przeprowadzonej symulacji, gdyż przyjęcie nieprecyzyjnych danych lub algorytmów prowadzi do znaczących różnic w uzyskanych prognozach. Pełna symulacja rynku uwzględnia reakcje wszystkich rywali i zmierza do ustalenia nowego punktu równowagi Nasha dla wszystkich przedsiębiorców.

W doktrynie amerykańskiej pojawiły się przychylne głosy twierdzące, że stosowanie wskaźników presji na wzrost cen jest często prostsze, bardziej trafne i wprowadza większą dyscyplinę w prowadzonej analizie niż ocenianie koncentracji tylko przez pryzmat struktury rynku i jej zmiany wynikającej z koncentracji. Jest to podejście dużo lepiej odzwierciedlające mechanizmy gospodarcze, które prowadzą do wystąpienia efektów nieskoordynowanych.³²⁰ Należy jednak pamiętać, że statyczna, ilościowa analiza rynkowej pozycji przedsiębiorstwa obciążona jest wieloma słabościami. Dlatego określenie pozycji i siły rynkowej przedsiębiorstwa powinno zostać poparte analizą jakościową, czyli oceną sposobu funkcjonowania przedsiębiorstwa, badaniem jego otoczenia konkurencyjnego i szeroko rozumianych warunków rynkowych.³²¹

5. Wnioski

Prawo konkurencji, jak i szerzej prawo gospodarcze, stanowi narzędzie ingerowania w sferę stosunków ekonomicznych, którego funkcją jest porządkowanie lub ograniczanie

³²⁰ J. Farrell, C. Shapiro, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, The Berkeley Electronic Journal of Theoretical Economics Policies and Perspectives 2010, vol. 10 issue 1, s. 34.

³²¹ J. Matuszczak-Piasta, *Argumenty jakościowe stosowane przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem UOKiK*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr 5(2), s. 69.

działalności gospodarczej. Sprowadza się to w znacznym stopniu do wprowadzania do życia gospodarczego porządkanych przez prawodawcę wartości, które mogą skutkować zachowaniem przedsiębiorstw sprzecznym z wynikającym z motywacji i zachęt płynących z wolnego rynku. Gospodarka stanowi kategorię ontologicznie pierwotną wobec prawa, stanowanie i stosowanie prawa stanowi zewnętrzną ingerencję w sferę obiektywnych praw ekonomicznych³²². Może to rodzić obawy o wystąpienie zjawiska „instrumentalizacji” prawa³²³, dlatego niezbędne jest poszanowanie interesu publicznego oraz zasad ustroju gospodarczego i powszechnie akceptowanych wartości i celów. Z drugiej strony ekonomia jest siłą wymuszającą rozwój prawa, tworzącą przez legislację i naukę nową siatkę pojęciową, zarówno kategorii ogólniejszych, takich jak regulacja sektorowa, jak i bardziej szczegółowych (np. umowa leasingu)³²⁴.

Dokonując oceny koncentracji na rynkach oligopolistycznych organ ochrony konkurencji musi działać w sposób analityczny, oceniać zachowanie, zdolności i motywacje przedsiębiorstw. Pozytywne i negatywne skutki koncentracji mają przede wszystkim charakter ekonomiczny i są przedmiotem badań nauk ekonomicznych. Przyjmowana przez organ teoria szkody musi być oparta na klarownej teorii ekonomicznej uzasadnionej charakterystyką danego rynku³²⁵. Skutkuje to postępującym przenikaniem do prawa pojęć ekonomicznych, odwoływanie się w języku prawnym wprost do określonych kategorii i pojęć ekonomicznych, a w efekcie do rosnącej ekonomizacji prawa.

Zróżnicowanie przedstawionych opisów i modeli rynków oligopolistycznych oraz wzorów zachowań obecnych na nim przedsiębiorstw pokazuje jak złożonym zagadnieniem i wyzwaniem dla organów ochrony konkurencji są rynki oligopolistyczne. Dany rynek może posiadać dowolną kombinację cech wpływających na łatwość i prawdopodobieństwo koordynacji działań przez przedsiębiorstwa. Czynniki strukturalne, po stronie podażowej i popytowej mogą zwiększać albo zmniejszać prawdopodobieństwo wystąpienia znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji. Dokonując analizy organ musi każdorazowo ocenić wagę każdego z czynników i jego wpływ na konkurencję na rynku. Niemożliwe jest przyznanie z góry prymatu którejś kategorii czynników, niekorzystna dla konkurencji sytuacja w nawet tak intuicyjnie istotnych aspektach jak struktura rynku czy jego przejrzystość może być

³²² M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych...*, s. 24.

³²³ Por. L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (zarys problemu)* [w:] *Państwo i Prawo* nr 3, 1993 r.

³²⁴ W. Hoff, *Prawo wobec zjawisk ekonomicznych...*, s. 25.

³²⁵ N. Petit, *The "Oligopoly Problem" in EU Competition Law*, [w:] *Research Handbook in European Competition Law*, I. Liannos and D. Geradin (red.), Edward Elgar 2013, dostępny: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1999829.

zrównoważona przez stymulującą konkurencję sytuację po stronie podażowej lub popytowej. Zidentyfikowane przez naukę ekonomii cechy rynków oligopolistycznych stanowią praktyczny wzór i listę wskazówek, które pozwalają organom ochrony konkurencji świadomie ocenić sytuację na rynku i przewidzieć jak podejmowane decyzje wpłyną na rynek i motywację przedsiębiorstw do dalszego konkutowania albo koordynowania działań.

Przedstawione statyczne modele konkurencji oligopolistycznej opisują zachowanie przedsiębiorstw w oparciu o odmienne założenia i realia rynkowe, podkreślając z jak odmienną dynamiką rynkową można się spotkać na tych rynkach. Model odpowiadający realiom ocenianego przez organ rynku może pomóc zidentyfikować i zrozumieć zachodzące na nim zjawiska i zachowania przedsiębiorstw. Modele mogą być w szczególności przydatne do prognozowania konsekwencji wystąpienia skutków nieskoordynowanych koncentracji.

Dynamiczne modele odgrywają szczególnie istotną rolę przy ocenie koncentracji. Koncentracja stanowiąca ruch w „grze” wymusza reakcję wszystkich oligopolistów. Teoria gier pozwala zrozumieć istotę i wagę współzależności oligopolistycznej i jej wpływu na przyszłe zachowanie przedsiębiorstw. W uproszczeniu, dokonując prospektywnej analizy rynku organ powinien, oprócz uzasadnionych przypadków, przyjąć sytuację obowiązującą na rynku w czasie koncentracji za stan równowagi Nasha i najlepiej jak to możliwe oszacować wpływ, jaki zmiana realiów wywołana koncentracją będzie miał na rynek i przewidzieć nowy, przyszły stan równowagi Nasha. Prawidłowe uwzględnienie zagadnienia dylematu więźnia pozwoli natomiast ocenić prawdopodobieństwo i ewentualne konsekwencje wystąpienia efektów skoordynowanych w wyniku koncentracji.

Nauka ekonomii wypracowała liczne instrumenty oceny ilościowej, które pozwalają ocenić prawdopodobieństwo wzrostu cen w wyniku koncentracji. Różne instrumenty wymagają odmiennych danych i dostarczają organowi ochrony konkurencji różnych informacji. Prawidłowy dobór jest kluczowy dla celnej oceny koncentracji. Ze względów praktycznych jak ograniczenia czasowe, zasobów ludzkich i poziom komplikacji rynku nie zawsze możliwe i celowe jest przeprowadzenie pełnej symulacji koncentracji, dlatego świadoma selekcja dostępnych instrumentów jest kluczowa dla prawidłowej oceny koncentracji.

Rozdział III. Kontrola koncentracji przedsiębiorstw na rynkach oligopolistycznych

1. Wstęp

Prawo dokonywania koncentracji wynika z korzystania z swobody działalności gospodarczej i dysponowania prawem własności. Koncentracje pozwalają przedsiębiorstwom skorzystać z efektu skali, podnieść poziom efektywności alokacyjnej, produkcyjnej i innowacyjnej, a w konsekwencji poprawiać swoją pozycję rynkową. Większość koncentracji służy takim pozytywnym celom, przez co przyczynia się do rozwoju konkurencji i wzrostu dobrobytu, dlatego unijne prawo kontroli koncentracji przyjmuje domniemanie zgodności koncentracji z rynkiem wewnętrznym. Jednak niektóre koncentracje mogą mieć na celu lub skutkować zaburzeniem skutecznej konkurencji ze szkodą dla konsumentów³²⁶, dlatego z racjonalną z punktu widzenia prawodawcy należy uznać chęć i możliwość sprawowania nadzoru nad takimi koncentracjami.

Koncentracja majątku i kapitału dokonuje się głównie w drodze horyzontalnych, wertykalnych i konglomeratowych operacji koncentracyjnych, które przyjmują postać fuzji dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorstw lub części przedsiębiorstw, przejęcia, przejęcia pośredniej albo bezpośredniej kontroli nad przedsiębiorstwem lub jego częścią przez inną jednostkę gospodarczą lub osobę ją kontrolującą, w tym tworzenie wspólnych przedsiębiorstw pod wspólną kontrolą stron (przedsięwzięcie *joint venture*)³²⁷. Należy podkreślić, że rozróżnienie na różne postaci koncentracji mają charakter w znacznej mierze umowny³²⁸, z punktu widzenia prowadzonych badań istotny jest wpływ transakcji na konkurencję, a nie konkretna procedura czy forma organizacyjna przedsiębiorstw, stąd w pracy stosowane będzie zbiorcze pojęcie koncentracji. Sendrowicz i Sz waj definiują koncentrację jako „połączenie całego lub części potencjału ekonomicznego dwóch lub więcej wcześniej niezależnych od siebie przedsiębiorców w celu wspólnej realizacji określonych przedsięwzięć gospodarczych”³²⁹. Konsekwencją i istotą koncentracji jest dokonanie trwałej

³²⁶ Szkoda może polegać na wyższych cenach, niższej jakości produktów, niższej podaży, mniejszym wyborze towarów czy niższej innowacyjności.

³²⁷ A. Nourry, J. Storey, *Transactions and Practices: EU Mergers & Acquisitions*, Clifford Chance PLC, s. 10.

³²⁸ Por. W. Frąckowiak, D. Bednarski, N. Kulpa, M. Lewandowski, G. Maślanko, M. Michalski, M. Remlein, M. Stradomski, *Istota Istota i motywy fuzji i przejęć przedsiębiorstw* [w:] W. Frąckowiak (red.), *Fuzje i przejęcia*, Warszawa 2009, s. 24.

³²⁹ M. Sendrowicz, M. Sz waj, *Prawo konkurencji – Podstawowe pojęcia*, Warszawa 2007, s. 6.

zmiany w rozkładzie kontroli zaangażowanych przedsiębiorstw, a w efekcie w strukturze rynku³³⁰. Kontrolę należy tu rozumieć jako możliwość realnego wpływu, uwzględniającego aspekty faktyczne lub prawne³³¹.

W prewencyjnym modelu kontroli koncentracji każde zgłoszenie zamiaru dokonania koncentracji uruchamia postępowanie przed organem ochrony konkurencji, którego celem jest ocena zgłoszonej koncentracji na podstawie przyjętego testu konkurencji. Ocena sprowadza się do porównania sytuacji konkurencyjnej sprzed koncentracji z prognozowaną sytuacją w przypadku dokonania koncentracji.³³² Zgodnie z przyjętą zasadą pojedynczej instytucji (*one-stop-shop*), Komisja jest właściwym organem do kontroli koncentracji o wymiarze unijnym³³³, co ma służyć bezstronności oraz pewności prawnej co do obowiązkowych zgłoszeń do Komisji i odciążeniu jej ze spraw o mniejszej wadze. Jej właściwość nie ma jednak charakteru absolutnego, nie obejmuje środków zmierzających do ochrony innych uzasadnionych interesów narodowych, za które uważa się bezpieczeństwo publiczne, pluralizm środków przekazu, zasady ostrożnościowe i inne³³⁴. Rozporządzenie przewiduje również mechanizm odesłania sprawy³³⁵, która może znacząco wpłynąć na konkurencję na rynku państwa członkowskiego, który reprezentuje wszystkie cechy odrębnego rynku, co stanowi przejaw zasady pomocniczości³³⁶. Mechanizmy odesłania mogą budzić zastrzeżenia z perspektywy pewności prawnej, stąd we wszystkich decyzjach dotyczących kontroli koncentracji na rynku telekomunikacji mobilnej Komisja postanowiła odrzucić wnioski o odesłanie sprawy do krajowego organu ochrony konkurencji, pomimo iż w każdej operatorzy funkcjonowali w jednym państwie członkowskim.

Kontrola koncentracji stanowi obecnie jeden z głównych filarów europejskiego prawa konkurencji, przyczynia się znacząco do sprawnego funkcjonowania rynku wewnętrznego, a w szerokim ujęciu wchodzi w skład norm zapewniających obywatelom państw członkowskich ekonomiczną i polityczną wolność. To w ramach tej dziedziny prawa nastąpił największy rozwój orzecznictwa w zakresie rynków oligopolistycznych, chociaż przez wiele

³³⁰ A.Jurkowska-Gomułka, T.Skoczny, *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. XXIV – 118.

³³¹ P. Marecki, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców – kompetencje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Komisji Europejskiej po 1 maja 2004 roku*, Warszawa 2005, s. 15.

³³² T. Skoczny, *Zgody szczególne...*, s. 33.

³³³ Na temat unijnego wymiaru koncentracji zob. P. Marecki, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców – Kompetencje Prezesa UOKiK i KE po 1 maja 2004 roku*, UOKiK, Warszawa 2005, s. 12.

³³⁴ Zob. Art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004.

³³⁵ W przedmiocie systemu odesłań zob. A.M. Nolan, *Unijne prawo konkurencji – Efektywność systemu odesłań spraw dotyczących koncentracji przedsiębiorstw*, C.H. Beck, Warszawa 2015.

³³⁶ D. Furtak, *Kontrola koncentracji przedsiębiorstw na poziomie Unii Europejskiej – wybrane aspekty*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2021, nr 2 (52), s. 34.

lat legitymacja Komisji do przeprowadzania kontroli koncentracji w ogóle, a rynków oligopolistycznych w szczególności, nie była oczywista. Uzyskiwaniu przez Komisję Europejską nowych, coraz bardziej rozbudowanych prerogatyw i instrumentów sprawowania nadzoru towarzyszył proces coraz pełniejszego uwzględniania teorii ekonomii i wywiedzionych z niej kryteriów oceny rynku przy podejmowaniu decyzji.

Szczególnie ważką rolę odegrała reforma wprowadzona mocą rozporządzenia 139/2004, dzięki której Komisja zyskała prawo interweniowania w przedmiocie koncentracji, które wywołają zakłócenia skutecznej konkurencji pomimo braku koordynacji działań po stronie przedsiębiorstw, a tylko w wyniku naturalnych procesów rynkowych obecnych na rynku oligopolistycznym. Dyrektywa w połączeniu z wytycznymi w sprawie horyzontalnych połączeń przedsiębiorstw dały impuls dla rozwoju praktyki decyzyjnej i orzecznictwa. Nawet jeśli należy zachować ostrożność przy przywiązywaniu zbyt dużej wagi do precedensów w sprawach kontroli koncentracji opartych na konkretnym stanie faktycznym, możliwe jest wywnioskowanie z nich fundamentalnych zasad orzecznictwa.

2. Ewolucja systemu kontroli koncentracji w prawie Unii Europejskiej

2.1. Kontrola koncentracji w prawie Unii Europejskiej przed 1989 r.

W czasach Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali kontrola koncentracji była ograniczona do przedsiębiorstw funkcjonujących w sektorach węgla i stali³³⁷, zaś Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą nie odnosił się w ogóle do tej problematyki. Pomimo, iż dokumenty z prac nad Traktatem ustanawiającym Europejską Wspólnotę Gospodarczą sugerują, że brak odwołań do możliwości kontroli koncentracji przedsiębiorstw przez Komisję był decyzją świadomą³³⁸, Komisja Europejska przedstawiła w 1966 roku memorandum³³⁹ krytykujące przydatność art. 101 i 102 TFUE do kontroli koncentracji przedsiębiorstw i sugerujące konieczność stworzenia instrumentów prawnych,

³³⁷ Art. 66 ust. 7 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali.

³³⁸ Zob. *Report Spaaka (Brussels Report on the General Common Market)* - raport z 21 kwietnia 1956 roku, będący wynikiem pracy międzyrządowej konferencji kierowanej przez Ministra Spraw Zagranicznych Belgii Paula-Henriego Spaaka. Raport ten zawierał projekty powołania nowych ugrupowań integracyjnych w Europie – Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej oraz Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej i Stał się podstawą rozmów i negocjacji, których efektem było wypracowanie tekstu traktatów rzymskich. Raport poruszał potrzebę kontroli nad powstawaniem monopoli, s. 55 i n.

³³⁹ *Memorandum on the Problem of Concentrations in the Common Market*, EEC Competition Series 1966, nr 3.

które pozwolą na skuteczną kontrolę. Takie stanowisko Komisji nie stanęło jej na drodze podjęcia próby stosowania obydwu tych artykułów do kontroli koncentracji.

Pierwszą próbą było zastosowanie art. 102 TFUE do kontroli koncentracji w sprawie *Continental Can*³⁴⁰. Sprawa dotyczyła amerykańskiego koncernu Continental Can, posiadającego poprzez swoją spółkę zależną SLW AG pozycję dominującą na rynku producentów lekkich opakowań na mięso, ryby i skorupiaki, który stworzył kolejną spółkę Europemballage w celu przejęcia konkurenta – spółki TDV N.V. Komisja uznała, że przejmując swojego konkurenta koncern nadużył swoją pozycję dominującą poprzez praktyczną eliminację konkurencji na rynku. W postępowaniu przed Trybunałem Continental Can podnosił, że Komisja przekroczyła swoje uprawnienia poprzez błędną interpretację art. 102 TFUE zmierzającą do wprowadzenia kontroli koncentracji wbrew intencjom autorów Traktatu. Koncern podkreślał, że przewidziane w Traktacie przykłady nadużycia pozycji dominującej odnoszą się tylko do praktyk, które bezpośrednio wpływają na rynek i wywołują szkodę po stronie konsumentów lub kontrahentów, natomiast zmiany strukturalne, takie jak wzmocnienie pozycji dominującej poprzez koncentrację, nie stanowiły nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE³⁴¹. Trybunał stwierdził jednak, że katalog naruszeń pozycji dominującej przewidziany w Traktacie ma charakter otwarty, zaś przewidziane w artykule przykłady³⁴² wskazują nie tylko praktyki wywołujące bezpośrednio szkodę dla konsumentów, ale również takie, które są szkodliwe poprzez swój wpływ na strukturę rynku. Nadużycie może wystąpić gdy przedsiębiorstwo wzmacnia swoją pozycję dominującą w sposób, który znacząco ogranicza konkurencję³⁴³. Trybunał podkreślił, że ograniczenie konkurencji, które byłoby zakazane, gdyby było wynikiem działań naruszających art. 101 TFUE, nie może być dopuszczalne tylko dlatego, że jest skutkiem koncentracji przedsiębiorstw o pozycji dominującej na rynku³⁴⁴. Przyznając Komisji jurysdykcję w przedmiocie kontroli koncentracji Trybunał odrzucił opinię rzecznika generalnego Roemera, który twierdził że art. 102 TFUE może być zastosowany do koncentracji tylko w przypadku,

³⁴⁰ Wyrok Trybunału z dnia 21 lutego 1973 r. *Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*. Sprawa 6/72.

³⁴¹ Ibidem, pkt 19.

³⁴² Art. 102 lit. c) i d) TFUE.

³⁴³ Wyrok *Continental Can*, pkt 26.

³⁴⁴ Wyrok *Continental Can* pkt 25.

gdy pozycja dominująca została przez przedsiębiorcę wykorzystana do zmuszenia konkurenta do koncentracji³⁴⁵.

Szereg kolejnych orzeczeń Trybunału wzmocnił uprawnienia Komisji w zakresie przeciwdziałania antykonkurencyjnym praktykom. W sprawie *United Brands*³⁴⁶ Trybunał stwierdził, że „dominacja” nie oznacza eliminacji całej konkurencji z rynku, tylko dowolną pozycję na rynku, która „utrudnia w znacznym stopniu skuteczną konkurencję ze strony konkurentów, którzy mogliby osiągnąć takie same korzyści tylko w wyniku wielkiego i wieloletniego wysiłku”³⁴⁷. Z kolei w sprawie *Hoffmann - La Roche*³⁴⁸ Trybunał złagodził wskazane w sprawie *Continental Can* kryterium nadużycia jako „znaczącego ograniczania konkurencji”, definiując je jako „takie zachowanie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, które wpływa na strukturę rynku, na którym w wyniku samej obecności danego przedsiębiorstwa poziom konkurencji jest osłabiony i które (...) utrudnia utrzymanie nadal istniejącej na rynku konkurencji lub wzrost tej konkurencji”³⁴⁹. O ile kryterium nadużycia z *Continental Can* skupiało się na tworzeniu rynku oligopolistycznego z przedsiębiorstwem w pozycji dominującej, kryterium z *Hoffmann - La Roche* skupia się na osłabieniu poziomu konkurencji, która istniała przed kwestionowanym zachowaniem.

W rezultacie powyższych orzeczeń Trybunał usankcjonował możliwość stosowania art. 102 TFUE do kontroli koncentracji, ustalił i następnie złagodził kryterium pozycji dominującej i jej nadużycia. Pomimo uzyskania przez Komisję tych uprawnień, nie znalazły one szerokiego zastosowania. *Continental Can* była jedyną sprawą z zakresu kontroli koncentracji, która trafiła do Trybunału. Ponadto, Komisja parokrotnie użyła groźby zastosowania art. 102 TFUE by zmienić niektóre koncentracje³⁵⁰, podczas gdy do szeregu wielkich koncentracji doszło bez kontroli Komisji³⁵¹. Wynikało to z faktu, że art. 102 TFUE uprawniał Komisję wyłącznie do kontrolowania postępowania przedsiębiorstwa, które już zajmowało pozycję dominującą na danym rynku i w wyniku koncentracji miało ją wzmocnić ze szkodą dla konkurencji. Przepis nie miał zastosowania do przedsiębiorstw, które w wyniku

³⁴⁵ Zob. Opinia rzecznika generalnego Roemera przedstawiona w dniu 21 listopada 1972 r. *Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 6/72, pkt 2.

³⁴⁶ Wyrok Trybunału z dnia 14 lutego 1978 r. *United Brands Company i United Brands Continentaal BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*. Sprawa 27/76.

³⁴⁷ Ibidem, pkt 59.

³⁴⁸ Wyrok Trybunału z dnia 13 lutego 1979 r. *Hoffmann-La Roche & Co. AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 85/76.

³⁴⁹ Ibidem, pkt 91.

³⁵⁰ Np. koncentracje *BSN/Gervais/Danone* i *Amicon Corp/Fortia*.

³⁵¹ Np. koncentracje *Alfa Romeo/Fiat*, *Brown-Boveri/Asea*, *AVEBE/KSH*, *Pont-tMousson/Stanton*, *Eagle Star/Allianz*, *MBB/Daimler Benz*.

koncentracji dopiero uzyskiwały pozycję dominującą. Co więcej, postępowanie na podstawie art. 102 TFUE ma charakter *ex post*, co zmniejszało poczucie pewności prawnej z obawy przed zakwestionowaniem przeprowadzonych już połączeń.

W lipcu 1973 r. Komisja przedstawiła propozycję rozporządzenia regulującego koncentracje przedsiębiorstw. Parlament Europejski poparł propozycję, ale państwa członkowskie nie mogły dojść do porozumienia w zakresie podstawowych kwestii normatywnych, zasad ekonomicznych i społecznych na których kontrola koncentracji miała być oparta³⁵², w efekcie Rada odrzuciła projekt. Kością niezgody było rozstrzygnięcie, czy ocena koncentracji powinna opierać się jedynie na wpływie koncentracji na konkurencję na rynku, czy też powinna uwzględniać również pewne cele polityki przemysłowej podobnie do art. 101 ust. 3 TFUE, oraz wybór organu odpowiedzialnego za kontrolę koncentracji – Komisji albo Rady³⁵³. Kolejne propozycje rozporządzenia zaprezentowane w 1981 i 1984 r. również przepadły w Radzie. W obliczu impasu trwającego wokół projektów rozporządzenia o kontroli koncentracji Trybunał wydał orzeczenie w sprawie *British-American Tobacco Company*³⁵⁴, w którym wyraźnie zasugerował możliwość stosowania przez Komisję art. 101 TFUE do kontroli koncentracji przedsiębiorców.

Do Rembrandt Group Ltd (Rembrandt) należał w pełni Rothmans Tobacco Holding Ltd (RTH), który z kolei miał pakiet kontrolny w Rothmans International (RI). W 1981 r. Philip Morris Inc. zakupił 50% udział w RTH i uzgodnił z Rembrandt zasady wspólnego zarządzania RI. Z obawy przed możliwością naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE, przedsiębiorstwa poinformowały Komisję o swoich działaniach licząc na zwolnienie w ramach art. 101 ust. 3 TFUE. W wyniku negocjacji z Komisją Philip Morris zgodził się zrezygnować ze swoich 50% udziałów w RTH, a zamiast tego przejąć 30,8% udziałów w RI, co dawało 24,9% głosów. Rembrandt kontrolowałby 43,6% głosów w RI, zachowując *de facto* kontrolę nad przedsiębiorstwem. Ponadto, przyjęto rozwiązania behawioralne – Philip Morris miał nie brać udziału w zarządzaniu RI i nie otrzymywałby żadnych wewnętrznych informacji o działaniach RI. Rembrandt i Philip Morris dysponowały prawem pierwszej odmowy, gdyby drugie przedsiębiorstwo sprzedawało swoje akcje. Komisja zaakceptowała koncentrację, ale konkurenci RJ Reynolds i BAT postanowili dochodzić unieważnienia

³⁵² Zob. E. Schwartz, *Politics as Usual: The History of European Community Merger Control* (w:) Yale Journal of International Law nr 18, 1993 r., s. 624.

³⁵³ Wybór Rady jako organu właściwego dla kontroli koncentracji oznaczał pozostawienie nadzoru w rękach państw członkowskich.

³⁵⁴ Wyrok Trybunału z dnia 17 listopada 1986 r. *British-American Tobacco Company Ltd i R. J. Reynolds Industries Inc. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 142 i 156/84.

decyzji przed Trybunałem. Trybunał orzekł na korzyść łączących się przedsiębiorstw i odrzucił skargę na naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE.

Trybunał podkreślił, że zakaz przewidziany w art. 101 ust. 1 TFUE obejmuje porozumienia, których przedmiotem lub skutkiem jest zapobieganie, ograniczanie lub zniekształcanie konkurencji³⁵⁵. Pomimo, iż nabycie udziałów konkurującego przedsiębiorstwa nie stanowi samo w sobie ograniczenia konkurencji, takie nabycie może posłużyć jako instrument wpływu na komercyjne zachowanie konkurenta i w efekcie doprowadzić do ograniczenia lub zakłócenia konkurencji na danym rynku³⁵⁶. Będzie to miało miejsce w szczególności w przypadku, gdy poprzez nabycie udziału lub poprzez klauzule pomocnicze w umowie, przedsiębiorstwo inwestujące uzyska prawną lub faktyczną kontrolę nad decyzjami handlowymi drugiego przedsiębiorstwa lub gdy umowa przewiduje współpracę handlową między przedsiębiorstwami lub tworzy strukturę, która może być wykorzystana do takiej współpracy³⁵⁷. Trybunał podkreślił, że należy wziąć pod uwagę nie tylko natychmiastowe skutki porozumienia, ale także jego potencjalne skutki w przyszłości oraz możliwość, że porozumienie może być częścią długoterminowego planu wzmocnienia swojej pozycji i przejęcia kontroli nad drugim przedsiębiorstwem³⁵⁸.

Rynek papierosów został uznany za oligopolistyczny, będący w stagnacji, o wysokich barierach wejścia, pozbawiony realnej konkurencji cenowej i innowacji, gdzie podstawowym narzędziem zwiększania udziału w rynku są kampanie reklamowe i przejęcia konkurentów. W takiej sytuacji każda próba przejęcia czy inne porozumienie mogące prowadzić do koordynacji zachowań przedsiębiorstw będzie prawdopodobnie skutkować ograniczeniem konkurencji³⁵⁹. Tym niemniej, aby Komisja mogła uznać, że doszło do naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE, musiała być w stanie wykazać, że porozumienie ma na celu lub skutkuje możliwością wpływania na zachowanie konkurenta. Co więcej, Komisja mogła interweniować tylko kiedy przedsiębiorstwa aplikowały o wyłączenie na mocy art. 101 ust. 3 TFUE³⁶⁰.

Pomimo, że próby stosowania przez Komisję art. 101 i 102 TFUE do kontroli koncentracji przedsiębiorstw spotkały się z przychylnym stanowiskiem Trybunału, obydwie instrumenty miały istotne ograniczenia i nie mogły stanowić skutecznego systemu kontroli

³⁵⁵ Ibidem, pkt 36.

³⁵⁶ Ibidem, pkt 37.

³⁵⁷ Ibidem, pkt 38.

³⁵⁸ Ibidem, pkt 39.

³⁵⁹ Ibidem, pkt 44.

³⁶⁰ Rozporządzenie nr 1/2003 zlikwidowało system indywidualnych wyłączeń udzielanych przez Komisję Europejską.

koncentracji. Art. 102 TFUE odnosił się tylko do przedsiębiorstw, które już posiadały pozycję dominującą, zaś art. 101 ust. 1 znajdował zastosowanie, gdy skutkiem transakcji było uzyskanie wpływu na decyzje podejmowane przez konkurenta. Wątpliwości rodził również przedmiot oceny merytorycznej. Orzecznictwo dotyczące art. 102 Traktatu jest poświęcone antykonkurencyjnemu zachowaniu przedsiębiorstw o pozycji dominującej, a nie zachowaniu konkurencyjnych struktur rynkowych. W obydwu przypadkach istniały obawy o wystąpienie konfliktu jurysdykcyjnego ze względu na bezpośrednie stosowanie przepisów Traktatu przez organy krajowe oraz fakt, że wiele państw członkowskich nadal stało na stanowisku, że to organy krajowe mają podejmować ostateczne decyzje z zakresu kontroli koncentracji.

2.2. System kontroli koncentracji wprowadzony rozporządzeniem nr 4064/89 a rynki oligopolistyczne

Dopiero pierwsze rozporządzenie w sprawie koncentracji przedsiębiorstw z 21 grudnia 1989 r.³⁶¹ wprowadziło do europejskiego prawa konkurencji kompleksowe i systematyczne podejście do kontroli koncentracji *ex ante*, w oparciu o odpowiednie skumulowane doświadczenia z poprzednich lat.

Art. 2 rozporządzenia określa merytoryczne kryteria oceny zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem. „Koncentrację, która nie stwarza lub nie umacnia pozycji dominującej, w wyniku czego skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub jego znacznej części zostałaby znacząco utrudniona, uznaje się za zgodną ze wspólnym rynkiem”³⁶², zaś „koncentrację, która stwarza lub umacnia pozycję dominującą, w wyniku czego skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub jego znacznej części zostałaby znacząco utrudniona, uznaje się za niezgodną ze wspólnym rynkiem”³⁶³. Test opierał się na dwóch elementach – stwierdzeniu, czy koncentracja prowadziła do stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej oraz czy w jej rezultacie konkurencja na wspólnym rynku lub jego znacznej części została utrudniona. Pomiędzy obydwojema elementami musi zachodzić związek przyczynowy³⁶⁴.

Rozporządzenie nie definiuje pojęcia pozycji dominującej, w czym można upatrywać się chęci nawiązania do interpretacji tego pojęcia wypracowanej w kontekście art. 102 TFUE,

³⁶¹ Rozporządzenie Rady nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

³⁶² Rozporządzenie Rady nr 4064/89, art. 2 ust. 2.

³⁶³ Rozporządzenie Rady nr 4064/89, art. 2 ust. 3.

³⁶⁴ Wyrok Trybunału z dnia 31 marca 1998 r. *Republika Francuska i Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) i Entreprise minière et chimique (EMC) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawy połączone C-68/94 i C-30/95 *Kali&Salz*, pkt 115.

jednak należy pamiętać, że obydwa instrumenty różnią się celami oraz charakterem kontroli (*ex ante* i *ex post*), co może prowadzić do różnych wniosków. Pomimo tych różnic, Komisja od początku stosowania rozporządzenia w odniesieniu do pozycji dominującej pojedynczego przedsiębiorstwa opierała się na dorobku wypracowanym na potrzeby art. 102 TFUE. Wątpliwości budziła natomiast możliwość stosowania rozporządzenia do sytuacji zbiorowej pozycji dominującej. Art. 102 TFUE zabrania „nadużywania przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym”, podczas gdy rozporządzenie mówi o „koncentracji, która stwarza lub umacnia pozycję dominującą”. Możliwość, że kontrola koncentracji nie będzie obejmowała zbiorowej pozycji dominującej, a zatem rynków oligopolistycznych, spotkała się z krytyką, tym bardziej, że organy antymonopolowe wielu państw członkowskich posiadały takie uprawnienia³⁶⁵. W pierwszych sprawach z zakresu kontroli koncentracji na rynkach oligopolistycznych rozstrzyganych po wejściu w życie rozporządzenia nr 4064/89 Komisja nie stwierdziła stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej, w wyniku której skuteczna konkurencja zostałaby znacząco utrudniona i nie podnosiła w ogóle kwestii zbiorowej pozycji dominującej³⁶⁶.

Pierwszym postępowaniem, w którym Komisja odniosła się do zagadnienia zbiorowej pozycji dominującej w sprawie z zakresu kontroli koncentracji była decyzja *Nestlé/Perrier*³⁶⁷. Komisja stwierdziła, że zakaz koncentracji przewidziany w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 nie ogranicza się do sytuacji, w których tylko jedno przedsiębiorstwo może stwarzać lub umacniać pozycję dominującą. Zdaniem Komisji przepisy rozporządzenia znajdują zastosowanie również wtedy, gdy koncentracja może doprowadzić do sytuacji, w której kilka przedsiębiorstw osiągnie pozycję rynkową, która daje im możliwość wspólnego funkcjonowania w znacznym stopniu niezależnie od innych uczestników rynku. Uzasadniono to faktem, że obydwie sytuacje mogą znacząco ograniczyć skuteczną konkurencję³⁶⁸, a przyzwolenie na zakłócanie skutecznej konkurencji przez oligopolistów wprowadziłoby lukę prawną zagrażającą sprawnemu funkcjonowaniu rynku wspólnego³⁶⁹. Komisja przywołała art. 3 lit. f TWE, który nakazywał Wspólnocie zagwarantowanie systemu

³⁶⁵ R. Whish, B. Sufrin, *Oligopolistic markets and EC-Competition Law* (w:) *Yearbook of European Law*, nr 1, 1992 r., s. 77.

³⁶⁶ Decyzja Komisji z dnia 31 lipca 1991 r., stwierdzająca zgodność koncentracji z rynkiem wspólnym, sprawa IV/M012 *Varta/Bosch*, 91/595/EEC i Decyzja Komisji z dnia 18 grudnia 1991 r. stwierdzająca zgodność koncentracji z rynkiem wspólnym, sprawa IV/M.165 *Alcatel/AEG Kabel*.

³⁶⁷ Decyzja Komisji z dnia 22 lipca 1992 r., dotycząca postępowania na podstawie rozporządzenia nr 4064/89, sprawa IV/M.190 *Nestlé/Perrier*, 92/553/EEC.

³⁶⁸ *Ibidem*, pkt 112.

³⁶⁹ *Ibidem*, pkt 114.

zapewniającego niezakłóconą konkurencję na rynku wspólnym, zatem zachowanie skutecznej konkurencji było jednym z podstawowych celów traktatowych³⁷⁰. Podkreślono, że prawo konkurencji większości państw członkowskich przewiduje kontrolę zbiorowej pozycji dominującej w ramach kontroli koncentracji. Niedopuszczalne byłoby, aby po wejściu w życie rozporządzenia nr 4064/89 koncentracje podlegające wcześniej takiej kontroli, były poddane tylko rygorowi pozycji dominującej pojedynczego przedsiębiorstwa³⁷¹.

Potwierdzenie stanowiska Komisji w przedmiocie stosowania rozporządzenia nr 4064/89 do zbiorowej pozycji dominującej nastąpiło w wyroku w sprawie *Kali&Salz* z 1998 r.³⁷² Strona skarżąca twierdziła, że Komisja nie może stosować rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw do zbiorowej pozycji dominującej, powołując się na odmienne sformułowanie art. 2 rozporządzenia i art. 102 TFUE³⁷³. Rząd Francji twierdził również, że ani historia legislacyjna³⁷⁴, ani podstawa prawna rozporządzenia³⁷⁵ nie uzasadniają rozszerzającej interpretacji przyjętej przez Komisję³⁷⁶. Podniesiono też problem braku adekwatnej ochrony praw stron trzecich – domniemanych członków oligopolu nieuczestniczących w koncentracji, przede wszystkim brak prawa do bycia wysłuchanym³⁷⁷. Zasugerowano, że interpretacja przyjęta przez Komisję może doprowadzić do stosowania rozporządzenia do sytuacji, gdy udział w rynku łączących się przedsiębiorstw nie przekracza 25%, co miało być sprzeczne z 15. akapitem preambuły rozporządzenia³⁷⁸.

Trybunał stwierdził, że wybór podstawy prawnej rozporządzenia sam w sobie nie może świadczyć o niedopuszczalności stosowania rozporządzenia do zbiorowej pozycji dominującej³⁷⁹. Po drugie, sposób zredagowania art. 2 rozporządzenia nie daje podstaw by stwierdzić, że przedmiotem kontroli mają być tylko koncentracje stwarzające lub umacniające pozycję dominującą pojedynczego przedsiębiorstwa (wywołujące efekty jednostronne)³⁸⁰. Co do historii legislacyjnej, Trybunał ocenił, że z dokumentacji procesu opracowywania rozporządzenia (*travaux préparatoires*) nie można jasno wywnioskować intencji co do

³⁷⁰ Ibidem, pkt 113.

³⁷¹ Ibidem, pkt 115.

³⁷² Wyrok Trybunału z dnia 17 listopada 1986 r. *Republika Francuska i Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) i Entreprise minière et chimique (EMC) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawy C-68/94 i C-30/95 *Kali&Salz*.

³⁷³ Ibidem, pkt 152.

³⁷⁴ Ibidem, pkt 154.

³⁷⁵ Art. 87 i 235 TWE, obecnie art. 103 i 352 ust. 1 TFUE.

³⁷⁶ Wyrok Trybunału *Kali&Salz*, pkt 153.

³⁷⁷ Ibidem, pkt 156.

³⁷⁸ Ibidem, pkt 155.

³⁷⁹ Ibidem, pkt 165.

³⁸⁰ Ibidem, pkt 166.

zakresu pojęcia pozycji dominującej³⁸¹. Ponieważ ani wykładnia językowa, ani historyczna nie pozwalały na precyzyjne określenie rodzaju pozycji dominującej podlegającej kontroli, konieczne było odwołanie się do wykładni celowościowej i systemowej³⁸². Zgodnie z preambułą rozporządzenia, jest ono oparte na założeniu, że zapewnienie systemu niezakłóconej konkurencji jest kluczowe dla wprowadzenia wspólnego rynku i rozwoju w przyszłości. Z akapitów 6, 7, 10 i 11 preambuły wynika, że rozporządzenie nr 4064/89, w przeciwieństwie do art. 101 TFUE i art. 102 TFUE, ma mieć zastosowanie do wszystkich koncentracji o wymiarze wspólnotowym, które ze względu na swój wpływ na strukturę konkurencji we Wspólnocie mogą być niekompatybilne z systemem niezakłóconej konkurencji przewidzianym w Traktacie. Zaakceptowanie, że kontrola dotyczyć może tylko koncentracji, których strony tworzą lub umacniają pozycję dominującą, wyłączając sytuacje, gdy łączące się podmioty tworzą lub umacniają pozycję dominującą z podmiotem nie biorącym udziału w koncentracji (efekty skoordynowane), pozbawiłoby rozporządzenie części jego skuteczności³⁸³. Co do praw osób trzecich, Trybunał stwierdził, że brak w procedurze gwarancji wysłuchania przedsiębiorstwa uznanego za członka oligopolu nie może być uznany za czynnik decydujący o braku zastosowania rozporządzenia do zbiorowej pozycji dominującej³⁸⁴. Podobnie Trybunał zinterpretował 15. akapit preambuły uznając, że wprowadzał on jedynie domniemanie, że przedsiębiorstwa o łącznym udziale w rynku niższym niż 25% nie tworzą ani nie umacniają pozycji dominującej i nie stoi na przeszkodzie dla stosowania rozporządzenia do zbiorowej pozycji dominującej.

Potwierdzenie przez Trybunał stosowanej przez Komisję ekspansywnej interpretacji rozporządzenia ostatecznie rozwiało wątpliwości dotyczące możliwości kontroli koncentracji rynków oligopolistycznych. Luka prawna wynikająca z niechęci scedowania przez państwa członkowskie uprawnień z zakresu kontroli koncentracji na rzecz wspólnych zasad kontroli koncentracji o wymiarze unijnym została ostatecznie usunięta.

³⁸¹ Ibidem, pkt 167; zob. również wyrok Trybunału z dnia 1 czerwca 1961 r. *Gabriel Simon przeciwko Trybunałowi Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, sprawa nr 15/60.

³⁸² Wyrok Trybunału *Kali&Salz*, pkt 168; zob. również wyrok Trybunału z dnia 7 stycznia 1979 r. *Holandia przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa nr 11/76, pkt 6.

³⁸³ Wyrok Trybunału *Kali&Salz*, pkt. 169 – 171.

³⁸⁴ Ibidem, pkt 175.

2.3. System kontroli koncentracji wprowadzony rozporządzeniem nr 139/2004 a rynki oligopolistyczne

Obecnie obowiązujący stan prawny w zakresie kontroli koncentracji przedsiębiorstw został wprowadzony mocą rozporządzenia nr 139/2004 i towarzyszącym mu wytycznym³⁸⁵. Stanowiły one zwięźczenie procedury nowelizacyjnej rozpoczętej zieloną księgą³⁸⁶ Komisji z 2001 r. Na reformę znaczący wpływ miały cztery wyroki Sądu z 2002 r. uchylające decyzje Komisji zakazujące koncentracji przedsiębiorców, w znacznej mierze z powodu braków dowodowych w ocenie Komisji³⁸⁷, wydanie odmiennych decyzji przez Komisję i amerykański Departament Sprawiedliwości w sprawie koncentracji GE/Honeywell³⁸⁸ oraz rosnąca liczba odesłań pomiędzy Komisją i krajowymi organami ochrony konkurencji³⁸⁹. Wprowadzone zmiany mają fundamentalne znaczenie dla oceny koncentracji na rynkach oligopolistycznych.

Kluczowe elementy nowelizacji polegają na zastąpieniu testu dominacji jako testu oceny koncentracji przez tzw. test SIEC (*Significant Impediment to Effective Competition* - znaczące ograniczenie skutecznej konkurencji), zwiększeniu elastyczności samej procedury – ram czasowych i procedur dotyczących zobowiązań, oraz kwestiach jurysdykcyjnych, jak podział kompetencji oraz usprawnienie procedury odesłań pomiędzy Komisją i krajowymi organami ochrony konkurencji.

Przyjęcie nowego testu merytorycznego do oceny koncentracji było przedmiotem zacieklej dyskusji. Porozumienie zostało osiągnięte dopiero po zaakceptowaniu przez delegacje kompromisu między dotychczasowym testem dominacji i znanym państwow

³⁸⁵ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2004/C 31/03) oraz Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2008/C 265/07).

³⁸⁶ *Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89*, COM (2001) 745/6, 11 grudnia 2001 r.

³⁸⁷ Wyrok Sądu z 6 czerwca 2002 r. *Airtours przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Sprawa T-342/99, 2002 E.C.R. s. II-2585; wyrok Sądu z 22 października 2002 r. *Schneider Electric SA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-310/01, 2002 E.C.R. s. II-4071; wyrok Sądu z 25 października 2002 r. *Tetra Laval przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-5/02, 2002 E.C.R. s. II-4381; wyrok Sądu z 7 grudnia 2004 r. *Lagardère i Canal + przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-251/00, 2002 E.C.R. s. II-4825;

³⁸⁸ Decyzja Komisji 2004/134/WE z dnia 3 lipca 2001 r. uznająca koncentrację za niezgodną ze wspólnym rynkiem i z porozumieniem o EOG (sprawa COMP/M.2220 — *General Electric przeciwko Honeywell*) (Dz.U. 2004, L 48, str. 1); GE-Honeywell: The U.S. Decision, 29 listopada 2001.

³⁸⁹ Dwadzieścia trzy z pięćdziesięciu siedmiu odesłań na podstawie art. 9 rozporządzenia 4064/89 miały miejsce w latach 2002 i 2003, zaś na podstawie art. 22 rozporządzenia 4064/89 miały miejsce trzy odesłania w tym samym okresie, podczas gdy nie było żadnego w poprzednich czterech latach.

anglosaskim testem SLC³⁹⁰ (*Substantial Lessening of Competition* – znaczące zmniejszenie konkurencji). W nowelizacji odwrócono kluczowe elementy testu zawarte w art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 4064/89. Pierwotnie niezgodna ze wspólnym rynkiem była koncentracja, która stwarza lub umacnia pozycję dominującą, w wyniku czego skuteczna konkurencja zostałaby znacząco utrudniona³⁹¹, zaś po nowelizacji za niezgodną z rynkiem wspólnym uznawano koncentrację, która przeszkadzałaby znacząco skutecznej konkurencji, w szczególności w wyniku stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej³⁹². Drugi, dotychczas mniej istotny, człon testu stał się podstawowym kryterium, zaś kwestia pozycji dominującej przestała być warunkiem dla uznania koncentracji za sprzeczną z rynkiem wewnętrznym, stając się tylko jedną z możliwych postaci zakłócenia konkurencji. Zachowanie zastrzeżenia, że ograniczenie polega w szczególności na powstaniu lub umocnieniu pozycji dominującej, pozwalało zachować dotychczasowy dorobek orzecznicy dotyczący starego testu dominacji w zakresie dotyczącym efektów jednostronnych (powstanie lub umocnienie pozycji dominującej jednego przedsiębiorcy) i efektów skoordynowanych (wynikających z kolektywnej pozycji dominującej).

Nowy test pozwolił Komisji interweniować w przypadku koncentracji, które znacznie utrudnią skuteczną konkurencję, pomimo iż nie prowadzą do stworzenia albo umocnienia indywidualnej ani zbiorowej pozycji dominującej. W takich przypadkach Komisja nie będzie już musiała udowadniać trwałej, milczącej koordynacji wymaganej przez Sąd w sprawie *Airtours* w ramach testu dominacji³⁹³. Chodzi tu o tzw. nieskoordynowane, unilateralne lub jednostronne skutki koncentracji, które mogą wystąpić na rynkach oligopolistycznych, gdy przedsiębiorcy jednostronnie, w sposób nieskoordynowany i niezależnie od siebie reagują na koncentrację w sposób, który zakłóci skuteczną konkurencję.

Jak Komisja wskazała w preambule rozporządzenia, „wiele rynków oligopolistycznych prezentuje zdrowy poziom konkurencji. Jednakże w niektórych sytuacjach koncentracje prowadzące do eliminacji znacznej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się strony, jak również redukcji presji konkurencyjnej na pozostałych konkurentów, nawet gdy nie zachodzi prawdopodobieństwo współpracy pomiędzy członkami oligopolu, mogą doprowadzić do znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji”.³⁹⁴ Może

³⁹⁰ Zob. amerykański Clayton Act - 15 U.S.C. § 18 1995 – „koncentracja powinna być zabroniona, jeżeli może skutkować znacznym zmniejszeniem konkurencji lub tendencją do tworzenia monopolu”.

³⁹¹ Art. 2 ust 2 i 3 rozporządzenia nr 4064/89.

³⁹² Art. 2 ust 2 i 3 rozporządzenia nr 139/2004.

³⁹³ Wyrok Sądu *Airtours*, pkt 62.

³⁹⁴ Rozporządzenie nr 139/2004, pkt 25.

polegać to na podniesieniu cen przez łączących się konkurentów, oferujących produkty będące swoimi substytutami, niezależnie od działań pozostałych konkurentów, a tylko w odpowiedzi na wyeliminowanie presji konkurencyjnej pomiędzy nimi. W tej sytuacji wzrost cen może przynieść zysk nawet jeśli pozostali konkurenci nie zmieniają swojego zachowania³⁹⁵. Im większy stopień substytucyjności produktów łączących się przedsiębiorstw, tym bardziej prawdopodobne, że przedsiębiorstwa te znacznie podniosą ceny³⁹⁶. Należy jednak uwzględnić fakt, że wysokość podwyżki cen przez łączące się przedsiębiorstwa będzie zależna od stopnia substytucyjności produktów oferowanych przez pozostałych konkurentów³⁹⁷ oraz od wysokości marży. Im większy jest stopień zastępowalności oferowanych przez konkurentów produktów, tym mniejsza możliwość znaczącego zaszkodzenia skutecznej konkurencji i podniesienia ceny przez łączące się przedsiębiorstwa. Wysokie marże przed połączeniem mogą zwiększyć prawdopodobieństwo znacznego wzrostu cen³⁹⁸. Dlatego też istnieje mniejsze prawdopodobieństwo, że połączenie znacząco przeszkodzi w skutecznej konkurencji, kiedy istnieje wysoki stopień substytucyjności pomiędzy produktami łączących się przedsiębiorstw i produktami oferowanymi przez pozostałych konkurentów, a także na rynku, gdzie występują niskie marże.

Nieskoordynowane skutki koncentracji na rynku oligopolistycznym polegają również na podniesieniu cen przez konkurentów nieuczestniczących w koncentracji. Koncentracja przedsiębiorstw połączona z podniesieniem przez nich cen skutkuje zmniejszeniem presji konkurencyjnej na konkurentów, zwiększeniem popytu na ich produkty i pozwala im podnieść swoje ceny bez obawy o utratę klientów. Reakcja przedsiębiorstw niebiorących udziału w koncentracji może wzmocnić szkodliwe skutki koncentracji, pomimo braku jakiegokolwiek koordynacji pomiędzy przedsiębiorstwami. Z punktu widzenia teorii gier skutki nieskoordynowane można zinterpretować następująco - przedsiębiorstwo traktuje ceny konkurentów lub ich wielkość produkcji jako „dane” i podejmuje w odniesieniu do nich decyzje w oderwaniu od pozostałych uczestników rynku. Jest to typowy przykład gry krótkookresowej, gdyż mamy do czynienia z jedną rundą gry.

Rozporządzenie nr 139/2004 pozwoliło wyeliminować lukę prawną, z powodu której Komisja Europejska nie mogła powstrzymać koncentracji, które wywoływały negatywne

³⁹⁵ S. Völcker, *Mind the Gap: Unilateral Effects Analysis Arrives in EC Merger Control* (w:) *Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr Antitrust Series*. Working Paper 26, 2004 r., str. 396.

³⁹⁶ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt 28.

³⁹⁷ M. Ivaldi, B. Jullien, P. Rey, P. Seabright, J. Tirole, *Op.cit.*, s. 23.

³⁹⁸ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt 28.

nieskoordynowane skutki na rynku oligopolistycznym. Dotychczas istniejące narzędzia, czyli test dominacji i pojęcie zbiorowej pozycji dominującej były nieadekwatne do tego celu³⁹⁹. Połączenia na rynku oligopolistycznym nie skutkujące powstaniem podmiotu o pozycji dominującej, a mimo to wywołujące efekty nieskoordynowane nie spełniały kryterium wymaganej wielkości udziałów w rynku i nie mogły zostać zablokowane przez Komisję. Tymczasem na rynkach oligopolistycznych poszczególne przedsiębiorstwa nie muszą mieć znaczących udziałów, by mimo to wpływać na konkurencję na rynku.

Przyjęte wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw identyfikują wprost, że skuteczna konkurencja może być zakłócona w wyniku wystąpienia efektów nieskoordynowanych i skoordynowanych. Komisja wskazuje, że o ile efekty nieskoordynowane zwykle występują poprzez stwarzanie lub wzmacnianie pozycji dominującej pojedynczego przedsiębiorstwa posiadającego znacznie większy udział w rynku niż kolejny konkurent, o tyle na rynkach oligopolistycznych połączenia, powodujące wraz z obniżeniem presji konkurencyjnej pozostałych konkurentów wyeliminowanie istotnych ograniczeń związanych z konkurencją, które poprzednio nakładały na siebie łączące się strony, mogą stworzyć istotną przeszkodę dla konkurencji, nawet jeśli istnieje niewielkie prawdopodobieństwo koordynacji pomiędzy członkami oligopolu.⁴⁰⁰ Sytuacja taka może mieć miejsce nawet wtedy, gdy powstały podmiot nie ma największego udziału w rynku.⁴⁰¹

Wytyczne wskazują na dwa główne sposoby znacznego utrudniania skutecznej konkurencji przez połączenia horyzontalne – efekty nieskoordynowane i efekty skoordynowane – oraz zawierają katalog kryteriów, na które Komisja zwraca szczególną uwagę przy ocenie koncentracji. Komisja jest zobowiązana do zbadania, czy zmiany wywołane koncentracją wywołają którykolwiek z tych efektów. Kryteria brane pod uwagę na potrzebę oceny wystąpienia skutków nieskoordynowanych to udziały łączących się przedsiębiorstw w rynku, bliskość konkurencji i substytucyjność ich produktów, ograniczona możliwość zmiany dostawcy przez klientów, małe prawdopodobieństwo zwiększenia dostaw przez konkurentów w przypadku wzrostu cen, potencjał do utrudniania ekspansji konkurencji oraz eliminacja znaczącej siły konkurencji. Zaprezentowany katalog ma charakter otwarty, nie wszystkie przedstawione czynniki muszą wystąpić by wystąpienie efektów nieskoordynowanych mogło zostać uznane za prawdopodobne. Wiele czynników, które oddzielnie niekoniecznie odgrywają decydującą rolę, może wpływać na to, czy w wyniku

³⁹⁹ R. Which, D. Bailey, *Competition Law*, Oxford 2021, s. 910.

⁴⁰⁰ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt 25.

⁴⁰¹ S. Völeker, *Op.cit.*, str. 403.

połączenia prawdopodobne jest powstanie znaczących efektów nieskoordynowanych.⁴⁰² Efekty skoordynowane oceniane są przez pryzmat prawdopodobieństwa spełnienia warunków koordynacji, przejrzystość rynku na potrzeby jego monitorowania, wiarygodność mechanizmu odwetowego oraz reakcje podmiotów nieuczestniczących w porozumieniu. Typową cechą rynków oligopolistycznych, na których mogą pojawić się skutki nieskoordynowane, jest zróżnicowanie produktów. Jednorodność produktów zwiększa prawdopodobieństwo wystąpienia skutków skoordynowanych jak cicha zмова. Niemożliwe jest, by obydwa zjawiska wystąpiły jednocześnie na danym rynku, choć możliwe jest, by nastąpiły po sobie.

3. Kryteria oceny rynków oligopolistycznych

Początkowo po przyjęciu rozporządzenia nr 4064/89 brak było kryteriów na podstawie których można było oceniać zgodność koncentracji na rynkach oligopolistycznych z rynkiem wspólnym. W doktrynie sugerowano, że decyzje Komisji i orzeczenia Trybunału związane ze stosowaniem art. 101 i art. 102 TFUE do rynków oligopolistycznych powinny być traktowane jak źródło porównań i doświadczeń na potrzebę rozwoju pojęcia zbiorowej pozycji dominującej w ramach kontroli koncentracji⁴⁰³. Dopiero od rozporządzenia 139/2004 Komisja badając koncentrację kieruje się trzema zestawami kryteriów szczegółowych⁴⁰⁴, które pozwalają przeciwdziałać ograniczaniu skutecznej konkurencji także na rynkach oligopolistycznych oraz o charakterze konglomeratowym⁴⁰⁵. Pierwszy zestaw⁴⁰⁶ dotyczy potrzeby zachowania i rozwoju skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym, co oznacza konieczność uwzględnienia struktury wszystkich rynków dotkniętych koncentracją oraz rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji ze strony przedsiębiorstw zlokalizowanych w Unii lub poza nią. Drugi zestaw kryterium⁴⁰⁷ dotyczy pozycji rynkowej przedsiębiorstw i stanu rynków dotkniętych koncentracją. Trzeci zestaw kryterium⁴⁰⁸ uwzględnia zbadanie interesu

⁴⁰² Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt. 26.

⁴⁰³ A. Wincler, M. Hansen, *Collective dominance under the EC merger control regulation*, [w:] *Common Market Law Review* 30, Kluwer Academic Publishers 1993, s. 788.

⁴⁰⁴ S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Warszawa 2010, s. 31.

⁴⁰⁵ A.M. Nolan, *Unijne prawo konkurencji...*, s. 30.

⁴⁰⁶ Art. 2 ust. 1, lit. a rozporządzenia nr 139/2004.

⁴⁰⁷ Art. 2 ust. 1, lit. b rozporządzenia nr 139/2004.

⁴⁰⁸ Art. 2 ust. 1, lit. b rozporządzenia nr 139/2004.

konsumentów pośrednich i końcowych oraz rozwój postępu technicznego i gospodarczego, o ile dokonuje się on z korzyścią dla konsumentów i nie stanowi przeszkody dla konkurencji.

Pomimo, iż stan faktyczny w każdej koncentracji jest inny, to stała i konsekwentna linia rozumowania i oceny poszczególnych aspektów rynku właściwego i występującej na nim konkurencji pozwala wyciągnąć wnioski na potrzeby przyszłych koncentracji. W kolejnych decyzjach i orzeczeniach daje się zauważyć rosnącą rolę ekonomii i coraz większy nacisk na to, by prawidłowo zinterpretować realia rynkowe przez jej pryzmat. W doktrynie wskazuje się, że teoria ekonomii pozwala wykazać, że dana koncentracja może wywołać negatywny wpływ na konkurencję nawet pomimo braku istnienia pozycji dominującej na rynku⁴⁰⁹.

3.1. Ocena wystąpienia efektów skoordynowanych

Kryteria oceny wystąpienia efektów skoordynowanych koncentracji zostały w znacznej mierze wypracowane jeszcze na bazie rozporządzenia nr 4064/89. Podstawowym zagadnieniem jest samo ustalenie pojęcia i stwierdzenie występowania zbiorowej pozycji dominującej. Praktyka wypracowała interpretację czynników strukturalnych⁴¹⁰ jak stopień koncentracji rynku, jego przejrzystość, ocena mechanizmu odwetowego, związków gospodarczych pomiędzy przedsiębiorcami oraz reakcji konkurentów i barier wejścia na rynek. Czynniki po stronie popytowej⁴¹¹ to siła nabywcza klientów i zmiany popytu, a czynniki po stronie podaży⁴¹² homogeniczność produktów i symetryczność kosztów.

3.1.1. Pojęcie i stwierdzenie zbiorowej pozycji dominującej

W przypadku domniemanej zbiorowej pozycji dominującej Komisja jest zobligowana do ustalenia, dokonując prospektywnej analizy rynku właściwego, czy dana koncentracja prowadzi do sytuacji, w której skuteczna konkurencja jest znacząco utrudniona przez przedsiębiorstwa zaangażowane w koncentrację i jedno lub więcej innych przedsiębiorstw, którzy razem, w szczególności z powodu czynników wiążących między nimi, są w stanie

⁴⁰⁹ M. Motta, *Economic Foundations of Merger Control*, Competition Law and Economics – Advances in Competition Policy and Antitrust Enforcement 2007, vol. 31, s. 287.

⁴¹⁰ Zob. Rozdział 2, pkt 3.4.1.

⁴¹¹ Zob. Rozdział II, pkt 3.3.2.

⁴¹² Zob. Rozdział II, pkt 3.3.3.

przyjąć wspólną linię postępowania i działać w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, klientów i konsumentów⁴¹³.

Zakaz przewidziany w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004 odnosi się do koncentracji, które tworzą lub umacniają pozycję dominującą na wspólnym rynku lub jego istotnej części. Pojęcie pozycji dominującej oznacza tu sytuację, gdzie jedno lub więcej przedsiębiorstw posiada siłę ekonomiczną pozwalającą im uniemożliwić utrzymanie stanu skutecznej konkurencji na danym rynku właściwym, poprzez możliwość działania w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, nabywców i konsumentów⁴¹⁴. Występowanie pozycji dominującej może wynikać z szeregu czynników, które rozpatrywane odrębnie niekoniecznie są decydujące.

Aby móc uznać przedsiębiorstwa za posiadające wspólnie zbiorową pozycję dominującą wystarczy, że łączą je związki gospodarcze ścisłego oligopolu, którego strony mogą przewidzieć wzajemne zachowanie i przez to mają silną motywację, by dostosować swoje zachowanie w celu maksymalizacji całkowitego zysku oligopolistów poprzez ograniczenie produkcji i podniesienie cen. W takiej sytuacji przedsiębiorstwa są świadome, że działania konkurencyjne z ich strony spotkają się z analogiczną reakcją członków oligopolu i wszyscy poniosą straty⁴¹⁵. Szkodliwe dla konkurencji struktury rynkowe, powstaniu których przeciwdziałać ma kontrola koncentracji, mogą zatem wynikać ze związków strukturalnych, porozumień i uzgodnionych praktyk, jak również z samej charakterystyki rynku oligopolistycznego, pozbawionego realnej lub potencjalnej konkurencji, czy też możliwości reakcji ze strony klientów i konsumentów.

W orzeczeniu w sprawie *Airtours* Sąd przedstawił trzy warunki, tzw. „kryteria *Airtours*”, które muszą być spełnione, aby można było stwierdzić istnienie zbiorowej pozycji dominującej⁴¹⁶.

– po pierwsze, każdy członek dominującego oligopolu powinien móc poznać zachowanie innych członków w celu zweryfikowania, czy przyjmują oni, bądź nie, taki sam sposób działania. Nie wystarcza, że każdy członek dominującego oligopolu ma świadomość, że wszyscy mogą czerpać korzyści z uzależnionego od siebie działania na rynku; musi on dysponować również środkami pozwalającymi na

⁴¹³ Wyrok Trybunału *Kali&Salz*, pkt 221.

⁴¹⁴ Wyrok Sądu z dnia 25 marca 1999 r. *Gencor przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Sprawa T-102/96, pkt 200.

⁴¹⁵ *Ibidem*, pkt 276.

⁴¹⁶ Wyrok Sądu *Airtours*, pkt 62.

stwierdzenie, czy pozostali uczestnicy rynku przyjmują taką samą strategię oraz czy ją utrzymują;

– po drugie, konieczne jest, aby ta sytuacja milczącej koordynacji mogła się utrzymać w czasie, tzn. musi istnieć pobudka do nieodchodzenia od wspólnego sposobu działania na rynku. Członkowie dominującego oligopolu mogą z niego korzystać tylko wówczas, gdy wszyscy utrzymają równoległe działanie. Warunek ten zawiera w sobie również sankcje za odejście od wspólnego sposobu działania;

– po trzecie, w celu wykazania w stopniu wymaganym przez przepisy prawa istnienia zbiorowej pozycji dominującej Komisja musi również udowodnić, że przewidywalna reakcja ze strony aktualnych i potencjalnych konkurentów, jak również konsumentów nie zakwestionuje spodziewanych rezultatów wspólnego sposobu działania.

Kryteria te zostały potwierdzone w orzeczeniu w sprawie *Impala*⁴¹⁷ podkreślając jednocześnie, że ocenie podlega niebezpieczeństwo powstania zbiorowej pozycji dominującej w wyniku koncentracji, a nie ocena istnienia zbiorowej pozycji dominującej⁴¹⁸. Zbiorowa pozycja dominująca znacząco zakłócająca skuteczną konkurencję może powstać w wyniku koncentracji, jeśli w obliczu cech danego rynku i zmian wywołanych koncentracją, oligopoluści staliby się świadomi wspólnych interesów i mogli uznać za możliwe, ekonomicznie racjonalne, w efekcie preferowane przyjęcie wspólnej linii postępowania w celu podniesienia cen powyżej poziomu konkurencyjnego, bez konieczności zawierania porozumień lub odwoływania się do uzgodnionych praktyk w znaczeniu art. 101 Traktatu⁴¹⁹.

Spełnienie powyższych warunków może, w odpowiednich okolicznościach, być dowiedzione pośrednio na podstawie zespołu poszlak i dowodów dotyczących oznak, przejawów i zjawisk nieodłącznie związanych z występowaniem zbiorowej pozycji dominującej⁴²⁰. Na podobnej zasadzie wykazać można istnienie zbiorowej pozycji dominującej przed koncentracją, jednak badanie to musi być przeprowadzone z zachowaniem ostrożności oraz, przede wszystkim, z zastosowaniem podejścia opartego na analizie ewentualnych, prawdopodobnych strategii koordynacji⁴²¹. W szczególności wyraźna zbieżność cen powyżej konkurencyjnego poziomu trwająca przez dłuższy okres czasu,

⁴¹⁷ Wyrok Sądu z dnia 13 lipca 2006 r. *Impala przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Sprawa T-464/04, 2006 E.C.R. s. II – 2298, pkt 247.

⁴¹⁸ Ibidem, pkt 249.

⁴¹⁹ Wyrok Trybunału z dnia 10 lipca 2008 r., *Bertelsmann AG/Sony przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Sprawa C-413/06 P, pkt 122.

⁴²⁰ Wyrok Sądu *Impala*, pkt 251.

⁴²¹ Wyrok Trybunału *Bertelsmann AG/Sony*, pkt 129.

połączona z innymi czynnikami typowymi dla zbiorowej pozycji dominującej może, wobec braku innego wytłumaczenia, wystarczyć dla wykazania istnienia zbiorowej pozycji dominującej, nawet gdy nie ma konkretnych bezpośrednich dowodów na wysoką przejrzystość rynku, gdyż taką przejrzystość można wtedy domniemywać⁴²².

W ocenie Trybunału zwiększa prawdopodobieństwo milczącej koordynacji sytuacja, gdy konkurenci mogą łatwo przyjąć jednolity pogląd na sposób, w który powinna funkcjonować koordynacja, w szczególności w zakresie kluczowych elementów wymagających koordynacji. Tego typu koordynacja musi móc być trwała, zatem przedsiębiorstwa muszą mieć możliwość monitorowania, czy zasady koordynacji są przestrzegane, co wymaga dostatecznej przejrzystości rynku. Dyscyplina wymaga, by istniał wiarygodny mechanizm odstraszący, który może być wykorzystany w przypadku wykrycia wyłamania się ze wspólnej linii postępowania. Ponadto, reakcje podmiotów trzecich (przedsiębiorstw, którzy nie uczestniczą w koordynacji, konkurentów i klientów) nie powinny być w stanie zagrozić spodziewanym efektom koordynacji⁴²³. Trybunał stwierdził zgodność tych warunków z „kryteriami Airtours” podkreślając, że należy unikać mechanicznego działania polegającego na oddzielnym sprawdzaniu każdego kryterium z osobna, bez uwzględnienia ogólnego mechanizmu ekonomicznego hipotetycznej, milczącej koordynacji⁴²⁴.

3.1.2. Stopień koncentracji rynku

Liczba przedsiębiorstw pozostałych na rynku po koncentracji i ich udziały w rynku to bardzo istotny wskaźnik prawdopodobieństwa stworzenia lub umocnienia w wyniku koncentracji zbiorowej pozycji dominującej, gdyż duży stopień koncentracji ułatwia zмовę. W swojej praktyce kontroli koncentracji Komisja korzystała z dwóch metod oceny stopnia koncentracji rynku. W sprawie *Nestle/Perier* i *Kali&Salz* uwzględniła łączny udział w rynku łączących się przedsiębiorstw, podczas gdy w *Airtours/First Choice* zastosowała Indeks Herfindahla-Hirschmana.

Wysoki udział w rynku jest jednym z najważniejszych czynników pozwalających stwierdzić istnienie pozycji dominującej. O ile szczególnie wysoki udział w rynku może sam w sobie stanowić dowód na istnienie pozycji dominującej, w szczególności gdy konkurenci

⁴²² Wyrok Sądu *Impala*, pkt 252.

⁴²³ Wyrok Trybunału *Bertelsmann AG/Sony*, pkt 123.

⁴²⁴ *Ibidem*, pkt. 124 – 125.

mają znacznie mniejsze udziały⁴²⁵, to waga posiadania wysokich udziałów w procesie dowodzenia istnienia pozycji dominującej nie jest stała i zależy od specyfiki danego rynku właściwego⁴²⁶. W orzeczeniu *Kaysersberg*⁴²⁷ Sąd stwierdził, że specyfika rynku sprawiała, że udział na poziomie 43,2% nie był wystarczający by uzasadnić istnienie pozycji dominującej. Z kolei w sprawie *Kali&Salz* Trybunał stwierdził, że łączny udział duopolistów (Kali&Salz/MdK – 23%, SCPA – 37%) w rynku na poziomie 60%, podzielony w ten sposób, nie może sam jednoznacznie wskazywać na istnienie zbiorowej pozycji dominującej ze strony tych przedsiębiorstw⁴²⁸. Co więcej, sam fakt, że trzy przedsiębiorstwa posiadają wspólnie bardzo duży udział w danym rynku, nie stanowi sam w sobie dowodu na tworzenie przez nich oligopolu⁴²⁹.

W sprawie *Gencor* Sąd ocenił, że na rynkach oligopolistycznych duże udziały w rynku niekoniecznie mają takie samo znaczenie jak w przypadku analizy indywidualnej pozycji dominującej w odniesieniu do możliwości członków grupy do działania w sposób niezależny od konkurentów, klientów i konsumentów. Jednakże duży udział w rynku, w szczególności w przypadku duopolistów, może wskazywać na istnienie zbiorowej pozycji dominującej⁴³⁰. Sąd podkreślił wagę sposobu, w jaki rozkładały się udziały w rynku pomiędzy stronami koncentracji, a także różnicę w wysokości udziałów podmiotu powstałego w wyniku koncentracji i pozostałych przedsiębiorstw⁴³¹. Struktura rynku najbardziej zachęcająca do oligopolistycznych praktyk to taka, w której dwa, trzy lub cztery przedsiębiorstwa mają zbliżone udziały w rynku, przykładowo dwa po 40% udziałów, trzy po 25 – 30% udziałów, albo cztery po ok. 25% udziałów w rynku⁴³².

Udziały w rynku na poziomie 40 – 50% nie świadczą, że koordynacja pomiędzy przedsiębiorstwami będzie prawdopodobna⁴³³. O ile na potrzebę wykazania, że istnieje zagrożenie ze strony zbiorowej pozycji dominującej, niezbędne jest wykazanie posiadania

⁴²⁵ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 28 kwietnia 1999 r., *Endemol przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-221/95, pkt 134.

⁴²⁶ Wyrok Trybunału z dnia 13 lutego 1979 r. *Hoffmann-La Roche & Co. AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 85/76, pkt. 39 i 40.

⁴²⁷ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 27 listopada 1997 r., *Kaysersberg SA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-290/94, pkt 179.

⁴²⁸ Wyrok Trybunału *Kali&Salz*, pkt 226.

⁴²⁹ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 8 lipca 2003 r., *Verband der freien Rohrwerke i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-374/00, pkt 121.

⁴³⁰ Wyrok Sądu *Gencor*, pkt 206.

⁴³¹ Wyrok Sądu *Gencor*, pkt 208.

⁴³² *Ibidem*, pkt 134.

⁴³³ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 9 lipca 2007 r. *Sun Chemical Group i inni przeciwko Komisji Europejskiej*, sprawa T-282/06, pkt 125.

istotnych udziałów w rynku, istotne udziały w rynku posiadane łącznie nie są same w sobie wystarczającym dowodem na istnienie zbiorowej pozycji dominującej⁴³⁴. Obecność konkurentów może stanowić czynnik wpływający na lub nawet eliminujący pozycję dominującą tylko jeśli konkurenci mają silną pozycję i działają jako prawdziwa przeciwwaga⁴³⁵.

Udział w rynku nie jest czynnikiem przesądzającym o wydaniu przez Komisję zakazu koncentracji. Można wręcz dojść do wniosku, że nawet wysoki (tj. powyżej 80%) udział w rynku (jak w sprawach *Nestlé/Perier* i *Linde/BOC*) nie musi skutkować zakazem koncentracji. Wskazuje to, że koncentracje wywierające skutki skoordynowane wymagają uwzględnienia i analizy znacznie bardziej złożonych okoliczności i faktów niż jedynie struktura udziałów rynkowych.

Dokonując prospektywnej oceny koncentracji i jej wpływu na udziały w rynku należy zawsze uwzględnić specyfikę danego rynku. W sprawie *Airtours* Komisja i Sąd zgodziły się, że koncentracje na analizowanym rynku prowadzą do czasowej utraty udziałów w rynku przez łączące się przedsiębiorstwa, dlatego oceniając przyszły kształt rynku nie można dodać do siebie udziałów łączących się przedsiębiorstw.

Koncentracja może zwiększyć prawdopodobieństwo lub wymiar efektów skoordynowanych także w sytuacji, gdy jedna ze stron koncentracji nie ma znaczących udziałów, ale jest przedsiębiorstwem *maverick*, które w przeszłości zapobiegało koordynacji lub ją zakłócało przykładowo nie podnosząc cen w ślad za konkurencją lub posiada cechy, które motywują ją do wyboru innej strategii niż chcieliby koordynujący się konkurenci⁴³⁶. Komisja stwierdziła, że zniknięcie z rynku agresywnego przedsiębiorstwa *maverick* zwiększa ryzyko wystąpienia milczącej zмовы i budzi wątpliwości co do zgodności koncentracji z rynkiem wspólnym⁴³⁷, nawet gdy udziały w rynku jednej ze stron były mniejsze niż 5%⁴³⁸, więc koncentracja nie wywołałaby znaczącej zmiany stopnia koncentracji rynku. Status *maverick* jednej ze stron koncentracji pozwalający jej zaburzać koordynację działań na rynku pozwala stwierdzić zaburzenie skutecznej konkurencji nawet, gdy koncentracja nie zwiększa stopnia koncentracji rynku powyżej poziomu wskazanego w punkcie 20. wytycznych.

⁴³⁴ Ibidem, pkt 126.

⁴³⁵ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 3 kwietnia 2003 r., *BaBylii SA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-114/02, pkt 329.

⁴³⁶ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt 42.

⁴³⁷ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 6 czerwca 2006 r. w sprawie *Linde/BOC*, sprawa nr COMP/M.4141, pkt 180.

⁴³⁸ Ibidem, pkt. 153 i 158.

3.1.3. Przejrzystość rynku

W sprawie *Kali&Salz* Komisja uznała fakt, że rynek jest bardzo transparentny, a informacje o poziomie produkcji, popycie, sprzedaży i cenach były ogólnie dostępne, za jedną z przesłanek świadczących, że koncentracja doprowadzi do stworzenia zbiorowej pozycji dominującej, która prawdopodobnie znacząco ograniczy konkurencję⁴³⁹.

Przejrzystość cenowa to fundamentalny czynnik przy ocenianiu przejrzystości rynku oligopolistycznego, gdyż cena pozwala członkom oligopolu natychmiast zidentyfikować decyzje pozostałych członków oligopolu zmierzające do zmiany *status quo* i udziałów w rynku⁴⁴⁰. Istotne jest, by przedsiębiorstwa były w stanie rozróżnić wyłamanie się ze wspólnej polityki i zmianę zachowania wynikającą ze zmieniających się warunków rynkowych. Kryteria, które wpływają na zwiększenie stopnia przejrzystości rynku to powszechna wiedza na temat poziomu produkcji i sprzedaży, rezerw, homogeniczność produktu, liczba konkurentów i symetria ich udziałów w rynku, ograniczona liczba bezpośrednich nabywców, kontrakty zawierane w perspektywie długoterminowej i brak możliwości zwiększenia podaży bez przeprowadzenia inwestycji⁴⁴¹.

W orzeczeniu *Airtours* Sąd stwierdził, że rynek wystarczająco przejrzysty, by każdy członek oligopolu mógł być świadomy postępowania pozostałych jego członków sprzyja powstaniu zbiorowej pozycji dominującej⁴⁴². Jednocześnie Sąd podkreślił, że nie jest wystarczającym, by każdy członek oligopolu był świadomy, że współzależne zachowanie rynkowe jest opłacalne. Rynek musi być na tyle przejrzysty, by przedsiębiorstwa mogły monitorować zachowanie konkurentów i wykrywać odstępstwa⁴⁴³. Tylko przy wystarczającej przejrzystości przedsiębiorstwo będzie w stanie oszacować całkowitą podaż wszystkich oligopolistów i będzie mieć pewność, że ustalając swoją podaż na danym poziomie dostosowuje się do wspólnego wzorca postępowania i w efekcie będzie miało zachętę by się go trzymać⁴⁴⁴.

⁴³⁹ Wyrok Trybunału *Kali&Salz*, pkt 219.

⁴⁴⁰ Wyrok Sądu *Gencor*, pkt 227.

⁴⁴¹ Ibidem, pkt. 226, 228 – 229 i Wyrok *Sun Chemical Group*, pkt 118.

⁴⁴² Wyrok Sądu *Airtours*, pkt 156.

⁴⁴³ S. Stroux, *Collective Dominance under the Merger Regulation: A Serious Evidentiary Reprimand for the Commission* (w:) *European Law Review* 27 (6) 2002 r., s. 740.

⁴⁴⁴ Wyrok Sądu *Airtours*, pkt 159.

3.1.4. Mechanizm odwetowy

Gdy oligopolisci, w ramach milczącej zmowy, konkurują mniej intensywnie i w efekcie na rynku obowiązują podwyższone ceny, każdy z konkurentów będzie miał motywację, by zwiększyć swoje zyski wyłamując się ze zmowy i oferując niższą cenę. Aby milcząca zмова była trwała w czasie, musi istnieć wiarygodna motywacja do nieodstępowania od skoordynowanego zachowania. Na zagadnienie to Komisja i Sąd zwróciły uwagę już w sprawie *Gencor*⁴⁴⁵, aby później nadać mu kluczowe znaczenie dla oceny trwałości stanu milczącej zmowy uwzględniając je jako drugie z „kryteriów *Airtours*”⁴⁴⁶.

Sąd wskazał, że perspektywna analiza rynku mająca ocenić domniemaną zbiorową pozycję dominującą nie może ograniczać się do statycznej oceny na chwilę przeprowadzania koncentracji, ale musi również zawierać ocenę dynamiczną, uwzględniającą w szczególności wewnętrzny stan równowagi i stabilność milczącej zmowy oraz czy możliwe jest utrzymanie jej w czasie. Z tego względu ważne jest ustalenie, czy indywidualny interes każdego z przedsiębiorstw przeważa nad wspólnym interesem członków domniemanego oligopolu. Możliwość przeprowadzenia akcji odwetowej oferuje pewien stopień pewności, że członkowie oligopolu na dłuższą metę nie będą wyłamywać się ze wspólnego wzorca postępowania. Przy czym Sąd podkreślił, że o ile Komisja nie musi wykazać istnienia konkretnego mechanizmu odwetowego, to musi udowodnić, że na rynku istnieją mechanizmy odstrasżające członków dominującego oligopolu od odejścia od wspólnej linii postępowania ze szkodą dla pozostałych członków oligopolu.⁴⁴⁷ Wytyczne podkreślają, że wyłącznie wiarygodna groźba przeprowadzonego w porę, właściwego odwetu powstrzymuje przedsiębiorstwa przed uchylaniem się od warunków koordynacji⁴⁴⁸.

W orzeczeniu *Impala* Sąd stwierdził, że wystarczające jest wykazanie samego istnienia skutecznych mechanizmów odstrasżających, bowiem jeśli członkowie oligopolu postępują zgodnie ze wspólną polityką, nie ma potrzeby stosowania sankcji. Najbardziej skuteczny środek odstrasżający to taki, którego nie trzeba było używać⁴⁴⁹, zatem wykazanie, że dotychczas nie doszło do zastosowania środka odwetowego, zostało uznane za niewystarczające dla stwierdzenia braku istnienia takiego środka. Przesłanką dla stwierdzenia

⁴⁴⁵ Wyrok Sądu *Gencor*, pkt 227.

⁴⁴⁶ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji *Airtours*, pkt 62.

⁴⁴⁷ Wyrok Sądu *Airtours*, pkt. 192 – 195.

⁴⁴⁸ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt 49.

⁴⁴⁹ Wyrok Sądu *Impala*, pkt 466.

braku istnienia środka odwetowego na danym rynku może być fakt naruszenia wspólnego wzorca postępowania, które nie spotkało się z uruchomieniem środka odwetowego⁴⁵⁰, ale nawet brak dowodu na istnienie środka odwetowego w przeszłości nie może świadczyć, że koncentracja nie doprowadzi do powstania zbiorowej pozycji dominującej.

3.1.5. Związki gospodarcze pomiędzy oligopolistami.

Istnienie i znaczenie powiązań między przedsiębiorstwami, które prawdopodobnie będą po koncentracji zajmować zbiorową pozycję dominującą, zawsze było źródłem znacznych niepewności po stronie organów ochrony konkurencji. Stanowisko zaprezentowane przez Trybunał w sprawie *Kali&Salz* mówiło, że dokonując oceny koncentracji, w ramach analizy prospektywnej rynku właściwego, Komisja ma obowiązek ocenić, czy zgłoszona koncentracja prowadzi do sytuacji, w której skuteczna konkurencja będzie w znaczący sposób utrudniona przez przedsiębiorstwa, które są zdolne do przyjęcia jednakowej linii postępowania na rynku i działania w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, klientów i konsumentów, w szczególności z racji czynników wiążących istniejących pomiędzy oligopolistami⁴⁵¹. Trybunał wprowadzając pojęcie „czynników wiążących” postanowił nie nawiązywać tu do pojęć „związków strukturalnych”⁴⁵², „związków instytucjonalnych”⁴⁵³ czy „związków gospodarczych”⁴⁵⁴ wypracowanych w odnoszącej się do art. 102 TFUE sprawie włoskiego szkła płaskiego. Jednocześnie zarzucił Komisji przecenienie znaczenia związków strukturalnych istniejących pomiędzy przedsiębiorstwami wymagając wykazania istnienia związku przyczynowego między istnieniem danego związku a szkodliwym dla konkurencji zachowaniem na rynku właściwym⁴⁵⁵. Wskazuje to na potrzebę przeprowadzenia dynamicznej analizy, nie tylko wskazanie na istnienie danych związków z perspektywy strukturalnej, ale uwzględniałyby spodziewane wzajemne reakcje oligopolistów, w szczególności możliwość powstania i utrzymania w czasie cichej zмовы⁴⁵⁶.

⁴⁵⁰ Ibidem, pkt. 468 – 469.

⁴⁵¹ Wyrok Trybunału *Kali&Salz*, pkt 221.

⁴⁵² Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 10 marca 1992 r. *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA, PPG Vernante Pennitalia SpA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawy łączone T-68/89, T-77/89 i T-78/89, pkt. 31 i 350.

⁴⁵³ Ibidem, pkt 344.

⁴⁵⁴ Ibidem, pkt 358.

⁴⁵⁵ Ibidem, pkt. 227 – 232.

⁴⁵⁶ J. Venit, *Two Steps Forward and No Steps Back: Economic Analysis and Oligopolistic Dominance after Kali&Salz*, [w:] *Common Market Law Review* 35, Kluwer Law International 1998, s. 1110.

Analizie Trybunału zarzucano brak odwołania się do teorii ekonomii, która dopuszcza współzależność oligopolistów bez konieczności istnienia związków między nimi. Również fakt istnienia związków strukturalnych pomiędzy przedsiębiorstwami nie jest konieczny dla stworzenia lub umocnienia zbiorowej pozycji dominującej⁴⁵⁷, kluczowe jest tu istnienie zachęty dla przyjęcia i utrzymywania jednakowej linii postępowania. Użycie przez Trybunał sformułowania „w szczególności” rodziło pytania, czy jednakowa linia postępowania przedsiębiorstw mogła być również rezultatem oligopolistycznej współzależności, a „czynniki wiążące” były tylko przykładem powiązań do niej prowadzących. Samo wprowadzenie pojęcia „czynników wiążących” rodziło pytania o jego zakres i o to, czy mogło ono obejmować również relacje wykraczające poza gospodarcze powiązania pomiędzy przedsiębiorstwami, potencjalnie uwzględniając również współzależność oligopolistyczną.

Chcąc rozwiązać powyższe wątpliwości, Sąd przywołał w sprawie *Gencor* orzecznictwo w sprawie włoskiego szkła płaskiego wyjaśniając, że odwołując się w nim do związków o charakterze strukturalnym zrobił to jedynie tytułem przykładu i nie orzekł, że związki takie muszą istnieć w celu stwierdzenia zbiorowej pozycji dominującej⁴⁵⁸. Podobnie z orzeczenia nie można wnioskować, że Sąd ograniczył pojęcie związków gospodarczych do pojęcia związków strukturalnych⁴⁵⁹. Co więcej, nie ma żadnego powodu prawnego czy ekonomicznego by wyłączyć z pojęcia związków gospodarczych stosunku wzajemnej zależności istniejącego pomiędzy stronami ścisłego oligopolu, w ramach którego, na rynku o właściwej charakterystyce, w szczególności pod względem koncentracji, przejrzystości i jednorodności produktowej, strony te mogą przewidzieć swoje wzajemne zachowania i w efekcie mają silną zachętę by dostosować swoje postępowanie na rynku, w szczególności w sposób umożliwiający maksymalizację ich łącznych zysków poprzez ograniczenie produkcji w celu podniesienia cen. W tym kontekście każde przedsiębiorstwo jest świadome, że wysoce konkurencyjne działanie z jego strony nakierowane na zwiększenie jego udziału w rynku (na przykład obniżenie ceny) spowodowałoby identyczne działanie ze strony pozostałych, więc nie odniosłoby ono żadnych korzyści ze swojej inicjatywy. Obniżka cen dotknęłaby wszystkie przedsiębiorstwa⁴⁶⁰. Ten wniosek jest szczególnie trafny w odniesieniu do kontroli koncentracji, która ma na celu zapobieganie utworzenia lub wzmocnienia antykonkurencyjnych struktur rynkowych. Takie struktury mogą wynikać z istnienia związków gospodarczych w ścisłym znaczeniu, albo z oligopolistycznych struktur rynkowych

⁴⁵⁷ J. Szczodrowski, *Op.cit.*, s. 223.

⁴⁵⁸ Wyrok Sądu *Gencor*, pkt 273.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, pkt 275.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, pkt 276.

gdzie przedsiębiorstwa mogą stać się świadome wspólnych interesów i spowodować podwyżkę cen bez konieczności zawierania zмовы lub uciekania się do uzgodnionych praktyk⁴⁶¹.

W przedmiocie związków pomiędzy przedsiębiorstwami istniejącymi na innych rynkach niż oceniany rynek właściwy, nawet odnoszących się do czynności dotyczących innych produktów, Sąd stwierdził, że mogą zostać one wzięte pod uwagę nie jako dowód na istnienie związków gospodarczych w ścisłym sensie, ale jako elementy przyczyniające się do dyscyplinowania członków oligopolu poprzez zwiększenie prawdopodobieństwa podjęcia kroków odwetowych w przypadku podjęcia przez jedno z przedsiębiorstw działania uznanego za niedopuszczalne przez pozostałych⁴⁶².

Sąd ostatecznie rozwił wątpliwości stwierdzając, że występowanie jakiegokolwiek związków między przedsiębiorstwami nie jest konieczne dla stwierdzenia występowania zbiorowej pozycji dominującej. Wymóg wykazania istnienia związków strukturalnych nie miał żadnego uzasadnienia z punktu widzenia ekonomii, występowanie związków należy postrzegać jako ewentualne okoliczności ułatwiające koordynację i monitorowanie działań oraz przeprowadzenie akcji odwetowej. Sama współzależność oligopolistyczna została uznana za wystarczającą dla stwierdzenia istnienia zbiorowej pozycji dominującej.

Podobnie utrzymywanie związków handlowych na płaszczyźnie wertykalnej nie może być automatycznie uważane za dowód na współzależność przedsiębiorstw. Fakt, że przedsiębiorstwa utrzymują relacje handlowe na płaszczyznach wertykalnej i horyzontalnej (w sprawie *Airtours* – biura podróży kupowały od siebie miejsca w wyczarterowanych samolotach oraz sprzedawały wycieczki innych biur) może równie dobrze świadczyć o współzależności, jak i o niezależności przedsiębiorstw⁴⁶³. Przedsiębiorstwa są zorientowane na zysk, a utrzymywanie relacji z konkurentami pozwala im osiągnąć maksymalizację przychodów i optymalizację wykorzystania swoich zdolności produkcyjnych we wszystkich segmentach rynku na którym funkcjonują. Nawet fakt integracji wertykalnej przedsiębiorstw i utrzymywanie przez nich relacji handlowych na płaszczyznach wertykalnej i horyzontalnej sam w sobie świadczy tylko o zwiększonej przejrzystości rynku i nie jest wystarczający dla wykazania współzależności przedsiębiorstw⁴⁶⁴. Niezbędne jest przeprowadzenie dynamicznej, behawioralnej analizy rynku i wykazanie jakie skutki wynikają ze związków handlowych pomiędzy przedsiębiorstwami i jak wpływają na rynek.

⁴⁶¹ Ibidem, pkt 277.

⁴⁶² Ibidem, pkt 281.

⁴⁶³ Wyrok Sądu *Airtours*, pkt 289.

⁴⁶⁴ Ibidem, pkt 286.

Znaczenie poszczególnych związków zależy w każdym przypadku od ich charakteru i kontekstu. Z linii orzeczniczej Sądu jasno wynika konieczność zastosowania teorii gier do kompleksowego opisu procesów zachodzących na danym rynku, gdyż sam fakt występowania, lub też brak, związków pomiędzy przedsiębiorstwami świadczy tylko o przejrzystości rynku, nie występowaniu zbiorowej pozycji dominującej. Czysto oligopolistyczna współzależność przedsiębiorstw wynikająca ze struktury rynku wchodzi w zakres związków między przedsiębiorstwami.

3.1.6. Reakcja konkurentów i bariery wejścia na rynek

Kluczowym elementem stanu pozycji dominującej jest możliwość działania w oderwaniu od reakcji konkurentów i konsumentów. Z tego względu, by wykazać istnienie zbiorowej pozycji dominującej, Komisja musi ustalić, czy spodziewane reakcje obecnych i przyszłych konkurentów i konsumentów nie zagrażałyby oczekiwanym rezultatom wspólnej linii postępowania domniemanych oligopolistów zajmujących zbiorową pozycję dominującą⁴⁶⁵. Zmniejszenie przez takie przedsiębiorstwa podaży poniżej przewidywanego popytu nie może spotykać się z adekwatnym zwiększeniem podaży przez obecnych konkurentów, niewielkich konkurentów czy też potencjalnych konkurentów. Sąd podkreślił, że ocena zachowania mniejszych i potencjalnych konkurentów ma koncentrować się na ich zdolności do zwiększenia podaży w celu wykorzystania okazji powstałej w wyniku przyjęcia wspólnej linii postępowania przez oligopolistów⁴⁶⁶. Komisja nie powinna skupiać się tu na wyzwaniach, jakie stoją przed mniejszymi albo potencjalnymi konkurentami na drodze do uzyskania pozycji równorzędnych konkurentów dla oligopolistów⁴⁶⁷.

Ocena potencjału wkroczenia na rynek nowych konkurentów zależy od wysokości barier wejścia na rynek. Sąd odnosząc się do pojęcia „barier wejścia na rynek” stwierdził, że mogą je stanowić różnorakie elementy, w szczególności o naturze gospodarczej, handlowej lub finansowej, sprawiające że potencjalny konkurent przedsiębiorstw prowadzących już działalność na tym rynku, który zamierza wejść na ten rynek, musi ponieść duże ryzyko i koszty, co wystarcza do zniechęcenia go do dokonania tego w rozsądnym terminie lub szczególnie utrudnia mu to wejście na rynek i w ten sposób pozbawia to przedsiębiorstwo możliwości ograniczania zachowania przedsiębiorstw już działających na

⁴⁶⁵ Ibidem, pkt 210.

⁴⁶⁶ Ibidem, pkt 214.

⁴⁶⁷ Ibidem, pkt 266.

tym rynku poprzez konkurowanie z nimi⁴⁶⁸. Z drugiej strony stwierdził również, że przy niskich barierach utrzymanie w dłuższym horyzoncie czasowym zbiorowej pozycji dominującej nie jest możliwe⁴⁶⁹. Istniejąca i potencjalna presja konkurentów była kluczowym czynnikiem w sprawach *Kali&Salz* oraz *Airtours*, z kolei wzmocnienie barier wejścia na rynek do punktu, w którym pojawienie się nowego konkurenta było ekstremalnie mało prawdopodobne zostało uznane za przeszkodę dla wyrażenia zgody na koncentrację w sprawie *Kesko*⁴⁷⁰.

Bariery wejścia na rynek odegrały szczególnie istotną rolę w sprawie *Ryanair*⁴⁷¹ dotyczącej koncentracji dwóch operujących z Irlandii linii lotniczych, które posiadały bardzo wysoki udział w lotach na wielu trasach i były wspólnie odpowiedzialne za 80% ruchu na europejskich trasach z lotniska w Dublinie. Komisja w swojej analizie odniosła się po pierwsze do barier prawnych wynikających z regulacji badanego rynku. Po drugie oceniono istnienie barier infrastrukturalnych, wynikających z posiadanych przez łącznie się przedsiębiorstwa dużych baz w Irlandii (w efekcie silnej pozycji i przewag kosztowych) oraz problemów wynikających z fizycznych ograniczeń prowadzenia danej działalności⁴⁷². Po trzecie oceniono koszty i ryzyko wejścia na rynek obsługiwany dotychczas przez dwa przedsiębiorstwa o dobrze ugruntowanej pozycji i silnych markach. Na podstawie zachowań przedsiębiorstw w przeszłości, ocenie poddano szansę na potencjalną agresywną reakcję na wejście na rynek nowego konkurenta ze strony połączonych przedsiębiorstw. Piątym elementem oceny była charakterystyka samego rynku i jego atrakcyjność dla przedsiębiorstw, którzy potencjalnie mogliby na niego wejść.

Oceniając decyzję Komisji Sąd podkreślił, że wejście na rynek nowego przedsiębiorstwa ma znaczenie od strony teoretycznej, gdy pozwala na zrównoważenie wyeliminowania presji konkurencyjnej, które ma nastąpić w wyniku koncentracji⁴⁷³. Z tego względu jako punkt wyjścia dla zagadnienia wejścia nowych konkurentów na rynek właściwy przyjmuje się założenie, że nowe przedsiębiorstwo stara się wejść na rynek, na którym działa podmiot powstały w wyniku koncentracji, to znaczy podmiot, który zlikwiduje faktyczną

⁴⁶⁸ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 23 lutego 2006 r. *Cementbouw Handel & Industrie przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Sprawa T-282/02, 2006 E.C.R. s. II-331, pkt 219.

⁴⁶⁹ Wyrok Sądu *Airtours*, pkt 264.

⁴⁷⁰ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 15 grudnia 1999 r. *Kesko przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-22/97, 1999 E.C.R. s. II-3779, pkt. 111 i 167.

⁴⁷¹ Wyrok Sądu z dnia 6 lipca 2010 r. *Ryanair przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-342/07, 2010/7-8B/II-3457-3690.

⁴⁷² Maksymalna przepustowość lotnisk i ich przeciążenie.

⁴⁷³ Wyrok Sądu *Ryanair*, pkt 236.

konkurencję pomiędzy uczestnikami koncentracji ze szkodą dla klientów⁴⁷⁴. W konsekwencji samo „zagrożenie” wejściem nie jest wystarczające. Sąd uznał za niedostateczne uzasadnienie niewchodzenia na rynek nowych konkurentów jako wynikające z operatywności obecnych na nim przedsiębiorstw i zadowolenia klientów, co miałyby wykluczać wszelkie perspektywy na dochodową działalność nowo wchodzących przedsiębiorstw, gdyż uzasadnienie to odnosi się do sytuacji przed koncentracją, gdy łączące się przedsiębiorstwa jeszcze z sobą konkurują i wywierają na siebie presję konkurencyjną⁴⁷⁵. Tymczasem ocenie musi podlegać czy perspektywa wejścia nowego konkurenta jest wystarczająca dla zrównoważenia antykonkurencyjnych skutków, które wystąpią na rynku w wyniku koncentracji i zaniku presji konkurencyjnej pomiędzy łączącymi się przedsiębiorstwami.

Różnica pomiędzy kontrolą koncentracji i kontrolą nadużycia pozycji dominującej polega na tym, że kontrola koncentracji skupia się na kontroli struktur rynkowych, a nie na kontroli zachowania przedsiębiorstw. Z tego względu polityka cenowa przedsiębiorstw przed koncentracją nie może mieć wpływu na ocenę czy potencjalne wejście na rynek nowego konkurenta może zapobiec podniesieniu cen ponad poziom sprzed koncentracji⁴⁷⁶. Analogicznej ocenie mogą podlegać inne kryteria, gdyż koncentracja może wpłynąć na podaż, wybór produktów, jakość usług lub innowacje. Z drugiej strony historia agresywnej reakcji na próby wejścia na rynek nowych konkurentów może doprowadzić do wypracowania u przedsiębiorstwa reputacji odstraszałającej potencjalnych konkurentów od konkurowania z nim, co *de facto* stwarza barierę do wejścia dla nowych konkurentów.

W przedmiocie kosztów utopionych Sąd stwierdził, że koszty te były wystarczająco wysokie by stanowiły barierę do wejścia. Komisja musiała jedynie przedstawić dlaczego niektóre koszty utopione stanowią bariery do wejścia, które mogą zniechęcić potencjalnego konkurenta do wejścia na rynek i rozpoczęcia konkurowania z połączonymi przedsiębiorstwami⁴⁷⁷.

Komisja stwierdziła, że aby wejście na rynek uznać za wystarczającą presję konkurencyjną na uczestników koncentracji, musi ono być prawdopodobne, nastąpić we właściwym czasie oraz być wystarczające do powstrzymania lub przewyciężenia potencjalnych szkodliwych dla konkurencji skutków koncentracji⁴⁷⁸. O tym, czy wejście na rynek można uznać za następujące we właściwym czasie decydują cechy charakterystyczne i

⁴⁷⁴ Ibidem, pkt 238.

⁴⁷⁵ Ibidem, pkt. 239 i 249.

⁴⁷⁶ Ibidem, pkt 250.

⁴⁷⁷ Ibidem, pkt 279.

⁴⁷⁸ Ibidem, pkt 229.

dynamika rynku, jak również szczególne umiejętności potencjalnych nowych uczestników rynku. Zgodnie z wytycznymi, aby uznać wejście za przebiegające we właściwym czasie powinno ono nastąpić w przeciągu dwóch lat⁴⁷⁹, jednak ostatecznie okres czasu zależy od sytuacji na danym rynku i może zostać skrócony nawet do kilku miesięcy czy tygodni⁴⁸⁰. Jest to zgodne z wytycznymi zakładającymi, że na podstawie rosnącego doświadczenia i orzecznictwa Komisja będzie rozwijać i udoskonalać przedstawione w nich zasady⁴⁸¹.

3.1.7. Siła nabywcza

Presja konkurencyjna jest wywierana na dostawcę nie tylko przez konkurencję, ale może również pochodzić od jego klientów. Obecność znacznej siły nabywczej może mieć istotny wpływ na stabilność milczącej zmywy. Wysoka koncentracja po stronie nabywców może skutecznie równoważyć siłę sprzedawców wzmacniając siłę nabywców w negocjacjach *vis-à-vis*, przez co mogą składać oferty kupna po cenie niższej od wypracowanej w ramach milczącej zmywy⁴⁸², zachęcając do wyłamania się ze wspólnej linii postępowania. Z drugiej strony, rozdrobniony rynek po stronie nabywców sprawia, że łatwiej jest wykryć wyłamanie się ze wspólnej linii postępowania, a zatem staje się ono mniej prawdopodobne. Z tego względu przy dokonywaniu prospektywnej oceny pozycji dominującej łączących się przedsiębiorstw kluczową kwestią jest istnienie wystarczającej wyrównawczej siły nabywczej, by zneutralizować ich siłę rynkową⁴⁸³.

Siła nabywcza klientów dostawcy może zrównoważyć siłę rynkową tego dostawcy, gdy klienci mogą w rozsądnym terminie skorzystać z wiarygodnej alternatywy, jeśli dostawca postanowi podnieść ceny lub pogorszyć warunki dostawy⁴⁸⁴. Aby zniechęcić do działań antykonkurencyjnych nabywca nie musi całkowicie zrezygnować z danego dostawcy, perspektywa przeniesienia znaczącej części swojego zapotrzebowania do innych dostawców może stanowić groźbę wystarczająco dużych strat, by odstraszyć łączące się przedsiębiorstwa od stosowania takiej strategii⁴⁸⁵. Istotnym czynnikiem wpływającym na siłę nabywczą jest koszt i łatwość zmiany dostawcy. Niski koszt zmiany dostawcy ułatwia nabywcy reagowanie

⁴⁷⁹ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt 74.

⁴⁸⁰ Zob. wyrok Sądu *Ryanair*, pkt 294.

⁴⁸¹ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt 6.

⁴⁸² Wyrok Sądu *Cementbouw*, pkt 231.

⁴⁸³ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 11 września 1997 r. *Coca Cola/Carlsberg*, Sprawa IV/M.833 (98/327/EC), pkt 81.

⁴⁸⁴ Wyrok Sądu *Cementbouw*, pkt 230.

⁴⁸⁵ Wyrok *Sun Chemical Group*, pkt. 214 – 215.

na zwiększenie cen, a zatem podważa moc rynkową sprzedawców⁴⁸⁶. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że brak siły nabywczej wynikający ze znacznego rozdrobnienia nabywców nie oznacza, że nie będą mogli zareagować na podwyżkę cen ze strony łączących się przedsiębiorstw⁴⁸⁷.

Wyrównawcza siła nabywcza może doprowadzić do wejścia na rynek nowych przedsiębiorstw, przeciwdziałać integracji przedsiębiorstw i zachęcać do wyłamania się ze wspólnej linii postępowania. Jej efekt może być jednak złagodzony, gdy nabywcy nie są ostatecznymi nabywcami produktu i przenoszą zwiększone koszty na własnych nabywców, jak w sprawie *Gencor*, lub gdy wysoki stopień lojalności wobec marki wpływa na wybór kupujących, jak w sprawie *Nestlé*. Brak siły nabywczej, dobra znajomość nabywców i sposobu korzystania przez nich z dostarczanego produktu są postrzegane zarówno przez Sąd jak i Komisję za okoliczności dające przedsiębiorstwu znaczący wpływ na ustalenie ceny⁴⁸⁸.

3.1.8. Zmiany popytu

Prawidłowa interpretacja charakterystyki popytu na danym rynku dostarcza istotnych informacji co do potencjalnych skutków koncentracji.

Działając zgodnie z teorią ekonomii Sąd potwierdził, że malejący popyt jest, co do zasady, postrzegany jako czynnik promujący konkurencję⁴⁸⁹. Z kolei oceniając koncentrację na rynku charakteryzującym się niskim wzrostem popytu, stwierdził że ten nie zachęca nowych przedsiębiorstw do wejścia na rynek, ani do intensywnej konkurencji⁴⁹⁰. Niski wzrost jest konsekwentnie postrzegany przez Sąd jako czynnik sprzyjający powstaniu zbiorowej pozycji dominującej⁴⁹¹.

W sprawie *Airtours* Sąd i Komisja przyznały, że wysoka zmienność popytu utrudnia utworzenie zbiorowej pozycji dominującej, z kolei stabilność popytu została uznana za ważny czynnik mogący świadczyć o istnieniu zbiorowej pozycji dominującej, ponieważ ułatwia wykrywanie prób wyłamania się ze wspólnej linii postępowania⁴⁹². Oceniając poziom zmienności popytu danego rynku właściwego Komisja zestawiała go ze zmiennością PKB i

⁴⁸⁶ Ibidem, pkt 215.

⁴⁸⁷ Wyrok Sądu *Airtours*, pkt 274.

⁴⁸⁸ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 26 czerwca 2002 r. *Cementbouw/Haniel*, sprawa COMP/M.2650 (2003/754/EC), pkt. 102 – 103.

⁴⁸⁹ Wyrok Trybunału *Kali&Salz*, pkt 238.

⁴⁹⁰ Wyrok Sądu *Gencor*, pkt. 233 i 237.

⁴⁹¹ Wyrok Sądu *Airtours*, pkt 133.

⁴⁹² Ibidem, pkt 139.

konsumenckimi wydatkami na dobra trwałe⁴⁹³. Pozwoliło to ocenić, czy istniejąca zmienność jest powiązana z cyklami gospodarczymi i czy możliwe jest przewidzenie przyszłych zmian w popycie. Co istotne, Komisja w swojej ocenie zmienności popytu stwierdziła, że popyt w analizowanej sprawie charakteryzuje się niewielkim wzrostem, wspierając powstanie zbiorowej pozycji dominującej. Sąd zakwestionował dokonaną przez Komisję ocenę, przywołał raporty na których Komisja bazowała przy wydawaniu decyzji stwierdzając, że ta nieprawidłowo je odczytała, gdyż zdaniem Sądu wzrost popytu był znaczący, co nie jest okolicznością sprzyjającą powstaniu zbiorowej pozycji dominującej⁴⁹⁴. W odniesieniu do stabilności popytu Komisja wprawdzie stwierdziła jego wysoką zmienność, ale ze względu na mającą uchronić przed jej negatywnymi skutkami dużą ostrożnością przedsiębiorstw w zakresie planowania przyszłej oferty, odrzuciła dużą zmienność jako okoliczność utrudniającą powstanie zbiorowej pozycji dominującej. Sąd ponownie nie zgodził się z oceną Komisją stwierdzając, że ostrożne planowanie oferty nadal związane jest ze spekulacją odnośnie przyszłego popytu i nie może być uznane za przejaw istnienia zbiorowej pozycji dominującej, tylko stanowi cechę charakterystyczną konkurencji na ocenianym rynku⁴⁹⁵.

Sąd krytykując Komisję dokonywał wręcz nie tylko sądowej kontroli analizy danych ekonomicznych zebranych w postępowaniu przez Komisję, ale samodzielnie na nowo interpretował te dane, nadając im odmienne znaczenie od nadanego przez Komisję⁴⁹⁶. Biorąc pod uwagę, że Sąd, w odróżnieniu chociażby od Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK)⁴⁹⁷, jest ukształtowany jako sąd kasatoryjny, który nie ma uprawnień do dokonywania zmian decyzji Komisji⁴⁹⁸, może się wydawać, że takie podejście zaciera granicę pomiędzy sądową kontrolą oceny faktów a oceną tych faktów, gdyż Sąd wkroczył w przysługujący Komisji zakres swobodnego uznania przy dokonywaniu analizy ekonomicznej. Należy jednak zwrócić uwagę, że w obydwu przypadkach Komisja zinterpretowała cechy popytu w sposób sprzeczny z wnioskami płynącymi z nauki ekonomii. Sąd uznał, że nie udało jej się wykazać, że podstawowe zasady teorii ekonomii nie powinny znaleźć zastosowania, błędnie uznając, że zmienność popytu wspiera tworzenie zbiorowej pozycji dominującej przez

⁴⁹³ Ibidem, pkt 140.

⁴⁹⁴ Ibidem, pkt. 123 – 133.

⁴⁹⁵ Ibidem, pkt 134 – 147.

⁴⁹⁶ J. Szczodrowski, *Op.cit.*, s. 248.

⁴⁹⁷ Por. M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomułka, *Skutki skoordynowane koncentracji horyzontalnych - wybrane aspekty prawne*, Ekspertyza Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych WZ UW z dnia 4 lutego 2021 r., s. 34 i n.

⁴⁹⁸ Kompetencje Sądu w zakresie zmiany decyzji Komisji dotyczą wyłącznie zmiany wysokości kary nałożonej na podstawie rozporządzenia nr 1/2003.

największe przedsiębiorstwa oraz błędnie interpretując konsekwencje zidentyfikowanego wzrostu popytu⁴⁹⁹.

3.1.9. Homogeniczność produktu

Heterogeniczność produktów i mnogość cen przyczyniają się do asymetrii na rynku i prowadzą do powstania znacznej nierównowagi pomiędzy członkami oligopolu. Ta nierównowaga zmniejsza zachęty do zмовy. Jednorodne produkty nie różnią się jakością, jedynym aspektem konkurencyjnym może być cena, co ułatwia wykrywanie wyłamywania się ze zмовy, a tym samym zwiększa jej trwałość. W przypadkach *Kali&Salz*⁵⁰⁰ (potas i sól kamienna) i *Gencor*⁵⁰¹ (metale z grupy platynowców) produkty były ze swej natury w pełni homogeniczne. Podobna sytuacja miała miejsce w koncentracji *Nestlé/Perrier*, gdzie produktem była woda butelkowana, produkt z natury zamienny, przy czym Komisja zwróciła uwagę na wysoki stopień lojalności wobec marki, którą przejawiali konsumenci⁵⁰². Wprowadzenie na rynek nowej marki byłoby bardzo trudne, wymagałoby sprzedaży w znacznie niższej cenie od zasiedziałych producentów i oferowania dystrybutorom znacznych zniżek⁵⁰³.

Homogeniczność produktów jest ściśle związana z zagadnieniem definiowania rynku. Im bardziej wąsko zdefiniowany rynek, tym większe prawdopodobieństwo, że produkty zostaną uznane za jednorodne. Dokonując definiowania rynku właściwego dla produktu jakim jest woda butelkowa w sprawie *Nestlé/Perrier* Komisja stwierdziła, że ze względu na różnice w polityce cenowej i brak korelacji pomiędzy cenami wody butelkowanej i innych napojów bezalkoholowych oraz rynku piwa, rynek wody butelkowej podlega innym ograniczeniom konkurencyjnym i nie stanowi tego samego rynku, pomimo iż producenci tych napojów mogą z łatwością przestawić produkcję na wodę butelkowaną. Komisja postanowiła zakwalifikować wodę niegazowaną, gazowaną i smakową, mineralną i źródlaną do tego samego rynku, pomimo iż stanowią inną kategorię produktów w ramach wód butelkowanych.⁵⁰⁴

Usługi wycieczek wakacyjnych można uznać co do zasady za produkty homogeniczne. Pomimo tego, dokonując analizy w sprawie koncentracji *Airtours* Komisja

⁴⁹⁹ Wyrok Sądu *Airtours*, pkt 147.

⁵⁰⁰ Wyrok Trybunału *Kali&Salz*, pkt 219.

⁵⁰¹ Wyrok Sądu *Gencor*, pkt 226.

⁵⁰² Decyzja Komisji *Nestlé/Perrier*, pkt. 34 i 75.

⁵⁰³ Decyzja Komisji *Nestlé/Perrier*, pkt 94.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, pkt. 16 – 20.

stwierdziła, że przedsiębiorstwo zamierzające wyłamać się ze wspólnej polityki poprzez zwiększenie podaży zrobi to w fazie planowania nadchodzącego sezonu wakacyjnego, zatem na etapie, gdy wykrycie wyłamania jest bardzo trudne⁵⁰⁵. Pozostali oligopolisci będą mogli ewentualnie przeprowadzić akcję odwetową z opóźnieniem, przez co dodane przez nich do oferty wyjazdy wakacyjne będą mało atrakcyjne i trudne do sprzedaży ze względu na niską jakość wycieczki – organizowane w późniejszym czasie wyjazdy oznaczają loty w niekorzystnych porach, niską jakość zakwaterowania, itp. Dodatkowa podaż zaplanowana od początku będzie wyższej jakości, zatem w razie wyłamania się przedsiębiorstwa, jego produkty nie będą homogeniczne z ewentualną dodatkową podażą w ramach odwetu. Wyłamujący się operator uzyska korzyści z działania jako pierwszy, zaś ewentualna akcja odwetowa jest mniej prawdopodobna⁵⁰⁶, a jeśli do niej dojdzie, okaże się mniej skuteczna. Prawidłowa interpretacja motywacji rynkowych wpływających na proces decyzyjny przedsiębiorstw wymaga uwzględnienia pełnej specyfiki produktu oraz zasad funkcjonowania rynku właściwego.

3.1.10. Symetryczna sytuacja przedsiębiorców w odniesieniu do kosztów i zdolności produkcyjnych

W sprawie *Gencor* Sąd i Komisja zgodnie stwierdziły, że w następstwie koncentracji podobieństwo udziałów rynkowych przedsiębiorstw i struktur kosztów sprawia, że interesy oligopolistów staną się w większym stopniu zbieżne, zaś zbieżność ta zwiększy prawdopodobieństwo zbieżnych zachowań antykonkurencyjnych, takich jak ograniczenie produkcji⁵⁰⁷. Charakterystyka procesu produkcji skutkująca w podobnej strukturze kosztów w połączeniu z ograniczeniem możliwości skorzystania z korzyści skali sprawia, że żadne z przedsiębiorstw nie ma zachęty do agresywnej konkurencji⁵⁰⁸. Z kolei w sprawie *Ryanair* Sąd stwierdził, że o ile łączące się przedsiębiorstwa mają zbliżoną strukturę kosztów, to obecni na rynku i potencjalni konkurencji mają odmienną strukturę kosztów, przez co nie wywieraliby „wystarczającej presji konkurencyjnej” na podmiot powstały w wyniku koncentracji⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ Wyrok Sądu *Airtours*, pkt 203.

⁵⁰⁶ Ibidem, pkt 204.

⁵⁰⁷ Wyrok Sądu *Gencor*, pkt 222.

⁵⁰⁸ Decyzja Komisji *Nestlé/Perrier*, pkt 63.

⁵⁰⁹ Wyrok *Ryanair*, pkt 342.

3.2. Ocena wystąpienia efektów nieskoordynowanych

Zmiana testu dominacji na test SIEC sprawiła, że przy wydawaniu decyzji Komisja zaczęła rozwijać swoją interpretację procesów mogących prowadzić do wystąpienia efektów nieskoordynowanych. Decyzje i orzeczenia zawierają istotne wskazówki dotyczące stopnia dowodu niezbędnego dla wykazania, że koncentracja doprowadzi do wystąpienia efektów nieskoordynowanych. Ponadto można wyciągnąć dodatkowe wnioski w zakresie oceny stopnia koncentracji rynku, bliskości konkurencji, siły nabywczej, wpływu innowacji i integracji pionowej.

3.2.1. Stopień dowodu wystąpienia efektów nieskoordynowanych

Wszystkie połączenia powodujące znaczące zakłócenia skutecznej konkurencji w wyniku wywołania efektów nieskoordynowanych muszą być uznane za niezgodne z rynkiem wewnętrznym. Wytyczne wskazują, że efekty nieskoordynowane zazwyczaj wynikają z utworzenia lub wzmocnienia pozycji dominującej, ale na rynkach oligopolistycznych koncentracje polegające na zniesieniu istotnych ograniczeń konkurencyjnych pomiędzy stronami wraz ze zmniejszeniem presji konkurencyjnej na pozostałych konkurentów również mogą skutkować znaczącym zakłóceniem skutecznej konkurencji. W przypadku stwierdzenia braku pozycji dominującej o wystąpieniu efektów nieskoordynowanych może świadczyć bliskość konkurentów, przy czym Komisja nie musi wykazywać, że strony są najbliższymi konkurentami⁵¹⁰. Bliskość konkurencji to tylko jeden z wymienionych czynników, który może doprowadzić do zakłócenia konkurencji⁵¹¹, uznanie przedsiębiorstwa za znaczącą siłę konkurencji może być równie istotne. Wytyczne wskazują tylko przykładowe scenariusze, gdy przedsiębiorstwo może być za taką siłę uznane.

Stopień dowodu, który Komisja musi osiągnąć by stwierdzić wystąpienie efektów nieskoordynowanych jest taki sam w przypadku każdej innej przesłanki. Komisja musi ocenić zmiany w sytuacji gospodarczej, jakie mogą powstać w związku z planowaną koncentracją, a których prawdopodobieństwo jest największe⁵¹². Decyzje Komisji w sprawie zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem muszą być poparte dowodami dostatecznie istotnymi i

⁵¹⁰ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 21 stycznia 2010 r. *Oracle/Sun Microsystems*, sprawa COMP/M.5529 (2010/C 091/06), pkt 164.

⁵¹¹ Zob. Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt. 24 – 38.

⁵¹² Wyrok Trybunału *Bertelsmann AG/Sony*, pkt 52.

przekonującymi⁵¹³. Jakość materiału dowodowego przedstawionego przez Komisję celem wykazania konieczności podjęcia decyzji uznającej koncentrację za niezgodną ze wspólnym rynkiem jest szczególnie istotna⁵¹⁴, jednak nie można na tej podstawie wysnuć wniosku, że Komisja powinna stosować wyższe wymogi dowodowe przy decyzjach zakazujących koncentracji niż przy decyzjach zezwalających na koncentrację⁵¹⁵. Zasadniczą funkcją dowodu jest przekonanie co do zasadności danej tezy lub też umocnienie oceny, na podstawie której Komisja podejmuje decyzję.

3.2.2. Poziom koncentracji i udziały w rynku

Do zagadnienia relacji pomiędzy poziomem koncentracji rynku i efektami nieskoordynowanymi Komisja odniosła się w przedmiocie koncentracji producentów ziaren *Syngenta CP/Advanta*. Komisja uznała rynek każdego państwa członkowskiego za osobny rynek i oceniała udziały przedsiębiorstw w każdym państwie na potrzeby ziaren konkretnych roślin. Na rynku nasion buraka cukrowego połączone przedsiębiorstwo miałyby dominującą pozycję w niektórych państwach (70 – 80% w Finlandii, 60 – 70% w Holandii, 60 – 70% w Portugalii) ale w Belgii (50 – 60%) i Francji (40 – 50%) główny konkurent miałby zbliżoną pozycję na rynku (40 – 50% w Belgii i 30 – 40% we Francji), więc nie można by tu mówić o utworzeniu pozycji dominującej. Komisja stwierdziła, że rynek buraka cukrowego był już bardzo wysoko skoncentrowany, a zmniejszenie liczby konkurentów wynikające z połączenia dwóch z największych producentów w Europie osłabiłoby zdolność pozostałych przedsiębiorstw do konkurowania i wywierania presji konkurencyjnej na powstałe w wyniku koncentracji przedsiębiorstwo.⁵¹⁶

Komisja stwierdziła, że koncentracja może znacząco zakłócić skuteczną konkurencję w poszczególnych państwach członkowskich, zwróciła jednak szczególną uwagę, że w Belgii i Francji nie doszłoby do utworzenia pozycji dominującej, a jedynym źródłem zakłóceń mogłyby być tu skutki nieskoordynowane występujące na rynku oligopolistycznym⁵¹⁷. Gdyby koncentracja była oceniana na gruncie rozporządzenia nr 4064/89 i tylko pod kątem stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej, to wobec bardzo wysokich udziałów w

⁵¹³ Wyrok Trybunału *Kali & Salz*, pkt 228.

⁵¹⁴ Wyrok Trybunału z dnia 15 lutego 2005 r., *Tetra Laval BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa C-12/03 P, pkt. 44.

⁵¹⁵ Wyrok Trybunału *Bertelsmann AG/Sony*, pkt 51.

⁵¹⁶ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 17 sierpnia 2004 r. *Syngenta CP/Advanta*, sprawa nr COMP/M.3465 (2004/C 263/05), pkt. 44 – 45.

⁵¹⁷ Ibidem, pkt. 49 i 52.

rynku największego konkurenta łączących się przedsiębiorstw koncentracja nie wzbudziłaby zastrzeżeń Komisji. Rynki te przybrałyby postać duopoli, a przeprowadzona analiza wskazała na ryzyko wystąpienia skutków nieskoordynowanych, co dawało podstawy do wyrażenia przez Komisję obiekcji w oparciu o nowe uprawnienia wprowadzone rozporządzeniem nr 139/2004.

W zablokowanej koncentracji linii lotniczych *Ryanair/Aer Lingus* Komisja ustaliła, że ich oferty pokrywały się na trzydziestu pięciu liniach, z czego na dwudziestu dwóch połączony podmiot byłby monopolistą, a na pozostałych trzynastu jego udział przekraczałby 60%⁵¹⁸. W efekcie przedsiębiorstwa mogłyby zinternalizować skutki podniesienia cen. Połączony podmiot miałby motywację, by podnieść ceny postrzeganego jako bardziej prestiżowego operatora *Aer Lingus*, a utraceni klienci zostaliby przejęci przez postrzegany jako bardziej budżetowy *Ryanair*⁵¹⁹. Przewoźnicy utraciliby również motywację do innowacji, zwiększania różnorodności oferty i podwyższania jakości usług⁵²⁰. Koncentracja doprowadziłaby do wyeliminowania konkurencji pomiędzy łączącymi się podmiotami ze szkodą dla konsumentów.

3.2.3. Bliskość konkurencji

Bliskość konkurencji i zastępowalność ich produktów jest jednym z najważniejszych czynników pozwalających przewidzieć skutki ocenianej koncentracji. Zróżnicowany charakter produktów oznacza, że poszczególne produkty nie są swoimi idealnymi substytutami, a w konsekwencji podwyżka cen jednego z nich nie musi koniecznie skutkować zmniejszeniem jego sprzedaży na rzecz produktów konkurentów, jak miałyby to miejsce gdyby produkty były swoimi substytutami⁵²¹.

3.2.4. Siła nabywca

Komisja potwierdziła, że niewielka grupa dużych nabywców daje im znaczną siłę *vis-à-vis* producentów, aczkolwiek zmniejszenie liczby producentów (z trzech do dwóch i pięciu do czterech zależnie od państwa członkowskiego) może sprawić, że siła przetargowa

⁵¹⁸ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 27 czerwca 2007 r. *Ryanair/Aer Lingus*, sprawa COMP/M.4439 (2007/C 10/06), pkt. 341 i 342.

⁵¹⁹ Ibidem, pkt 491.

⁵²⁰ Ibidem, pkt 492.

⁵²¹ Wyrok Sądu *Cementbouw*, pkt 213.

nabywców nie będzie wystarczająca, by zrównoważyć siłę rynkową przedsiębiorstw na wysoko skoncentrowanym rynku⁵²². Mniejsza liczba producentów ograniczy siłę przetargową nabywców, którzy będą mogli negocjować z mniejszą liczbą dostawców.

W sprawie *Syngenta CP/Advanta* w odniesieniu do rynku grochu Komisja zwróciła uwagę, że w państwach, gdzie głównymi nabywcami ziaren są duże przedsiębiorstwa przetwarzające produkty spożywcze, które przekazują wybrane przez siebie ziarna rolnikom, nabywcy mają znaczącą siłę rynkową. Z kolei w państwach, w których rolnicy zaopatrują się bezpośrednio u producentów ziaren, brak równoważącej siły nabywczej klientów, zaś zmniejszenie liczby producentów jeszcze bardziej ograniczy jakąkolwiek siłę nabywczą by posiadali.⁵²³

W koncentracji *Oracle/PeopleSoft* Komisja zauważyła, że duża siła przetargowa nabywcy, który kontroluje procedurę przetargową i przepływ informacji do oferentów, pozwala mu wywierać presję konkurencyjną na oferentów, przez co zmniejszenie liczby przedsiębiorstw nie umożliwi im podniesienia cen po koncentracji⁵²⁴. Znaczna siła nabywcy pozwala zapobiec wystąpieniu efektów nieskoordynowanych.

3.2.5. Innowacje

Komisja uznała, że konkurencja w branży produkcji ziaren jest oparta na innowacjach. Badania i rozwój nowych ziaren są konieczne, by być obecnym na rynku.⁵²⁵ Korzyści skali odgrywają istotną rolę na potrzeby prowadzonych innowacji, przeprowadzona analiza wykazała, że nowy podmiot skorzysta na powiększeniu swojej pozycji rynkowej⁵²⁶.

3.2.6. Integracja pionowa

W sprawie *Syngenta CP/Advanta* połączenie przedsiębiorstw prowadziło do pionowej integracji przedsiębiorstw. Komisja stwierdziła jednak, że gdyby połączony podmiot postanowił podnieść ceny dla konkurentów na rynku na niższym poziomie lub produkować tylko dla siebie, nabywcy mogliby znaleźć alternatywnych dostawców, gdyż ci są obecni na

⁵²² Decyzja Komisji *Syngenta CP/Advanta*, pkt. 50 – 51.

⁵²³ Ibidem, pkt. 72 – 73.

⁵²⁴ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 26 października 2004 r. *Oracle/PeopleSoft*, sprawa COMP/M.3216 (2005/621/WE), pkt 205.

⁵²⁵ Decyzja Komisji *Syngenta CP/Advanta*, pkt 46.

⁵²⁶ Ibidem, pkt 48.

rynku wyższego poziomu.⁵²⁷ W takiej sytuacji integracja pionowa nie doprowadzi do wykluczenia konkurentów z rynku i nie skutkuje zaburzeniem konkurencji.

4. Środki zaradcze

Rozporządzenie nr 139/2004 w art. 6 ust. 2 i art. 8 ust. 2 stanowi, że Komisja może uznać koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem po zmianach wprowadzonych przez strony, czyli po zastosowaniu środków zaradczych, których celem jest wyeliminowanie ewentualnych stwierdzonych przez Komisję problemów w zakresie konkurencji. Zasady i procedury przyjmowania środków zaradczych Komisja przedstawiła w zawiadomieniu, które stanowi część instrumentów wprowadzonych po przyjęciu rozporządzenia nr 139/2004⁵²⁸. Jeżeli Komisja stwierdzi, że koncentracja budzi problemy w zakresie konkurencji, przekazuje swoje zastrzeżenia już w pierwszym etapie postępowania w trybie nieformalnym. W drugim etapie postępowania przekazuje swoje wątpliwości formalnie w decyzji w sprawie poważnych wątpliwości („*serious doubts*”) lub w piśmie o przedstawieniu zastrzeżeń („*statement of objections*”). Strony mogą zaproponować zobowiązania, które mają sprawić, że koncentracja stanie się zgodna z rynkiem wewnętrznym, a Komisja będzie mogła wydać zgodę na koncentrację.⁵²⁹ Z kolei aby w obliczu zgłoszonych środków zaradczych Komisja mogła zablokować koncentrację, musi wykazać, że pomimo zastosowania zaproponowanych środków zaradczych, koncentracja wciąż stanowi zagrożenie dla skutecznej konkurencji⁵³⁰.

4.1. Zasady ogólne stosowania środków zaradczych

Jeżeli koncentracja powoduje problemy w zakresie konkurencji, stanowiąc ryzyko znacznego zakłócenia skutecznej konkurencji, strony mogą dążyć do wprowadzenia zmian do warunków koncentracji, aby rozwiązać problemy w zakresie konkurencji i w ten sposób uzyskać zgodę na połączenie. Zmiany takie można wprowadzić w całości jeszcze przed wydaniem decyzji o stwierdzeniu zgodności połączenia ze wspólnym rynkiem. Najczęściej

⁵²⁷ Ibidem, pkt 97.

⁵²⁸ Zawiadomienie Komisji w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 i rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004 (2008/C 267/01).

⁵²⁹ A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 180.

⁵³⁰ S. Papon, *Structural Versus Behavioral Remedies in Merger Control: a Case-by-Case Analysis*, ECLR 2009, vol. 30, issue 1, s. 36.

jednak strony proponują zobowiązania, a zaproponowane zmiany wprowadzają po otrzymaniu zgody.

Jak wskazuje T. Skoczny, „udzielanie zgód warunkowych jest, a przynajmniej powinno być, najbardziej pożądanym instrumentem ingerencji nadzorczej w sprawach koncentracji (poza oczywiście zgodą bezwarunkową wydawaną wtedy, gdy zgłoszona koncentracja nie rodzi takich problemów)”⁵³¹. W interesie publicznym nie leży zakazywanie koncentracji, które przy przyjęciu odpowiednich zobowiązań będą dla konkurencji pozytywne lub ambiwalentne⁵³². W praktyce Komisji zidentyfikowano dawanie priorytetu zgodom warunkowym ponad zakazami⁵³³. Komisja nie może jednostronnie narzucić środków zaradczych — wszelkie warunki muszą płynąć z zobowiązań zaproponowanych przez strony⁵³⁴ a do Komisji należy jedynie ocena zaproponowanych zobowiązań. Warto jednak przytoczyć pogląd M. Błachuckiego, że negocjacje dotyczące zobowiązań nie są rozmowami równoprawnych partnerów, gdyż jeden z nich pertraktuje pod sankcją całkowitego zakazu transakcji⁵³⁵. Komisja przekazuje stronom swoją wstępną ocenę zaproponowanych środków zaradczych, jeżeli jednak strony nie proponują we właściwy sposób środków zaradczych, które odpowiednio rozwiążą problemy w zakresie konkurencji, Komisja będzie zmuszona przyjąć decyzję zakazującą koncentracji⁵³⁶. Przedstawione zobowiązania muszą całkowicie

⁵³¹ T. Skoczny, *Zgody szczególne w prawie koncentracji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2012, s. 277.

⁵³² Zob. M. Bernatt, A. Jurkowska, T. Skoczny, *Ochrona konkurencji i konsumentów*, Wyd. Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2007, s. 117.

⁵³³ Zob. R. Whish, *Competition Law*, Oxford 2009, s. 892 i n.

⁵³⁴ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 14 grudnia 2005 r., *General Electric przeciwko Komisji*, sprawa T-210/01, Zb. Orz. II-5575, pkt 52.

⁵³⁵ M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, UOKIK, Warszawa 2012, s. 295.

⁵³⁶ Zob. Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 3 lipca 2001 r., *General Electric/Honeywell*, sprawa COMP/M.2220, potwierdzona wyrokiem Sądu Pierwszej Instancji *General Electric*, pkt. 555 i n., pkt. 612 i n.; Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 9 grudnia 2004 r., *EDP/ENI/GDP*, sprawa COMP/M.3440, potwierdzona wyrokiem Sądu Pierwszej Instancji z dnia 21 września 2005 r., *EDP przeciwko Komisji*, sprawa T-87/05, Zb. Orz. II-3745, pkt. 63 i n., pkt. 75 i n.; Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 9 listopada 1994 r. *MSG Media Service*, sprawa IV/M.469 (94/922/EC); Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 19 lipca 1995 r., *Nordic Satellite Distribution*, sprawa IV/M.490 (96/177/EC); Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 20 września 1995 r., *RTL/Veronica/Endemol*, sprawa IV/M.553; Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 27 maja 1998 r., *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, sprawa IV/M.993 (1999/153/EC); Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 27 maja 1998 r., *Deutsche Telekom BetaResearch*, sprawa IV/M.1027 (1999/154/EC); Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 4 grudnia 1996 r., *St Gobain/Wacker Chemie*, sprawa IV/M.774 (97/610/EC); Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 2 października 1991 r., *Aerospatiale/Alenia/De Havilland*, sprawa IV/M.53 (91/619/EEC); Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 24 kwietnia 1996 r., *Gencor/Lonrho*, sprawa IV/M.619 (97/26/EC), potwierdzona wyrokiem Sądu *Gencor*.

rozwiązywać problemy w zakresie konkurencji⁵³⁷ oraz być zupełne i skuteczne pod wszystkimi względami⁵³⁸. Aby środek uznać za zgodne z zasadami, musi istnieć możliwość jego monitorowania. Bez niego, środek należy uznać tylko za niewiążącą deklarację zamiaru stron⁵³⁹. Ponadto musi istnieć możliwość skutecznej realizacji zaproponowanych zobowiązań w krótkim czasie, ponieważ dopóki nie zostaną one wypełnione, dopóty nie będą zachowane warunki konkurencji na rynku.

Zaproponowane przez strony zobowiązania strukturalne, szczególnie dotyczące zbycia, spełnią te warunki tylko w zakresie, w jakim Komisja jest w stanie stwierdzić z całą pewnością, że możliwa będzie ich realizacja i że powstałe nowe struktury handlowe będą działały na tyle i będą na tyle trwałe, aby zapewnić, że nie wystąpi znaczące zakłócenie skutecznej konkurencji⁵⁴⁰.

Aby zobowiązania były zgodne z tymi zasadami, konieczna jest ich skuteczna realizacja i możliwość monitorowania⁵⁴¹. W przypadku zbycia przedsiębiorstwa dalsze monitorowanie tego środka po przeprowadzeniu transakcji nie jest konieczne, jednak inne rodzaje zobowiązań wymagają skutecznych mechanizmów monitorowania, tak aby strony nie zmniejszyły lub wręcz nie wyeliminowały ich efektu. W przeciwnym wypadku takie zobowiązania należałoby uznać jedynie za deklaracje zamiarów stron, które nie byłyby wiążące, ponieważ — w związku z brakiem skutecznych mechanizmów monitorowania — jakiegokolwiek ich naruszenie nie pociągałoby za sobą uchylecia decyzji zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw⁵⁴². Komisja może odrzucić środki zaradcze na tyle liczne i złożone, że nie byłaby pewna co do możliwości ich pełnej realizacji czy możliwości skutecznego monitorowania ich realizacji, przez co nie byłoby pewności co do utrzymania skutecznej konkurencji na rynku. Niedogodności i ryzyka związane z monitorowaniem lub regulacją egzekwowania środków behawioralnych są jedną z przyczyn preferowania środków strukturalnych⁵⁴³.

⁵³⁷ Zob. motyw 30 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw i wyrok Sądu *Cementbouw*, pkt 307.

⁵³⁸ Wyrok Sądu *General Electrics*, pkt 52; Wyrok Sądu *EDP*, pkt 105.

⁵³⁹ T. Skoczny, *Zgody szczególne...*, s. 285.

⁵⁴⁰ Wyrok Sądu *General Electrics*, pkt. 555 i 612.

⁵⁴¹ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 4 lipca 2006 r., *easyJet przeciwko Komisji*, sprawa T-177/04, Zb.Orz. II-1931, pkt 188.

⁵⁴² Wyrok Sądu *easyJet*, pkt. 186 i n.; Wyrok Sądu *EDP*, pkt 72.

⁵⁴³ M. Motta, M. Polo, H. Vasconcelos, *Merger remedies in the European Union: An Overview*, The Antitrust Bulletin 2007, nr 52 (3&4), s. 623.

Zgodnie z orzecnictwem Sądu podstawowym celem środków zaradczych jest zapewnienie konkurencyjnych struktur rynkowych⁵⁴⁴. W związku z tym zobowiązania ze swej natury strukturalne, takie jak zobowiązanie do sprzedaży przedsiębiorstwa lub jego części, są zasadniczo preferowane z punktu widzenia celu rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, w stopniu w jakim zobowiązania takie trwale rozwiązują problemy w zakresie konkurencji, jakie mogłoby spowodować połączenie w zgłoszonej formie, a ponadto nie wymagają średnio- ani długoterminowych środków monitorowania. Niemniej jednak nie można automatycznie wykluczyć, że inne rodzaje zobowiązań mogą również wyeliminować znaczące zakłócenie skutecznej konkurencji.⁵⁴⁵

4.2. Rodzaje środków zaradczych

Zobowiązania można podzielić na zobowiązania do zbycia, inne strukturalne środki zaradcze jak np. udzielenie dostępu do ważnej infrastruktury lub środków materialnych i niematerialnych umożliwiających działalność na niedyskryminacyjnych zasadach (środki strukturalne) oraz zobowiązania dotyczące przyszłego zachowania podmiotu po połączeniu (środki behawioralne). O ile środki strukturalne zobowiązują przedsiębiorstwo do zbycia określonych składników majątkowych, tak środki behawioralne to zobowiązania dotyczące przyszłego zachowania się przedsiębiorcy po dokonaniu koncentracji⁵⁴⁶. Zobowiązania do zbycia są najlepszym sposobem rozwiązania problemów w zakresie konkurencji wynikających z horyzontalnego nakładania się obszarów działalności przedsiębiorstw, a także problemów wynikających z kumulacji lub wertykalnego wpływu na rynek⁵⁴⁷. Inne zobowiązania strukturalne mogą być odpowiednie do rozwiązania wszelkich rodzajów problemów, jeśli ich skutki odpowiadają skutkom zbycia. Zobowiązania dotyczące przyszłego

⁵⁴⁴ Zob. motyw 8 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw; wyrok Sądu *Gencor*, pkt 316; Wyrok Trybunału *Tetra Laval*, pkt 86; wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 30 września 2003 r., *ARD przeciwko Komisji*, sprawa T-158/00, Rec. II-3825, pkt. 192 i n.

⁵⁴⁵ Wyrok Trybunału *Tetra Laval*, pkt 86; Wyrok Sądu *Gencor*, pkt. 319 i n.; Wyrok Sądu *ARD*, pkt 193; Wyrok Sądu *easyJet*, pkt 182; Wyrok Sądu *EDP*, pkt 101.

⁵⁴⁶ A. Madała [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, Lexis Nexis, Warszawa 2011, s. 488.

⁵⁴⁷ Zob. zbycie obiektów do składowania w decyzji Komisji Europejskiej z dnia 14 marca 2006 r. *DONG/Elsam/Energi E2*, sprawa COMP/M.3868, pkt. 170 i n.; decyzja Komisji Europejskiej z dnia 21 grudnia 2005 r., *E.ON/MOL*, sprawa COMP/M.3696, pkt. 735 i n., przykład „rozdzielenia własności” w celu usunięcia powiązań strukturalnych między stronami w sektorze składowania gazu; ponadto decyzja Komisji Europejskiej z dnia 11 grudnia 2006 r., *Johnson&Johnson/Pfizer*, sprawa COMP/M.4314, decyzja Komisji Europejskiej z dnia 20 lutego 2007 r. *Evrax/Highveld*, sprawa COMP/M.4494.

zachowania podmiotu po połączeniu mogą być zatwierdzone tylko wyjątkowo, w bardzo szczególnych okolicznościach⁵⁴⁸. W szczególności zobowiązania przedsiębiorstw do niepodnoszenia cen, ograniczenia asortymentu produktów lub usunięcia z rynku określonych marek, itp. zasadniczo nie rozwiążą problemów w zakresie konkurencji wynikających z horyzontalnego nakładania się obszarów działalności przedsiębiorstw. Tego rodzaju środki zaradcze mogą być zatwierdzone tylko wyjątkowo, jeżeli ich działanie jest w pełni zagwarantowane przez skuteczną realizację i monitorowanie oraz jeżeli nie powodują ryzyka zakłócenia konkurencji⁵⁴⁹. Z tego względu Komisja zasadniczo preferuje zobowiązania strukturalne (zobowiązania do sprzedaży części przedsiębiorstwa albo usunięcie powiązań z konkurentami), gdyż z reguły trwale rozwiązuje to problemy w zakresie konkurencji i nie wymaga monitorowania w średniej i długiej perspektywie czasu, chociaż w przypadku koncentracji konglomeratowych często to środki behawioralne mogą być bardziej adekwatne i skuteczne⁵⁵⁰. Środki behawioralne są również przydatne, gdy podmioty dokonujące koncentracji są wertykalnie zintegrowane i byłyby zdolne do zamknięcia dostępu do kluczowych aktywów, inputs lub technologii będących własnością lub w posiadaniu łączących się stron⁵⁵¹. Dlatego środki behawioralne mają zastosowanie zwłaszcza w sprawach koncentracji o skutkach konglomeratowych i wertykalnych⁵⁵².

4.2.1. Zbycie przedsiębiorstwa na rzecz odpowiedniego kupca

Jeżeli proponowana koncentracja grozi znacznym zakłóceniem skutecznej konkurencji, najbardziej skutecznym sposobem na utrzymanie takiej konkurencji, oprócz zakazania koncentracji, jest stworzenie warunków do powstania nowego konkurencyjnego podmiotu lub do wzmocnienia istniejących konkurentów poprzez zbycie przedsiębiorstwa przez strony połączenia. Ma to szczególnie miejsce w przypadku, gdy koncentracja grozi znaczącym zakłóceniem skutecznej konkurencji w wymiarze horyzontalnym⁵⁵³. Należy jednak pamiętać, że ze względu na specyfikę rynku oligopolistycznego wzmocnienie

⁵⁴⁸ Zob., w związku z efektem kumulacyjnym koncentracji, wyrok Trybunału *Tetra Laval*, pkt. 85 i 89.

⁵⁴⁹ Na przykład zobowiązania dotyczące niektórych zachowań w zakresie ustalania cen, jak np. pułapy cenowe, mogące prowadzić do niekonkurencyjnego wyrównywania cen przez konkurentów.

⁵⁵⁰ J. Guitton, A. Lübbert, I. Neale-Besson, J. Vidal, *Intel/McAfee*, Competition Policy Newsletter nr 2/2011, s. 10.

⁵⁵¹ M. Motta, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s. 268.

⁵⁵² T. Skoczny, *Zgody szczególne...*, s. 354.

⁵⁵³ Ibidem, s. 318 i 319.

istniejącego przedsiębiorstwa nie musi wcale przynieść pożądaných skutków prokonkurencyjnych. Jeżeli zbycie aktywów prowadziłoby do zwiększenia symetryczności przedsiębiorstw, mogłoby wręcz zwiększyć ich motywację do podnoszenia cen.

Zbywane przedsiębiorstwo musi być rentowne i konkurencyjne, a więc takie, które może skutecznie i trwale konkurować z podmiotem powstałym w wyniku koncentracji. Komisja może również rozważyć zatwierdzenie zbycia przedsiębiorstw silnie związanych z przedsiębiorstwami zatrzymywanymi przez strony lub częściowo z nimi zintegrowanych, które w związku z tym muszą zostać z nich wyodrębnione. Zbycie obejmujące kombinację pewnych aktywów, które nie stanowiły w przeszłości jednolitego i rentownego przedsiębiorstwa, stwarza zagrożenie rentowności i konkurencyjności nowo utworzonego przedsiębiorstwa. Ma to miejsce szczególnie w przypadku aktywów pochodzących od więcej niż jednej strony. Komisja może zatwierdzić takie podejście jedynie pod warunkiem zapewnienia rentowności przedsiębiorstwa bez względu na to, że w przeszłości aktywa nie stanowiły jednolitego, samodzielnego przedsiębiorstwa.

Alternatywą dla zbycia przedsiębiorstwa może być przyznanie licencji na prawa do własności intelektualnej, przy czym powinny to być raczej licencje wyłączne nieograniczone terytorialnie. Gdy problemy w zakresie konkurencji są wynikiem pozycji rynkowej związanej z technologią lub prawami własności intelektualnej, zbycie tej technologii lub praw własności intelektualnej będzie preferowanym środkiem zaradczym, ponieważ wyeliminuje trwały stosunek pomiędzy podmiotem wynikłym z połączenia a jego konkurentami⁵⁵⁴.

W wyjątkowych przypadkach Komisja zatwierdza zobowiązania dotyczące przyznania wyłącznej licencji na daną markę na określony czas w celu umożliwienia licencjobiorcy zmiany marki produktu w przewidzianym terminie. Celem takich zobowiązań jest umożliwienie licencjobiorcy transferu klientów z marki objętej licencją do swojej własnej i stanie się rentownym konkurentem bez trwałego zbycia licencjonowanej marki. Środek zaradczy w postaci zmiany marki niesie ze sobą znacznie wyższe ryzyko jeśli chodzi o przywrócenie skutecznej konkurencji niż transakcja zbycia, w tym zbycia marki, w związku z dużą niepewnością co do tego, czy licencjobiorcy uda się zaistnieć na rynku jako aktywny konkurent w oparciu o produkt z nową marką.

⁵⁵⁴ Zob. decyzja Komisji Europejskiej z dnia 23 lipca 2003 r., *DSM/Roche Vitamins*, sprawa COMP/M.2972; decyzja Komisji Europejskiej z dnia 9 sierpnia 1999 r., *Hoechst/Rhône-Poulenc*, sprawa COMP/M.1378; decyzja Komisji Europejskiej z dnia 1 grudnia 1999 r., *Allied Signal/Honeywell*, sprawa COMP/M.1601; decyzja Komisji Europejskiej z dnia 3 maja 2000 r., *Dow/UCC*, sprawa COMP/M.1671.

Przedsiębiorstwo musi być przekazane odpowiedniemu nabywcy. Istnieją trzy sposoby zapewnienia przekazania przedsiębiorstwa odpowiedniemu nabywcy. W pierwszym przypadku przedsiębiorstwo sprzedawane jest w ustalonym terminie po przyjęciu decyzji nabywcy zatwierdzonej przez Komisję. W drugim strony mogą nie sfinalizować zgłoszonej transakcji przed zawarciem wiążącego porozumienia z nabywcą zbywanego przedsiębiorstwa (zwanym „wstępnym nabywcą”) zatwierdzonym przez Komisję. W trzecim przypadku strony wyznaczają nabywcę przedsiębiorstwa i zawierają z nim wiążącą umowę już podczas procedury prowadzonej przez Komisję (tzw. środek „*fix-it-first*”). Najważniejsza różnica między dwiema ostatnimi opcjami polega na tym, że w przypadku wstępnego nabywcy jego tożsamość nie jest znana Komisji przed wydaniem zgody na połączenie. Wybór opcji zależy od ryzyka związanego z daną sprawą i tym samym od środków, które umożliwią Komisji stwierdzenie z całą pewnością, że zobowiązanie zostanie zrealizowane. Komisja przychylnie odnosi się do środków zaradczych typu „*fix-it-first*” szczególnie w tych przypadkach, w których tożsamość nabywcy ma duże znaczenie dla skuteczności proponowanego środka.

Jeżeli strony nie mogą zagwarantować, że zbycie rentownego i konkurencyjnego przedsiębiorstwa dojdzie do skutku, Komisja może zatwierdzić alternatywną opcję zbycia, którą należałoby zrealizować w przypadku gdy pierwsza opcja nie zostanie zrealizowana w wyznaczonym terminie. Alternatywne rozwiązanie musi być równie skuteczne co podstawowe rozwiązanie w kwestii utworzenia rentownego konkurenta⁵⁵⁵. Jest to tzw. rozwiązanie „*crown jewel*”, czyli klejnot koronny.

4.2.2. Usunięcie powiązań z konkurentami

Zobowiązania do zbycia można również zastosować w celu usunięcia powiązań między stronami i konkurentami, jeżeli takie powiązania przyczyniają się do powstania problemów w zakresie konkurencji, jakie rodzi połączenie. Dla przecięcia strukturalnych powiązań z silnym konkurentem konieczne może okazać się zbycie mniejszościowych udziałów we wspólnym przedsiębiorstwie lub zbycie mniejszościowych udziałów w konkurencyjnym podmiocie. Jeżeli problemy wynikają z umów z przedsiębiorstwami dostarczającymi te same towary, środkiem zaradczym może być rozwiązanie danej umowy dystrybucyjnej z konkurentami lub umowy, której wynikiem jest uzgadnianie pewnych zachowań handlowych.

⁵⁵⁵ Wyrok Sądu *General Electric przeciwko Komisji*, pkt 617.

4.2.3. Inne środki zaradcze

Zbycie przedsiębiorstwa lub usunięcie powiązań z konkurentami, będące preferowanymi środkami zaradczymi, nie są jedynymi sposobami na rozwiązanie konkretnych problemów w zakresie konkurencji. Transakcje sprzedaży są jednak punktem odniesienia dla innych środków zaradczych pod względem skuteczności i wydajności. Komisja może więc zatwierdzić inne rodzaje zobowiązań, pod warunkiem jednak, że ich skutki będą co najmniej równoważne skutkom zbycia⁵⁵⁶. W grę wchodzi w szczególności środki zaradcze związane z dostępem, zmiana długoterminowych umów na wyłączność i inne środki zaradcze niezwiązane ze zbyciem.

Komisja może zaakceptować środki zaradcze przewidujące udzielenie dostępu do ważnej infrastruktury, sieci, ważnej technologii, w tym praw patentowych, *know-how* lub innych praw własności intelektualnej oraz do istotnych materiałów. Zobowiązania dające dostęp do infrastruktury i sieci można zaproponować w celu ułatwienia konkurentom wejścia na rynek. Komisja może je zatwierdzić, jeżeli nie ma wątpliwości, że istotnie na rynek wejdą nowi konkurenci, co wyeliminuje jakiegokolwiek znaczące zakłócenie skutecznej konkurencji⁵⁵⁷. Za pomocą pojedynczych środków często nie udaje się wystarczająco ograniczyć barier wejścia. Konieczny może być pakiet łączący zobowiązania do zbycia i zobowiązania do udzielenia dostępu lub pakiet zobowiązań mający na celu ogólne ułatwienie konkurentom wejścia na rynek za pomocą wielu różnych środków. Jeżeli dzięki takim zobowiązaniom wejście na rynek nowych konkurentów jest rzeczywiście prawdopodobne i szybkie, można uznać, że ich wpływ na konkurencję na rynku jest podobny do wpływu transakcji sprzedaży. Jeżeli nie można stwierdzić, że obniżenie barier wejścia na rynek dzięki zaproponowanym zobowiązaniom może doprowadzić do wejścia na rynek nowych podmiotów, Komisja odrzuci taki pakiet.

Można również zaproponować zobowiązania do przyznania niedyskryminującego dostępu do infrastruktury lub sieci łączących się stron, aby wykluczyć znaczące zakłócenie konkurencji na skutek zamknięcia dostępu do rynku. W dotychczasowych decyzjach Komisji zobowiązania przewidywały przyznanie dostępu do rurociągów⁵⁵⁸ oraz sieci

⁵⁵⁶ Zob. decyzję Komisji Europejskiej z dnia 28 kwietnia 2005 r., *Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio*, sprawa COMP/M.3680, gdzie zbycie było niemożliwe.

⁵⁵⁷ Zob. wyrok Sądu *easyJet*, pkt. 197 i n.

⁵⁵⁸ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 20 grudnia 2001 r., *BP/E.ON*, sprawa COMP/M.2533, dostęp do rurociągów uzupełniający zbycie udziałów w przedsiębiorstwie rurociągowym; Decyzja Komisji

telekomunikacyjnych lub podobnych⁵⁵⁹. Komisja zatwierdzi takie zobowiązania tylko jeżeli można uznać, że będą one skuteczne i że konkurenci najprawdopodobniej skorzystają z nich w celu wyeliminowania problemów z zamknięciem dostępu do rynku. W szczególnych wypadkach właściwe może być powiązanie takiego zobowiązania z zapisem o wstępnym nabywcy lub opcji „*fix-it-first*”, aby umożliwić Komisji stwierdzenie z całą pewnością, że zobowiązanie zostanie zrealizowane⁵⁶⁰. Zobowiązania do udzielenia dostępu mają często złożony charakter i z konieczności zawierają ogólne zasady określania warunków, na jakich przyznaje się dostęp.

Jeżeli zmiana struktury rynku wynikająca z proponowanego połączenia może spowodować, że istniejące stosunki umowne staną się szkodliwe dla skutecznej konkurencji. Dzieje się tak szczególnie w przypadku długoterminowych umów na wyłączność dostaw, jeżeli umowy te pozbawiają konkurencję na rynku wyższego szczebla materiałów lub konkurencję na rynku niższego szczebla dostępu do klientów. W takich okolicznościach rozwiązanie lub zmianę istniejących umów na wyłączność można uznać za odpowiedni sposób rozwiązywania problemów w zakresie konkurencji.

Niestrukuralne rodzaje środków zaradczych, takie jak obietnice stron co do powstrzymania się od pewnych zachowań handlowych (np. sprzedaży związanej), zasadniczo nie rozwiążą problemów w zakresie konkurencji wynikających z horyzontalnego nakładania się obszarów działalności przedsiębiorstw. Poza tym skuteczność takiego środka zaradczego może być trudna do osiągnięcia z uwagi na brak skutecznego monitorowania jego realizacji. Komisja może więc zbadać inne rodzaje środków zaradczych, takie jak obietnice pewnych zachowań, jedynie wyjątkowo i w szczególnych okolicznościach⁵⁶¹.

Komisja może zaakceptować ograniczone ramy czasowe środków zaradczych niezwiązanych ze zbyciem. Zatwierdzenie ograniczeń czasowych i czasu trwania środków będzie uzależnione od indywidualnych okoliczności. Komisja może dodać tzw. Klauzulę przeglądową, która może umożliwić przedłużenie terminu spełnienia określonych warunków lub w wyjątkowych przypadkach uchylenie, zmianę lub zastąpienie zobowiązań. Klauzule

Europejskiej z dnia 20 grudnia 2001 r., *Shell/DEA*, sprawa COMP/M.2389, dostęp do terminalu importu etylenu.

⁵⁵⁹ W sprawie dostępu do sieci telekomunikacyjnych zob. decyzję Komisji *Telia/Sonera*; decyzję Komisji *Telia/Telenor*; decyzję *Vodafone/Mannesmann*. Zob. także decyzję Komisji Europejskiej z dnia 30 kwietnia 2003 r., *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV*, sprawa COMP/M.2903, gdzie Komisja zatwierdziła pakiet zobowiązań do przyznania osobom trzecim dostępu do sieci telematycznej i do ograniczenia barier wejścia poprzez pozwolenie im na korzystanie z części urządzenia telematycznego, zaprojektowanego do pobierania opłat, dostarczonego przez strony.

⁵⁶⁰ Zob. „muratorium jakościowe” w decyzji Komisji *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV*, pkt 76.

⁵⁶¹ Zob., w związku z efektem kumulacyjnym koncentracji, wyrok Trybunału *Tetra Laval*, pkt. 85 i 89.

temają szczególne znaczenie w przypadku środków zaradczych dotyczących dostępu, które mogą obowiązywać wiele lat lub po wielu latach okazać się nieskuteczne⁵⁶².

5. Wnioski

Historia kontroli koncentracji na gruncie prawa Unii Europejskiej była burzliwa i naznaczona sporami politycznymi i ideologicznymi. Całkowity brak systemu kontroli koncentracji wywołał aktywizm Komisji Europejskiej, który spotkał się z aprobatą i wsparciem ze strony Trybunału Sprawiedliwości. Narzędzia wypracowane na gruncie art. 101 i 102 TFUE były jednak zbyt ograniczone i zdecydowanie nieadekwatne do pełnienia funkcji pełnowartościowego systemu kontroli koncentracji.

Momentem przełomowym było wprowadzenie kompleksowego systemu kontroli *ex ante* mocą rozporządzenia nr 4064/89. Wprawdzie rozwianie wątpliwości co do rozszerzającej interpretacji pojęcia „pozycji dominującej” pozwoliło Komisji na kontrolę rynków oligopolistycznych, to przyjęty test dominacji doprowadził do powstania luki prawej. Komisja nie mogła interweniować w sytuacji, gdy koncentracja nie prowadziła do utworzenia albo wzmocnienia pozycji dominującej, ale w jej wyniku naturalne procesy obecne na rynku oligopolistycznym prowadziły do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji, czyli do wystąpienia skutków nieskoordynowanych. Luka ta została usunięta, a Komisja Europejska uzyskała pełne kompetencje do kontroli połączeń o wymiarze unijnym, w tym wszelkie instrumenty konieczne do interwencji na rynkach oligopolistycznych, dopiero dzięki rozporządzeniu nr 139/2004 oraz szeregu towarzyszących mu instrumentów. Zastąpienie testu dominacji testem SIEC sprawiło, że w sprawach, gdzie nie dochodziło do stworzenia ani umocnienia pozycji dominującej Komisja nie musi już przeprowadzać budzącego wątpliwości dowodu istnienia trwałej, milczącej koordynacji wymaganej przez Sąd w sprawie *Airtours*.

Kryteria jakościowej oceny rynków oligopolistycznych rozwijały się przede wszystkim w ramach praktyki decyzyjnej Komisji i orzecznictwa Sądu i Trybunału Sprawiedliwości. W kolejnych decyzjach i orzeczeniach dotyczących rynków oligopolistycznych widać rosnącą rolę jaką odgrywała teoria ekonomii. W sprawie *Airtours* Sąd zakwestionował przeprowadzoną przez Komisję ocenę skutków koncentracji wskazując, że jest sprzeczna z teorią ekonomii, a Komisja nie wykazała dostatecznie jasno dlaczego odmienna interpretacja była uzasadniona. Pokazuje to, że ustalenia nauki ekonomii uzyskują

⁵⁶² A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne reguły...*, s. 187.

status wzorcowej, domniemanej interpretacji ustalonych w sprawie faktów, którą ewentualnie Komisja może w uzasadnionych przypadkach obalić.

W ramach przeprowadzanej oceny można wyraźnie zauważyć ewolucję podejścia polegającego na odchodzeniu od skupiania się na analizie statycznej na rzecz dynamicznej analizy inspirowanej teorią gier. Z drugiej strony warto dostrzec, że w żadnej decyzji z struktura udziałów w rynku nie była elementem przesądzającym o stwierdzeniu znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji. Nawet przy bardzo wysokich udziałach oligopolistów Komisja zawsze uwzględniała pozostałe cechy danego rynku i obecne czynniki strukturalne, po stronie podażowej i popytowej. Dla stwierdzenia, że skutkiem koncentracji będzie wystąpienie efektów skoordynowanych lub nieskoordynowanych niezbędne jest przeprowadzenie analizy ilościowej i analizy jakościowej, która zidentyfikuje relacje pomiędzy stroną, konkurentami, potencjalnymi konkurentami i klientami.

Dorobek decyzyjny i orzeczniczy w zakresie oceny efektów skoordynowanych był już rozbudowany w momencie przyjęcia rozporządzenia nr 139/2004. „Test Airtours” jest obecnie inkorporowany w wytycznych w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw i stanowi fundament oceny prawdopodobieństwa wystąpienia skutków skoordynowanych. Orzecznictwo dotyczące oceny skutków nieskoordynowanych na rynkach oligopolistycznych jest znacznie bardziej skąpe, a dokładna wykładnia wielu pojęć nie jest jeszcze do końca wypracowana. Występowanie efektów nieskoordynowanych jest typowe dla rynków oligopolistycznych, gdzie decyzje podejmowane przez jednego przedsiębiorcę mają bezpośredni wpływ na wyniki i decyzje podejmowane przez pozostałych przedsiębiorców. Dorobek orzeczniczy jest tu skromny, co wskazuje, że Komisja mogła wykorzystać serię decyzji w przedmiocie koncentracji na rynku telekomunikacji mobilnej do stopniowego wypracowania swojego podejścia do interpretacji efektów nieskoordynowanych w oparciu o zbliżone stany faktyczne w poszczególnych sprawach.

Rozdział IV. Koncentracje na rynku telekomunikacji mobilnej w świetle decyzji Komisji Europejskiej w latach 2006 – 2010

1. TIM Hellas/Q-Telecommunications⁵⁶³

Fundusze inwestycyjne TPG IV i Apax, do których należał grecki operator TIM Hellas, nabyły wspólnie akcje innego operatora telekomunikacji mobilnej obecnego w Grecji – Q-Telecommunications. W wyniku koncentracji operator ten stał się w pełni podległy TIM Hellas.

1.1. Definiowanie rynku właściwego

W szeregu wcześniejszych decyzji⁵⁶⁴ Komisja ustaliła, że usług telekomunikacji mobilnej nie można traktować jako substytutu usług telekomunikacji stacjonarnej oraz że rynek usług telekomunikacji mobilnej różni się od wschodzącego rynku zaawansowanych, ogólnoeuropejskich usług telekomunikacji mobilnej. Komisja nie dokonała dalszej segmentacji rynku telekomunikacji mobilnej, ale pozostawiła otwartą kwestię, czy istnieją odrębne rynki produktowe dla (1) cyfrowej i analogowej telekomunikacji mobilnej; (2) klientów indywidualnych i przedsiębiorców, oraz (3) form płatności poprzez subskrypcje przedpłacone i abonament. Ze względu na konieczność uzyskania narodowej licencji, rynek geograficzny został ograniczony do terytorium Grecji.

1.2. Struktura rynku

Na greckim rynku telekomunikacji mobilnej obecnych było czterech operatorów. Trzech z nich (wszyscy oprócz Q-Telecommunications) oferowało usługi telekomunikacji 2,5G i 3G, jednak poziom rozwoju usług dodanych wykorzystujących te technologie był tak nieznaczący, że usługi 2G, 2,5G i 3G były postrzegane jako zamienniki. Koncentracja sprawiła, że liczba operatorów zmniejszyła się z czterech do trzech.

⁵⁶³ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 13 stycznia 2006 r., *TPG IV/APAX/Q-TELECOM*, sprawa nr COMP/M.4036 (2006/C 56/09).

⁵⁶⁴ Zob. decyzję Komisji *Telia/Sonera*; decyzję Komisji *Vodafone Airtouch/Mannesmann*; decyzję Komisji Europejskiej z dnia 16 września 2003 r., *Vodafone/Singlepoint*, COMP/M.3245.

Tabela 6 Udział w rynku greckich operatorów⁵⁶⁵.

Operator	Udział w rynku wg obrotu	Udział w rynku wg liczby klientów
Cosmote	35-40%	35-40%
Vodafone-Panafon	35-40%	35-40%
TIM Hellas i Q-Telecommunications	20-25%	25-30%
TIM Hellas	15-20%	20-25%
Q-Telecommunications	<5%	5-10%

Komisja nie przedstawiła oceny stopnia koncentracji rynku. Szacunkowy wynik zgodnie z metodologią wskaźnika koncentracji HHI przedstawiałby się następująco:

Tabela 7 Szacunkowy poziom wskaźnika koncentracji HHI⁵⁶⁶.

HHI			
	Przed koncentracją	Po koncentracji	Delta
Obrót	2700-3650	2850-3825	150-200
Liczba klientów	2875-3925	3075-4100	200-175

Poziomy te przewyższają wskazany w wytycznych próg, poniżej którego stwierdzenie problemów z konkurencją horyzontalną nie wydawało się możliwe, tym niemniej Komisja nie przedstawiła takiej analizy.

W wyniku koncentracji z rynku zniknął najmniejszy operator, ale TIM Hellas pomimo wzmocnienia swojej pozycji pozostał na trzecim miejscu zarówno pod względem obrotów, jak i liczby klientów. Wzmocnienie TIM Hellas sprawiło, że zmniejszył on dystans do dwóch większych operatorów, co było postrzegane jako powód dla zaostrzenia konkurencji na rynku z korzyścią dla klientów w postaci niższych cen i wyższej jakości⁵⁶⁷.

Komisja uznała, że najmniejszy operator Q-Telecommunications nie mógł zostać uznany za operatora typu *maverick*, którego eliminacja z rynku może budzić znaczące obawy co do konkurencji na rynku. Opinię tę uzasadniono faktem, że operator ten był najmłodszym podmiotem na rynku, obecnym dopiero od 2002 roku, większość jego klientów to najbardziej wrażliwi cenowo klienci korzystający z kart przedpłaconych, a liczba abonentów jest niewielka, zaś jedyne oferowane usługi to telefonia głosowa i wiadomości SMS. Q-Telecommunications nie dysponował własną siecią pokrywającą całe terytorium Grecji, skupiając się na największych miastach, podczas gdy większość ruchu odbywała się na podstawie umowy roamingu korzystając z sieci Vodafone-Panafon⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ Opracowanie własne na podstawie decyzji Komisji TPG IV/APAX/Q-TELECOM, pkt 18.

⁵⁶⁶ Opracowanie własne.

⁵⁶⁷ Decyzja Komisji TPG IV/APAX/Q-TELECOM, pkt 19.

⁵⁶⁸ Ibidem, pkt 21.

Cosmote, Vodafone-Panafon i TIM Hellas byli pełnowartościowymi operatorami infrastrukturalnymi o zasięgu w całym kraju. Wzmocnienie trzeciego podmiotu miało nie mieć negatywnego wpływu na konkurencję i pozwolić mu na lepsze konkurowanie z większymi rywalami. Komisja uznała, że nie istniało ryzyko wystąpienia skutków skoordynowanych ani nieskoordynowanych, w efekcie nie dojdzie do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji i wydała zgodę na koncentrację bez żadnych zastrzeżeń i środków zaradczych.

2. T-Mobile Austria/Tele.ring⁵⁶⁹

W ramach przedmiotowej koncentracji T-Mobile nabył wszystkie akcje EHG Einkaufs- Und Handels GmbH, do którego należała w pełni grupa Tele.ring, składająca się z Tele.ring Telecom Service GmbH, Mobilfunk GmbH i EKOM 3G Mobilfunk GmbH. Obydwaj obecni w Austrii operatorzy byli obecni na rynkach hurtowych i świadczyli usługi telekomunikacji mobilnej dla użytkowników końcowych. Operatorzy byli również obecni na rynku telekomunikacji stacjonarnej, ale Komisja uznała, że koncentracja nie będzie miała wpływu na ten rynek⁵⁷⁰.

2.1. Definiowanie rynku właściwego

Definiując rynek właściwy Komisja wskazała rynki, na które wpływ może mieć koncentracja. Celem definiowania rynku jest systematyczna identyfikacja natychmiastowych ograniczeń konkurencji, w obliczu których stanie przedsiębiorstwo po połączeniu. Komisja wskazała detaliczny rynek świadczenia usług telekomunikacji mobilnej użytkownikom końcowym, hurtowy rynek usług zakańczania połączeń i hurtowy rynek roamingu międzynarodowego jako rynki, na które wpływ miała mieć koncentracja.

Analiza wykazała istnienie jednego detalicznego rynku usług dla klientów końcowych bez konieczności podziału rynku z uwagi na typ klienta (prywatny albo przedsiębiorstwo, abonament lub karta przedpłacona) , czy używanej przez klienta technologii (sieci 2G/GSM

⁵⁶⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 26 kwietnia 2006 r., *T-Mobile Austria/Tele.ring*, Sprawa nr COMP/M.3916 (2005/C 287/05).

⁵⁷⁰ Decyzja Komisji *T-Mobile Austria/Tele.ring*, pkt 9.

lub 3G/UMTS)⁵⁷¹. Zastępowalność świadczonych usług była tak daleko posunięta, że sami operatorzy nie mogli jasno rozróżnić klientów prywatnych od przedsiębiorstw. Rozróżnienie ze względu na sposób uiszczania opłaty i wykorzystywanej sieci również nie było konieczne.

Jako, że nie istnieje żaden substytut dla usług zakańczania połączeń, każda sieć stanowi osobny rynek zakańczania połączeń, a operator danej sieci posiada w jej ramach monopol. W zakresie hurtowego roamingu międzynarodowego w przeszłości Komisja postrzegała każdą sieć za osobny rynek, jednak rozwój technologiczny pozwalający na kierowanie klientów do konkretnej zagranicznej sieci sprawił, że operatorzy konkurują z sobą na poziomie państwowym tworząc jeden rynek⁵⁷². Ze względu na bariery regulacyjne, każdy z powyższych rynków został geograficznie ograniczony do Austrii⁵⁷³.

2.2. Struktura rynku

Na austriackim rynku usług telekomunikacji mobilnej obecnych było czterech zasiedziałych operatorów. Piąty operator (H3G) wkroczył na rynek w 2003 roku i funkcjonował w oparciu o sieć UMTS obejmująca swoim zasięgiem połowę populacji Austrii i znacznie mniej niż połowę powierzchni kraju. Na pozostałym obszarze korzystał z usług roamingu u jednego z zasiedziałych operatorów. Dokonując analizy rynku Komisja uwzględniła udział w rynku poszczególnych operatorów pod względem obrotu, liczby klientów i czasu połączeń. Każde kryterium wykazało podobne udziały w rynku⁵⁷⁴. Łączące się przedsiębiorstwa zajmowały drugie i czwarte miejsce na rynku, połączony podmiot znajdowałby się na drugim miejscu.

Tabela 8 Udział w rynku austriackich operatorów⁵⁷⁵.

Operator	Udział w rynku
Mobilkom	35-45%
T-Mobile i Tele.ring łącznie	30-40%
T-Mobile	20-30%
ONE	15-25%
Tele.ring	10-20%
H3G	<5%

⁵⁷¹ Zob. Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 24 września 2004 r., *Teliasonera AB/Orange A/S*, Sprawa nr COMP/M.3530 (2004/C 218/02) i Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 25 maja 2005 r., *Vodafone/Oskar Mobile*, Sprawa nr COMP.M3776 (2005/C 99/02).

⁵⁷² Decyzja Komisji *T-Mobile Austria/Tele.ring*, pkt. 25-27.

⁵⁷³ Ibidem, pkt. 11-19.

⁵⁷⁴ Ibidem, pkt. 29 – 39.

⁵⁷⁵ Opracowanie własne na podstawie decyzji Komisji *T-Mobile Austria/Tele.ring*, pkt 32.

Komisja oceniła pozycję operatorów wirtualnych na <5% stwierdzając, że odgrywają bardzo ograniczoną rolę na rynku.

Oceniając udziały operatorów w czasie, w ciągu trzech lat przed koncentracją udziały Mobilkom i T-Mobile spadły o ok. 5 p.p. każdy, udziały ONE pozostały bez zmian, zaś Tele.ring podwoił swój obrót i potroił liczbę klientów⁵⁷⁶. Biorący udział w koncentracji Tele.ring był zatem jedynym dynamicznie rozwijającym się podmiotem i pełnił skutecznie rolę operatora *maverick*. Rozwijający się H3G nie dysponował niezbędną infrastrukturą i częstotliwościami, by wywierać taką presję konkurencyjną jak Tele.ring. Dane dotyczące przepływów klientów wykazały, że ponad połowa użytkowników, którzy przenieśli swój numer do innej sieci, przeszła do Tele.ring, z tego 57% odchodzących od T-Mobile i 61% odchodzących od Mobilkom. Przepływ klientów do H3G był drugi najwyższy na poziomie 20%⁵⁷⁷. Świadczy to o znacznej presji konkurencyjnej, którą Tele.ring wywierał na większych konkurentów, ale też o bliskości konkurencji i substytucyjności ofert. Oceniając wpływ jaki przejście Tele.ring będzie miało na stopień koncentracji rynku Komisja skorzystała ze wskaźnika koncentracji HHI.

Tabela 9 Szacunkowy poziom wskaźnika koncentracji HHI⁵⁷⁸.

HHI						
	2004			Pierwsza połowa 2005		
	Przed koncentracją	Po koncentracji	Delta	Przed koncentracją	Po koncentracji	Delta
Obrót	2500-3000	3000-3500	500-600	2500-3000	3000-3500	500-600
Liczba klientów	2500-3000	3000-3500	500-600	2500-3000	3000-3500	500-600

Zarówno wartość HHI przed koncentracją, po koncentracji, jak i jego zmiana (delta) znacznie wykraczały ponad poziom wskazany w wytycznych⁵⁷⁹ jako taki, który nie powinien budzić wątpliwości Komisji. Świadczyło to, że rynek był już wysoko skoncentrowany przed koncentracją, a ta miała ponadto skutkować dalszą istotną zmianą w strukturze rynku.

2.3. Wpływ koncentracji na konkurencję na rynku

W latach poprzedzających koncentrację ceny minutowego połączenia stale spadały, a Tele.ring oferował swoje usługi po znacząco niższych cenach za minutę od trzech większych konkurentów, co potwierdzało jego pozycję przedsiębiorcy *maverick*. Przekrój

⁵⁷⁶ Decyzja Komisji *T-Mobile Austria/Tele.ring*, pkt 41.

⁵⁷⁷ Ibidem, pkt 50.

⁵⁷⁸ Ibidem, pkt 44.

⁵⁷⁹ Zob. Rozdział 2 pkt 3.4.1.1.

poszczególnych profili użytkowników i oferowanych taryf wykazał, że Tele.ring oferował najniższe ceny, a H3G był drugim najtańszym operatorem. Na rynku usług abonamentowych Tele.ring był najtańszy w 58,1% przypadków, a H3G w 41,9% przypadków, pokazując rolę jaką odgrywają na rynku mniejsi MNO⁵⁸⁰.

W okresie przed koncentracją Tele.ring był najbardziej aktywnym i agresywnym operatorem wywierającym znacząca presję konkurencyjną na większe przedsiębiorstwa, w szczególności Mobilkom i T-Mobile, przez co odgrywał znaczącą rolę w ograniczaniu ich swobody w zakresie ustalania cen. Jego niewielki udział w rynku nie odzwierciedla jego wpływu na konkurencję na rynku. Klienci, którzy przeszli do Tele.ring od większych operatorów nie mieli zachęt cenowych, by do nich powrócić.

Tele.ring i H3G byli operatorami, którzy nadal budowali swoją bazę klientów, stąd ich agresywna polityka cenowa. W latach poprzedzających koncentrację, obydwaj operatorzy znacząco zwiększyli liczbę klientów, a także, pomimo obniżki cen, obrót i uzyskiwany zysk. Mniejsi operatorzy (Tele.ring i H3G) mieli preferencyjne stawki zakańczania połączeń, co pozwalało im prowadzić agresywną politykę cenową. Stopniowa likwidacja przywilejów wcale nie hamowała agresywnej konkurencji z ich strony. Zredukowanie stawek przez regulatora sprawiało, że operatorzy szukali nowych instrumentów by dalej rosnać i wprowadzali nowe, agresywne taryfy. W tym okresie żaden z dwóch największych operatorów nie sprowokował zmiany cen rynkowych poprzez wprowadzenie agresywnej cenowo oferty.

Koncentracja nie tylko wyeliminowała Tele.ring jako niezależnego operatora, ale także znacząco zwiększyła bazę klientów T-Mobile. W efekcie nie dość, że wyeliminowany zostawał podmiot prowadzący agresywną politykę cenową, to T-Mobile będzie miał jeszcze mniejszą motywację, by angażować się w konkurencję cenową.

Tele.ring był operatorem infrastrukturalnym, stąd miał dodatkową motywację by agresywnie zwiększać swoją bazę klientów. Koszty utrzymania sieci były dla niego kosztami stałymi, zwiększenie wykorzystania sieci poprzez pozyskanie nowych klientów nie wiązało się ze znacznymi wzrostami kosztów, a generowało korzyści efektu sieciowego. H3G obejmował swoją siecią tylko 50% populacji i 2-8% powierzchni Austrii, na pozostałym terenie korzystał z usługi roamingu w sieci Mobilkom. Koszty funkcjonowania były dla niego w części kosztami zmiennymi, stąd mniejsza niż u Tele.ring motywacja do agresywnego konkurowania ceną w celu maksymalizacji bazy klientów. Rozbudowa sieci do stanu

⁵⁸⁰ Decyzja Komisji *T-Mobile Austria/Tele.ring*, pkt. 55 – 56 i 63 – 68.

pełnowartościowego operatora infrastrukturalnego wymagałaby znacznego wysiłku i czasu. H3G nie mógł w pełni zająć miejsca Tele.ring jako operatora *maverick*, gdyż dysponował bardzo ograniczonym zakresem częstotliwości radiowych, w szczególności w zakresie służącym do świadczenia usług 3G. Obsługa połączeń głosowych wyczerpywała większość jego zdolności, przez co nie mógł konkurować w zakresie dostarczania usług multimedialnych. To zmniejszało jego zdolność do agresywnego konkurowania o nowych klientów.

Analiza rynkowa wskazała, że ONE nie był operatorem zainteresowanym walką o klientów szukających najniższych cen. Skupiał się on na wysokiej jakości świadczonych usług (pod względem zasięgu, prędkości transferu, itp.) i dlatego utrzymywał wyższe ceny niż Tele.ring, który był postrzegany jako operator tańszy, oferujący niższą jakość usług. Było mało prawdopodobne, aby ONE miał po koncentracji zająć pozycję Tele.ring.

Żaden nowy operator nie wskazywał, że chce wejść na austriacki rynek, nie było żadnych wolnych częstotliwości, a obecni operatorzy nie wykazywali zainteresowania sprzedażem swojego spektrum. W połączeniu z wysokimi kosztami budowy nowej sieci oznaczało to wysokie bariery wejścia na rynek. Wkroczenie nowego operatora było mało prawdopodobne⁵⁸¹. W przeciwieństwie do Niemiec czy Wielkiej Brytanii, operatorzy wirtualni odgrywali niewielką rolę, co nie wynikało jednak z ograniczeń w dostępie do zasobów sieciowych⁵⁸². Nie można było zatem przypuszczać, że po koncentracji konkurencja z ich strony powinna nabrać na sile.

Austriacki rynek ulegał stagnacji, saturacja wynosiła ponad 100%, istotne zwiększenie bazy klientów mogło mieć miejsce tylko poprzez agresywną politykę cenową i odbyć się kosztem pozostałych operatorów. Prawdopodobieństwo, by H3G lub ONE przejęły rolę operatora *maverick* po zniknięciu Tele.ring i by były w stanie wywierać analogiczną presję konkurencyjną na dwóch największych operatorów było niewielkie. Nie było również perspektyw, by nowy operator lub operatorzy wirtualni mieli wstąpić w tę rolę.

2.4. Korzyści z koncentracji – zwiększenie wydajności

T-Mobile twierdziło, że koncentracja pozwoli obniżyć koszty stałe funkcjonowania sieci przypadające na pojedynczego klienta, pozwoli lepiej wykorzystać posiadane zasoby w efekcie prowadząc do wzrostu wydajności. Lepsze wykorzystanie dostępnego spektrum

⁵⁸¹ Ibidem, pkt 117.

⁵⁸² Ibidem, pkt. 114 – 116.

częstotliwości pozwoli obniżyć koszty budowy sieci. Koncentracja pozwoli zmniejszyć nakłady na odnawianie i poprawę infrastruktury, pozwoli korzystać z mniejszej liczby nadajników przy zwiększonej jakości usług⁵⁸³.

Wytyczne wskazują jednak, że miarą wzrostu efektywności są korzyści, które uzyskają klienci, a obniżenie kosztów zmiennych lub krańcowych, nie kosztów stałych, daje wysokie prawdopodobieństwo obniżenia cen⁵⁸⁴. Co więcej, zwiększenie bazy klientowej T-Mobile, które ma pozwolić na zmniejszenie kosztów jednostkowych, zmniejszy motywację operatora do walki o nowych klientów poprzez obniżkę cen, gdyż będzie musiał obniżyć ceny dla zwiększonej liczby obecnych klientów.

Ocena zasobów sieciowych wskazywała, że po koncentracji T-Mobile nie rozbuduje swojej sieci znacząco ponad to, co jest wymagane by obsłużyć zwiększony ruch wywołany przez pozyskanie klientów Tele.ring. Sieć Tele.ring będzie wyeliminowana, a sieć T-Mobile będzie wykorzystywana w znacznie większym stopniu niż dotychczas. W efekcie z trzech operatorów z niewykorzystanym zasobami sieci tylko ONE będzie dysponował istotnymi niewykorzystanymi zasobami dla nowych klientów. Koncentracja miała doprowadzić do znacznego zmniejszenia niewykorzystanych zasobów sieciowych, przez co zmniejszy motywację do zdobywania nowych klientów poprzez obniżkę cen. Konkurenci połączonego przedsiębiorstwa mieli mieć dość wolnych zasobów do przejścia 10% jego klientów, ale biorąc pod uwagę cel maksymalizacji zysków, a nie wykorzystania sieci, taka nadwyżka nie wydaje się być wystarczająca by zmotywować konkurentów do walki o klientów połączonego przedsiębiorstwa⁵⁸⁵.

Komisja uznała, że było mało prawdopodobne, by koncentracja doprowadziła do zwiększonej wydajności z korzyścią dla klientów. W analizie Komisji można zidentyfikować stwierdzenie negatywnych konsekwencji większej koncentracji i symetryczności rynku oraz symetrycznej sytuacji przedsiębiorstw w odniesieniu do kosztów i zdolności produkcyjnych.

2.5. Efekty skoordynowane

Komisja nie wykluczała, że oprócz wystąpienia efektów nieskoordynowanych, może dojść do wystąpienia efektów skoordynowanych. W efekcie ceny byłyby wyższe niż gdyby były ustalane przez każdego operatora indywidualnie w sposób nieskoordynowany, gdy

⁵⁸³ Ibidem, pkt 47.

⁵⁸⁴ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt. 79 – 80.

⁵⁸⁵ Decyzja Komisji *T-Mobile Austria/Tele.ring*, pkt 99.

każdemu przedsiębiorstwu przyświeca cel maksymalizacji swoich własnych zysków. Po koncentracji dwaj najwięksi operatorzy posiadaliby łącznie udział w rynku na poziomie 60% – 80%, a z rynku usunięty zostałby jedyny prowadzący agresywną politykę cenową operator *maverick*, bez perspektyw by inne przedsiębiorstwo miało zająć jego miejsce.

2.6. Efekty nieskoordynowane

Oceniając potencjał na wywołanie przez koncentrację skutków nieskoordynowanych Komisja uznała, że wyeliminowanie z rynku jedynego obecnego i potencjalnego operatora *maverick* oraz utworzenie struktury z dwoma dużymi, symetrycznymi operatorami (Mobilkom i T-Mobile), wyraźnie mniejszym ONE i bardzo małym H3G doprowadzi do wystąpienia skutków nieskoordynowanych i znacząco zakłóci skuteczną konkurencję, nawet jeśli powstały podmiot nie będzie posiadał największego udziału w rynku⁵⁸⁶. Koncentracja miała skutkować osłabieniem presji konkurencyjnej i prawdopodobnie wpłynąć na ceny usług świadczonych użytkownikom końcowym, jeśli nie przez podwyżki, to przez zmniejszenie tempa obniżek cen.

2.7. Środki zaradcze

W celu zapobiegnięcia wystąpienia negatywnych skutków koncentracji T-Mobile i Tele.ring zobowiązali się do środków strukturalnych polegających na dywestycji części zakresu spektrum radiowego i wybranych nadajników. Zobowiązania dotyczące spektrum częstotliwości dotyczyły pasma wchodzącej na rynek technologii 3G. Jeden blok częstotliwości był dla H3G, drugi dla konkurenta o mniejszym udziale rynkowym od T-Mobile, czyli ONE, H3G albo nowego operatora. T-Mobile zobowiązał się do sprzedaży H3G wybranych przez niego nadajników należących do Tele.ring oraz zezwolić na korzystanie z sieci światłowodowej Tele.ring. Nadajniki, których nie kupi H3G miały być zaoferowane ONE.

Dywestycje miały na celu zwiększenie zasobów sieciowych mniejszych konkurentów, w szczególności najmniejszego H3G, poprawę ich infrastruktury by mogli odgrywać większą rolę na rynku. Celem było przyspieszenie rozwoju sieci H3G, umożliwienie mu odejścia od konieczności korzystania z roamingu na terenie większości kraju i stanie się

⁵⁸⁶ Ibidem, pkt 40.

pełnowartościowym operatorem infrastrukturalnym. W efekcie po koncentracji na rynku pozostałoby czterech operatorów infrastrukturalnych w porównaniu z „czterema i pół” sprzed koncentracji.

Komisja uznała, że odejście od konieczności korzystania z roamingu pozwoli H3G przekazać wynikające z tego korzyści swoim klientom w postaci niższych cen. Miał on mieć motywację do zwiększenia stopnia wykorzystania swoich powiększonych zasobów poprzez pozyskanie możliwie największej liczby użytkowników. Niskie ceny są postrzegane jako najlepszy sposób pozyskiwania klientów w branży telekomunikacji mobilnej, więc prognozowano, że H3G wprowadzi ofertę atrakcyjną dla wrażliwych na cenę klientów Tele.ring.

Krajowy regulator przygotował się na koncentrację ustalając obniżenie stawki za zakańczanie połączeń przez Tele.ring do poziomu T-Mobile od momentu wejścia w życie koncentracji. H3G zachowywał korzystne stawki za zakańczanie połączeń, czym regulator dalej „motywował” go do zwiększania swojej bazy klientów⁵⁸⁷. Fakt, że regulator uwzględnił koncentrację w swoich planach dotyczących rynku, na którym nie występowała skuteczna konkurencja, przyczynił się do pozytywnej oceny Komisji⁵⁸⁸.

2.8. Wnioski

Struktura rynku po koncentracji, na którym połączony podmiot zajmowałby drugie miejsce, oraz udziały poszczególnych przedsiębiorstw prawdopodobnie nie stanowiły wystarczających podstaw do interwencji Komisji na podstawie rozporządzenia nr 4064/89 i jego testu dominacji. Rozporządzenie nr 139/2004 pozwoliło Komisji w pełni ocenić nie tylko prawdopodobieństwo wystąpienia skutków skoordynowanych, ale również skutków nieskoordynowanych. Na skoncentrowanym rynku Tele.ring będąc niewielkim przedsiębiorstwem odgrywał dużo ważniejszą rolę w procesie konkurencji niż wynikało to z jego udziału w rynku. Przejęcie go oznaczało wyeliminowanie presji konkurencyjnej wywieranej przez najtańszego i najbardziej agresywnego cenowo MNO, co słusznie budziło obawy Komisji o wystąpienie skutków nieskoordynowanych. Komisja przyjęła środki zaradcze o charakterze strukturalnym, które miały wzmocnić pozycję najmniejszego MNO, by ten mógł stać się nowym przedsiębiorstwem *maverick* i zająć rolę znikającego podmiotu.

⁵⁸⁷ Ibidem, pkt 121.

⁵⁸⁸ Ibidem, pkt 182.

Komisja uznała, że będzie to wystarczające dla uniknięcia negatywnych skutków koncentracji, nawet pomimo zmniejszenia liczby operatorów z pięciu do czterech.

3. T-Mobile Netherlands/Orange Netherlands⁵⁸⁹

T-Mobile to funkcjonujący w Holandii operator należący do Deutsche Telekom AG oferujący usługi telekomunikacji mobilnej w jedenastu państwach Europy i Stanach Zjednoczonych. Orange to operator należący do France Télécom S.A. oferujący w Holandii usługi telekomunikacji mobilnej i szerokopasmowego Internetu. W ramach umowy koncentracji T-Mobile nabył 100% udziałów w Orange.

3.1. Definiowanie rynku właściwego

Obydwaj MNO byli aktywni na szeregu rynków detalicznych i hurtowych. Za istotne na potrzeby koncentracji Komisja uznała następujące rynki, z których każdy ma charakter narodowy:

- rynek detaliczny świadczenia usług telekomunikacji mobilnej dla użytkowników końcowych;
- hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń w publicznych sieciach telefonii mobilnej;
- hurtowy rynek zakańczania połączeń głosowych w indywidualnych sieciach telekomunikacji mobilnej;
- hurtowy rynek roamingu międzynarodowego w publicznych sieciach telekomunikacji mobilnej;

Podobnie jak w poprzednich decyzjach, Komisja uznała, że ocenie będzie podlegał jednolity rynek świadczenia usług telekomunikacji mobilnej użytkownikom końcowym, niezależnie od technologii, formy płatności i typu klienta. Definiując pozostałe rynki Komisja stwierdziła, że operatorzy konkurują z sobą na rynku roamingu międzynarodowego połączeń głosowych, każda sieć stanowi osobny rynek zakańczania połączeń głosowych, zaś dokładne zdefiniowanie hurtowego rynku dostępu i rozpoczynania połączeń miało nie mieć wpływu na

⁵⁸⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 20 sierpnia 2007 r., *T-Mobile Netherlands/Orange Netherlands*, sprawa COMP/M.4748 (2007/C 243/01).

wynik postępowania⁵⁹⁰. Ostatnie świadczyło o niskim znaczeniu, jakie w oczach Komisji w 2007 roku mieli MVNO.

3.2. Struktura rynku⁵⁹¹

W czasie koncentracji na holenderskim rynku telekomunikacji mobilnej aktywnych było czterech operatorów infrastrukturalnych (KPN, Vodafone, Orange i T-Mobile), po tym jak w 2005 r. KPN przejął piątego operatora infrastrukturalnego Telfort, oraz około pięćdziesięciu MVNO, z których największą rolę odgrywają Debitel i Tele2. Większość klientów operatorów wirtualnych korzystała z usług przedpłaconych, które generowały mniejsze przychody. Wyjątkami byli Debitel i Tele2, którzy generowali większość przychodów z abonamentów, co miało wskazywać na możliwość zmiany modelu funkcjonowania takich operatorów. Penetracja rynku była wysoka i wynosiła 107%.

Tabela 10 Udział w holenderskim rynku usług detalicznych w 2006 r. - dane na podstawie ankiet wśród operatorów (*) i danych holenderskiego regulatora OPTA (**)⁵⁹².

Operator	Klienci*	Przychody*	Klienci**
KPN	30-40%	40-50%	48,5%
Vodafone	10-20%	20-30%	22,3%
T-Mobil i Orange	20-30%	20-30%	25,5%
T-Mobile	10-20%	10-20%	14,1%
Orange	10-20%	0-10%	11,4%
MVNO	0-10%	0-10%	3,8%

W wyniku koncentracji T-Mobile stawał się drugim największym operatorem pod względem liczby klientów i trzecim pod względem przychodu. Udziały MVNO i wywierana przez nich presja konkurencyjna nie ulegały zmianie, ale różnica pomiędzy wielkością największych MVNO i najmniejszego MNO powiększyła się. W toku postępowania Komisja ustaliła, że dane holenderskiego regulatora i szacunki MNO dotyczące udziału MVNO znacząco odbiegały od rzeczywistości. MVNO obsługiwali ponad 17% klientów i uzyskiwali 5,5% przychodów⁵⁹³, dzięki czemu wywierali większą presję konkurencyjną niż się pierwotnie wydawało.

⁵⁹⁰ Ibidem, pkt. 9 – 27.

⁵⁹¹ Rynek detaliczny świadczenia usług telekomunikacji mobilnej dla użytkowników końcowych.

⁵⁹² Opracowanie własne na podstawie decyzji Komisji *T-Mobile Netherlands/Orange Netherlands*, pkt. 30 – 32.

⁵⁹³ Decyzja Komisji *T-Mobile Netherlands/Orange Netherlands*, pkt 33.

3.3. Wpływ koncentracji na konkurencję na rynku⁵⁹⁴

Ocena polityki cenowej Orange, rozwoju udziału w rynku i trendów zmiany operatorów przez klientów wykazała, że Orange nie mógł być uznany za operatora *maverick*. W latach poprzedzających koncentrację Orange zwiększył liczbę klientów i udział w rynku, ale spadły jego przychody. W tym samym czasie zarówno T-Mobile, jak i wszyscy operatorzy łącznie zwiększali swoje przychody⁵⁹⁵.

Z wszystkich operatorów Orange miał największy udział klientów korzystających z usług przedpłaconych i nie wywierał istotnej presji konkurencyjnej w segmencie klientów abonamentowych (udział w rynku poniżej 10%)⁵⁹⁶. Oferta Orange nie należała do najtańszych na rynku – oferty przedpłacone MVNO i T-Mobile były tańsze, a oferty abonamentowe były konkurencyjne tylko dla klientów, którzy nie przekraczali limitów minut i SMSów objętych abonamentem. Orange nie prowadził agresywnej polityki cenowej w żadnym segmencie, nie wywierał szczególnej presji na konkurentów i nie przyciągał wielu nowych klientów. Bilans klientów przenoszących numer do innej sieci wypadł negatywnie, podczas gdy T-Mobile i MVNO zyskiwali przechodzących klientów. Klienci odchodzący od T-Mobile w niewielkim stopniu przechodzili do Orange, nie postrzegając go jako szczególnie bliskiego zamiennika, z kolei klienci odchodzących od Orange przechodzili do T-Mobile w stopniu odpowiadającym jego udziałowi w rynku. Komisja uznała za mało prawdopodobne, by T-Mobile miał podnieść ceny dla klientów Orange zakładając, że znaczna część odchodzących przeszłaby do niego.⁵⁹⁷

3.4. Efekty skoordynowane

Dokonując oceny prawdopodobieństwa wystąpienia efektów skoordynowanych Komisja musiała ustalić, czy czterej operatorzy infrastrukturalni zajmowali zbiorową pozycję dominującą. Jedynym aspektem, który mógł być przedmiotem porozumienia była cena oferowana na rynku detalicznym. Komisja uznała, że liczba taryf różniących się wieloma elementami, jak sposób płatności, stawki zależne od godziny wykonania połączenia, typ klienta, itd. sprawiała, że na rynku panowała niska przejrzystość i nic nie wskazywało, by operatorzy skoordynowali swoje działania. Rosnąca pozycja operatorów wirtualnych również

⁵⁹⁴ Rynek detaliczny świadczenia usług telekomunikacji mobilnej dla użytkowników końcowych.

⁵⁹⁵ Decyzja Komisji *T-Mobile Netherlands/Orange Netherlands*, pkt. 35 – 36.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, pkt 37.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, pkt. 38 – 42.

wskazywała na brak koordynacji. W tej sytuacji Komisja nie badała aspektu możliwości monitorowania wyłamania się z porozumienia i istnienia mechanizmu odwetowego.⁵⁹⁸

Oceniając prawdopodobieństwo utworzenia zbiorowej pozycji dominującej w wyniku przejścia od czterech do trzech operatorów Komisja nie znalazła dowodów sugerujących, że koordynacja stanie się prawdopodobna. Na rynku nie było wystarczającej przejrzystości, by osiągnąć wspólne porozumienie co do warunków koordynacji i zmniejszenie liczby konkurentów do trzech nie miało zmienić tej sytuacji⁵⁹⁹.

KPN dalej zajmowałyby pozycję największego operatora, pomimo iż od lat jego baza klientów zmniejszała się. W efekcie dysponował on znacznymi wolnymi zasobami sieciowymi, które próbował wykorzystać na dwa sposoby – poprzez swoje budżetowe marki (Simyo i Telfort) i poprzez hurtową sprzedaż zasobów operatorom wirtualnym. Większość MVNO była wprawdzie aktywna tylko na rynku usług przedpłaconych, ale mogli łatwo zmienić model świadczenia usług. Dwaj najwięksi uzyskiwali większość przychodów od klientów abonamentowych i razem obsługiwali ok. 9% klientów w Holandii. Szczególnie Tele2 był postrzegany jako operator agresywny cenowo zarówno na rynku usług przedpłaconych, jak i abonamentowych⁶⁰⁰.

Komisja uznała, że liczni operatorzy wirtualni wywieraliby na operatorów infrastrukturalnych na tyle silną presję konkurencyjną, że ci nie mogliby skutecznie egzekwować ewentualnego porozumienia i w efekcie koncentracja miała nie doprowadzić do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji nawet pomimo zwiększenia stopnia symetryczności udziałów MNO.

3.5. Hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń w publicznych sieciach telefonii mobilnej

Podstawą funkcjonowania operatorów wirtualnych jest nabycie zasobów na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń od operatorów strukturalnych, którzy stanowią tu stronę podażową. Bardzo wysoka i stale rosnąca liczba operatorów wirtualnych oraz fakt, że wszyscy operatorzy infrastrukturalni udostępniali swoje sieci operatorom wirtualnym świadczyły, że na rynku tym nie występowały bariery w uzyskiwaniu dostępu do zasobów sieciowych.

⁵⁹⁸ Ibidem, pkt 43.

⁵⁹⁹ Ibidem, pkt 44.

⁶⁰⁰ Ibidem, pkt 45.

Komisja uznała, że koncentracja nie wpłynie na hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń. Połączony podmiot miał udziały na poziomie 10-20% pod względem przychodów i obsługiwał 20-30% klientów, co było wynikiem porównywalnym z Vodafone. Największym operatorem pozostawał tu KPN, który obsługiwał większość operatorów wirtualnych i zajmował ponad 50% rynku pod względem przychodów i klientów. Żaden operator nie posiadał tu znaczącej siły rynkowej, a po koncentracji każdy operator będzie nadal posiadał niewykorzystane zasoby sieciowe i finansową motywację do udostępniania ich operatorom wirtualnym⁶⁰¹.

Po koncentracji KPN będzie posiadał największe spektrum zarówno 2G i 3G. Po przejęciu częstotliwości Orange T-Mobile stanie się tu drugim podmiotem wyprzedzając Vodafone, który jednak nadal nie wykorzystywał w pełni przyznanego mu spektrum⁶⁰². Analiza rynkowa wskazywała, że operatorzy infrastrukturalni nie będą zainteresowani wycofaniem swoich zasobów sieciowych z rynku hurtowego dostępu, gdyż oznaczałoby to utratę przychodu, którego nie mogli odzyskać na rynku detalicznym. Pomimo wysokiego stopnia koncentracji rynku Komisja uznała, że chęć optymalnego wykorzystania swoich zasobów sieciowych to wystarczający powód, by nie doszło na tym rynku do koordynacji działań i przyjęcia wspólnej linii postępowania.

3.6. Wnioski

Dokonując oceny rynku detalicznego Komisja uznała, że obecność i presja konkurencyjna wywierana przez MVNO były wystarczające by zrekompensować wysokie udziały w rynku MNO i niewątpliwie wysoki stopień koncentracji. Presja tych niewielkich operatorów miała być na tyle silna, by na rynku nie mogły wystąpić efekty nieskoordynowane. Żadna ze stron koncentracji nie była ważną siłą konkurencji, Orange prowadził raczej pasywną politykę, zaś dane dotyczące przepływu klientów nie wskazywały na szczególną bliskość pomiędzy stronami konkurencji. Zaskakująca może być interpretacja Komisji co do braku przejrzystości rynku przy obecności tylko trzech MNO, ale w roku 2007 technologia i praktyka świadczenia usług były mniej zunifikowane niż obecnie, z różnymi stawkami zależnymi od pory wykonania połączenia, różnymi metodami naliczania opłat, itp., co czyniło taryfy bardziej zróżnicowanymi i zmniejszało przejrzystość rynku.

⁶⁰¹ Ibidem, pkt. 50 – 52.

⁶⁰² Ibidem, pkt 55.

Silna pozycja MVNO na rynku detalicznym świadczyła, że rynek hurtowy funkcjonował sprawnie. Wszyscy MNO byli na nim aktywni, każdy miał wolne zasoby sieciowe, co motywowało ich do dalszego rywalizowania o MVNO. Ponadto, w momencie wydawania decyzji hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń nadal podlegał regulacji sektorowej, co mogło tym bardziej utwierdzić Komisję w przekonaniu, że nie ma na nim zagrożeń dla skutecznej konkurencji.

Odnosząc się do hurtowego rynku zakańczania połączeń głosowych i hurtowego rynku roamingu międzynarodowego Komisja stwierdziła, że na pierwszym z nich regulator sektorowy zapobiegał odmowie dostępu i narzucania przesadnie wysokich cen, a na drugim rozporządzenie 717/2007 wprowadziło ceny maksymalne, co ograniczało operatorom możliwość stosowania praktyk antykonkurencyjnych. Rynki na których nie było skutecznej konkurencji podlegały nadzorowi regulacyjnemu, co było wystarczającym zapewnieniem dla Komisji, że koncentracja nie spowoduje na nich znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji.

4. T-Mobile UK/Orange UK⁶⁰³

Orange UK to należący w pełni do France Télécom S.A. funkcjonujący w Zjednoczonym Królestwie operator infrastrukturalny oferujący usługi telekomunikacji mobilnej i szerokopasmowego Internetu. T-Mobile UK to należący w pełni do Deutsche Telekom funkcjonujący w Zjednoczonym Królestwie operator infrastrukturalny oferujący usługi telekomunikacji mobilnej. Zgłoszona koncentracja polegała na stworzeniu wspólnego przedsięwzięcia *joint venture* w którym France Télécom i Deutsche Telekom miały po 50% udziałów, w skład którego miały wejść Orange UK i T-Mobile UK.

4.1. Definiowanie rynku właściwego

Definiując rynki właściwe Komisja wskazała te same cztery rynki co we wcześniejszej decyzji, każdy o charakterze narodowym. Definiując poszczególne rynki Komisja powtórzyła konkluzje z poprzedniej decyzji⁶⁰⁴.

⁶⁰³ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 1 marca 2010 r., *T-Mobile/Orange*, Sprawa nr COMP/M.5650 (2010/C 10/08).

⁶⁰⁴ Zob. Rozdział IV, pkt 3.1.

4.2. Struktura rynku

W Zjednoczonym Królestwie funkcjonowało pięciu operatorów infrastrukturalnych – O2, Vodafone, Orange, T-Mobile i 3UK. 3UK dysponował tylko siecią 3G oferując usługi 2G (rozmowy i SMSy) za pośrednictwem roamingu w Orange⁶⁰⁵. Na rynku obecnych było ponad 25 operatorów wirtualnych, zaś penetracja rynku wynosiła 125%.

Tabela 11 Udział operatorów w rynku usług detalicznych Zjednoczonego Królestwa w pierwszej połowie 2009 roku⁶⁰⁶.

Operator	Udział w rynku (liczba klientów)	Udział w rynku (przychody)
T-Mobile i Orange	20 – 30%	20 – 30%
O2	20 – 30%	20 – 30%
Vodafone	20 – 30%	10 – 20%
Orange	10 – 20%	10 – 20%
T-Mobile	10 – 20%	10 – 20%
3UK	5 – 10%	0 – 5%
Virgin	0 – 5%	–
Wszyscy MVNO	10 – 20%	10 – 20%

Podmiot powstały w wyniku koncentracji stał się liderem rynku zarówno pod względem liczby klientów, jak i przychodów. W latach poprzedzających koncentrację O2 i 3UK byli jedynymi MNO zwiększającymi liczbę klientów, udziały Vodafone utrzymywały się na stabilnym poziomie, a T-Mobile i Orange spadały⁶⁰⁷. Ceny spadały każdego roku, w 2008 r., realny koszt „koszyka usług” wynosił prawie połowę ceny z 2003 r.⁶⁰⁸, zyski czterech największych operatorów również spadły w tym okresie i były niższe niż operatorów na porównywalnych rynkach⁶⁰⁹. Rynek charakteryzował się znacznymi innowacjami w zakresie rodzaju świadczonych usług i metod płatności za które odpowiadali mniejsi operatorzy. 3UK oferował najtańszy transfer danych, promował usługi jak Skype przez telefon i jako pierwszy wprowadził mobilne modemy 3G.

⁶⁰⁵ Sieć 3G może służyć do rozmów, wiadomości SMS i transferu danych, ale w momencie koncentracji zasięg 3G pokrywał mniejszą powierzchnię Zjednoczonego Królestwa niż sieć 2G.

⁶⁰⁶ Opracowanie własne na podstawie decyzji Komisji *T-Mobile/Orange*, pkt. 41 – 44.

⁶⁰⁷ Decyzja Komisji *T-Mobile/Orange*, pkt 45.

⁶⁰⁸ Ibidem, pkt 47.

⁶⁰⁹ Ibidem, pkt 50.

4.3. Wpływ koncentracji na konkurencję na rynku

Rynek detaliczny świadczenia usług telekomunikacji mobilnej dla użytkowników końcowych. Chcąc ocenić jak bliskimi konkurentami na rynku detalicznym byli łączący się przedsiębiorcy Komisja przeanalizowała dane dotyczące przepływu klientów między sieciami. Tylko 10 – 20% klientów Orange odchodziło do T-Mobile - trzeci wynik za O2 i 3UK, którzy przejmowali 60 – 80% klientów odchodzących od Orange. 20 – 30% klientów odchodzących od T-Mobile przechodziło do Orange, co stanowiło drugi wynik za O2 (30 – 40%)⁶¹⁰. Klienci odchodzą od Orange do T-Mobile w liczbie znacznie mniejszej niż wynikałoby to z jego udziałów w rynku, natomiast przechodzący z T-Mobile do Orange nieznacznie tylko przewyższają jego udział w rynku. Przepływ klientów nie świadczył o tym, by przedsiębiorcy ci byli szczególnie bliskimi konkurentami.

Komisja zbadała, czy którąkolwiek ze stron można uznać za szczególnie ważną siłę konkurencyjną, wywierającą szczególnie istotną presję konkurencyjną na innych graczy na rynku detalicznym. Jako, że obydwaj operatorzy tracili klientów w latach poprzedzających koncentrację, żaden z nich nie mógł zostać uznany za przedsiębiorcę *maverick*. Żadna ze stron koncentracji nie była wśród najtańszych operatorów w żadnym segmencie rynku.⁶¹¹

3UK był liderem innowacji, oferował najniższe ceny w większości segmentów rynku, a przepływ klientów wskazywał, że przechwytywał większą liczbę klientów niż wynikałoby to z jego udziałów w rynku⁶¹². Mógł zostać uznany za przedsiębiorcę *maverick*.

Rynek detaliczny świadczenia usług telekomunikacji mobilnej był konkurencyjny i Komisja uznała, że prawdopodobnie pozostałby taki po koncentracji. Nowy podmiot zajmowałby pierwszą pozycję na rynku, ale dwaj najwięksi konkurenci mieliby zbliżone udziały w rynku, zaś najmniejszy MNO z uwagi na odmienną pozycję rynkową i inne zachęty prowadził agresywną politykę cenową, ponadto obecni byli liczni operatorzy wirtualni. Strony nie były bliskimi konkurentami, czy podmiotami agresywnie walczącymi o klientów.

Współdzielenie sieci przez T-Mobile i 3UK. Podstawową obawą wyrażoną zarówno przez Komisję i narodowy organ ochrony konkurencji było ryzyko marginalizacji 3UK. 3UK zawarł umowę o współdzieleniu sieci z T-Mobile mającą na celu budowę sieci 3G o zasięgu ogólnokrajowym w sposób minimalizujący koszty. Ponadto 3UK nie posiadał sieci 2G i korzystał z roamingu w sieci 2G Orange. W wyniku koncentracji jej strony mogły mieć

⁶¹⁰ Ibidem, pkt 57.

⁶¹¹ Ibidem, pkt. 59 – 61.

⁶¹² Ibidem, pkt. 61 i 62.

motywację by wykluczyć z rynku 3UK, w efekcie koncentracja zredukowałaby liczbę operatorów z pięciu do trzech i mogła znacząco zaburzyć konkurencję na rynku. 3UK z jednej strony wyraził obawy, że Orange może odmówić odnowienia umowy roamingu, podnieść cenę lub w inny sposób pogorszyć jej warunki, z drugiej obawiał się o przyszłość umowy z T-Mobile i negatywnych konsekwencji rozwiązania jej przez partnera.

Komisja stwierdziła, że pomimo klauzul zabezpieczających pozycję 3UK, koncentracja może wpłynąć na postawę T-Mobile wobec umowy. T-Mobile może preferować inwestycje w integrację z Orange i może zaprowadzić inwestycje w sieć z 3UK w martwy punkt i spowolnić je ze szkodą dla 3UK. Ponadto, nie było jasne jak miała nastąpić integracja sieci Orange i T-Mobile przy integracji sieci T-Mobile i 3UK. Umowa o współdzieleniu sieci nie przewidywała integracji z trzecią siecią, co budziło niepewność co do przyszłego postępowania T-Mobile.⁶¹³ Było mało prawdopodobne, by powstały podmiot chciał utrzymać dwie osobne sieci 3G (T-Mobile z 3UK i osobna sieć Orange), bo wszelkie oszczędności, które planowano osiągnąć dzięki współpracy z 3UK, można osiągnąć współpracując z Orange bez 3UK.

Rozwiązanie umowy skutkowało by wykluczeniem 3UK z rynku, a połączony podmiot przejąłby część jego klientów⁶¹⁴. Nawet bez rozwiązywania umowy T-Mobile mógł spowalniać inwestycje z 3UK ze szkodą dla funkcjonowania sieci dla 3UK. Niższa jakość usług oferowana przez 3UK osłabiłaby presję konkurencyjną z jego strony i mogła skutkować przepływem klientów do stron koncentracji. Istniała zatem realna groźba, że w wyniku koncentracji powstały podmiot podejmie się praktyk, które doprowadzą do zmarginalizowania, a nawet wykluczenia najbardziej agresywnego cenowo konkurenta.

Koncentracja spektrum. Obawy Komisji budziła koncentracja spektrum radiowego niezbędnego do wprowadzenia telefonii 4G (LTE). Podział spektrum pomiędzy konkurentami świadczącymi usługę bezprzewodowej szerokopasmowej transmisji danych miał mieć istotny wpływ na konkurencję w zakresie usług mobilnych. Koncentracja mogła sprawić, że tylko jeden operator mógłby w przyszłości zaoferować ten typ usług w Zjednoczonym Królestwie.

Na potrzeby świadczenia najszybszego i najbardziej wydajnego transferu w ramach telefonii 4G wymagany był dostęp do przylegającego spektrum 2x20 MHz. Świadczenie usług 4G było możliwe w paśmie 2x10 MHz i węższym, ale odbijało się to na prędkości transferu. Podmiot powstały w wyniku koncentracji jako jedyny w Zjednoczonym Królestwie dysponowałby przylegającym pasmem 2x20 MHz i w efekcie jako jedyny mógłby

⁶¹³ Ibidem, pkt. 81 – 96.

⁶¹⁴ Ibidem, pkt 99.

zaferować usługi 4G o największej prędkości i pełnym zasięgu. Konkurenci mogliby oferować tylko usługę gorszej jakości⁶¹⁵. Komisja przedstawiła dwa potencjalne scenariusze, gdyby nie doszło do koncentracji.

– Nawet pięciu operatorów, w tym każda ze stron osobno, mogłoby uruchomić sieć 4G w oparciu o kombinację różnych częstotliwości.;

– Operatorzy mogliby połączyć swoje spektrum częstotliwości w paśmie 1800 MHz by uzyskać pełny zasięg w sieci 2x20 MHz. Zarówno Orange jak i T-Mobile mogłyby to osiągnąć albo z Vodafone, albo z O2.

Komisja uznała, że gdyby nie doszło do koncentracji, prawdopodobnie powstałoby więcej niż jedna sieć 4G.

Hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń w publicznych sieciach telekomunikacji mobilnej. Hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń był bardziej skoncentrowany niż detaliczny rynek usług telekomunikacji mobilnej. Nowy podmiot miałby 40 – 50% rynku, O2 20 – 30%, Vodafone 20 – 30%, a 3UK znikomy udział⁶¹⁶. Gdyby uwzględnić umowy współdzielenia sieci zawarte przez operatorów infrastrukturalnych, po koncentracji pozostałyby na rynku dwa sojusze – Orange, T-Mobile i 3UK, a także współdzielące sieć O2 i Vodafone. Rodziło to pytania o dostępne dla operatorów wirtualnych zasoby sieciowe. Wolne zasoby są niezbędne dla funkcjonowania MVNO i stanowią zachętę dla MNO do zdobywania nowych klientów, czy to detalicznych, czy hurtowych.

Strony planowały optymalizację połączonych sieci, co skutkowało ograniczeniem niewykorzystywanych zasobów sieciowych i w efekcie mogło zwiększyć ich siłę przetargową i podnieść ceny dla MVNO. Jednak po koncentracji wszyscy operatorzy infrastrukturalni mieli nadal dysponować wolnymi zasobami i nie mieliby zachęty, by wykluczać MVNO z rynku. Z kolei rosnące zapotrzebowanie na szybki transfer danych ograniczało zachęty do redukcji zdolności sieciowych łączących się przedsiębiorstw. Komisja uznała, że rynek ten pozostałby konkurencyjny po koncentracji.

Hurtowy rynek roamingu międzynarodowego w publicznych sieciach telekomunikacji mobilnej. W wyniku koncentracji doszło do horyzontalnego nałożenia się na rynku usług roamingu międzynarodowego. Dodatkowo wystąpiła relacja wertykalna pomiędzy rynkiem roamingu międzynarodowego w Zjednoczonym Królestwie i innych państwach, gdzie funkcjonują Orange i T-Mobile⁶¹⁷.

⁶¹⁵ Ibidem, pkt. 112 – 121.

⁶¹⁶ Ibidem, pkt 66.

⁶¹⁷ Orange: Austria, Belgia, Francja, Polska, Hiszpania, Rumunia, Luksemburg i Słowacja;

Po koncentracji cztery sieci będą oferowały usługę roamingu międzynarodowego. W efekcie każdy zagraniczny operator nadal będzie mógł wybierać pomiędzy kilkoma alternatywnymi sieciami o ogólnokrajowym zasięgu dla swojego ruchu roamingowego w Wielkiej Brytanii. Co więcej, jeden z operatorów nie był członkiem żadnego sojuszu operatorów i pozostawał tu niezależny. Ocena horyzontalna wpływu koncentracji na ten rynek nie budziła zastrzeżeń.

Hurtowy rynek roamingu międzynarodowego jest wertykalnie powiązany z innymi rynkami narodowymi na których obecni są Orange lub T-Mobile. Komisja uznała jednak, że koncentracja nie wywoła antykonkurencyjnych skutków na żadnym z tych rynków. Orange i T-Mobile należeli do tej samej koalicji operatorów, więc utworzenie nowego podmiotu nie wpłynęło na rynek roamingu w żadnym z państw gdzie obecni są strony koncentracji.

Hurtowy rynek zakańczania połączeń. Podobnie jak rynek roamingu, rynek zakańczania połączeń był wertykalnie powiązany z rynkami zakańczania połączeń w państwach, gdzie funkcjonowały sieci Orange i T-Mobile. Każda sieć w każdym państwie stanowi osobny rynek zakańczania połączeń należący w pełni do danego operatora. Koncentracja miała nie doprowadzić do wykluczeń na żadnym z tych rynków, gdyż świadczenie usług na tych rynkach było regulowane przez narodowych regulatorów. Z powodów technicznych dyskryminacja innych operatorów ze Zjednoczonego Królestwa przez powstały podmiot byłaby niemożliwa, bo w większości przypadków ustalenie źródła połączenia międzynarodowego nie jest możliwe. Próba wykluczenia operatorów konkurujących z powstałym podmiotem poprzez rynek hurtowego zakańczania połączeń nie wpłynęłaby w istotny sposób na ceny i klientów tych operatorów, gdyż stosunkowo niewielki procent połączeń był wykonywanych do tych krajów⁶¹⁸.

4.4. Środki zaradcze

Komisja przyjęła zobowiązania dotyczące dwóch kwestii, które budziły największe obawy co do wywołania znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji – współdzielenia sieci i zakresu spektrum.

Współdzielenie sieci. Strony zawarły z 3UK umowę w której doprecyzowano kalendarz planu integracji sieci. Strony zrzekły się części praw dotyczących wcześniejszego rozwiązania umowy o współdzieleniu sieci, przedłużono czas trwania umowy o roaming 2G i

T-Mobile: Austria, Bułgaria, Czechy, Słowacja, Niemcy, Grecja, Węgry, Holandia, Polska i Rumunia;
⁶¹⁸ Decyzja Komisji *T-Mobile/Orange*, pkt. 172 – 178.

obniżono jego koszt. Operatorzy zobowiązali się wzajemnie do wynegocjowania i wprowadzenie w życie planu integracji sieci stron i 3UK oraz ustanowiono szybki mechanizm rozstrzygnięcia sporów dotyczących integracji sieci⁶¹⁹.

Komisja uznała, że umowa wychodziła naprzeciw zgłoszonym obawom, w szczególności dotyczącym planu integracji sieci. Nowa umowa sprawiała, że prawdopodobieństwo pogorszenia sieci współdzielonej z 3UK zostało znacząco ograniczone. Rezygnacja z części praw do wcześniejszego rozwiązania umowy i przedłużenie umowy roamingu 2G podkreśliły zobowiązanie stron do wykonania zawartej umowy współdzielenia sieci i ustabilizowały pozycję 3UK na rynku. Najmniejszy operator mógł dalej skutecznie wywierać presję konkurencyjną na większych konkurentów.

Zakres spektrum. Strony zobowiązały się do dywestycji części spektrum (2x10 MHz i 2x5 MHz). Spektrum miało być sprzedane w całości jednemu podmiotowi, by ten mógł utworzyć sieć 4G LTE o konkurencyjnych parametrach wobec sieci łączących się podmiotów. Po nabyciu pasma 2x15 MHz zarówno O2 jak i Vodafone mogliby stworzyć nawet sieć 2x20 MHz, która skutecznie konkurowałaby pod każdym względem z siecią łączących się podmiotów. 3UK lub nowy podmiot z kolei mieliby dość spektrum, by stworzyć silną konkurencyjną sieć LTE.⁶²⁰ Komisja uznała, że proponowane rozwiązanie rozwiało obawy dotyczące nadmiernej koncentracji spektrum kluczowego dla budowy sieci nowej generacji.

4.5. Wnioski

W ocenie charakterystyki rynku brakuje uwzględnienia stopnia koncentracji rynku i ograniczenie się tylko do posiadanych udziałów w rynku, szczególnie w obliczu utworzenia nowego największego podmiotu. Niewątpliwie prawidłowo została zidentyfikowana dynamika rynku – zmiany popytu, spadek cen, pozycja 3UK jak ważnej siły konkurencji i operatora *maverick* wywierającego większy wpływ na konkurencję niż wynikało z jego udziałów. Pomimo, iż po koncentracji trzech więksi MNO mieliby symetryczne udziały w rynku i zachęty do konkurowania, silna pozycja sprawnego, agresywnego czwartego operatora wywierała wystarczającą presję, by nie było obaw o zakłócenie skutecznej konkurencji. Oceniając bliskość konkurencji pomiędzy stronami Komisja oparła się o dane dotyczące przenoszenia numerów. Strony pozyskiwały mniej swoich klientów niż wskazywałyby ich udziały, przez co Komisja nie uznała ich za szczególnie bliskich

⁶¹⁹ Ibidem, pkt 206.

⁶²⁰ Ibidem, pkt. 214 – 228.

konkurentów. Sama zależność oligopolistyczna występująca na rynku nie została zinterpretowana jako wystarczająca dla takiej ich klasyfikacji.

Komisja zidentyfikowała dwie kluczowe obawy dotyczące struktury rynku – współdzielenie sieci i korzystanie z roamingu przez 3UK ze stronami koncentracji i niekorzystna koncentracja spektrum radiowego. Obydwie obawy mogły wpłynąć negatywnie na konkurencję w przyszłości, ale przyjęto środki zaradcze, które skutecznie zapobiegły ewentualnym zaburzeniom wynikającym z konkurencji. Zapewniono, że 3UK będzie w stanie dalej agresywnie konkurować, a spektrum zostanie podzielone tak, by mogły powstać konkurencyjne sieci nowej generacji. Ostatecznie koncentracja miała nie zaburzyć konkurencji na żadnym ze zidentyfikowanych rynków właściwych.

Komisja uznała, że obecność agresywnego mniejszego operatora infrastrukturalnego zagwarantuje, że rynek hurtowy pozostanie konkurencyjny.

5. Konsekwencje koncentracji dokonanych w latach 2006 – 2010

W latach 2006 – 2010 w Unii Europejskiej doszło do czterech koncentracji operatorów infrastrukturalnych na rynku telekomunikacji mobilnej. Dwie z nich zostały zatwierdzone bez zastrzeżeń, gdyż nie wzbudziły obaw po stronie Komisji. W obydwu przypadkach, w Grecji i w Holandii, były to koncentracje z czterech na trzech MNO. Pozostałe dwie koncentracje zostały zatwierdzone po przyjęciu pakietu zobowiązań, które miały zapobiec zidentyfikowanym zagrożeniom dla konkurencji.

W Grecji w wyniku koncentracji przejęty zostawał najmniejszy operator, który nie zajmował pozycji *maverick*, gdyż nie był pełnowartościowym konkurentem. Jego sieć obejmowała tylko główne miasta, świadczył ograniczony zakres usług, a jego niewielka baza klientów (poniżej 5%) składała się głównie z nastawionych na niską cenę klientów korzystających z usług przedpłaconych. Komisja uważała, że wzmocnienie trzeciego operatora pozwoli mu na równi rywalizować z większymi konkurentami, pomimo iż zgodnie z nauką ekonomii zwiększenie poziomu symetrii na rynku jest czynnikiem prowadzącym do obniżenia presji konkurencyjnej i wzrostu cen. Koncentracja nie miała wpływu na hurtowy rynek dostępu.

W Holandii koncentracja skutkowałą przejęciem najmniejszego operatora (Orange), który również nie zajmował pozycji *maverick* i nie wywierał szczególnej presji konkurencyjnej. W odróżnieniu od sytuacji w Grecji, Orange był pełnowartościowym konkurentem z udziałem w rynku na poziomie kilkunastu procent, czyli wielokrotnie

większym od greckiego operatora. Dane przenoszenia numerów wskazywały, że Orange nie był popularnym wyborem wśród klientów odchodzących od T-Mobile, z kolei T-Mobile przejmował 20 – 30% klientów odchodzących od Orange, co przewyższało jego udziały w rynku, ale lider rynku KPN przejmował większą liczbę klientów. Na tej podstawie Komisja uznała, że strony nie były szczególnie bliskimi konkurentami. Zważywszy na znaczącą presję konkurencyjną ze strony MVNO, szanse na wystąpienie koordynacji działań w wyniku koncentracji były niewielkie. Największy operator od lat tracił udziały w rynku, miał znaczące niewykorzystane zasoby sieciowe oraz przyjął już bardziej agresywną politykę cenową poprzez swoje budżetowe marki. Komisja uznała, że koncentracja nie doprowadzi do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji na rynku detalicznym. Wyraziła przekonanie, że wolne zasoby sieciowe u każdego z pozostałych na rynku operatorów sprawią, że będą oni nadal zainteresowani konkuroowaniem o MVNO na rynku hurtowym.

W przypadku koncentracji w Austrii i Zjednoczonym Królestwie miało miejsce przejście z pięciu do czterech operatorów. Komisja wyraziła zgodę na koncentracje tylko po przyjęciu zobowiązań wychodzących naprzeciw zidentyfikowanym zagrożeniom dla konkurencji.

W Austrii w wyniku koncentracji z rynku zniknął operator *maverick*, a dwaj najwięksi operatorzy mieli zbliżone udziały w rynku. Najmniejszy operator nie mógł przejąć roli *maverick* ze względu na posiadanie ograniczonego zakresu spektrum radiowego oraz braki w infrastrukturze. Komisja postanowiła zastosować środki strukturalne w postaci dywestycji pasma UMTS i nadajników, co pozwoliłoby najmniejszemu operatorowi odgrywać rolę *maverick* i istotnie wpływać na konkurencję na rynku. W efekcie wzmocnionej pozycji najmniejszy operator miał zastąpić eliminowanego operatora i wywierać zwiększoną presję konkurencyjną.

W Zjednoczonym Królestwie strony koncentracji zajmowały trzecie i czwarte miejsce na rynku, nie zostały uznane za operatorów *maverick*, gdyż obydwaj tracili klientów w latach poprzedzających koncentrację, ale najmniejszy, piąty operator (H3G) został za takiego uznany. Oceniając bliskość stron koncentracji Komisja ustaliła, że dla klientów Orange sieć T-Mobile była trzecim najpopularniejszym wyborem, zaś dla klientów T-Mobile sieć Orange była drugim wyborem. Klienci odchodzili od Orange do T-Mobile w liczbie znacznie mniejszej niż wynikałoby to z jego udziałów w rynku, natomiast z T-Mobile do Orange w liczbie nieznacznie tylko przewyższającej jego udział w rynku. W tej sytuacji Komisja uznała, że strony nie były szczególnie bliskimi konkurentami. Obawy Komisji budził fakt, że H3G funkcjonował w oparciu o umowę o współdzielenie sieci z T-Mobile i roaming w sieci 2G

Orange, więc strony koncentracji mogły wykluczyć go z rynku. Ponadto, koncentracja prowadziła do podziału spektrum radiowego, który mógłby zagrozić konkurencyjnemu wprowadzaniu w Zjednoczonym Królestwie telekomunikacji 4G. Komisja przyjęła zobowiązania, które wychodziły naprzeciw tym obawom – doprecyzowano umowy o współdzielenie sieci i roamingu by zabezpieczyć pozycję H3G, dokonano również dywestycji części spektrum radiowego.

5.1. Wpływ przeprowadzonych koncentracji na ceny

W krótkiej perspektywie w wynik koncentracji w Grecji był zgodny z oczekiwaniami Komisji. Aktywna polityka krajowego regulatora na polu obniżania opłat za zakańczanie połączeń i motywacja powstałego podmiotu do zrównania swoich udziałów z większymi konkurentami skutkowałą agresywną konkurencją z jego strony. Powstały podmiot zyskiwał największą liczbę nowych klientów, w 2007 r. zwiększył liczbę klientów o 20%, podczas gdy konkurujący Cosmote o 12,4%, a Vodafone o 11,8%⁶²¹. Symetryczna struktura ścisłego oligopolu przy braku presji konkurencyjnej ze strony MVNO sprawiła jednak, że w średniej i długiej perspektywie czasowej konkurenci przestali intensywnie konkurować, a grecki rynek usług telekomunikacji mobilnej stał się najdroższym rynkiem w Unii Europejskiej i jednym z najdroższych na świecie⁶²².

Koncentracja w Holandii redukująca liczbę MNO do trzech nie wywołała szerszych efektów w perspektywie krótkoterminowej, ale w trzecim roku po koncentracji odnotowano przeciętny wzrost cen o 29% w porównaniu z grupą kontrolną państw z czterema operatorami⁶²³. W ramach poszczególnych koszyków cenowych koncentracja skutkowałą obniżeniem cen w najtańszym koszyku (o 19% w pierwszym roku, 11% w trzecim), ale koszyk średni i wysoki podrożały o prawie 40%⁶²⁴.

Koncentracje zmniejszające liczbę MNO do czterech nie wywołały zauważalnych efektów. W długiej perspektywie w każdym koszyku odnotowano spadek cen, ale mieścił się

⁶²¹ C. Scimemi, T. Tompras, *Evolving over moving Ground: Absorbing Introduced Regulatory Risk – The Case Study of WIND Hellas* (w:) *SSRN Electronic Journal*, sierpień 2007 r., s. 19.

⁶²² Zob. Rewheel Research, *The Greek mobile market is the most expensive market in EU*, listopad 2021.

⁶²³ G. Csorba, Z. Pápai, *Does one more or one less mobile operator affect prices? A comprehensive ex-post evaluation of entries and mergers In European mobile telecommunication markets* (w:) *IEHAS Discussion Papers No. MT-DP - 2015/41*, Budapeszt 2015 r., s. 22.

⁶²⁴ *Ibidem*, s. 20.

on w granicach błędu⁶²⁵. Wskazuje to, że takie koncentracje nie wywołują negatywnych efektów oraz że przyjęte zobowiązania skutecznie zapobiegły zidentyfikowanym zagrożeniom dla konkurencji.

6. Wnioski

Podjęjąc decyzje w latach 2006 – 2010 Komisja Europejska kierowała się wiarą w mechanizmy rynkowe. Przeprowadzona analiza ekonomiczna była bardzo powierzchowna, a przyjęte wnioski zazwyczaj, choć nie zawsze, znajdowały poparcie w nauce ekonomii. Komisja nie korzystała w pełni z dorobku wypracowanego w orzecznictwie oraz ze wskazówek zawartych w wytycznych. Przyjmowane zobowiązania miały na celu usunięcie przeszkód strukturalnych, które groziły marginalizacją operatora *maverick* (w Zjednoczonym Królestwie) albo uniemożliwiały małemu operatorowi osiągnięcie takiego statusu (w Austrii). Podejście Komisji okazało się słuszne w Austrii i Zjednoczonym Królestwie, gdzie rynek przyjął strukturę trzech większych operatorów i jednego agresywnego operatora *maverick*. Koncentracje redukujące liczbę MNO do trzech z czasem przyniosły negatywne skutki. Szczególnie zła sytuacja powstała w Grecji, gdzie trzech MNO o zbliżonych udziałach w rynku utrzymuje bardzo wysokie ceny pomimo świadczenia usług o jakości poniżej przeciętnej europejskiej. W Holandii koncentracja odbiła się negatywnie tylko na najdroższym koszyku usług, gdzie presja konkurencyjna wywierana przez MVNO jest najsłabsza. Koncentracja nie wywołała negatywnych skutków w niższych koszykach cenowych, gdzie MVNO odgrywają największą rolę.

Definiując na przestrzeni kolejnych decyzji rynki właściwe Komisja ustaliła listę czterech rynków, na które koncentracja ma wpływ. Szczegółowej ocenie w każdym przypadku poddawany został detaliczny rynek usług telekomunikacji mobilnej, rynki zakańczania połączeń i roamingu podlegały na tyle precyzyjnej regulacji sektorowej, że koncentracja nie miała wywołać na nich negatywnych skutków. Hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń podlegał regulacji sektorowej do końca 2007 r., ale Komisja oceniała go równie skrupulatnie jak rynek usług detalicznych.

Analizując kolejne decyzje Komisja ograniczała się do oceny jakościowej, nie dokonując oceny ilościowej. Zapewne wynikało to z faktu stwierdzenia w ramach oceny jakościowej, że dane koncentracje nie doprowadzą do wzrostu cen.

⁶²⁵ Ibidem, s. 20.

Przyjęte decyzje nie miały charakteru regulacyjnego, Komisja nie rozstrzygała ilu operatorów powinno funkcjonować w danym państwie. Decyzje były wydane zgodnie z zasadami prawa kontroli koncentracji, dotyczyły połączenia dwóch operatorów i jego wpływu na konkurencję na rynku właściwym. Dwie koncentracje, które nie budziły zastrzeżeń były przyjęte w zgłoszonej postaci, a w pozostałych dwóch Komisja przyjęła środki strukturalne, które bezpośrednio wychodziły naprzeciw zidentyfikowanym zagrożeniom dla struktury rynku.

Rozdział V. Koncentracje na rynku telekomunikacji mobilnej w świetle decyzji Komisji Europejskiej w latach 2012 – 2014

1. Hutchison 3G Austria/Orange Austria⁶²⁶

H3G to infrastrukturalny operator telekomunikacji mobilnej należący do Hutchison 3G Austria Holdings GmbH, który nabył Styrol Holding 1 GmbH i należącego w pełni do niego operatora infrastrukturalnego Orange Austria z wyłączeniem zależnego od Orange wirtualnego operatora Yesss!, który miał zostać sprzedany Telekom Austria AG (TA). TA nabyło również niektóre lokacje, część spektrum i prawa do własności intelektualnej należące do Orange.

1.1. Definiowanie rynku właściwego

Definiując rynek produktowy Komisja przywołała te same cztery rynki co w dwóch poprzednich decyzjach⁶²⁷. Oceniając potrzebę dalszego podziału detalicznego rynku świadczenia usług telekomunikacji mobilnej użytkownikom końcowym Komisja wskazała, że w wyniku rozwoju technologicznego i potrzeb konsumentów na rynku wykształciły się zróżnicowane segmenty o odmiennym znaczeniu dla konkurencji. W ramach danego rynku obawy o konkurencję mogą niekiedy dotyczyć tylko jakiegoś segmentu o szczególnym znaczeniu dla całego rynku⁶²⁸. Z tego względu oceniając wpływ koncentracji na konkurencję Komisja wzięła pod uwagę detaliczny rynek świadczenia usług telekomunikacji mobilnej jako całość, jak i niektóre jego segmenty z osobna. O ile z punktu widzenia strony podaźowej usługi głosowe, wiadomości SMS i transfer danych mają charakter homogeniczny i są technicznie zastępowalne, to z punktu widzenia strony popytowej rynek można było podzielić na cztery segmenty:

- usługi dla przedsiębiorstw
- usługi abonamentowe – połączenia głosowe i transfer danych
- usługi przedpłacone – połączenia głosowe i do pewnego stopnia transfer danych

⁶²⁶ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 12 grudnia 2012 r., *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, Sprawa nr COMP/M.6497 (2013/C 224/06).

⁶²⁷ Zob. Rozdział IV, pkt 3.1.

⁶²⁸ Zob. Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 17 listopada 2010 r., *Unilever/Sara Lee Body Care*, Sprawa nr COMP/M.5658 (2010/C 108/06), pkt. 138, 176 i n., 514 i n., 579 i n., 675 i n.

- transfer danych w ramach bezprzewodowego Internetu szerokopasmowego (bez usług głosowych)

Ze względu na bariery regulacyjne zidentyfikowane rynki właściwe zostały uznane za narodowe pod względem geograficznym⁶²⁹.

1.2. Struktura rynku

Na austriackim rynku obecnych było czterech operatorów infrastrukturalnych - TA (pod marką A1, wcześniej Mobilkom, do TA należy też budżetowa marka bob), T-Mobile, Orange (wcześniej ONE, do Orange należy też budżetowa marka Yesss!) i H3G, a także dwaj operatorzy wirtualni - eety i Vectone.

Tabela 12 Udział w rynku detalicznym austriackich operatorów w 2011 roku⁶³⁰.

Operator	Udział w rynku (liczba klientów)	Udział w rynku (przychody)
TA i Yesss!	40-50% (5-10% Yesss!)	40-50% (0-5% Yesss!)
T-Mobile	30-40%	30-40%
Orange i H3G	20-30%	20-30%
Orange (bez Yesss!)	10-20%	10-20%
H3G	10-20%	5-10%
Vectone	0-5%	0-5%

Łączny udział stron w rynku wynosił poniżej 25%, ale wartości wskaźnika koncentracji HHI i jego delta były ponad poziomami zdefiniowanymi w wytycznych⁶³¹. Po koncentracji wskaźnik HHI wynosił poniżej 5000, zaś delta 500 – 1000 w porównaniu z sytuacją sprzed koncentracji i poniżej 500 skupiając się tylko na nabyciu samego Orange i przekazując Yesss! do TA⁶³². Udziały poszczególnych przedsiębiorstw w rynku były stabilne na przestrzeni trzech lat przed koncentracją. Rynek telekomunikacji mobilnej był wysoko skoncentrowany już przed zgłoszoną koncentracją.

1.3. Wpływ koncentracji na konkurencję na rynku

Wszyscy operatorzy mogą teoretycznie funkcjonować we wszystkich segmentach rynku, ale techniczna możliwość substytucyjności po stronie podażowej nie implikuje konieczności istnienia presji konkurencyjnej, ponieważ istnienie rzeczywistej presji konkurencyjnej

⁶²⁹ Decyzja Komisji *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, pkt. 71 – 81.

⁶³⁰ Opracowanie własne na podstawie decyzji Komisji *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, pkt 135.

⁶³¹ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt 20.

⁶³² Decyzja Komisji *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, pkt 137.

wynikającej z substytucji po stronie podażowej wymaga nie tylko zdolności do wejścia lub ekspansji w danym segmencie, ale także zachęty do zrobienia tego. Zdaniem Komisji wszyscy operatorzy, którzy mieli wejść w dane segmenty już to zrobili.

Transakcja nie stwarzała zagrożenia dla konkurencji w segmentach usług przedpłaconych i usług dla przedsiębiorstw. Większe znaczenie miały jednak segment usług abonamentowych, jako generujący największe przychody, oraz segment transferu danych, jako głównego motoru wzrostu na rynku. W ramach usług abonamentowych przychody stron przewyższały ich udział w całym rynku z powodu wyższych dochodów i marży uzyskiwanych w tym segmencie przez Orange. W efekcie trzy pozostałe na rynku podmioty uzyskiwały równe przychody w najważniejszym segmencie rynku. Strony przyciągały do siebie prawie połowę nowych klientów abonamentowych, zaś dane przepływu klientów wskazywały, że każdy z łączących się przedsiębiorców przejmował 20 – 30% klientów zmieniających sieć. Segment transferu danych ulegał dynamicznemu wzrostowi (tempo 50% rocznie), udział stron w segmencie oraz liczba przyciąganych nowych klientów wynosiły 40 – 50%. H3G był liderem segmentu, jego sieć była uważana za najlepszą w Austrii i miała stać się jeszcze lepsza w wyniku koncentracji. Prospektywna analiza wykazała, że w segmencie transferu danych koncentracja wywoła istotną zmianę w strukturze strony podażowej.⁶³³

Na potrzebę oceny bliskości konkurentów dane dotyczące przepływu klientów wskazały, że ilość klientów przechodząca pomiędzy stronami była wyższa niż wskazywałyby na to ich udziały w rynku, więc strony wywierały na siebie znaczną presję konkurencyjną⁶³⁴. Podobnie pozycja rynkowa poszczególnych operatorów wynikająca ze struktur oferowanych taryf świadczyła, że Orange był szczególnie istotnym konkurentem dla H3G w kluczowym dla niego segmencie abonamentowych użytkowników smartfonów korzystających z dużej ilości danych⁶³⁵. Koncentracja wpłynęłaby na strukturę rynku w odniesieniu do tych użytkowników, którzy mieli być odpowiedzialni za znaczną część wzrostu branży w przyszłości. W segmencie transferu danych bez usług głosowych udział H3G był nieproporcjonalnie wysoki (50 – 60% transferowanych danych) i rósł z roku na rok, zaś udział Orange minimalnie spadał (ok. 10%)⁶³⁶. Komisja uznała, że pozycja stron jako dostawców usług transferu danych w połączeniu z usługami głosowymi i bez wymaga szczególnego zwrócenia uwagi ze względu na dynamiczny rozwój tych segmentów, znaczne udziały w nich stron i konkurencyjność ich sieci.

⁶³³ Ibidem, pkt. 152 – 174.

⁶³⁴ Ibidem, pkt. 188 i 189.

⁶³⁵ Ibidem, pkt. 192 – 195.

⁶³⁶ Ibidem, pkt 207.

Polityka cenowa i struktura taryf w odniesieniu do użytkowników smartfonów i transferu danych uzasadniały uznanie stron za bliskich konkurentów, a wręcz szczególnie bliskich w wielu kluczowych aspektach⁶³⁷. Strony oferowały podobne produkty nakierowane na podobny rodzaj klienta, były postrzegane za najbliższych konkurentów i w efekcie wywierały wzajemnie presję na swoją politykę cenową. Komisja uznała, że koncentracja będzie skutkować wyeliminowaniem tej presji i doprowadzi do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji.

Komisja oceniła siłę konkurencyjną H3G na rynkach właściwych, jego znaczenie jako siły konkurencyjnej oraz to, czy koncentracja ograniczy zachęty do dalszego działania jako równie ważna siła konkurencji w przyszłości. H3G był postrzegany za operatora napędzającego konkurencję na rynku i wywierającego większy wpływ niż świadczyłby o tym jego udział w rynku. Koncentracja miała połączyć dwóch stosunkowo niewielkich operatorów, którzy zdobywali nieproporcjonalnie wielu nowych klientów, a w ich miejsce stworzyć jednego dużego operatora o odmiennych zachętach rynkowych i celach. Powstały podmiot miałby mniejszą motywację do agresywnego konkurowania. Dotychczas H3G prowadził agresywną politykę opartą na niższych marżach, gdyż w innym przypadku nie mógł liczyć na uzyskanie wielu nowych klientów, zaś zyski dzięki nowym klientom przewyższały przyszłe niższe ceny dla dotychczasowych klientów⁶³⁸. Od czasu decyzji Komisji w sprawie *Tele.ring*⁶³⁹ H3G był jedynym austriackim operatorem, który stale powiększał swój udział w rynku (z niecałych 5% do ponad 10%). W wyniku koncentracji liczba klientów H3G zwiększyłaby się ponad dwukrotnie, a podmiot utraciłby zachęty do agresywnego zdobywania nowych klientów, zamiast tego stawałby się zainteresowany zachowaniem swoich klientów korzystających z usług o wysokiej marży. Pogląd ten znalazł potwierdzenie w wewnętrznych dokumentach stron, które zakładały pozyskanie przez strony po koncentracji do 2016 roku 1,2 mln mniej klientów niż w przypadku gdyby do koncentracji nie doszło⁶⁴⁰. Oferta połączonego podmiotu miała nie być równie tania i atrakcyjna co stron działających niezależnie.

Komisja uznała H3G za ważną, jeśli nie najważniejszą, siłę w procesie konkurencji na austriackim rynku oraz że jego motywacja do pozostania siłą napędową konkurencji ulegnie redukcji w przypadku braku istotnych korzyści płynących z koncentracji.

⁶³⁷ Ibidem, pkt. 223 – 249.

⁶³⁸ Ibidem, pkt. 250 – 259.

⁶³⁹ Zob. Rozdział IV pkt 2.

⁶⁴⁰ Decyzja Komisji *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, pkt 276.

Barierę wejścia na austriacki rynek mobilnej łączności elektronicznej były wysokie a szansa wejścia nowego operatora znikoma. H3G musiał zainwestować dwa miliardy euro zanim zaczął generować zyski z bieżącej działalności. Wybudowanie nowej infrastruktury sieciowej zajęłoby dwa do czterech lat, a zdobycie bazy klientów generujących zyski i rozsądny zwrot z inwestycji około dziesięć lat⁶⁴¹. Operatorzy wirtualni również spotykali się z wysokimi barierami w postaci wysokich cen za usługę dostępu hurtowego, stąd ich niewielka obecność na rynku. MVNO mogliby wywierać presję konkurencyjną, ale operatorzy infrastrukturalni preferowali ochronę swojej pozycji poprzez utrzymywanie wysokich cen na niepodlegającym regulacji hurtowym rynku dostępu. Sytuacja MVNO uległaby pogorszeniu po koncentracji, gdyż mogliby negocjować z jednym operatorem mniej, a ponadto Orange był najbardziej przychylny dla operatorów wirtualnych⁶⁴².

W wyniku koncentracji liczba MNO spadłaby z czterech do trzech na rynku o istotnych barierach wejścia i niewielkiej obecności MVNO. Strony koncentracji to dwaj najmniejsi operatorzy, powstały podmiot nadal byłby najmniejszy na rynku, ale liczba klientów H3G wzrosłaby ponad dwukrotnie, a w najważniejszych segmentach byłby równorzędnym konkurentem albo liderem. Najbardziej agresywny operator straciłby motywację do organicznego wzrostu zamiast tego zachowując się podobnie do większych konkurentów. Komisja uznała, że koncentracja będzie skutkowałą znaczącą presją na wzrost cen ze szkodą dla konsumentów w szczególności w segmentach usług abonamentowych oraz samego transferu danych⁶⁴³. Wysoki stopień przepływu klientów między stronami świadczył, że strony mogły zinternalizować wywieraną na siebie presję, w efekcie podnosząc ceny dla wielu klientów. Pozostali operatorzy również uzyskaliby możliwość i zachętę do podniesienia cen.

Dokonując oceny ilościowej wpływu koncentracji na poziom cen Komisja przeprowadziła analizę UPP⁶⁴⁴. Komisja postanowiła obliczyć prawdopodobną podwyżkę cen, do której może doprowadzić koncentracja, poprzez połączenie wyniku testu UPP z przyjętym w oparciu o liniowy popyt współczynnikiem przenoszenia kosztów⁶⁴⁵. Ocenie poddano jedynie segment usług abonamentowych. Przyjęty model był mniej precyzyjny niż pełna symulacja koncentracji, gdyż nie uwzględniał wpływu na pozostałych rywali ani

⁶⁴¹ Ibidem, pkt. 291 i 292.

⁶⁴² Ibidem, pkt 299.

⁶⁴³ Ibidem, pkt 308.

⁶⁴⁴ Zob. Rozdział II, pkt 4.

⁶⁴⁵ Decyzja Komisji *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, pkt. 310 – 313.

wynikających z koncentracji wzrostów wydajności, ale pozwolił oszacować wartość jednostronnej zachęty do podniesienia cen przez połączony podmiot.

Oszacowany w oparciu o przeciętny przychód na użytkownika, różnice w wysokości marży operatorów i stopę substytucji wskaźnik brutto presji na wzrost cen (GUPPI) przewidywał wzrost cen o 10 – 20% dla klientów H3G i Orange, co może być uznane za znaczne⁶⁴⁶. W odpowiedzi na tę podwyżkę należało spodziewać się podwyżek ze strony konkurentów, co dalej zmniejszyłoby presję konkurencyjną wywieraną na powstały podmiot i mogło skutkować kolejnymi podwyżkami.

Komisja przeprowadziła analizę spodziewanego zachowania konkurentów stron w reakcji na koncentrację. Zmniejszenie cen lub zwiększenie podaży było uznane za mało prawdopodobne. Powołując się na model Bertranda⁶⁴⁷ wskazała, że reakcją pozwalającą na maksymalizację zysków będzie podniesienie cen.

Jedyny obecny na rynku operator wirtualny nie wywierałby skutecznie presji konkurencyjnej w przypadku podniesienia cen przez strony. Operatorzy wirtualni mogą skutecznie konkurować tylko gdy usługi dostępu na rynku hurtowym są świadczone na konkurencyjnych warunkach, co nie miało miejsca w Austrii⁶⁴⁸. Nie należało spodziewać się, że sytuacja ta ulegnie zmianie i operatorzy wirtualni zaczną konkurować z infrastrukturalnymi.

Oceniając wpływ koncentracji na konkurencję Komisja porównała stan mający wynikać z koncentracji z hipotetycznym scenariuszem rozwoju rynku w przypadku braku koncentracji. Zgodnie z wytycznymi⁶⁴⁹ kreśląc ten scenariusz obrała za punkt wyjścia zachowanie *status quo* przyjmując zmiany tylko w uzasadnionych okolicznościach. Jako, że strony nie wykazały takich okoliczności, na potrzeby analizy przyjęto, że Orange miałoby pozostać równie znaczącym konkurentem jak dotychczas⁶⁵⁰.

1.4. Korzyści z koncentracji – zwiększenie wydajności

Zgłaszając koncentrację strony nie odniosły się w ogóle do zagadnienia prokonkurencyjnych skutków koncentracji, wskazując tylko że pozwoli ona H3G na zwiększenie swojej roli jako konkurencyjnej siły na rynku dzięki efektom skali. Dopiero w

⁶⁴⁶ Ibidem, pkt 314.

⁶⁴⁷ Zob. Rozdział II, pkt 3.4.3.

⁶⁴⁸ Decyzja Komisji *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, pkt. 379.

⁶⁴⁹ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt 9.

⁶⁵⁰ Decyzja Komisji *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, pkt. 383 – 401.

odpowiedzi na skierowanie postępowania do Fazy II strony przedstawiły zwiększenie wydajności jako element formalnej obrony.

Strony twierdziły, że połączenie sieci obydwu operatorów sprawi, że zdolności połączonej sieci będą większe niż dwóch osobnych dzięki możliwości korzystania z pełni połączonego spektrum, w efekcie pozwalając na świadczenie usług o wyższej jakości i prędkości. H3G miało uniknąć problemu wąskich gardeł i limitu zdolności poprzez odciążenie przeciążonych sektorów swojej sieci. Wszystko to miało przełożyć się na korzyści dla klientów poprzez podniesienie jakości świadczonych usług. Komisja jednak uznała dowody przedstawione przez strony na poparcie wynikającego z koncentracji wzrostu zdolności sieci za nieprzekonujące.

Korzyści płynące z koncentracji mogą być uwzględnione tylko, gdy nie mogą być osiągnięte w mniej szkodliwy dla konkurencji sposób. Alternatywa musi być realistyczna i osiągalna⁶⁵¹. Strony twierdziły, że dodanie nowych lokacji, pozyskanie częstotliwości od konkurentów lub z aukcji, korzystanie z roamingu lub dzielenie spektrum nie były realistyczną i osiągalną alternatywą dla zwiększenia zdolności sieci. Jednak nawet jeśli te alternatywy były bardziej uciążliwe lub kosztowne, nie mogą być w całości odrzucone. Jeśli są realistyczne i osiągalne, to tylko dodatkowe korzyści wynikające z koncentracji mogą być uznane. Powyższe rozwiązania to ustalone praktyki biznesowe w branży i są potencjalnymi sposobami na załagodzenie ograniczeń zdolności sieciowych, a strony nie wykazały dlaczego nie mogą być realistycznie wykorzystane. Komisja wskazała mniej antykonkurencyjne alternatywne rozwiązania pozwalające osiągnąć wskazane korzyści bez redukcji liczby operatorów: roaming z innymi operatorami, wspólny rozwój sieci LTE, współdzielenie sieci czy koncentracja należących do stron sieci przy pozostawieniu komercyjnych aktywów Orange jako niezależnego MVNO⁶⁵². Podobnie, H3G jest w stanie zapobiec powstaniu wąskich gardeł w inny sposób niż tylko poprzez koncentrację – dodanie nowych lokacji, pozyskanie nowych częstotliwości lub poprzez roaming.

Klienci zyskują na zwiększonej zdolności sieci tylko gdy przekłada się ona na jakość połączenia lub motywuje operatora do obniżenia cen. Zwiększenie zdolności samo w sobie nie stanowi korzyści dla klientów. Co więcej, nawet jeśli wyższa jakość sieci będzie odczuwalna dla konsumentów, ale pozbawiony wystarczającej presji konkurencyjnej operator podniesie ceny przejmując korzyści od konsumentów, nie będzie mogło być mowy o korzyściach płynących z koncentracji. Znaczny poziom niewykorzystywanych zasobów

⁶⁵¹ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt 85.

⁶⁵² Decyzja Komisji *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, pkt 418.

sieciowych motywuje operatora do agresywnej polityki cenowej celem wykorzystania efektu sieci, a ograniczenia zasobów do podnoszenia cen. Rzekome nadchodzące ograniczenia wynikające z wąskich gardeł powinny być już wpływać na ceny, a efekt taki nie został odnotowany. Stąd Komisja odrzuciła argument, że polityka cenowa H3G ulegnie zmianie z powodu zakresu posiadanych zdolności sieciowych. H3G nie uzasadnił dlaczego zwiększenie zdolności sieciowych miałyby przynieść korzyści cenowe czy jakościowe konsumentom.

H3G twierdził, że koncentracja pozwoli mu szybciej zbudować sieć LTE o krajowym zasięgu⁶⁵³. Tymczasem wewnętrzne dokumenty Orange wskazywały na plany samodzielnej budowy takiej sieci, co podważało korzyści dla konsumentów z szybszego rozwoju sieci przez H3G. Istniały również alternatywne sposoby rozbudowy sieci LTE, przez co korzyści nie można uznać za specyficzne dla koncentracji. Strony nie wykazały też w jakim stopniu korzyści z szybszego wprowadzenia sieci LTE byłyby przekazane klientom, a nie przejęte przez strony.

Strony twierdziły, że połączone sieci oferowałyby zasięg lepszy niż każda z sieci z osobna⁶⁵⁴. Strony nie wskazały jednak jaki pozytywny wpływ miałyby to mieć na konsumentów. Efekt lepszego zasięgu można uzyskać w inne osiągalne i realistyczne, chociaż mniej atrakcyjne dla H3G, sposoby – dodanie nowych lokacji, umowę współdzielenia sieci, pozyskanie częstotliwości w paśmie 800 MHz. To samo odnosiło się do Orange. Korzyści te były zatem osiągalne w sposób inny niż tylko poprzez koncentrację.

H3G twierdził, że będąc najmniejszym operatorem nie uzyskiwał analogicznych korzyści skali jak TA i T-Mobile. Koncentracja pozwoliłaby stać się pod tym względem konkurencyjnym, przyczyniłaby się do przyszłych inwestycji i generowała oszczędności pozwalające na rozwój nowych usług i bardziej konkurencyjne ceny⁶⁵⁵. Wydatki OPEX i CAPEX połączonego podmiotu miały być znacznie niższe niż łączne wydatki dwóch osobnych sieci. Zdaniem Komisji strony nie wykazały, że korzyści te można osiągnąć jedynie w drodze koncentracji. W grę wchodziło współdzielenie sieci, a tylko korzyści nieosiągalne przy jego stosowaniu można było zaliczyć na poczet korzyści z koncentracji. Strony nie wykazały w jakim stopniu oszczędności będą skutkować obniżeniem kosztów marginalnych i w efekcie zostaną uwzględnione w cenach. Ponadto, nawet jeśli oszczędności miały wynikać z koncentracji, fakt prognozowania mniejszej liczby klientów połączonego podmiotu niż obu

⁶⁵³ Ibidem, pkt 430.

⁶⁵⁴ Ibidem, pkt 435.

⁶⁵⁵ Ibidem, pkt 440.

sieci z osobna sugeruje, że korzyści dla konsumentów nie przewyższą negatywnych skutków koncentracji.

Komisja uznała, że wskazane przez strony korzyści z koncentracji nie były weryfikowalne, specyficzne dla koncentracji i nie przenosiły się na sytuację klientów. Z tego względu postanowiła nie uwzględniać ich przy ocenie szkodliwego skutku koncentracji.

1.5. Efekty skoordynowane

Dla stwierdzenia, że dana koncentracja wywoła efekty skoordynowane należy wykazać, że sprawi ona koordynację łatwiejszą, bardziej efektywną lub długotrwałą. Komisja przywołała kryteria ustalone w sprawach *Airtours* i *Impala*⁶⁵⁶ podkreślając potrzebę wykazania:

- 1) zdolności do spełnienia warunków koordynacji;
- 2) zdolności monitorowania odstępstw;
- 3) istnienia wiarygodnego mechanizmu odstraszającego;
- 4) reakcji podmiotów trzecich (potencjalnych konkurentów i klientów) jako nie stanowiącej zagrożenia dla koordynacji;

Komisja nie wykluczała, że koncentracja może doprowadzić do osłabienia konkurencji w wyniku efektów skoordynowanych skutkując wyższymi cenami niż gdyby były ustalane przez indywidualnych konkurentów maksymalizujących swoje zyski. Niektóre cechy rynku mogły się do tego przyczyniać, a zachowanie operatorów w przeszłości mogło świadczyć o koordynacji. Komisji nie udało się jednak osiągnąć wymaganego stopnia dowodu i wykazać znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji. Dodatkowo podkreśliła, że przyjęte środki zaradcze mają na celu ułatwienie wejścia na rynek nowych podmiotów, w efekcie przeciwdziałając ewentualnym efektom skoordynowanym.

Komisja uznała, że przy przyjętych zobowiązaniach koncentracja nie doprowadzi do wystąpienia skutków skoordynowanych na detalicznym rynku świadczenia usług telekomunikacji mobilnej dla użytkowników końcowych. Na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń w publicznych sieciach telekomunikacji mobilnej istniało zagrożenie wzrostu kosztów wejścia na rynek dla operatorów wirtualnych, gdyż zniknie jedna z opcji wejścia na rynek, ale przyjęte zobowiązania miały temu zapobiec. Hurtowy rynek roamingu międzynarodowego podlegał regulacji sektorowej na poziomie unijnym, więc nawet

⁶⁵⁶ Zob. Rozdział III, pkt 3.1.1.

wertykalne związki z operatorami należącymi do 3 Group w innych państwach nie prowadziłyby do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji. Hurtowy rynek zakańczania połączeń głosowych z kolei podlegał regulacji na poziomie krajowym, ponadto wszelkie próby wykluczania innych operatorów byłyby niewykonalne technicznie i nieopłacalne.⁶⁵⁷

1.6. Efekty nieskoordynowane

Komisja uznała, że wyeliminowanie Orange jako niezależnego operatora i zmniejszenie liczby operatorów z czterech do trzech znacznie zakłóciłoby skuteczną konkurencję na rynku wewnętrznym poprzez wystąpienie efektów nieskoordynowanych na austriackim rynku świadczenia usług telekomunikacji mobilnej klientom końcowym.

1.7. Środki zaradcze

W odpowiedzi na przedstawione obawy strony przedstawiły pakiet zobowiązań, który miał wyeliminować obawy o wystąpienie zaburzenia konkurencji. Od początku procesu Komisja stała na stanowisku, że skutecznym sposobem na rozwianie obaw o stan konkurencji po koncentracji byłoby stworzenie warunków dla pojawienia się nowych konkurentów.

H3G zobowiązał się do udostępnienia do 30% zasobów swojej sieci do szesnastu operatorom wirtualnym na przestrzeni dziesięciu lat lub do dokonania dywestycji spektrum. Warunki hurtowej umowy z MVNO były opublikowane w postaci oferty referencyjnej. Oferta nie przewidywała wymogu dotyczącego minimalnego poziomu wykorzystania sieci czy minimalnych przychodów uzyskiwanych przez MVNO, zaś opłaty za usługi głosowe, SMSy i transfer danych miały być naliczane jednostkowo zgodnie z wykorzystaniem. H3G zobowiązał się nie kończyć przejęcia Orange przed zawarciem umowy na podstawie oferty referencyjnej z jednym MVNO.

H3G zobowiązał się zaoferować nowemu MNO część spektrum (2x10 MHz w paśmie 2600 MHz) wraz ze sprzedażą lub wspólnym korzystaniem z lokacji i roamingiem krajowym przez okres do sześciu lat na warunkach określonych w ofercie referencyjnej. Państwowy regulator zobowiązał się dodatkowo przyznać nowemu MNO pasmo w częstotliwości 800 MHz w 2013 roku⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ Decyzja Komisji *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, pkt. 446 – 474.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, pkt 533.

1.8. Wnioski

Koncentracja oznaczała redukcję operatorów z czterech do trzech na rynku, który już przed koncentracją był wysoko skoncentrowany. Transakcja zwiększała stopień koncentracji rynku w znaczącym wymiarze, który zgodnie z wytycznymi powinien budzić znaczące obawy o poziom konkurencji. Pomimo, że na rynku nie było operatora *maverick*, to H3G był najbardziej agresywnie konkurującym podmiotem, po zwiększeniu bazy klientów jego motywacja do agresywnej polityki cenowej uległaby osłabieniu, gdyż stałby się równorzędnym konkurentem dla pozostałych dwóch podmiotów. Znaczna symetria budziła obawy o wystąpienie efektów nieskoordynowanych ze szkodą dla klientów. Komisja po raz pierwszy przy ocenie koncentracji operatorów telekomunikacji mobilnej przeprowadziła analizę ilościową, próbując oszacować presję na wzrost cen w wyniku koncentracji. Ocena korzyści płynących z koncentracji była surowa. Komisja uznała, że każda zgłoszona korzyść była możliwa do osiągnięcia w sposób mniej szkodliwy dla konkurencji, w efekcie odrzucając je wszystkie.

Przyjęte zobowiązania miały zapobiec wystąpieniu efektów nieskoordynowanych i ewentualnych efekty skoordynowanych, a zatem skorygowana o nie koncentracja miała nie wywołać znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji. Środki zaradcze obniżyły bariery wejścia na rynek zarówno dla operatora infrastrukturalnego, jak i MVNO. Komisja była przekonana, że uwalniany pakiet częstotliwości był wystarczająco atrakcyjny, by na rynek wszedł nowy MNO, gdyż mógłby on prowadzić równorzędną rywalizację z zasiedzającymi operatorami w nowoczesnych usługach jak LTE, a w starszych posiłkować się roamingiem krajowym. Komisja przewidywała, że na rynku pojawi się nowy operator MVNO (UPC podpisał umowę i został zatwierdzony przed wejściem w życie koncentracji) i potencjalnie nowy MNO albo drugi MVNO, co wywarłoby wystarczającą presję konkurencyjną na trzech zasiedziających operatorów⁶⁵⁹.

Komisja od samego początku chciała doprowadzić do wprowadzenia na rynek nowych konkurentów skupiając się przede wszystkim na MVNO, chociaż licząc również na pojawienie się nowego MNO. W Austrii funkcjonował tylko jeden MVNO, w porównaniu z ok. pięćdziesięcioma w Holandii⁶⁶⁰ i dwudziestoma pięcioma w Zjednoczonym Królestwie⁶⁶¹. O ile istniała szansa, że koncentracja doprowadzi do jeszcze trudniejszych warunków na

⁶⁵⁹ Ibidem, pkt 542.

⁶⁶⁰ Zob. Rozdział IV, pkt. 3.

⁶⁶¹ Zob. Rozdział IV, pkt. 4.

rynku hurtowym, to już przed koncentracją nie panowały na nim konkurencyjne warunki. Przyjęte przez Komisję środki zaradcze miały wywołać skutki zarówno na rynku detalicznym i hurtowym. Na rynku usług detalicznych Komisja liczyła, że doprowadzi do wejścia na rynek nowych operatorów, a wywierana przez nich presja konkurencyjna zrównoważy zmianę motywacji do konkurowania pozostałych trzech MNO. Z perspektywy tego rynku środek stanowił typowe narzędzie kontroli koncentracji - zobowiązanie do świadczenia dostępu, które miało rekompensować zanikającą presję konkurencyjną. Z kolei na rynku hurtowym Komisja chciała obniżyć bariery wejścia, wprowadzić zatwierdzonego z góry MVNO i zapewnić mechanizm cenowy, który umożliwi MVNO konkurowanie w przyszłości. Rynek ten nie funkcjonował sprawnie przed koncentracją, przyjęte środki zaradcze zawiązką kompensowały zniknięcie Orange, ale jednocześnie wprowadzały stawki według których powstały operator miał od teraz świadczyć usługę dostępu. Z perspektywy tego rynku można odczytać to jako instrument regulujący rynek, mający na celu wprowadzenie konkurencji na rynek, gdzie ta nie funkcjonuje. Sukces wprowadzonej oferty skutkujący pojawieniem się licznych MVNO rywalizujących na rynku detalicznym wywarłby presję na MNO do rywalizowania o obsługę MVNO na rynku hurtowym. Otwarta oferta H3G z jednej strony wprowadzała sufit cenowy, a z drugiej zapewniała mu udział w zyskach wypracowanych przez obsługiwanych MVNO. Konkurencyjne MNO mogłoby chcieć ograniczyć straty ponoszone na rzecz wchodzących MVNO poprzez obsługiwanie ich w swojej sieci, co skutkowałoby wprowadzeniem konkurencji na rynek.

Okazało się jednak, że żaden operator, ani infrastrukturalny, ani wirtualny, nie wszedł na rynek austriacki.

2. Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland⁶⁶²

Three to infrastrukturalny operator telekomunikacji mobilnej należący do Hutchison 3G UK Holdings Limited aktywny w Irlandii, który w 2014 r. nabył operatora infrastrukturalnego O2 należącego do Telefónica Ireland Limited.

⁶⁶² Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 28 maja 2014 r., *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland*, Sprawa nr COMP/M.6992 (2014/C 264/04).

2.1. Definiowanie rynku właściwego

Dokonując definicji rynków właściwych na które wpływ ma koncentracja Komisja wyszczególniła cztery rynki zidentyfikowane w poprzednich decyzjach, wszystkie miały geograficznie zakres narodowy⁶⁶³.

Oceniając detaliczny rynek świadczenia usług telekomunikacji mobilnej użytkownikom końcowym wskazano istnienie wielu segmentów, które nie stanowiły osobnych rynków. Sposób płatności, typ klienta, czy rodzaj usług są odmienne z perspektywy klientów, ale zastępowalność po stronie podażowej sprawia, że każdy operator oferował wszystkie usługi przy pomocy tej samej infrastruktury i technologii. Po stronie popytowej zastępowalność poszczególnych segmentów jest ograniczona, co wpływa na dynamikę konkurencji. O ile rynek został uznany za jednolity, rozróżnienie segmentów było istotne na potrzeby oceny konkurencji na rynku, gdyż zagrożenie dla konkurencji w istotnym segmencie może świadczyć o zagrożeniu dla konkurencji na całym rynku.

2.2. Struktura rynku

Na irlandzkim rynku obecnych było czterech operatorów infrastrukturalnych – Vodafone, O2, Eircom i Three. Three był najmłodszym i najszybciej rozwijającym się MNO. O2 to drugi największy MNO, należała do niego budżetowa marka „48” i 50% udziałów w Tesco Mobile.

Rynek usług telekomunikacji mobilnej był rozwinięty – penetracja rynku wynosiła 122,2%. W roku poprzedzającym koncentrację użycie usług głosowych wzrosło o 6,3%, SMS i MMS spadało, a wykorzystanie transferu danych wzrosło o 43,7%. W ciągu dwóch lat ceny spadły o 7,7%, co stanowiło wynik porównywalny z grupą kontrolną czternastu państw Europy Zachodniej.⁶⁶⁴ Na przestrzeni trzech lat przed koncentracją przeciętny przychód z jednej minuty usług głosowych spadł dla każdego MNO, zaś przeciętny przychód z jednego gigabajta transferu danych pozostał bez zmian lub spadł, ale przy znacznym wzroście wykorzystania był źródłem rosnących przychodów. Charakterystyczną cechą Irlandii jest znaczna powierzchnia obszarów wiejskich o niskiej gęstości zaludnienia, co stanowi duże wyzwanie dla MNO pragnących objąć zasięgiem sieci całą populację. Tylko dwaj operatorzy dysponowali siecią o zasięgu ogólnokrajowym – Vodafone i O2. Eircom i Three korzystały poprzez współdzielenie sieci i roaming z sieci Vodafone. W 2008 roku 10% populacji nie

⁶⁶³ Ibidem, pkt. 155 – 161.

⁶⁶⁴ Ibidem, pkt. 24 – 28.

miało dostępu do usług szerokopasmowych, więc rząd wprowadził program dopłat NBS (National Broadband Scheme) by zachęcić jednego operatora do objęcia tej populacji siecią szerokopasmową, a przetarg wygrał Three.

Vodafone był postrzegany jako sieć wysokiej jakości, konkurował jakością usług, nie ceną. Vodafone i Three zawarły umowę współdzielenia sieci („Netshare”). O2 konkurowało jakością usług, nie ceną. O2 i Eircom zawarli umowę o współdzielenie sieci („Mosaic”). Three był postrzegany za pretendenta zaburzającego skostniały rynek. Konkurował ceną, skupiał się głównie na segmentach, gdzie transfer danych odgrywał istotną rolę.

W Irlandii było obecnych czterech operatorów wirtualnych. Najważniejszym był Tesco Mobile – przypadało mu 4% klientów i 2% przychodów. Oferował usługi przedpłacone i abonamentowe we wszystkich kluczowych segmentach konsumenckich, ale nie mógł być uważany za niezależny podmiot, gdyż to joint venture O2 i Tesco Ireland (po 50% udziałów), a przejęcie O2 przez Three oznaczało również przejęcie udziałów w tym MVNO. Lycamobile miał 2,1% klientów skupiając się na przedpłaconych usługach rozmów międzynarodowych, udziały pozostałych dwóch MVNO wynosiły razem 0,3%⁶⁶⁵.

Tabela 13 Udział w rynku irlandzkich operatorów w 2013 r.⁶⁶⁶

Operator	Udział w rynku (liczba klientów)	Udział w rynku (przychody)
Vodafone	38%	44%
Three + O2 (z Tesco Mobile)	41%	38%
O2 (z Tesco Mobile)	31%	28%
Eircom	19%	18%
Three	10%	10%
MVNO	2%	1%

W wyniku koncentracji liczba MNO miała zmniejszyć się z czterech do trzech, strony zajmowały drugą i czwartą pozycję na rynku, podmiot powstały w wyniku połączenia zajmowałby drugie miejsce na rynku. Dwaj najwięksi operatorzy mieli mieć podobne udziały, zaś trzeci podmiot był od nich o połowę mniejszy. W latach poprzedzających koncentrację udziały Vodafone i Eircom były stabilne, O2 tracił klientów, zaś Three zyskiwał, ale udziały obydwu stron traktowanych łącznie były stabilne. Poziom koncentracji rynku był wysoki przed połączeniem, a koncentracja miała dalej znacząco zwiększyć jej poziom. Poziom HHI miał wzrosnąć z 2866 do 3486 (kryterium: liczba klientów) i z 3144 do 3704 (kryterium: poziom przychodów). Zmiana wynosiła odpowiednio 620 i 560.

Komisja dokonała analizy pozycji Three w poszczególnych segmentach rynku świadczenia usług telekomunikacji mobilnej użytkownikom końcowym. W segmencie bezprzewodowego

⁶⁶⁵ Ibidem, pkt. 123 – 131.

⁶⁶⁶ Opracowanie własne na podstawie decyzji Komisji *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland*, pkt 220.

szerokopasmowego Internetu Three miał największy udział w rynku (33%), O2 miał 28% udział, co dawałoby powstałemu podmiotowi ponad 60% udziału w segmencie, Vodafone byłby na dalekim drugim miejscu z 29% udziałem, a Eircom miał tylko 11%⁶⁶⁷. W segmencie głosowych usług abonamentowych udział Three wynosił jedynie kilkanaście procent, ale połączony podmiot byłby liderem z niemalże 50% rynku, podczas gdy Vodafone miałby ok. 40%, a Eircom ponad 10%. W segmencie usług przedpłaconych nawet po koncentracji liderem pozostałby Vodafone (ok. 50%), przed połączonym podmiotem (ok. 30%, z czego ok. 5% Three) i Eircom (ok. 20%). W segmencie biznesowym O2 było liderem (ok. 50%) przed Vodafone (ponad 40%), podczas gdy udziały Three i Eircom były poniżej 5%.

Na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń O2 miał ok. 80% udziałów, Vodafone ok. 20%, obecność Three była minimalna.

2.3. Wpływ koncentracji na konkurencję

Chcąc ocenić wpływ koncentracji na konkurencję Komisja postanowiła zweryfikować, czy Three mógł być uznany za znaczącą siłę konkurencji. W tym celu zbadała czy wywierał większy wpływ na konkurencję niż wynikałoby z jego udziału w rynku poprzez ocenę presji jaką wywierał na rynek jako całość oraz w poszczególnych segmentach, a także poprzez porównanie taryf i strategii operatorów. Następnie Komisja oceniła, czy Three wywierał dużą presję konkurencyjną na O2, która to presja byłaby utracona w wyniku koncentracji, a także czy wyeliminowanie presji konkurencyjnej między stronami wpłynie negatywnie na konkurencję poprzez zmniejszenie ich zdolności i zachęt do konkurowania. Komisja przedstawiła również prognozowane zachowanie stron w razie niedokonania koncentracji i zestawiała je z sytuacją rynkową połączonego podmiotu oraz wskazała prawdopodobną reakcję konkurentów.

Three jako znacząca siła konkurencji. Na skoncentrowanym rynku wszystkie przedsiębiorstwa w pewnym stopniu przyczyniają się do konkurencji i dlatego mogą być uznane za znaczące. Jednak fakt, że inni operatorzy również agresywnie konkurują, nie unieważniał roli Three jako ważnej siły konkurencji. W sprawie *T-Mobile Austria/Tele.ring* Komisja uznała operatora za znaczącą siłę konkurencji ze względu na jego wyjątkowo agresywną politykę cenową i szybszy od konkurentów wzrost udziału w rynku, jednak nie muszą to być jedyne kryteria. Komisja uznała, że oferty Three nie muszą być znacząco lepsze

⁶⁶⁷ Decyzja Komisji *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland*, pkt. 233 – 242.

od konkurentów, wystarczy by Three poprzez swoje oferty wywierał znaczącą presję konkurencyjną.

Wewnętrzne dokumenty pokazały, że Three uważał się za innowatora zaburzającego równowagę na rynku, odpowiedzialnego za spadek liczby klientów w O2 w wyniku wywieranej na niego presji konkurencyjnej. Z kolei dokumenty O2 odnosiły się do rywalizacji z Three. Analiza przepływu klientów pomiędzy stronami wykazała znaczący poziom konkurencji między nimi, co świadczyło o bliskości i sugerowało, że koncentracja miała doprowadzić do znaczącej podwyżki cen⁶⁶⁸.

Chcąc ocenić wpływ jaki Three ma na konkurencję Komisja dokonała porównania taryf poszczególnych operatorów. Three miał najbardziej atrakcyjną ofertę usług przedpłaconych⁶⁶⁹ i telefonów⁶⁷⁰. Komisja ustaliła pięć najpopularniejszych profili korzystania z telefonu na abonament w Irlandii - Three zazwyczaj oferował najtańszą (37% przypadków) lub drugą najtańszą (50% przypadków) usługę⁶⁷¹. Zidentyfikowała również najpopularniejsze taryfy każdego operatora i sprawdziła, czy klienci płaciliby mniej u konkurentów. Taryfy Three były najtańsze w 58% przypadków, a drugie w 21% przypadków⁶⁷².

Polityka Three doprowadziła do przejścia przez niego wielu klientów konkurentów i obniżenia poziomu cen na rynku⁶⁷³. Na rynku o zmniejszającym się popycie Three stale zyskiwał udział w rynku – z 4% do 8% przychodów i 6% do 9% klientów w latach 2010 – 2012. Był to wzrost niższy niż Tele.ring w Austrii⁶⁷⁴, jednak Komisja uznała Three za znaczącą siłę konkurencji na ogólnym rynku usług telekomunikacji mobilnej, w segmentach szerokopasmowego Internetu bezprzewodowego, usług abonamentowych i przedpłaconych, natomiast nie w segmencie klientów biznesowych, gdzie odgrywał niewielką rolę. Komisja podkreślała, że Three nie musi być liderem by uznać go za znaczącą siłę konkurencji, wystarczy że jego oferta jest na drugim albo trzecim miejscu, ale konkuruje z najlepszą. Three wywierał znaczącą presję konkurencyjną na konkurentów, a presja ta osłabłaby po koncentracji wpływając negatywnie na konkurencję na rynku.

Sytuacja na rynku w razie niedokonania koncentracji. Zgodnie z wytycznymi⁶⁷⁵ na potrzebę oceny koncentracji Komisja porównała sytuację, która miała mieć miejsce na rynku

⁶⁶⁸ Ibidem, pkt 309.

⁶⁶⁹ Ibidem, pkt. 324 – 339.

⁶⁷⁰ Ibidem, pkt. 340 – 343 i 376 – 377.

⁶⁷¹ Ibidem, pkt 370.

⁶⁷² Ibidem, pkt 372.

⁶⁷³ Ibidem, pkt. 380 – 382.

⁶⁷⁴ Por. Rozdział IV, pkt 2.2.

⁶⁷⁵ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt 9.

po koncentracji ze stanem, który miał wystąpić w razie niedokonania koncentracji. Ustalając stan bez koncentracji za punkt wyjścia przyjęto stan rynku w chwili koncentracji i założono intensywną konkurencję.

W razie niedokonania koncentracji Three nadal miał mieć motywację do wzrostu i agresywnego konkurowania. Wynikało to z jego planów budżetowych, struktury kosztów, liczby klientów i wolnych zasobów. O2 był nadal postrzegany jako ważny rywal i zakładano, że dalej intensywnie konkurowałby na rynku, inwestował w sieć i poprawiał jej jakość.

Oceniając sytuację połączonego podmiotu Komisja stwierdziła, że będzie miał mniejszą motywację do konkurowania niż Three i O2. Koncentracja wyeliminuje konkurencję między stronami, będą one miały motywację do podniesienia cen, gdyż klienci których przed koncentracją utraciliby na rzecz drugiego operatora nie będą utraceni po koncentracji. Ponadto, po przejściu bazy klientów O2 Three miałby mniejszą motywację do konkurowania o nowych klientów i skupiłby się na obronie stanu posiadania, nie walce o nowych.⁶⁷⁶ Wprawdzie powstały podmiot miałby wolne zasoby sieciowe, ale nie na tyle znaczne, by zmotywowały go do walki o zwiększenie liczby klientów. Wykorzystanie sieci byłoby na tyle znaczne, że walka o bardziej optymalne wykorzystanie sieci byłaby sprzeczna z polityką maksymalizacji zysków. Wewnętrzne dokumenty wskazywały na oczekiwanie na skromny wzrost liczby klientów i podwyżki cen po koncentracji⁶⁷⁷. Koncentracja nie miała doprowadzić do zmian w jakości sieci - O2 samo osiągnęłoby podobny zasięg LTE jak powstały podmiot, a połączenie spektrum nie miało przyczynić się do wyższych prędkości transferu danych.

Reakcja konkurentów na koncentrację. Ramami przyjętymi na potrzebę oceny ilościowej skutków koncentracji był model Bertranda-Nasha dla zróżnicowanych produktów, gdzie przedsiębiorcy rywalizują ceną. Jego podstawowym założeniem jest, że przedsiębiorstwa ustalają ceny na poziomie maksymalizującym ich zyski przy cenach ustalonych przez rywali. Stan sprzed koncentracji uznawany był za stan równowagi Nasha. Koncentracja eliminuje konkurencję między produktami stron i tworzy dla nich zachętę do podniesienia cen. Im większa stopa substytucyjności pomiędzy stronami, tym silniejsza jednostronna motywacja do podniesienia ceny. Jednostronne podniesienie cen przez połączony podmiot doprowadzi do reakcji konkurentów i w nowym stanie równowagi ceny wszystkich podmiotów mogą ulec zmianie.

⁶⁷⁶ Decyzja Komisji *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland*, pkt. 474 – 519.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, pkt 541.

By zmierzyć zakres zachęt do jednostronnego podniesienia cen przez połączony podmiot wykorzystano wskaźnik GUPPI, a przy pomocy CMCR ustalono poziom o jaki koszty marginalne musiałyby zmaleć w wyniku koncentracji, by powstały podmiot nie miał zachęt do podniesienia cen. GUPPI jest czasami wykorzystywany do przybliżenia koniecznego zwiększenia wydajności, ale CMCR bardziej precyzyjnie wskazuje wymagany poziom redukcji kosztów krańcowych⁶⁷⁸. Ponadto Komisja obliczyła orientacyjny wzrost cen (IPR) i przeprowadziła pełną symulację koncentracji uwzględniającą reakcję rywali.

Oceniając prawdopodobną reakcję obecnych w Irlandii konkurentów Komisja odwołała się do decyzji *Hutchison 3G Austria/Orange Austria* wskazując, że reakcją maksymalizującą zysk wobec podwyżki cen przez połączony podmiot jest zwiększenie cen przez konkurentów. Zmiana motywacji powstałego podmiotu i prawdopodobne podniesienie przez niego cen powinno zmotywować część jego klientów do przejścia do konkurentów. Ci mieliby łatwiejsze zadanie z utrzymaniem swoich klientów i pozyskaniem nowych odchodzących od powstałego podmiotu, co zachęcałoby ich do podniesienia cen. Vodafone miało najwięcej klientów i najwyższe przychody na klienta, skupiało się na zachowaniu posiadanych klientów, gdyż agresywna polityka cenowa groziła zmniejszeniem zysków⁶⁷⁹. Taka pozycja rynkowa wskazywała, że Vodafone podniesie ceny w odpowiedzi na koncentrację w sposób umiarkowany, mniejszy od powstałego podmiotu.

Wytyczne wskazują, że wejście na rynek nowego przedsiębiorstwa przebiega we właściwym czasie gdy nastąpi w przeciągu dwóch lat od koncentracji⁶⁸⁰. Takie wejście nowego MNO było mało prawdopodobne, gdyż przez lata miało nie być aukcji niezbędnych częstotliwości, zaś wysoki poziom penetracji rynku wskazywał, że nowy operator mógłby pozyskiwać jedynie klientów odchodzących od innych operatorów. Musiałby zatem na wstępie ponieść wysokie koszty, a zwrot z inwestycji następowałby w długiej perspektywie czasowej. Oznaczało to wysokie bariery wejścia przez które pojawienie się nowego MNO było mało prawdopodobne, jeśli koncentracja została by zaakceptowana w zgłoszonej postaci. Wejście na rynek MVNO wydawało się łatwiejsze, ale wyeliminowanie jednego MNO utrudnia wejście na rynek operatora wirtualnego – powstały podmiot będzie miał mniejszą motywację, by świadczyć usługę hurtowego dostępu do swojej sieci. Tymczasem to negocjacje z operatorami infrastrukturalnymi są kluczową przeszkodą przy rozpoczynaniu

⁶⁷⁸ Por. Rozdział II, pkt 4.

⁶⁷⁹ Decyzja Komisji *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland*, pkt 560.

⁶⁸⁰ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt 74.

działalności operatorów wirtualnych⁶⁸¹. W Irlandii operatorzy wirtualni odgrywali niewielką rolę, mieli kłopoty w utrzymaniu się na rynku, więc było mało prawdopodobne, że pojawi się nowy MVNO i zrównoważy negatywne konsekwencje zniknięcia jednego z MNO z rynku.

Wpływ na Eircom. Komisja osobno oceniła wpływ koncentracji na konkurencję ze strony Eircom. Trzeci operator przed koncentracją był innowacyjnym konkurentem, jako pierwszy wprowadził sieć LTE czy ofertę „czteropaków” (telewizja, telefon stacjonarny, Internet szerokopasmowy i telefon komórkowy w jednym pakiecie). W razie niedokonania koncentracji Eircom miał stać się coraz bardziej skutecznym konkurentem. Nie posiadał on sieci o zasięgu krajowym, na terenach o niższym zaludnieniu korzystał z roamingu w Vodafone, ale niedługo miała wejść w życie umowa Mosaic o współdzieleniu sieci z O2, dzięki czemu operator miałby zasięg w całym kraju. Brak pełnego zasięgu ogranicza możliwość konkurencji generując dodatkowe koszty i sprawiając, że operator jest mniej atrakcyjny dla operatorów wirtualnych. Umowa Mosaic miała ponadto przyspieszyć wprowadzenie telefonii LTE od Eircom w całym kraju. Powstały podmiot mógł zaszkodzić wykonaniu albo zakończyć umowę o współdzieleniu sieci sabotując plany mniejszego operatora.

Podmiot powstały w wyniku koncentracji będzie miał bardziej rozbudowaną sieć i mniej do zyskania na współdzieleniu sieci niż sam O2. Największą korzyścią z umowy Mosaic dla O2 miał być dostęp do należącej do Eircom gęstej sieci 3G w obszarach miejskich, podczas gdy Three dysponuje właśnie taką siecią 3G. Nowy podmiot prawdopodobnie skupi się na integracji sieci stron, nie na współdzieleniu sieci z innym operatorem. Zawarcie umowy o współdzieleniu sieci oznaczało korzyści zarówno dla O2 jak i Eircom. Ograniczenie lub zakończenie wykonywania umowy ograniczyłoby zdolność Eircom do konkurencji, gdyż nie uzyskałby on planowanych korzyści, podczas gdy O2 uzyska zbliżone korzyści do przewidzianych przez umowę Mosaic w wyniku koncentracji. W obliczu osłabionej konkurencji powstały podmiot mógłby podnieść ceny lub przejąć część klientów Eircom. W decyzji *T-Mobile/Orange* Komisja uznała, że strona koncentracji miałaby motywację do rozwiązania albo niewypełniania umowy po koncentracji w celu osłabienia konkurenta⁶⁸², podobne zagrożenie istniało w przypadku ocenianej koncentracji.

Możliwość i zachęta do zaburzenia lub rozwiązania umowy o współdzieleniu sieci, która miała wielki wpływ na koszty, zasięg sieci i zdolność do skutecznej konkurencji przez

⁶⁸¹ Decyzja Komisji *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland*, pkt 272.

⁶⁸² Decyzja Komisji *T-Mobile/Orange*, pkt 109.

Eircom, oznaczała ograniczenie zdolności Eircom do skutecznej konkurencji i prawdopodobnie skutkowałoby osłabieniem konkurencji na rynkach detalicznym i hurtowym.

Wpływ koncentracji na hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń. W Irlandii było obecnych czterech MVNO. Badanie rynku wykazało zainteresowanie wejściem na rynek potencjalnych nowych MVNO, dlatego zachowanie konkurencji na hurtowym rynku dostępu było istotne dla zapewnienia rozwoju MVNO, co w efekcie wpłynęło na rynki detaliczne. Udział stron w rynku wynosił ok. 80%, aktywnie ułatwiały one wkroczenie na rynek nowych MVNO w swoich sieciach i były najbardziej atrakcyjnymi i najważniejszymi dostawcami. Ich pozycję wzmacniał fakt, że Eircom nie miał sieci o zasięgu krajowym, przez co miał mniejsze szanse na pozyskanie MVNO. Wyeliminowanie konkurencji między stronami ograniczy MVNO możliwość negocjowania korzystnych warunków umów dostępu.

MNO mają motywację do udostępniania swojej sieci tak długo, jak na hurtowym rynku dostępu obecnych jest co najmniej dwóch operatorów dysponujących sieciami o porównywalnych charakterystykach, co nie miałyby miejsca w Irlandii po koncentracji. Three był najmłodszym operatorem o najmniejszej bazie klientów, dysponował znacznymi niewykorzystanymi zasobami, więc miał wszelką motywację do konkutowania o MVNO. Po koncentracji podmiot miałby czterokrotnie więcej klientów niż Three, co zwiększałoby zagrożenie utraty klientów na rzecz MVNO. Komisja obawiała się, że po koncentracji podmiot będzie udostępniał sieć jedynie niszowym MVNO, którzy nie grozili odebraniem klientów i nie będzie chciał udostępniać nowoczesnych technologii jak 4G LTE. Koncentracja zmniejszy też motywację Vodafone do udostępniania swojej sieci. Miał on znaczną bazę klientów, w efekcie znaczne ryzyko ich utraty, więc wyeliminowanie presji konkurencyjnej ze strony niewielkiego Three znacząco zmniejszało jego zachęty do udostępniania sieci.

Koncentracja mogła prowadzić do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń. Strony zaproponowały pakiet zobowiązań, które miały przeciwdziałać takim skutkom.

Wpływ koncentracji na hurtowy rynek roamingu międzynarodowego i hurtowe rynki zakańczania połączeń. Hurtowy rynek roamingu międzynarodowego podlegał regulacji sektorowej, która wprowadzała maksymalne ceny za usługę roamingu oraz zakazywała nieuzasadnionej odmowy dostępu do swojej sieci, a stawki za zakańczanie połączeń były regulowane *ex ante* przez narodowego regulatora. Wystąpienie znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji na tych rynkach było mało prawdopodobne.

2.4. Korzyści z koncentracji – zwiększenie wydajności

Strony zgłosiły trzy kategorie potencjalnych korzyści z koncentracji, z których każda miała dawać kwantyfikowalną i weryfikowalną korzyść dla konsumentów:

- 1) korzyści skali – pozwalające na większe inwestycje w sieć i jakość usług oraz na bardziej agresywną politykę cenową niż w razie niedokonania koncentracji;
- 2) połączenie spektrum – Three uzyska dostęp do pasma 800 MHz co pozwoli na szybsze wprowadzanie sieci LTE i pokrycie zasięgiem większej części populacji niż w razie niedokonania koncentracji;
- 3) koncentracja pozwoliłaby kontynuować świadczenie usług szerokopasmowych w rzadko zaludnionych obszarach objętych rządowym programem NBS. Bez koncentracji świadczenie usług miałyby być ograniczone lub utrzymane w znacznie wyższych cenach, gdyż okres przyznanych dopłat dobiegał końca.

Oceniając korzyści skali Komisja uwzględniła wpływ na OPEX, CAPEX i korzyści z integracji zestawiając je z korzyściami, które miały płynąć z umów o współdzielenie sieci, a które miały mieć wpływ na OPEX. Komisja przewidywała, że koncentracja doprowadzi do zakończenia umowy Netshare (Three i Vodafone) i zakończenia lub ograniczenia umowy Mosaic (O2 i Eircom) stwierdzając, że jedna integracja dwóch sieci (Three i O2) nie wygeneruje większych oszczędności niż dwie integracje oraz że oszczędności sieciowe nie spełniały kryterium bycia specyficznym dla koncentracji⁶⁸³. Ponadto, oszczędności dotyczyły kosztów stałych, a nie zmiennych lub marginalnych, a te zgodnie z wytycznymi rzadzniej prowadzą do oszczędności dla konsumentów⁶⁸⁴.

Oceniając konsekwencje połączenia spektrum Komisja wskazała, że w razie niedokonania koncentracji O2 samo rozwinęłoby konkurencyjną sieć LTE porównywalną do planowanej przez połączony podmiot, zaś zakłócenie realizacji umowy Mosaic mogło utrudnić i spowolnić wprowadzenie sieci LTE przez Eircom, co odbiłoby się negatywnie na dobrobycie konsumentów. Bez koncentracji Three mogłoby samodzielnie wprowadzić sieć LTE w paśmie 900 MHz obejmując ponad 75% populacji. Koncentracja nie przyspieszyłaby wprowadzania sieci LTE, a ewentualne korzyści nie zostały uznane za specyficzne dla koncentracji⁶⁸⁵.

⁶⁸³ Decyzja Komisji *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland*, pkt 777.

⁶⁸⁴ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt 80.

⁶⁸⁵ Decyzja Komisji *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland*, pkt. 828 – 842.

Korzyści ze świadczenia usług szerokopasmowych na obszarze objętym NBS byłyby niewielkie, brak koncentracji mógł najwyżej skutkować utratą usługi w szczególnie niedochodowych lokacjach.

W opinii Komisji korzyści skali i z połączenia spektrum nie spełniły wymogu bycia specyficznymi dla koncentracji, zaś korzyści z wydajności faktycznie wynikających z koncentracji były niewielkie i nie mogły stanowić przeciwwagi dla antykonkurencyjnych skutków koncentracji.

2.5. Efekty skoordynowane

Komisja przeprowadziła analizę rynku zgodnie z kryteriami Airtours. Koncentracja wyeliminowałaby z rynku operatora *maverick* pozostawiając rynek z dwoma zbliżonymi dominującymi operatorami zajmującymi 80% rynku. Koordynacja stawała się możliwa, ponieważ ceny były transparentne i powszechnie dostępne. Wszystkie aspekty oferty mogły być skoordynowane, a wyłamanie z koordynacji natychmiast wykryte. Mechanizmem odstrasającym mógł być powrót do konkurencji. Co więcej, Komisja zidentyfikowała pewne przejawy zмовы między Vodafone i O2 w segmencie mobilnego Internetu szerokopasmowego⁶⁸⁶.

Operatorzy wirtualni nie byliby zdolni zakłócić ewentualnej koordynacji, ale Eircom nie miałby motywacji by dostosować się do skoordynowanych działań. Był o połowę mniejszy od liderów i miał inną strukturę kosztów, więc nie zyskiwałby na koordynacji tyle ile konkurenci.

Zmiany wywołane koncentracją mogły ułatwić koordynację, ale pewne cechy rynku sprawiały, że nadal byłaby ona trudna do utrzymania. Zaproponowane zobowiązania miały zapobiec możliwości wystąpienia efektów skoordynowanych poprzez wzmocnienie zdolności Eircom do konkurencji i pozwolenie dwóm MVNO na wkroczenie na rynek, zwiększając szanse na zakłócenie ewentualnej koordynacji i wprowadzenie podmiotów o silnych zachętach do konkurencji ceną. Komisja była na tyle przekonana, że przyjęte zobowiązania zapobiegną wystąpieniu efektów skoordynowanych, że postanowiła powstrzymać się od oceny, czy bez zobowiązań koordynacja doprowadziłaby do ich wystąpienia.

⁶⁸⁶ Ibidem, pkt 734.

2.6. Efekty nieskoordynowane

Na potrzeby oceny horyzontalnych efektów nieskoordynowanych Komisja przeprowadziła ocenę ilościową w oparciu o analizę UPP (w zaawansowanej wersji pozwalającej ocenić przepływ pomiędzy segmentami) i symulację koncentracji. Ocena nie uwzględniała zachęty do podniesienia cen w wyniku zwiększenia bazy klientów i antykonkurencyjnego wpływu koncentracji na zdolność do konkurowania przez Eircom i operatorów wirtualnych.

Wylimitowanie presji konkurencyjnej pomiędzy stronami może doprowadzić do znacznych podwyżek cen na całym rynku. Połączony podmiot może podnieść ceny, co zwiększy popyt na usługi konkurentów, którzy z kolei mogą uznać za opłacalne podniesienie cen. O ile strony nie muszą być swoimi bliskimi konkurentami by podwyżka cen była opłacalna, to wysoki poziom substytucyjności usług i wysokie marże zwiększają szanse, że wylimitowanie konkurencji między stronami doprowadzi do podwyżki cen⁶⁸⁷. Reakcja konkurentów będzie również zależała od tego, jak bliskimi są konkurentami powstałego podmiotu. Komisja oceniła poziom substytucyjności w oparciu o dwa sposoby – o stopę substytucji między MNO w oparciu o dane o przepływie klientów oraz uzupełniająco ekonometrycznie oceniając zmiany popytu w odpowiedzi na zmianę cen.

Aby określić prawdopodobną szkodę konkurencyjną wynikającą z eliminacji konkurencji między stronami Komisja przeanalizowała wpływ zaobserwowanych stóp substytucji, cen i marż na:

- jednostronną zachętę do podnoszenia cen przez podmiot powstały w wyniku połączenia, który ignoruje reakcje konkurentów (jak w standardowej analizie UPP);
- prawdopodobny stan równowagi i ceny wszystkich przedsiębiorstw na rynku po uwzględnieniu reakcji konkurencji (co odpowiada skalibrowanej symulacji koncentracji);

Podczas gdy analiza UPP dostarcza wskazówek dotyczących podwyżek cen przez strony, uwzględnienie dodatkowo reakcji rywali w skalibrowanej symulacji koncentracji dostarcza informacji o prawdopodobnych podwyżkach cen w każdym segmencie z osobna i na całym rynku. Kluczowe czynniki w ocenie wpływu koncentracji to substytucyjność, ceny i marże. Bazy przepływu klientów pomiędzy sieciami oparte o przenoszenie numerów pozwoliły ocenić stopy substytucyjności pomiędzy operatorami. By uwzględnić spadek popytu na usługi wynikający z rosnących cen, przyjęto stopę substytucyjności 20% dla

⁶⁸⁷ Ibidem, pkt 586.

zewnętrznego podmiotu. Za cenę przyjęto średni przychód na użytkownika (ARPU) dla każdego operatora w danym segmencie. Do obliczenia marży za podstawę przyjęto próg rentowności⁶⁸⁸ dodatkowo wykonując analizę wrażliwości⁶⁸⁹ uwzględniającą jak zmiana w liczbie klientów wpływa na OPEX i CAPEX.

Analiza UPP, która nie uwzględnia reakcji konkurentów, wskazywała na znaczące jednostronne podwyżki cen. Wyliczenia wysokości podwyżek w scenariuszu podstawowym wskazywały na następujące podwyżki:

	Usługi przedpłacone	Usługi abonamentowe	Usługi dla biznesu
Three	16,2%	6,1%	10,2%
O2	4,7%	6,8%	3,5%

Analiza wrażliwości wskazywała na następujące podwyżki:

	Usługi przedpłacone	Usługi abonamentowe	Usługi dla biznesu
Three	11.6%	4.1%	6.4%
O2	3.4%	4.7%	2.1%

Skalibrowana symulacja koncentracji uwzględniająca stan równowagi po reakcji rywali wskazywała na następujące podwyżki na całym rynku:

	Usługi przedpłacone	Usługi abonamentowe	Usługi dla biznesu	Rynek ogólnie
Scenariusz podstawowy	3,2%	5,7%	3,2%	3,9%
Analiza wrażliwości	2,4%	3,9%	2,0%	2,8%

Skalibrowana symulacja koncentracji wykazała, że rywale podnieśliby ceny w odpowiedzi na podwyżkę połączonego podmiotu, co z kolei miało prowadzić do dalszych podwyżek (w porównaniu z przewidywaniami analizy UPP) ze strony połączonego podmiotu.

Analizę opartą na stopach substytucji Komisja uzupełniła symulacją koncentracji opartą o ekonometryczny szacunek zmian popytu na usługi abonamentowe⁶⁹⁰. Symulacja wskazała na podwyżkę cen Three o 8% i O2 o 3 – 3,5%, a w całym segmencie o nie mniej niż 4%.

Zgłoszona koncentracja doprowadziłaby do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji w znaczącej części rynku wewnętrznego poprzez wystąpienie efektów

⁶⁸⁸ Próg rentowności oznacza przychód pomniejszony o koszty stałe i zmienne związane z wyprodukowaniem produktu. Tu wliczono bezpośrednie koszty świadczenia usług, jak koszt zakańczania połączeń czy dopłata do telefonu.

⁶⁸⁹ Analiza wrażliwości to analiza opłacalności projektu inwestycyjnego przy założeniu odchyłeń wartości różnych zmiennych wchodzących w skład przedsięwzięcia, np. kosztów, cen, poziomu sprzedaży. Pozwala ustalić wpływ zmiany wartości danych zmiennych.

⁶⁹⁰ Decyzja Komisji *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland*, pkt. 616 – 628.

nieskoordynowanych na irlandzkim detalicznym rynku świadczenia usług telekomunikacji mobilnej i irlandzkim hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń w publicznych sieciach telekomunikacji mobilnej. Przeprowadzone analizy wskazywały, że wyeliminowanie konkurencji między stronami doprowadziłoby do znaczących podwyżek zarówno po stronie połączonego podmiotu, jak i konkurentów.

2.7. Środki zaradcze

W celu zapobiegnięcia wystąpieniu zidentyfikowanych antykonkurencyjnych efektów koncentracji, czyli usunięcia Three jako znaczącej siły konkurencji i zredukowania zdolności Eircom do konkurowania poprzez zakończenie lub ograniczenie wykonania umowy współdzielenia sieci przyjęto odpowiednie środki zaradcze. Dodatkowo Komisja wskazała na potencjalne zagrożenie na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń wynikające ze zmniejszenia liczby MNO oferujących dostęp operatorom wirtualnym i osłabienie Eircom jako potencjalnego operatora oferującego dostęp.

Przyjęte zobowiązania składały się z trzech części:

- 1) Zobowiązania wobec MVNO
- 2) Zobowiązania wobec nowego MNO
- 3) Zobowiązania wobec Eircom

Zobowiązania wobec MVNO. Strony zobowiązały się zawrzeć umowę z jednym MVNO zatwierdzonym przez Komisję przed wejściem w życie koncentracji. Umowa przewidywała udostępnienie ustalonego udziału w zasobach sieciowych stron za stałą cenę. Operator ten miał opcję przejęcia należącej do O2 budżetowej marki „48” albo jego bazy klientów (ok. 1% rynku). Strony zobowiązały się do zawarcia umowy z drugim MVNO na udostępnienie ustalonego udziału w zasobach sieciowych stron za stałą cenę, również przed wejściem w życie koncentracji. Operatorzy wirtualni mogą zwiększać zakres przyznanych im zasobów sieciowych do 15% zasobów stron każdy.

Komisja prognozowała, że dwaj operatorzy wirtualni uzyskają ok. 8% udziałów w rynku detalicznym, w efekcie zastępując presję konkurencyjną wywieraną przez Three, którego udział wynosił 10%.

Zobowiązania wobec potencjalnego nowego MNO. Jeden z dwóch powyższych MVNO miał móc stać się operatorem infrastrukturalnym. W tym celu strony zobowiązały się na dywertycję atrakcyjnej części swojego spektrum.

Zobowiązanie to znacząco obniżało barierę wejścia na rynek, gdyż pozyskanie spektrum to kluczowa bariera przy wkraczaniu na rynek jako nowy operator infrastrukturalny. Oferowany zakres pozwoliłby na sprawne konkutowanie i stanie się atrakcyjnym partnerem do zawarcia umowy o współdzieleniu sieci lub spektrum dla dowolnego z pozostałych trzech MNO.

Zobowiązania wobec Eircom. Strony zobowiązały się zaktualizować umowę Mosaic w sposób umożliwiający Eircom na uzyskanie zasięgu ogólnokrajowego, dzięki czemu nie będzie musiał korzystać z roamingu w Vodafone i uzyska zachętę do bardziej agresywnego konkutowania o nowych klientów. Eircom stanie się też równorzędnym konkurentem na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń.

Komisja uznała, że przyjęte zobowiązania wychodziły naprzeciw zidentyfikowanym znaczącym zakłóceniom skutecznej konkurencji zarówno na detalicznym rynku świadczenia usług telekomunikacji mobilnej i hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń. Presja wywierana przez zatwierdzonych przed koncentracją operatorów wirtualnych miała zastąpić zanikającą presję konkurencyjną Three, który przestawał być agresywnym operatorem *maverick*. Odejście od modelu opłat za wykorzystane zasoby na rzecz opłaty za ustalony z góry wymiar zasobów miało sprawić, że MVNO agresywnie działałyby w celu wykorzystania pełni przyznanych zasobów, bo koszty takiego operatora stawały się kosztami stałymi, a pozyskanie nowych klientów nie wiązało się praktycznie z żadnymi kosztami marginalnymi, więc ma on wszelką motywację do rywalizacji o nowych klientów. Struktura kosztów i zachęty takich MVNO były bardzo podobne do tradycyjnych MNO.

Warunki przejścia spektrum i stania się operatorem infrastrukturalnym były tak zaplanowane, by po uzyskaniu pewnej liczby klientów operatorowi wirtualnemu opłacało się zmienić swój status. Sukces na tym polu oraz wzmocnienie pozycji Eircom miały zapobiec zakłóceniom na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń, dzięki czemu potencjalni MVNO mogli w przyszłości bez problemów wejść na rynek na konkurencyjnych warunkach.

Koncentracja została uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym.

2.8. Wnioski

Niezadowolona z konsekwencji decyzji w sprawie *Hutchison 3G Austria/Orange Austria* Komisja przeprowadziła bardzo pieczołowitą analizę konkurencji w Irlandii oceniając nie tylko zidentyfikowane rynki właściwe, ale też kluczowe segmenty oraz dokonując szczegółowej analizy prospektywnej przy wykorzystaniu coraz bardziej zaawansowanych instrumentów. Chociaż zgłoszona koncentracja nie doprowadziłaby do stworzenia lub

wzmocnienia pojedynczej pozycji dominującej podmiotu powstałego w wyniku połączenia, spowodowałyby znaczące zakłócenie skutecznej konkurencji na detalicznym rynku telekomunikacji mobilnej i potencjalnie na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń.

Komisja uznała Three za znaczącą siłę konkurencji wskazując, że takie przedsiębiorstwo musi wywierać wyjątkowy wpływ na konkurencję, wyróżniać się na tle konkurentów i być niezbędne dla zachowania obecnego poziomu konkurencji. Komisja ocenia motywację MNO do konkurowania o nowych klientów przede wszystkim na podstawie dwóch czynników: dostępnych niewykorzystanych zasobów sieciowych i rozmiaru obecnej bazy klientów. Three miał znaczne wolne zasoby sieciowe, które motywowały go do rywalizowania o nowych klientów, ale w takiej sytuacji dodatkowe zwiększenie zdolności sieciowych nie wpływa na motywację operatora. W wyniku koncentracji pozyskiwał on bazę klientów drugiego największego podmiotu na rynku i w efekcie jego motywacje rynkowe zmieniały się diametralnie.

Proponowana koncentracja usunęłaby istotną presję konkurencyjną, którą Three i O2 wywierały na siebie nawzajem i zmniejszyła presję konkurencyjną na pozostałych konkurentów. W przypadku braku połączenia strony miałyby ciągłą zdolność i motywację do konkurowania i wprowadziłyby sieci LTE dzięki niedawno zawartym umowom o współdzieleniu sieci. Osłabienie konkurencji raczej nie zostałyby zrekomensowane przez konkurentów, którzy najprawdopodobniej również podnieśliby ceny.

Koncentracja prawdopodobnie ograniczyłaby konkurencję na rynku detalicznym ze strony Eircom, ponieważ prawdopodobnie doprowadziłaby do rozwiązania lub zaburzenia umowy Mosaic zmniejszając tym samym zdolność Eircom do konkurowania.

Zmniejszenie liczby operatorów infrastrukturalnych wywoła negatywne skutki dla obecnych i potencjalnych MVNO, a tym samym potencjalnie miałyby negatywny wpływ na zdolność MVNO do znalezienia sieci w celu wejścia na rynek irlandzki lub zrobienia tego na korzystnych warunkach.

Wszelkie zgłoszone korzyści z koncentracji zostały odrzucone, gdyż nie były specyficzne dla konkurencji, albo przynosiły oszczędności kosztów stałych, które nie są przenoszone na konsumentów. Komisja uznała, że współdzielenie sieci generuje korzyści będące alternatywą dla korzyści sieciowych z koncentracji i potraktowała możliwość zawarcia takiej umowy jako alternatywę pozwalającą zanegować zgłoszone korzyści.

Przyjęte środki zaradcze rozwiały obawy o sprawne funkcjonowanie Eircom, dzięki czemu mógł wywierać na tyle silną presję, by uniemożliwić wystąpienie efektów

skoordynowanych oraz być obecnym na rynku hurtowym. Zobowiązania dotyczące MVNO stanowiły rozwinięcie reguł przyjętych w sprawie *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*. Dwaj MVNO mieli być wybrani z góry, a zasady funkcjonowania, w szczególności struktura kosztów, miały motywować ich do szybkiego zdobywania klientów i potencjalnie do nabycia spektrum i zostania MNO.

W odniesieniu do rynku usług detalicznych i hurtowych decyzja miała charakter antymonopolowy, wychodziła naprzeciw zidentyfikowanym obawom i zagrożeniom dla konkurencji bazując na doświadczeniach z nieskutecznym wprowadzaniem w życie środków zaradczych przyjętych w sprawie *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*. W przeciwieństwie do Austrii, w Irlandii hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń funkcjonował sprawnie, a za element regulacyjny rynku można tylko uznać nałożenie na strony warunków umowy z MVNO bardziej korzystnych niż rynkowe.

3. Telefónica Deutschland/E-Plus⁶⁹¹

Telefónica Deutschland Holding AG to infrastrukturalny operator telekomunikacji mobilnej i stacjonarnej działający pod marką O2 oraz markami Fonie, Netzclub i Türk Telekom, który nabył pełną kontrolę nad infrastrukturalnym operatorem telekomunikacji mobilnej E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG do którego należała marka E-Plus i BASE oraz pięć mniejszych marek.

3.1. Definiowanie rynku właściwego

Zgodnie z praktyką z poprzednich decyzji, wskazano te same cztery rynki właściwe. Detaliczny rynek świadczenia usług telekomunikacji mobilnej dla użytkowników końcowych został ponownie uznany za jednolity, ale obok zidentyfikowanych we wcześniejszych decyzjach segmentów wyróżniono segmenty klientów wysokiej i niskiej wartości (granica to przychody 30 euro miesięcznie). Ponadto Komisja zestawiała usługi mobilnej i stacjonarnej łączności elektronicznej, w tym szerokopasmowego Internetu mobilnego i stacjonarnego, uznając je za osobne rynki, nawet pomimo wykorzystywania Internetu stacjonarnego na potrzeby punktów Wi-Fi w miejscach publicznych.⁶⁹²

⁶⁹¹ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 2 lipca 2014 r., *Telefónica Deutschland/E-Plus*, sprawa nr COMP/M.7018 (2015/C 86/07).

⁶⁹² Decyzja Komisji *Telefónica Deutschland/E-Plus*, pkt. 60 – 64.

Komisja nie spodziewała się, że na hurtowym rynku roamingu międzynarodowego i hurtowych rynkach zakańczania połączeń głosowych wystąpią zakłócenia, ponieważ rynki te podlegały odpowiednio rozporządzeniu w sprawie roamingu i regulacji *ex ante* krajowego regulatora.

3.2. Struktura rynku

W Niemczech obecnych było czterech operatorów infrastrukturalnych: Deutsche Telekom (DT), Vodafone, Telefónica i E-Plus. E-Plus jako jedyny miał sieć skupioną na telefonii 2G i 3G, gdyż jedyny nie dysponował spektrum w paśmie częstotliwości 800 MHz. Jego strategia budowy sieci 4G opierała się na droższym w eksploatacji spektrum 1800 MHz. E-Plus nie miał też żadnych specjalnych taryf dla przedsiębiorców i jako jedyny operator nie oferował usług stacjonarnych.

Niemiecki rynek telekomunikacji mobilnej charakteryzował się obecnością różnych rodzajów operatorów korzystających z sieci operatorów infrastrukturalnych. Komisja rozróżniła operatorów wirtualnych (świadczyli usługi we własnym imieniu w oparciu o usługę hurtowego dostępu, ale dysponowali częścią infrastruktury), dostawców usług (świadczyli usługi we własnym imieniu w oparciu o usługę hurtowego dostępu, ale nie dysponowali żadną infrastrukturą) i markowych odsprzedawców (nie świadczą usług we własnym imieniu, dystrybuują usługi operatorów infrastrukturalnych pod swoją marką – na potrzeby decyzji byli traktowani jak marki należące do operatora, którego usługi dystrybuowali). Łączny udział w detalicznym rynku usług telekomunikacji mobilnej operatorów wirtualnych i dostawców usług wynosił kilkanaście procent, przy czym to dostawcy usług odgrywali większą rolę. W Niemczech funkcjonowało pięciu operatorów wirtualnych i około dwudziestu dostawców usług. Największy dostawca usług, Freenet, miał ponad 10% udziałów w detalicznym rynku usług telekomunikacji mobilnej, 1&1 miał kilka procent, Drillisch ok. 1%. Udział pozostałych był nieznaczny, łącznie ok. 0,2%.

Tabela 14 Udziały operatorów w niemieckim detalicznym rynku usług telekomunikacji mobilnej dla użytkowników końcowych w 2013 r.⁶⁹³

	Udział w rynku (liczba klientów)	Udział w rynku (przychody)
Deutsche Telecom	20 – 30%	20 – 30%
Vodafone	20 – 30%	20 – 30%
Telefónica + E-Plus	30 – 40%	20 – 30%
Telefónica	10 – 20%	10 – 20%
E-Plus	20 – 30%	10 – 20%
Freenet	10 – 20%	10 – 20%

⁶⁹³ Opracowanie własne na podstawie decyzji Komisji *Telefónica Deutschland/E-Plus*, pkt. 225 – 255.

1&1	0 – 10%	0 – 10%
Drillisch	0 – 10%	0 – 10%
Inni	0 – 10%	0 – 10%

Tabela 15 Udziały operatorów w niemieckim hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń styczeń-lipiec 2013 r.⁶⁹⁴

	Udział w rynku (liczba klientów)	Udział w rynku (przychody)
Deutsche Telecom	40 – 50%	30 – 40%
Vodafone	40 – 50%	50 – 60%
Telefónica + E-Plus	10 – 15%	10 – 20%
Telefónica	5 – 10%	10 – 20%
E-Plus	0 – 5%	0 – 5%

Wejście na rynek nowego MNO wiązało się z inwestycją miliardów euro i wymagało pozyskania udziału w spektrum w aukcji, która miała mieć miejsce dwa lata po koncentracji⁶⁹⁵, co stanowiło istotną barierę wejścia. Z kolei wejście jako MVNO wiązało się z mniejszymi kosztami i mogło nastąpić w ciągu jednego albo dwóch lat, ale wymagało wynegocjowania umowy z MNO i było postrzegane jako mniej atrakcyjne od postaci dostawcy usług. Wejście na rynek jako dostawca usług nie wiązało się ze znacznymi kosztami i mogło nastąpić w ciągu od sześciu do dwunastu miesięcy. Ponadto świadczenie usługi dostępu dla dostawców usług było przedmiotem zobowiązania nałożonego na MNO. Konkurencja pomiędzy MVNO, dostawcami usług i markowymi odsprzedawcami była tak intensywna, a wynegocjowanie korzystnych warunków cenowych z MNO na tyle mało prawdopodobne, że nie przewidywano by jakikolwiek nowy podmiot wkroczył na rynek w ciągu kilku lat po koncentracji.

3.3. Wpływ koncentracji na konkurencję na rynku

O ile koncentracja nie prowadziła do stworzenia lub wzmocnienia indywidualnej pozycji dominującej, to mogła skutkować znaczącym zakłóceniem skutecznej konkurencji na detalicznym rynku usług telekomunikacji mobilnej dla użytkowników końcowych i hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń.

⁶⁹⁴ Opracowanie własne na podstawie decyzji Komisji *Telefónica Deutschland/E-Plus*, pkt 780.

⁶⁹⁵ Decyzja Komisji *Telefónica Deutschland/E-Plus*, pkt 846.

3.3.1. Detaliczny rynek usług telekomunikacji mobilnej dla użytkowników końcowych

Bliskość konkurencji pomiędzy stronami. Chcąc ocenić bliskość konkurencji pomiędzy stronami Komisja porównała przepływ klientów pomiędzy stronami z teoretycznym modelem stóp substytucyjności opartym o ich udziały w rynku i w poszczególnych segmentach. Przepływ w segmencie usług przedpłaconych był większy niż wynikałoby to z modelu, w segmencie abonamentowym wynik był mieszany. Przepływ klientów z E-Plus do Telefónica przewyższał model teoretyczny o 50%, podczas gdy do innych operatorów był od niego niższy. Telefónica była jedynym bliskim konkurentem E-Plus. Dla Telefónica E-Plus był najbliższym konkurentem w 2012 roku, ale w 2013 roku inny MNO był równie bliski. Presja konkurencyjna wywierana na siebie przez strony koncentracji była większa niż sugerowały to ich udziały.⁶⁹⁶ Przeprowadzone przez Komisję ankiety wykazały, że dla klientów Telefónica i E-Plus konkurencyjna cena jest ważniejszym czynnikiem niż dla klientów DT i Vodafone. Sieci DT i Vodafone były postrzegane jako sieci wyższej jakości, podczas gdy sieci Telefónica i E-Plus za sieci niższej jakości. Jakość sieci to jeden z ważniejszych czynników rozróżniających operatorów, co ponownie podkreślało bliskość stron. Ankiety wykazały również, że operatorzy korzystający z sieci DT postrzegają za swojego najbliższego konkurenta operatora z sieci Vodafone, podczas gdy operatorzy korzystający z sieci Telefónica postrzegają za takiego operatora w sieci E-Plus⁶⁹⁷. Wewnętrzne dokumenty wskazywały, że strony raczej uważały się za bliskich konkurentów, ale nie prezentowały jednorodnego obrazu⁶⁹⁸. Na podstawie powyższych argumentów Komisja uznała strony za bliskich konkurentów.

Usunięcie dwóch znaczących sił konkurencji. Komisja stwierdziła, że detaliczny rynek świadczenia usług telekomunikacji mobilnej dla użytkowników końcowych charakteryzował się wysokimi barierami wejścia, a pojawienie się nowego MNO było mało prawdopodobne jeśli koncentracja zostałaaby zaakceptowana bez zmian. Telefónica i szczególnie E-Plus zostały uznane za rynkowych „pretendentów” i dwie znaczące siły konkurencji, co miało się w przyszłości przejawiać agresywną polityką cenową i innowacyjnymi ofertami⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ Ibidem, pkt. 273 – 288.

⁶⁹⁷ Ibidem, pkt. 297 – 299.

⁶⁹⁸ Ibidem, pkt. 309 – 319.

⁶⁹⁹ Ibidem, pkt 354.

E-Plus nie był tak agresywny jak w przeszłości, ale jego taryfy były nadal najczęściej wskazywane jako agresywne cenowo, a współpraca z usługodawcami takimi jak WhatsApp czy Metrem w Berlinie skutkowałą innowacyjnymi ofertami i wymuszały reakcje konkurentów⁷⁰⁰. E-Plus oferował najtańsze usługi, był „pretendentem cenowym”, Telefónica „szybkim naśladowcą”, DT i Vodafone „wolnymi naśladowcami”⁷⁰¹. E-Plus realizował plan inwestycji w sieć, dzięki czemu w roku koncentracji jego usługi 2G, 3G oraz 4G w miastach były najwyższej jakości w Niemczech. E-Plus to jedyny MNO, który w latach 2009 – 2013 zwiększył udziały w rynku pod względem przychodów i zyskał najwięcej pod względem liczby klientów (Telefónica uzyskała niższy przyrost, pozostali stracili udziały w rynku). Dwie trzecie nowych klientów E-Plus to klienci abonamentowi, czyli z segmentu gdzie operator miał być mniej konkurencyjny względem innych MNO. Zdaniem Komisji świadczyło to, że E-Plus był znaczącą siłą konkurencji. Oceniając rolę jaką E-Plus odegrałby w razie niedokonania koncentracji Komisja uznała, że operator nadal odgrywałby taką samą rolę jak wcześniej i pozostał znaczącą siłą konkurencji.

Telefónica to drugi najbardziej agresywny cenowo MNO w Niemczech i również został uznany za znaczącą siłą konkurencji. W razie niedokonania koncentracji dalej pełniłby tą rolę pozostając konkurencyjnym operatorem⁷⁰².

Zmiana motywacji do konkurencji połączonego podmiotu. Zgodnie z linią orzeczniczą ustaloną w sprawach *Hutchison 3G Austria/Orange Austria* i *T-Mobile/Tele.ring* motywacja do walki o nowych klientów maleje wraz ze wzrostem bazy klientów, zaś powstały podmiot stałby się liderem rynku detalicznego usług telekomunikacji mobilnej zarówno pod względem przychodów, jak i liczby klientów. Stąd Komisja uznała, że połączony podmiot miałby zmniejszoną motywację do konkurowania w porównaniu ze stronami działającymi niezależnie. Koncentracja wyeliminuje konkurencję między stronami oraz sprawi, że powstały podmiot będzie miał dużą bazę klientów – obydwie czynniki prowadzą do mniejszej motywacji do wzrostu i konkurowania. Co więcej, analiza ilościowa wykazała, że powstały podmiot będzie miał wyraźną motywację do podniesienia cen, zaś DT i Vodafone nie miałby motywacji do bardziej agresywnego konkurowania.

Podniesienie jakości sieci i zasięgu do poziomu konkurentów sprawi, że podmiot straci powody do agresywnego konkurowania ceną i będzie miał powody, by zrównać swoją ofertę z ofertą droższych konkurentów. Podmiot dysponowałby 387 MHz pasma, podczas gdy DT i

⁷⁰⁰ Ibidem, pkt. 357 – 373.

⁷⁰¹ Ibidem, pkt. 378 – 381.

⁷⁰² Ibidem, pkt. 424 – 445.

Vodafone dysponowali po 155 MHz, co pozwoliłoby oferować najszybszy transfer danych w sieciach 3G i 4G, w efekcie motywując do podniesienia cen. Komisja nie uważała, że zebrane spektrum doprowadziłoby do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji, aczkolwiek niemiecki regulator wszczął procedurę zmierzającą do przeprowadzenia aukcji części spektrum przysługującego stronom, by zapewnić jego wydajne wykorzystanie i przywrócić niedyskryminujący, obiektywny i transparentny podział pakietów⁷⁰³.

Prawdopodobna reakcja konkurujących MNO. W przypadku produktów, których pozycja rynkowa jest zróżnicowana endogenicznie, typową maksymalizującą zyski reakcją na podwyżkę cen przez konkurenta jest podniesienie swoich cen. Trzej pozostali na rynku MNO mieliby zbliżone udziały w nasyconym rynku, więc agresywna rywalizacja cenowa była mało prawdopodobna. Z kolei ani operatorzy wirtualni, dostawcy usług czy markowi odsprzedawcy nie byli w stanie konkurować na równi z MNO, wywierana przez nich presja konkurencyjna nie zrównoważyła utraty konkurencji wynikającej z eliminacji jednego MNO. To operatorzy infrastrukturalni ustalając ceny hurtowego dostępu, typ i technologię udostępnianych usług (żaden MNO nie udostępniał telefonii 4G) i wprowadzając ograniczenia do oferowanych taryf pośrednio regulują zdolność innych operatorów do konkurowania⁷⁰⁴. Zdolność ta jest zależna od poziomu konkurencji na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń, która osłabnie w wyniku koncentracji. Co więcej, w ciągu dwóch lat miało wygasnąć zobowiązanie MNO do udostępniania sieci dostawcom usług, co dalej osłabiłoby ich pozycję przetargową.

3.3.2. Hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń.

Zmniejszenie liczby dostawców z czterech do trzech to istotna zmiana zwiększająca poziom koncentracji na już bardzo skoncentrowanym rynku i eliminująca dwie ważne siły konkurencji. Komisja uważała, że udziały w rynku nie odzwierciedlały siły konkurencyjnej operatorów – Telefónica była aktywnym podmiotem agresywnie zwiększającym swoje udziały w rynku, zaś E-Plus był najbardziej w Niemczech chętny do świadczenia usług wykraczających poza zobowiązanie świadczenia usługi hurtowego dostępu dostawcom usług i był pionierem w zakresie udostępniania sieci 4G.

Zwiększenie bazy klientów poprzez koncentrację miało zmniejszyć motywację powstałego podmiotu do świadczenia usługi dostępu i udostępniania najnowszych technologii. Większa baza klientów oznacza lepsze wykorzystanie sieci i ekonomię skali. Im większa baza

⁷⁰³ Ibidem, pkt. 524 – 527.

⁷⁰⁴ Ibidem, pkt. 577 – 590.

klientów, tym więcej operator ma do stracenia na rzecz nowego, agresywnego konkurenta⁷⁰⁵. Ponadto, zmniejszenie presji konkurencyjnej na rynku detalicznym miało mieć negatywny wpływ na motywację do agresywnego konkurowania na rynku hurtowym. Powstały podmiot będzie w mniejszym stopniu potrzebował operatorów korzystających z jego sieci i uzyskiwał z ich działalności mniejsze korzyści.

3.4. Korzyści z koncentracji – zwiększenie wydajności

Strony wskazały pięć potencjalnych kategorii korzyści dotyczących sieci telekomunikacji mobilnej, sieci dystrybucyjnej, wydatków ogólnych i administracyjnych, dodatkowych możliwości biznesowych oraz stawek za zakańczanie połączeń komórkowych.

Koncentracja miała podnieść jakość sieci, powstały podmiot miał wprowadzić sieć 4G szybciej i taniej niż strony działając osobno, miała generować oszczędności w funkcjonowaniu i rozbudowie sieci, różnicę w kosztach krańcowych, CAPEX i OPEX oraz zwiększyć stopień pokrycia populacji siecią 4G. Strony przedstawiły szereg analiz mających na celu wyrazić ilościowo korzyści płynące dla klientów z sieci wyższej jakości, ale Komisja odrzuciła je wszystkie kwestionując, że jakość sieć zwiększy się istotnie z korzyścią dla konsumentów w porównaniu z sytuacją niedokonania koncentracji⁷⁰⁶. Zwiększona wydajność wpływająca na koszty stałe nie wpływa na ceny oferowane klientom, podobnie wydajności wpływające na CAPEX i OPEX wpływają na decyzje o inwestycjach, ale nie na ceny⁷⁰⁷.

Porównanie skutków koncentracji i współdzielenia sieci wykazało, że oszczędności w funkcjonowaniu sieci 2G i 3G byłyby takie same w obydwu przypadkach, gdyż sieci te już były zbudowane i oszczędności dotyczyłyby tylko kosztów OPEX. Oszczędności dotyczące sieci 4G obejmowałyby zarówno OPEX, jak i CAPEX, ale jedyne oszczędności jakie Komisja była skłonna uznać dotyczyły kosztów zmiennych. Zestawienie oszczędności uzyskanych przez powstały podmiot i oszczędności możliwych do osiągnięcia poprzez wzajemny roaming w swoich sieciach 4G wykazało, że byłyby one zbliżone⁷⁰⁸. Z perspektywy klientów korzyści z korzystania z sieci wszystkich generacji byłyby porównywalne w obydwu scenariuszach – korzystaliby ze skonsolidowanego spektrum i lokacji z nadajnikami uzyskując lepszy zasięg i prędkość transferu danych. Klienci E-Plus zyskaliby ze spektrum 800 MHz w terenach o mniejszym zaludnieniu, klienci Telefónica skorzystaliby ze spektrum 1800 MHz w terenach

⁷⁰⁵ Ibidem, pkt. 804 – 812.

⁷⁰⁶ Ibidem, pkt. 866 – 1058.

⁷⁰⁷ Ibidem, pkt 1068.

⁷⁰⁸ Ibidem, pkt 1108.

miejskich. Co istotne, Komisja podkreśliła, że alternatywny scenariusz pod postacią współdzielenia sieci nie musi być prawdopodobny do wystąpienia w rzeczywistości w realiach rynkowych, wystarczy by był racjonalny w sytuacji, w jakiej znajdują się wchodzące w połączenie przedsiębiorstwa biorąc pod uwagę ustalone zasady prowadzenia działalności gospodarczej w danej branży, by odrzucić korzyści jako niespecyficzne dla koncentracji⁷⁰⁹. Scenariusz jest racjonalny, gdy przynosi korzyści stronom, niezależnie od rozkładu korzyści między stronami, ani od tego, czy przynosi równie znaczące korzyści co inne rozwiązania⁷¹⁰. Współdzielenie sieci mogło przynieść stronom 70 – 80% oszczędności generowanych przez koncentrację⁷¹¹. Fakt, że strony skierowały się w stronę najbardziej zyskowego rozwiązania nie oznacza, że inne rozwiązania nie są realne i racjonalne, nawet jeśli strony nie planowały ich podjąć.

Komisja uznała, że zgłoszone korzyści sieciowe nie były specyficzne dla koncentracji, gdyż w znacznym stopniu można było je osiągnąć poprzez mniej szkodliwe dla konkurencji rozwiązania, jak różne formy współdzielenia sieci.

Korzyści dotyczące sieci dystrybucyjnej miały zwiększyć dostępności sklepów detalicznych i poprawić obsługę klienta przy oszczędnościach z tytułu likwidacji duplikujących się sklepów. Korzyści te nie zostały uznane za zweryfikowane i odczuwalne przez klientów. Koncentracja miała ograniczyć ogólne koszty funkcjonowania, w szczególności koszty IT i administracyjne. Są to koszty stałe, strony nie wykazały dlaczego miałyby wpłynąć na ceny i zostać przekazane klientom. Koncentracja miała doprowadzić do dodatkowych możliwości biznesowych oraz zinternalizowania opłat za zakańczanie wzajemnych połączeń. Korzyści te nie były specyficzne dla koncentracji, mogły być osiągnięte bez koncentracji, więc Komisja je odrzuciła.

Strony nie wykazały weryfikowalnych, specyficznych dla koncentracji i przynoszących korzyść konsumentom korzyści na rynku hurtowego dostępu i rozpoczynania połączeń. Komisja postawiła wysoko poprzeczkę w przedmiocie dowodu, że oszczędności faktycznie przełożą się na obniżenie cen dla klientów, w efekcie wszystkie zgłoszone korzyści z koncentracji zostały uznane za pomijalne, nieprzynoszące korzyści konsumentom lub możliwe do osiągnięcia w sposób mniej szkodliwy dla konkurencji. Stąd korzyści z koncentracji nie mogły stanowić przeciwwagi dla ewentualnych negatywnych skutków koncentracji.

⁷⁰⁹ Ibidem, pkt. 1114 i 1115.

⁷¹⁰ Ibidem, pkt 1137.

⁷¹¹ Ibidem, pkt 1119.

3.5. Efekty skoordynowane

Pomimo, iż koncentracja zwiększała symetrię pomiędzy operatorami, zarówno pod względem udziałów w rynku, jak i jakości sieci, a rynek cechował się wysokim stopniem przejrzystości, Komisja nie stwierdziła zagrożenia wystąpienia efektów skoordynowanych.

3.6. Efekty nieskoordynowane

Detaliczny rynek świadczenia usług telekomunikacji mobilnej dla użytkowników końcowych. W wyniku koncentracji pozostać miało trzech operatorów infrastrukturalnych o zbliżonych udziałach. Połączeniu ulegało dwóch najmniejszych MNO, którzy byli bliskimi, agresywnymi konkurentami. Powstały podmiot miał być liderem pod względem liczby klientów, ale być na trzecim miejscu pod względem przychodów. Byłby liderem w segmencie usług przedpłaconych, ale trzeci w segmencie abonamentowym. Połączenie dwóch stosunkowo niewielkich baz klientów w jedną większą oznaczałoby mniejszą motywację do agresywnej polityki cenowej i prawdopodobnie skutkowałoby złagodzeniem obecnej na rynku presji konkurencyjnej. Pozostali dwaj konkurenci nigdy nie byli liderami cenowymi, ich strategia polegała na dostosowywaniu się do warunków rynkowych i nic nie wskazywało, by mieli zmienić strategię, gdy mogliby pośrednio zyskać na podniesieniu cen przez połączony podmiot.

Ani MVNO, ani dostawcy usług, ani markowi odsprzedawcy nie wydawali się być w stanie przeciwdziałać podwyższeniu cen przez połączony podmiot i pozostałych MNO, ani wpłynąć na równowagę rynkową, którą po koncentracji osiągną symetryczni MNO. Analiza Komisji wskazywała, że koncentracja prawdopodobnie wywoła znaczącą podwyżkę cen w wyniku znaczącego osłabienia konkurencji.

Powstały podmiot byłby szczególnie silny w segmencie usług przedpłaconych (50 – 60% klientów, 40 – 50% przychodów) i klientów abonamentowych niskiej wartości – segmentu do którego klienci usług przedpłaconych przechodziliby w razie podwyżek. W segmencie usług przedpłaconych wprowadzano najbardziej agresywne cenowo oferty, a dynamika konkurencji wpływała na przyległe segmenty abonamentowe stanowiąc „podłogę cenową” dla całego rynku. Strony odgrywały tak ważną rolę w segmentach niskiej wartości, że połączenie ich pozycji miało mieć wpływ na konkurencję na całym rynku detalicznym⁷¹².

⁷¹² Ibidem, pkt 238.

Klienci indywidualni i MŚP tworzący segment klientów niskiej wartości nie mają żadnej siły przetargowej w konfrontacji z siłą rynkową MNO. Ich pozycja miała się znacznie pogorszyć po koncentracji.

Dokonując ilościowej oceny skutków koncentracji Komisja przeprowadziła rozbudowaną analizę opartą o UPP by oszacować wpływ na cenę na podstawie stóp substytucyjności, cen i marży w segmentach dla usług głosowych i transferu danych. Analiza UPP została rozbudowana poprzez uwzględnienie reakcji rywali pozwalając na bardziej miarodajne wyniki. Ponadto, wykorzystano dane o taryfach do przeprowadzenia ekonometrycznej oceny popytu w segmencie klientów indywidualnych, by ocenić prawdopodobne skutki zmian cen dla tego segmentu, również uwzględniając reakcję konkurentów.

Obydwie symulacje zakładały istnienie przedsiębiorstw oferujących zróżnicowane produkty i ustalających ceny maksymalizujące ich zyski oraz liniowy popyt. Powstałe przedsiębiorstwo ustala ceny maksymalizując swój zysk z połączonej oferty produktów w drodze zinternalizowania klientów poprzednio traconych na rzecz drugiej strony koncentracji. Konkurenci uwzględniają zmianę ceny powstałego podmiotu i znajdują nowy optymalny poziom maksymalizujący ich zyski.

Po przeprowadzeniu standardowej, nieuwzględniającej reakcji konkurentów, analizy UPP, która wskazała zachętę dla połączonego podmiotu do podniesienia cen, ustalono nowy stan równowagi rynkowej bazując na reakcjach konkurentów. Analogicznie jak w decyzji *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland* przygotowano scenariusz podstawowy i analizę wrażliwości. Analiza wskazywała na bardzo znaczne jednostronne podwyżki cen.

Wyliczenia wysokości podwyżek w scenariuszu podstawowym wskazywały na następujące podwyżki⁷¹³:

	Usługi przedpłacone	Usługi abonamentowe
Telefónica	20,7%	5,5%
E-Plus	13,2%	9,7%

Analiza wrażliwości wskazywała na następujące podwyżki:

	Usługi przedpłacone	Usługi abonamentowe
Telefónica	16,6%	4,5%
E-Plus	11,3%	8,7%

Skalibrowana symulacja koncentracji uwzględniająca stan równowagi po reakcji rywali wskazywała na następujące podwyżki w segmencie klientów indywidualnych⁷¹⁴:

⁷¹³ Ibidem, pkt. 698 – 700.

	Usługi przedpłacone	Usługi abonamentowe	Segment ogólnie
Scenariusz podstawowy	11,6%	4,1%	5,7%
Analiza wrażliwości	9,9%	3,7%	5%

Dokonując ekonometrycznej oceny popytu w segmencie klientów indywidualnych Komisja wybrała dwa tzw. modele popytu wyboru dyskrecjonalnego⁷¹⁵. Wskazały one, że wzrost cen Telefónica w segmencie wyniesie ok. 10% lub więcej, a dla E-Plus od 7% do 12%. Łączne przewidywane wzrosty cen w tym segmencie mieściły się w przedziale od 4% do 8%⁷¹⁶.

Obydwa podejścia wskazywały, że koncentracja prawdopodobnie doprowadzi do znaczącego wzrostu cen usług przedpłaconych i abonamentowych w segmencie klientów indywidualnych. Komisja uznała, że zgłoszona koncentracja wywołałaby antykonkurencyjne efekty nieskoordynowane, gdyż na wysoko skoncentrowanym rynku eliminowałaby presję konkurencyjną wywieraną przez strony na siebie i ograniczała presję wywieraną na innych operatorów. Jeśli efekty te nie zostałyby zrównoważone, koncentracja prowadziłaby do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji.

Hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń. Zmniejszenie liczby dostawców, presji konkurencyjnej i motywacji do świadczenia usługi dostępu budziło obawy, że pozostali MNO staną się mniej chętni do świadczenia hurtowej usługi dostępu i rozpoczynania połączeń innym operatorom. Już przed koncentracją DT i Vodafone minimalizowały ich obecność w swoich sieciach, na którą w przeszłości otworzyły się dopiero kiedy E-Plus otworzył swoją sieć i zaczął przyciągać do siebie innych operatorów.

MNO świadczą dostęp, między innymi, w celu pośredniego konkurowania w tańszych segmentach rynku bez strat dla swojej marki. Gdy w wyniku koncentracji konkurencja na rynku detalicznym, szczególnie w tańszych segmentach, osłabnie, MNO będą mieli mniejszą motywację by rywalizować o obecność innych operatorów w swojej sieci. Gdyby któryś MNO postanowił podnieść ceny na hurtowym rynku dostępu, operatorzy korzystający z jego sieci napotkaliby istotne trudności komercyjne, umowne i techniczne przy próbie zmiany na innego operatora, nawet gdyby ten był skłonny zaoferować korzystniejszą ofertę.

Pomimo zidentyfikowania powyższych obaw Komisja nie rozstrzygnęła, czy koncentracja doprowadziłaby do wywołania efektów nieskoordynowanych, gdyż przyjęte zobowiązania

⁷¹⁴ Ibidem, pkt 751.

⁷¹⁵ Zob. S. Berry, *Estimating Discrete-Choice Models of Product Differentiation* (w:) Rand Journal of Economics, tom 25, nr 2, Summer 1994, s. 242 – 262.

⁷¹⁶ Decyzja Komisji *Telefónica Deutschland/E-Plus*, pkt 767.

miały skutecznie zapobiec zaburzeniom konkurencji na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń.

3.7. Środki zaradcze

Przyjęte środki zaradcze miały na celu wyeliminowanie znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji na detalicznym rynku usług telekomunikacji mobilnej. Komisja uważała, że środki mające rozwiązać zidentyfikowane obawy, a które nie polegałyby na wprowadzeniu na rynek nowego MNO, musiały prowadzić do znaczącego wzmocnienia zdolności i motywacji pozostałych operatorów do konkurowania z operatorami infrastrukturalnymi⁷¹⁷. Zaproponowano trzy grupy zobowiązań dotyczących wprowadzenia nowego MNO, preferencyjnej umowy MBA (Mobile Bitstream Access) dla wybranych MVNO oraz ogólne zobowiązania wobec operatorów innych niż infrastrukturalni.

Telefónica zobowiązała się do zaoferowania praw do części spektrum, umowy o roaming narodowy, dywestycję lokacji, pasywne współdzielenie sieci radiowej i sprzedaż sklepów na rzecz jednego operatora, który stałby się nowym MNO. Przekazywane spektrum było bardzo ograniczone – po 10 MHz w paśmie 2100 MHz i 2600 MHz. Roaming miał być świadczony na najlepszych warunkach oferowanych w Niemczech.⁷¹⁸

Przed wejściem w życie koncentracji Telefónica miała zawrzeć umowę MBA z co najmniej jednym, a maksymalnie trzema, operatorami wirtualnymi. MBA MVNO mieli kupić w sumie 20% całkowitych zdolności sieciowych połączonego podmiotu, opcjonalnie mogli dokupić dodatkowo do 10% całkowitych zdolności sieciowych. MBA MVNO mieli wykupić ustalone z góry pakiety prędkości przesyłu, ilości danych, minut i SMSów, przez co minimalizowano koszty zmienne motywując ich do agresywnej konkurencji⁷¹⁹.

Telefónica zobowiązała się przedłużyć obecne umowy hurtowego dostępu i rozpoczynania połączeń z MVNO i dostawcami usług oraz zaoferować im dostęp do telefonii 4G. Z umów z MVNO i dostawcami usług wyeliminowano zastrzeżenia, które utrudniały tym operatorom zmianę dostawcy usług hurtowych i przeniesienie swoich klientów do sieci innego MNO⁷²⁰.

⁷¹⁷ Ibidem, pkt 1304.

⁷¹⁸ Ibidem, pkt. 1359 – 1367.

⁷¹⁹ Ibidem, pkt. 1368 – 1377.

⁷²⁰ Ibidem, pkt 1378.

3.8. Wnioski

Strony były ważnymi siłami konkurencji ze względu na swoje udziały, politykę niskich cen, zbliżoną jakość sieci i pierwszeństwo w innowacjach. Kompleksowa analiza obecności w różnych segmentach pokazała jaki koncentracja będzie miała wpływ na poszczególne koszyki cenowe i zachęty rynkowe dla pozostałych MNO i innych operatorów. Wskazała też na szczególną bliskość pomiędzy konkurentami. DT i Vodafone korzystały na fakcie, że najbardziej agresywny cenowo konkurent zniknął z rynku, a powstały podmiot zyskiwał mocne zachęty by prowadzić zbieżną z nimi politykę cenową. Jednocześnie zdolność MVNO i dostawców usług do wywierania presji porównywalnej z MNO jeszcze bardziej słabła.

W Niemczech miała miejsce unikalna w Europie sytuacja, gdzie wśród operatorów funkcjonujących w oparciu o usługę dostępu do infrastruktury dominowali dostawcy usług, a nie operatorzy wirtualni. Teoretycznie przedsiębiorstwa powinny mieć motywację do przybrania postaci operatorów wirtualnych, gdyż skutkowało to bardziej korzystną strukturą kosztów. Obowiązująca regulacja sektorowa zapewniała jednak dostawcom usług bardziej korzystne warunki funkcjonowania od rynkowych warunków oferowanych MVNO. Niewątpliwy sukces rynkowy dostawców usług pokazuje, że operatorzy nieposiadający własnych sieci mogą wywierać znaczną presję na rynku detalicznym jeśli tylko uzyskają na rynku hurtowym korzystne warunki. Regulacja sektorowa miała wygasnąć dwa lata po koncentracji, co budziło obawy o znaczne pogorszenie warunków na rynku hurtowym.

Strony zaprezentowały korzyści płynące z koncentracji w sposób bardziej rozbudowany i kompleksowy niż w poprzednich sprawach, ale Komisja odrzuciła je wszystkie argumentując, że tak długo jak racjonalnie można je osiągnąć w drodze mniej antykonkurencyjnej umowy o współdzielenie sieci, korzyści nie są specyficzne dla koncentracji. Komisja odrzuca korzyści nawet jeśli współdzielenie sieci nie jest prawdopodobne.

W ramach środków zaradczych Telefónica musiała tylko przedstawić ofertę umowy z nowym MNO, umowa ta nie musiała być zawarta dla ważności koncentracji. Oddelegowane spektrum było niewielkie, w najmniej korzystnych, pożądanym i najdroższym w wykorzystaniu pasmach, zaś umowa o współdzielenie sieci dotyczyła pasywnego współdzielenia, nie aktywnego. Czynniki te zmniejszały szanse na wejście na rynek nowego MNO. Pojawienie się nowego MNO było na tyle wątpliwe, że Komisja uznała implementację zobowiązań dotyczących nowego MNO za mało prawdopodobną, a przez to nie eliminującą

obaw o konkurencję po koncentracji. Mimo wszystko Komisja wyraziła nadzieję, że przyjęte rozwiązanie w połączeniu z przyszłą działalnością regulatora otworzą szansę na pojawienie się na rynku nowego MNO⁷²¹.

Na rynku miał pojawić się co najmniej jeden MVNO korzystający z preferencyjnych warunków i znaczących zasobów w ramach umowy MBA. Komisja liczyła, że operatorzy ci w połączeniu z pozostałymi na rynku trzema MNO i innymi operatorami będą wywierać na siebie wystarczającą presję konkurencyjną, by rynek usług detalicznych pozostał konkurencyjny. Podstawowymi przeszkodami w konkurowaniu z MNO dla MVNO i dostawców usług był brak dostępu do usług 4G i model opłat oparty o koszty zmienne. Dzięki dostępowi do sieci 4G, modelowi funkcjonowania opartemu o ponoszenie w większości kosztów stałych oraz zasobach pozwalających na obsłużenie do 10,5% niemieckiego detalicznego rynku usług telekomunikacji mobilnej, operatorzy MBA mieli zastąpić presję wywieraną do tej pory przez E-Plus. Pozostali operatorzy korzystający z sieci stron zyskali pewność co do warunków funkcjonowania nawet gdyby nałożone przez regulatora zobowiązanie do świadczenia usługi hurtowego dostępu dostawcom usług wygasło, a ponadto uzyskali dostęp do sieci 4G.

Z perspektywy rynku usług detalicznych przyjęta decyzja starała się wyjść naprzeciw zidentyfikowanym zagrożeniom dla skutecznej konkurencji. MBA MVNO będą mogli oferować wszelkie usługi i technologie, a także skonstruować swoje taryfy niezależnie od stron. To da im strukturę quasi-MNO i umożliwi funkcjonowanie z podobną do nich wydajnością. Mieli dzięki temu zastąpić presję konkurencyjną, która zniknęła na rynku w wyniku zaniku dwóch bliskich sobie ważnych sił konkurencji.

Na rynku hurtowych usług dostępu i rozpoczynania połączeń przyjęte środki zaradcze skutkowały przedłużeniem i rozbudowaniem obowiązującej do tej pory względem dostawców usług regulacji sektorowej, a także wprowadzeniem usług MBA świadczonych na zasadach bardziej preferencyjnych niż rynkowe. Decyzja jest wprawdzie wiążąca tylko dla stron, ale zależność oligopolistyczna na rynku hurtowym sprawiała, że konkurenci musieli uwzględnić jakość usług przyjętą w zobowiązaniach i oferowaną przez powstały podmiot.

⁷²¹ Ibidem, pkt 1382.

4. Konsekwencje koncentracji dokonanych w latach 2012 – 2014

W latach 2012 – 2014 w Unii Europejskiej doszło do trzech koncentracji operatorów infrastrukturalnych na rynku telekomunikacji mobilnej. Wszystkie koncentracje zmniejszały liczbę MNO z czterech do trzech i zostały zatwierdzone dopiero po przyjęciu pakietu zobowiązań, które miały zapewnić dalszą skuteczną konkurencję. W odróżnieniu od decyzji wydanych w poprzednim wyróżnionym etapie, Komisja przeprowadziła w każdym postępowaniu dogłębną analizę ekonomiczną rynku i konsekwencji jakie wywoła koncentracja. Przyjmowane zobowiązania nie ograniczały się tylko do usuwania zidentyfikowanych przeszkód strukturalnych, ale przyjmowały też postać środków behawioralnych mających sprawić, że po koncentracji konkurencja na rynku będzie bardziej agresywna. Począwszy od pierwszej decyzji w sprawie *Hutchison 3G Austria/Orange Austria* Komisja dostrzegła, że rynki właściwe zakańczania połączeń i roamingu międzynarodowego są uregulowane w takim stopniu, że koncentracje nie powinny wywoływać na nich negatywnych skutków, za to znaczącej uwagi wymaga hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń, który jest rynkiem wyższego szczebla wobec detalicznego rynku usług telekomunikacji mobilnej dla użytkowników końcowych. Kondycja konkurencji na hurtowym rynku dostępu ma bezpośrednie przełożenie na skuteczność konkurencji na rynku usług detalicznych.

W Austrii najmniejszy operator przejmował trzeciego największego operatora, powstały podmiot zajmował trzecią pozycję na rynku. W ocenie Komisji najmniejszy operator nie stanowił ważniejszej siły konkurencji od większych operatorów, którzy konkurowali równie agresywnie. Na potrzeby oceny stopnia bliskości konkurencji pomiędzy stronami Komisja wykazała, że przepływ klientów był większy niż sugerowały to udziały w rynku. Aby upewnić się w tym stwierdzeniu, przeanalizowano taryfy ze szczególnym uwzględnieniem ofert obejmujących duży transfer danych, gdzie dynamika wzrostu była bardzo wysoka. Strony były tu szczególnie bliskimi konkurentami. Oceniając zasadność zadeklarowanych przez strony korzyści płynących z koncentracji, Komisja zestawiała je z innymi realnymi sposobami współpracy (roaming, współdzielenie sieci, koncentracja przy pozostawieniu Orange jako MVNO) i odrzuciła wszystkie jako nie będące specyficznymi dla koncentracji i nie gwarantujące transferu korzyści konsumentom. Decyzja w sprawie H3G/Orange była pierwszą, gdzie Komisja przeprowadziła szczegółową prospektywną analizę kluczowych segmentów rynku oraz wykorzystała wskaźnik GUPPI dla oceny wpływu koncentracji na ceny na detalicznym rynku usług telekomunikacji mobilnej. Oceniając prawdopodobieństwo

wystąpienia skutków skoordynowanych Komisja odwołała się do dorobku wypracowanego w sprawach *Airtours* i *Impala*, ale nie udało jej się udowodnić, że do nich dojdzie. Przyjęta teoria szkody przewidywała wystąpienie efektów nieskoordynowanych. W wyniku koncentracji operatorzy mieli bardziej symetryczne udziały w rynku, dwaj najmniejsi operatorzy po połączeniu zyskali motywację do podniesienia cen, a wysokie bariery wejścia na rynek i sytuacja na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń sprawiały, że szansa na pojawienia się nowego konkurenta była marginalna. Warunki na rynku hurtowym nie były konkurencyjne, jedyny MVNO nie wywierał istotnej presji konkurencyjnej i nie było perspektyw, by nowi mieli wejść na rynek i intensywnie konkurować, gdyż MNO bronili swojej pozycji, co byłoby jeszcze łatwiejsze po koncentracji. Na hurtowym rynku dostępu MNO narzucali zawyżone ceny, a czasami wręcz odmawiali udziału w negocjacjach. Hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń nie funkcjonował w prawidłowy sposób.

Komisja wyraziła zgodę na koncentrację w oparciu o przyjęte zobowiązania. Strony zawarły z góry umowę z UPC, który miał wejść na rynek jako nowy MVNO i zobowiązały się oferować hurtowy dostęp do szesnastu operatorom przez okres dziesięciu lat w wymiarze do trzydziestu procent posiadanych zasobów sieciowych. Strony miały oferować dywesticję części posiadanego spektrum, co w połączeniu z nadchodzącą aukcją częstotliwości przez regulatora miało umożliwić nowemu MNO wejście na rynek. Komisja liczyła, że obniżenie barier wejścia na rynek jako MVNO sprawi, że nowe podmioty zaczną wywierać presję konkurencyjną na rynku detalicznym. Oferta dywesticji miała dać nadzieję na pojawienie się nowego MNO.

W Irlandii najmniejszy operator przejmował drugiego największego operatora. W efekcie powstała struktura z dwoma symetrycznymi liderami kontrolującymi 80% rynku i trzecim o połowę mniejszym operatorem przy niewielkiej roli odgrywanej przez MVNO. Komisja zwróciła uwagę na wysoki stopień koncentracji rynku (HHI 3600) przy jednoczesnej utracie podmiotu wywierającego znaczącą presję konkurencyjną i wprowadzającego zaburzające *status quo* oferty. Komisja oceniła udziały operatorów w poszczególnych segmentach rynku stwierdzając, że strony łącznie miały największy udział w najważniejszych segmentach – usług abonamentowych i bezprzewodowego szerokopasmowego Internetu, przez co koncentracja mogła wywołać bardziej negatywne skutki niż wskazywałyby na to udziały w całym rynku.

Uznając Three za operatora *maverick* Komisja przyjęła niższy stopień dowodu niż we wcześniejszej sprawie *T-Mobile Austria/Tele.ring*. Three nie powiększał swego udziału w tak samo szybkim tempie i jego oferta nie była najtańsza w każdym segmencie, ale zyskiwał

udziały najszybciej w kraju, a gdy jego oferta nie była najtańsza, to zawsze konkurowała z najlepszą i wywierała istotną presję cenową na konkurentów. Jego polityka cenowa prowadziła do obniżenia poziomu cen na rynku. W wyniku koncentracji najmniejszy operator utracił motywację do dalszego pełnienia roli *maverick*, gdyż ważniejsza stała się retencja posiadanych klientów, nie zdobywanie nowych, a zasoby sieciowe byłyby w znacznym stopniu wykorzystywane.

Dokonując oceny ilościowych skutków koncentracji Komisja przyjęła model Bertrand-Nasha dla zróżnicowanych produktów, gdzie przedsiębiorcy rywalizują ceną, wskaźnik GUPPI, CMCR i przeprowadziła pełną symulację koncentracji. Kompleksowe wykorzystanie nauki ekonomii w dokonywanych ocenach pozwoliło dużo bardziej szczegółowo i prawidłowo niż w poprzednich latach ocenić konsekwencje koncentracji.

Na rynku hurtowym strony agresywnie konkurowały o MVNO, największy operator w Irlandii oferował usługi dostępu w ograniczonym zakresie, a mniejszy operator nie dysponował zasięgiem w całym kraju i był przez to mniej atrakcyjny. Osłabiona konkurencja na rynku hurtowym utrudniłaby funkcjonowanie MVNO przez co odbiłaby się negatywnie na rynku detalicznym. Komisja obawiała się, że podmiot powstały w wyniku koncentracji będzie zainteresowany świadczeniem dostępu tylko niszowym MVNO, przez co operatorzy wirtualni nie będą mogli wypełnić niszy pozostawianej przez znikającego operatora *maverick* i zastąpić wywieraną przez niego dotychczas presję konkurencyjną.

Komisja odrzuciła zgłoszone korzyści skali wynikające z koncentracji zestawiając je z korzyściami, które wynikały z obowiązujących umów o współdzielenie sieci oraz wskazując, że korzyści skali dotyczą kosztów stałych i przez to prawdopodobnie nie zostałyby przeniesione na klientów.

Chcąc stwierdzić niebezpieczeństwo wystąpienia efektów skoordynowanych Komisja przeprowadziła analizę rynku zgodnie z kryteriami Airtours. Zmiany wywołane koncentracją mogły ułatwić koordynację. Symetryczność największych operatorów i charakterystyka rynku sprawiały, że koordynacja działań była możliwa i łatwa do osiągnięcia, ale mniejszy operator nie miał interesu w koordynacji działań, co zostało jeszcze wzmocnione przyjętymi zobowiązaniami. Ostatecznie Komisja przyjęła teorię szkody opartą o efekty nieskoordynowane. Chcąc obliczyć konsekwencje zmniejszenia presji konkurencyjnej na rynku przedstawiono kompleksowe analizy zachęty do podniesienia cen oraz przedstawiono prawdopodobny nowy stan równowagi na rynku. Wskazywały one na znaczące podwyżki cen przez strony koncentracji oraz pozostałych operatorów.

W celu zapobiegnięcia wystąpieniu zidentyfikowanych antykonkurencyjnych efektów koncentracji przyjęto szereg zobowiązań. Umowa o współdzielenie sieci z Eircom miała zapewnić mu ogólnokrajowy zasięg, usuwając potencjalną strukturalną przeszkodę w byciu równorzędnym konkurentem szczególnie na hurtowym rynku dostępu. Koszty współdzielenia sieci o stałym charakterze zamiast dotychczasowej opłaty za wykorzystanie roamingu w sieci Vodafone zwiększały jego motywację do konkutowania na rynku detalicznym. Zobowiązanie dotyczące MVNO stanowiło rozwinięcie mechanizmu przyjętego w sprawie austriackiej. Komisja wyciągnęła wnioski z błędów tam popełnionych, przez które przyjęta oferta referencyjna nie została przyjęta przez żadnego operatora. Tym razem zamiast oferty referencyjnej na rynek miało wejść dwóch MVNO w oparciu o ustalony z góry udział w zasobach sieciowych za stałą cenę. Operatorzy wirtualni mogli uzyskać aż 30% zasobów sieciowych powstałego podmiotu, a jeden mógł zostać operatorem infrastrukturalnym poprzez ofertę dywestycji spektrum. Komisja liczyła, że presja konkurencyjna wywierana przez nowych MVNO zastąpi presję wywieraną przez Three, czemu miał służyć zastosowany pierwszy raz model opłat za ustalony z góry wymiar zasobów dający większą motywację do walki o nowych klientów.

W Niemczech trzeci operator Telefónica przejął czwartego operatora E-Plus tworząc strukturę z trzema symetrycznymi operatorami przy udziale w rynku operatorów korzystających z sieci operatorów infrastrukturalnych na poziomie niemalże 20%. Koncentracja miała doprowadzić do wystąpienia znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji poprzez wywołanie efektów nieskoordynowanych na rynku usług detalicznych i hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń. Symulacje koncentracji, analiza rynku i wewnętrzne dokumenty wskazywały, że strony były bliskimi konkurentami i ważnymi siłami konkurencji. Tak jak w sprawie w Irlandii analiza ilościowa była oparta o model Bertrand-Nasha dla zróżnicowanych produktów, gdzie przedsiębiorcy rywalizują ceną. Komisja przedstawiła analizę UPP bazującą na stopach substytucji i marżach, oraz szacunkową analizę popytu opartą o charakterystykę oferowanych taryf. Przeprowadzone analizy wskazywały, że koncentracja prawdopodobnie doprowadzi do znaczącego wzrostu cen dla klientów indywidualnych na rynku detalicznym jako konsekwencję wystąpienia efektów nieskoordynowanych. Podwyżki dotknęłyby w szczególności niski koszyk usług. Na hurtowym rynku dostępu koncentracja miała ograniczyć motywację MNO do udostępniania swoich sieci i wyraźnie pogorszyć sytuację operatorów korzystających z ich sieci. Komisja uważała, że MVNO mogliby z czasem przekształcić się w MNO, ale zależność od MNO i funkcjonujący model kosztów opartych o wykorzystanie sieci ograniczały ich motywację do

agresywnej konkurencji cenowej i oferowania innowacyjnych rozwiązań. Aby zapobiec wystąpieniu negatywnych konsekwencji koncentracji strony przyjęły zobowiązania trzech kategorii. Zobowiązały się umożliwić wkroczenie na rynek nowego MNO, a także zawarcia preferencyjnej umowy MBA z co najmniej jednym MVNO. Struktura kosztów była oparta o zapłatę za z góry ustalone pakiety, co miało zwiększyć motywację operatorów do intensywnego pozyskiwania nowych klientów. Dotychczasowi MVNO i dostawcy usług otrzymali dostęp do usług 4G oraz wyeliminowano zastrzeżenia utrudniające im zmianę dostawcy usług hurtowych, co podnosiło konkurencyjność MVNO na rynku detalicznym i umocniło ich pozycję negocjacyjną na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń.

4.1. Wpływ koncentracji na ceny

Koncentracje w Austrii, Irlandii i Niemczech doszły do skutku i doprowadziły do zmian struktury rynków w tych państwach. Wpływ koncentracji na ceny można oszacować poprzez porównanie trendów cenowych w państwach, gdzie miały miejsce koncentracje, z trendami cenowymi w grupie kontrolnej państw, gdzie nie miała miejsca koncentracja.

W Austrii zobowiązania przyjęte przez strony koncentracji miały ułatwić wejście na rynek nowego MNO oraz nowych MVNO. Pierwsze zobowiązanie nigdy nie zostało zrealizowane, gdyż żaden nowy MNO nie postawił wejść na rynek. Pierwszy nowy MVNO, UPC, wszedł na rynek w grudniu 2014 roku, czyli około dwa lata po zatwierdzeniu koncentracji. Znacząca presja konkurencyjna ze strony MVNO pojawiła się dopiero po wejściu na rynek kolejnych operatorów w 2015 roku. MVNO weszli na rynek nie tylko w oparciu o wynikającą z zobowiązań ofertę H3G, ale także w oparciu o konkurencyjne oferty T-Mobile i TA. Przyjęte zobowiązania naprawiły funkcjonowanie hurtowego rynku dostępu w Austrii. W obliczu otwartej oferty usługi dostępu dla MVNO ze strony powstałego podmiotu, konkurencji musieli się dostosować i minimalizować straty jakie wywoływałoby wejście na rynek MVNO w innej sieci poprzez próbę zachęcenia ich do korzystania ze swojej sieci.

Przed koncentracją poziom cen w Austrii dla wszystkich trzech koszyków był znacznie poniżej średniego poziomu cen w krajach grupy kontrolnej, a trendy cenowe były podobne. W ciągu dwóch lat po koncentracji ceny w Austrii wzrosły i w 2014 roku osiągnęły lub przekroczyły poziom grupy kontrolnej. Ceny utrzymywały się mniej więcej na tym samym poziomie w 2015 roku. Dopiero w 2016 roku nastąpił znaczny spadek cen, natomiast ceny w grupie kontrolnej pozostały na mniej więcej tym samym poziomie lub nieco wzrosły.

Wydaje się zatem, że pozytywne skutki wejścia na rynek MVNO i wywieranej przez nich presji konkurencyjnej stały się widoczne dopiero w 2016 roku, czyli trzecim roku po koncentracji i już po wydaniu przez Komisję decyzji w Irlandii i Niemczech.⁷²²

Zobowiązania przyjęte w Irlandii zakładały wejście na rynek dwóch MVNO na podstawie umowy opartej o udział w zasobach sieciowych. W 2015 r. iD Mobile był pierwszym operatorem MVNO, który wszedł na irlandzki detaliczny rynek telekomunikacji mobilnej w sieci H3G w wyniku tych zobowiązań. W trzecim kwartale 2017 r. iD zdobył udział w rynku wynoszący zaledwie 0,7%, przestał świadczyć usługi w kwietniu 2018 r. i opuścił rynek. Drugi MVNO, Virgin Mobile, uruchomił swoje usługi w październiku 2015 r. Udziały Virgin wzrosły z 0,2% w drugim kwartale 2016 r. do 0,9% w trzecim kwartale 2017 r. W przeciwieństwie do iD, Virgin Mobile nie jest samodzielnym operatorem MVNO, ale jest częścią większej Virgin Media Corporation, która oferuje również stacjonarne usługi szerokopasmowe, usługi telewizyjne i usługi telefonii stacjonarnej.

Przed koncentracją poziom cen w Irlandii był w przypadku każdego z trzech koszyków wyższy od średniej lub równy średniej państw w grupie kontrolnej. W okresie po koncentracji ceny w Irlandii odbiegły od średniej z wyraźnym wzrostem dla wszystkich trzech koszyków w pierwszej połowie 2015 r. Efekt ten zanikł w drugiej połowie 2015 roku dla koszyka niskiego i średniego, ale utrzymał się dla koszyka wysokiego. Świadczy to, że o ile w krótkiej perspektywie koncentracja doprowadziła do statystycznie istotnego wzrostu cen, to skala i trwałość tych efektów różni się w zależności od koszyka użytkownika. Jedynie w przypadku wysokiego koszyka statystycznie istotny efekt cenowy utrzymał się przez dłuższy okres. Środki zaradcze i działalność nowych MVNO nie zdawały się odgrywać tu istotnej roli.⁷²³ Środki strukturalne umożliwiające mniejszemu Eircom sprawną konkurencję z parą większych operatorów wydawały się mieć większe znaczenie.

W Niemczech w ramach wprowadzania w życie przyjętych zobowiązań w czerwcu 2015 r. Drillisch uzyskał dostęp do 20% zdolności sieciowych stron na okres pięciu lat z możliwością pozyskania dodatkowych 10% do 2020 r. Dzięki modelowi opłat za udział a nie wykorzystanie sieci Drillisch mógł funkcjonować na zasadach porównywalnych do MNO i być bardziej elastycznym i dynamicznym na rynku od pozostałych MVNO i dostawców

⁷²² *BEREC Report on Post-Merger Market Developments - Price Effects of Mobile Mergers in Austria, Ireland and Germany*, BoR (18) 119, 15 czerwca 2018 r., s. 16 – 22.

⁷²³ *Ibidem*, s. 22 – 27.

usług. W następnych latach Drillisch znacząco zwiększył liczbę klientów z 2,07 miliona w 2014 r. do 3,43 miliona w 2016 r. (przyrost o 65%)⁷²⁴.

Rynek niemiecki charakteryzował się znacznym udziałem MVNO i dostawców usług (ok. 19% rynku), który to udział wzrósł po koncentracji w wyniku nałożonych przez Komisję zobowiązań. Badanie rynku przeprowadzone przez BEREC nie uwzględniało MVNO, dostawców usług, markowych odsprzedawców i podległych marek, wskazując tylko na zmiany w ofercie MNO. MVNO i dostawcy usług tradycyjnie odgrywają najważniejszą rolę w niskim koszyku cenowym, dlatego dane pochodzące z niemieckiego rynku należy traktować z ostrożnością. MNO mogli nie reagować na presję konkurencyjną MVNO i dostawców usług, albo mogli reagować poprzez swoje podległe marki i markowych odsprzedawców. W ramach koszyków średniego i wysokiego odnotowano znaczący wzrost cen, ale w 2016 r. badania zaczęły wskazywać spadek cen. Ogólnie koncentracja skutkowała w większym stopniu efektem podnoszenia cen.⁷²⁵ Podniesienie cen przez MNO przy jednoczesnym zwiększeniu udziałów przez MVNO może świadczyć, że MNO postanowili zachować profil usług wyższej jakości pozwalając innym operatorom rozwinąć się w tanim segmencie o niższych marżach. Analogiczną sytuację odnotowano we Francji po wejściu na rynek czwartego MNO. Nowy operator oferował innowacyjne usługi abonamentowe bez długoterminowej umowy i w niskich cenach. Zasiedzieli operatorzy nie zareagowali zmianą ofert swoich głównych marek, zamiast tego wprowadzając nowe budżetowe marki oferujące konkurencyjne usługi. Pojawienie się nowego konkurenta nie wpłynęło na ceny zasiedziały operatorów, ale ceny nowego operatora i marek wprowadzonych by z nim rywalizować były znacznie niższe, co przekładało się na korzyści dla konsumentów.⁷²⁶

4.2. Wpływ koncentracji na jakość sieci

Obok wpływu na ceny, koncentracje mogą wpłynąć również na jakość oferowanych usług. Najbardziej natychmiastowych skutków można oczekiwać dla powstałego podmiotu, ale połączenie może również wpłynąć na konkurencyjnych operatorów, którzy nie są bezpośrednio zaangażowani w połączenie, albo pośrednio poprzez środki zaradcze

⁷²⁴ Na podstawie rocznych raportów Drillisch z lat 2014 i 2016.

⁷²⁵ *BEREC Report on Post-Merger Market Developments - Price Effects of Mobile Mergers in Austria, Ireland and Germany*, BoR (18) 119, 15 czerwca 2018 r., s. 28 – 34.

⁷²⁶ C. Genakos, T. Valletti, F. Verhoven, *Evaluating Market Consolidation in Mobile Communications* (w:) *CESifo Working Papers* nr 6509, maj 2017 r., s. 28.

związane z połączeniem (np. poprzez sprzedaż infrastruktury lub praw do widma przez łączące się strony) albo pośrednio poprzez zmiany strategii i interakcje konkurencyjne.

Krótko- i długoterminowe jakościowe efekty koncentracji mogą się znacznie różnić. W perspektywie krótko- i średnioterminowej jakość sieci i usług łączących się stron może uciepnieć, ponieważ integracja dwóch oddzielnych przedsiębiorstw, a w szczególności oddzielnych infrastruktur sieciowych, może być złożona i zająć dużo czasu. Konsekwencje długoterminowe mogą być różne. Z jednej strony zmniejszony poziom konkurencji, przy mniejszej liczbie konkurentów obecnych na rynku, może prowadzić do mniejszej zachęty do inwestowania w jakość sieci lub jakość świadczenia usług. Może to oznaczać, że koncentracja nie wywoła pozytywnych skutków dla klientów. Z drugiej strony zwiększona wydajność połączonego dostawcy sieci może prowadzić do poprawy jakości usług. Podmiot powstały w wyniku koncentracji może skorzystać na ekonomii skali i zwiększonej sile przetargowej podczas negocjacji z dostawcami sprzętu lub usług. Ponadto ze względu na wyższe potencjalne marże, a tym samym rentowność, oczekiwania dotyczące zysków mogą również wzrosnąć dla wszystkich dostawców. To z kolei może zachęcić dostawców do większych inwestycji. Co więcej, połączenie dwóch operatorów i ich sieci może skutkować ogólną poprawą zasięgu lub zwiększeniem przepustowości połączonej sieci. Skutki te mogą potencjalnie oznaczać, że w wyniku koncentracji zwiększy się dobrobyt klientów pod względem jakości.

Analizy wpływu koncentracji na jakość sieci wykazały w perspektywie krótko- i średnioterminowej obniżkę jakości sieci łączących się stron na tle jakości sieci przed koncentracją oraz jakości sieci konkurentów. W długiej perspektywie dane z Austrii wskazywały, że z czasem jakość sieci rosła zbliżając się do poziomu sprzed koncentracji. Oznaczało to, że jakość usług oferowanych klientom Orange uległa wyraźnej poprawie (Orange wypadało najgorzej pod względem jakości sieci), natomiast klienci H3G, TA i T-Mobile nie odczuli wyraźnego wpływu koncentracji na jakość sieci. Po upływie dwóch lat koncentracja zaczęła wywoływać pozytywny wpływ na zasięg sieci 4G i prędkość pobierania danych w Austrii. W Niemczech integracja sieci trwała kilka lat pokazując, jak skomplikowany i długotrwały to proces oraz ile czasu może upłynąć zanim koncentracja zacznie przynosić pierwsze korzyści jakościowe.⁷²⁷

Wieloletni okres czasu po którym zaczynają pojawiać się korzyści jakościowe, poprzedzony latami obniżonej jakości sieci, popiera sceptyczne podejście Komisji w zakresie

⁷²⁷ *BEREC Report on Post-Merger Market Developments - Price Effects of Mobile Mergers in Austria, Ireland and Germany*, BoR (18) 119, 15 czerwca 2018 r., s. 37.

uwzględniania korzyści jakościowych płynących z koncentracji. Z punktu widzenia inwestycji w infrastrukturę koncentracja prowadzi do wzrostu nakładów czynionych przez konkretnych operatorów, ale na poziomie branży inwestycje pozostają na tym samym poziomie. Wytyczne nie przewidują, by uwzględniać korzyści pojawiające się w tak długiej perspektywie czasowej ze względu na niepewność ich wystąpienia. Samo podniesienie jakości usług również nie jest wystarczające, jeśli korzyści z tego płynące nie przekładają się na korzyść dla konsumentów.

5. Wnioski

W przypadku każdej koncentracji stwierdzono wynikającą z koncentracji podwyżkę cen detalicznych. W Austrii znaczące podwyżki zanotowano przez okres dwóch lat po koncentracji, ale efekt ten następnie zanikł, prawdopodobnie w wyniku presji konkurencyjnej wywieranej przez MVNO, którzy zdobyli znaczny udział w rynku. Sugeruje to, że środki zaradcze dotyczące MVNO zaczęły przynosić skutki dopiero po trzech latach od koncentracji. W Irlandii zobowiązania na rzecz MVNO nie miały wpływu na rynek, mimo to efekt zwiększonych cen utrzymał się tylko w niewielkiej części rynku. Wyniki w Niemczech wymagają szczegółowej analizy wpływu jaki przyjęte zobowiązania miały na pozycję MVNO i działalność nowych budżetowych marek powołanych przez MNO.

Przyjęte środki zaradcze w każdej z trzech koncentracji składały się z elementów strukturalnych. W każdym przypadku zawiodły we wprowadzeniu na rynek nowego MNO, a skuteczność względem MVNO była zależna od warunków na danym rynku. Przypadek Austrii pokazuje, że środek ten może wymagać długiego czasu by przynieść oczekiwane efekty, szczególnie jeśli przed koncentracją segment MVNO jest niewielki, a MNO wprowadzili na rynek swoje marki budżetowe. Potwierdza to przypadek Irlandii, gdzie MVNO nie byli w stanie zdobyć znaczącego udziału w rynku. W Niemczech segment operatorów innych niż MNO był rozbudowany, a już obecny operator skorzystał z nałożonych na strony koncentracji zobowiązań by poprawić swoją pozycję na rynku i móc zwiększyć swój udział w rynku. Wydaje się, że środek zaradczy stał się tu skuteczny najwcześniej z wszystkich trzech przypadków.

System rozliczeń za usługę dostępu oparty o udostępniane zasoby sieciowe, a nie wykorzystane zasoby, mógł również mieć wpływ na prędkość rozwoju i konkurencyjność MVNO. W Austrii MVNO rozliczali się za wykorzystane zasoby sieciowe, więc nie było szczególnej presji na szybkie wejście na rynek i dynamiczny rozwój. Mimo to, po wejściu na

rynek udało im się wytworzyć presję konkurencyjną na MNO. W przypadku Irlandii i Niemiec dostęp jest oparty na przepustowości, MVNO powinni mieć motywację do wejścia na rynek i szybkiego rozwoju w celu pokrycia początkowych kosztów dostępu. Wydaje się, że oczekiwany efekt został osiągnięty tylko w przypadku Niemiec. Sugeruje to, że podobne środki zaradcze mogą prowadzić do zupełnie różnych wyników w zależności od warunków na danym rynku.

Struktura segmentu MVNO i kondycja hurtowego rynku dostępu w danym kraju zdaje się mieć bezpośrednie przełożenie na skuteczność zobowiązań dotyczących MVNO. W Austrii i Irlandii rynek hurtowy nie funkcjonował sprawnie już przed zgłoszeniem koncentracji. W Austrii otwarta oferta referencyjna okazała się narzędziem sprawnie pobudzającym konkurencję na rynku hurtowym, pod jej wpływem również MNO nie biorący udziału w koncentracji zostali zmuszeni do udzielania dostępu w swoich sieciach. W tym przypadku środki przyjęte przez Komisję miały charakter regulujący konkurencję na rynku hurtowym, nie zastępowały tylko presji konkurencyjnej eliminowanej przez koncentrację. W Irlandii przed koncentracją MVNO odgrywali niewielką rolę i próba wprowadzenia nowych podmiotów nie przyniosła znaczących rezultatów, z kolei w Niemczech środki dotyczące operatorów wirtualnych i dostawców usług pozwoliły na dynamiczny rozwój zajmujących już i tak silną pozycję podmiotów. Niemieccy MVNO i dostawcy usług zaczęli wywierać większą presję w tańszych segmentach rynku, otrzymali przedłużenie i poprawę obowiązujących warunków regulacji sektorowej.

Rozdział VI. Koncentracje na rynku telekomunikacji mobilnej w świetle decyzji Komisji Europejskiej i orzeczenia Sądu od 2015 r.

1. Teliasonera/Telenor⁷²⁸

TeliaSonera AB to operator infrastrukturalny świadczący w Danii usługi telekomunikacji mobilnej pod swoją główną marką Telia, a także pod dwiema markami Call Me i DLG Tele. Telenor ASA to operator infrastrukturalny świadczący w Danii usługi telekomunikacji mobilnej pod swoją główną marką Telenor, a także pod dwiema markami CBB Mobil i BiBoB. W grudniu 2014 r. strony postanowiły połączyć swoją działalność w Danii pod postacią porozumienia joint venture. Strony zajmowały drugie i trzecie miejsce na rynku, były również stroną umowy o współdzielenie sieci. Komisja obawiała się, że w wyniku koncentracji dojdzie do realnego duopolu między TDC i połączonym podmiotem oraz marginalizacji Hi3G, co miało skutkować ograniczeniem konkurencji, wyższymi cenami, spowolnieniem innowacji i niższą jakością usług. Komisarz Vestager powiedziała wprost, że konieczne dla niej było wprowadzenie na rynek czwartego operatora⁷²⁹.

Jako, że strony współpracowały już w ramach umowy o współdzielenie sieci, miały ograniczoną zdolność do dywestycji w ramach proponowanych środków zaradczych. Strony oferowały, między innymi, dostęp dla nowego operatora do prawie 40% ich wspólnej infrastruktury, czyli więcej niż w ramach poprzednio zaakceptowanych środków zaradczych.

W dniu 11 września 2015 r. Telenor i TeliaSonera ogłosiły, że rezygnują z proponowanego połączenia swoich duńskich operatorów i wycofują zgłoszenie o połączeniu. Komisja potwierdziła, że połączenie zostało zaniechane, ponieważ strony nie były w stanie w pełni rozwiązać obaw dotyczących proponowanego połączenia. Zobowiązania zaproponowane przez strony nie spełniły oczekiwań Komisji, konkretnie wprowadzenia na rynek czwartego operatora infrastrukturalne.

⁷²⁸ Informacja z dnia 24 września 2015 r. o wycofaniu zgłoszenia koncentracji *TeliaSonera/Telenor/JV*, sprawa nr COMP/M.7419 (2015/C 316/01).

⁷²⁹ Zob. *Statement by Commissioner Vestager on announcement by Telenor and TeliaSonera to withdraw from proposed merger*, Bruksela, 11 września 2015.

2. Hutchison 3G UK/Telefónica UK⁷³⁰

CK Hutchison Holding, operator infrastrukturalny świadczący w Zjednoczonym Królestwie usługi telekomunikacji mobilnej pod swoją marką Three, planował w wyniku koncentracji przejąć wyłączną kontrolę nad przedsiębiorstwem Telefónica UK i należąca do niego marką O2. W wyniku drugiej fazy postępowania Komisja uznała, że koncentracja w znacznym stopniu zakłóciłaby skuteczną konkurencję na rynku wewnętrznym lub na znacznej części rynku wewnętrznego.

2.1. Definiowanie rynku właściwego

Bazując na doświadczeniu z poprzednich decyzji i dowodów w sprawie Komisja uznała, że koncentracja może znacząco zakłócić skuteczną konkurencję na detalicznym rynku świadczenia usług telekomunikacji mobilnej użytkownikom końcowym oraz na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń w publicznych sieciach telefonii mobilnej. Tylko te dwa rynki zostały zdefiniowane.

2.2. Struktura rynku

Detaliczny rynek świadczenia usług telekomunikacji mobilnej dla użytkowników końcowych. W Wielkiej Brytanii obecnych było czterech MNO: EE, O2, Vodafone i Three oraz liczni MVNO, z których dziesięciu największych uzyskiwało 90% przychodów generowanych przez MVNO. Koncentracja miała polegać na połączeniu drugiego i czwartego podmiotu pod względem przychodów (pierwszego i czwartego pod względem liczby klientów) i utworzeniu największego podmiotu na rynku znacznie zwiększając poziom koncentracji już bardzo skoncentrowanego rynku. Powstały podmiot stałby się liderem pod względem liczby klientów i przychodów na rynku detalicznym, w tym w najważniejszym segmencie usług abonamentowych.

Tabela 16 Udział operatorów w rynku usług detalicznych Zjednoczonego Królestwa w 2014 r.⁷³¹

	Udział w rynku (liczba klientów)	Udział w rynku (przychody)
Three + O2	40-50%	40-50%
EE	30-40%	30-40%
O2	30-40%	20-30%
Vodafone	20-30%	20-30%

⁷³⁰ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 11 maja 2016 r., *Hutchison 3G UK/Telefónica UK*, Sprawa nr COMP/M.7612 (2016/C 357/06).

⁷³¹ Opracowanie własne na podstawie decyzji Komisji *Hutchison 3G UK/Telefónica UK*, pkt 343.

Three	10-20%	10-20%
Virgin Media	0-5%	0-5%
Inni MVNO	0-5%	0-5%
Wszyscy MVNO	10-20%	5-10%

W latach poprzedzających koncentrację Three i O2 zyskiwali klientów, podczas gdy EE, Vodafone i Virgin Media tracili albo najwyżej utrzymywali taką samą liczbę klientów.

Komisja wykorzystała indeks HHI dla oceny poziomu koncentracji i presji konkurencyjnej całego rynku usług detalicznych i każdego ze zidentyfikowanych sektorów z osobna. HHI z poziomu 2000 – 3000 miał wzrosnąć do 3000 – 4000, sama zmiana była szacowana na 500 – 1000⁷³². Rynek był bardzo skoncentrowany, czterej MNO mieli ponad 90% klientów i przychodów, zarówno sam poziom HHI, jak i wielkość jego zmiany były istotne. Tylko w niewielkim segmencie usług przedpłaconych z aparatem telefonicznym poziom zmiany nie przewyższał wyznaczonego w wytycznych poziomu budzącego obawę o poziom konkurencji⁷³³, natomiast HHI i zmiana HHI miały być największe w najważniejszym i największym segmencie usług abonamentowych⁷³⁴. Transakcja miała znacząco zwiększyć poziom koncentracji rynku.

Rynek detaliczny był bardzo konkurencyjny, operatorzy dysponowali jednymi z najnowocześniejszych sieci w Unii Europejskiej, do czego przyczyniały się dwa funkcjonujące porozumienia w przedmiocie współdzielenia sieci – MBNL pomiędzy Three i EE oraz Beacon pomiędzy O2 i Vodafone. Obydwa porozumienia dotyczą pasywnego i aktywnego współdzielenia sieci. Współpraca Vodafone i O2 polega na tym, że Vodafone dostarcza sieć w zachodniej części Zjednoczonego Królestwa, w tym w Walii, a O2 operuje siecią we wschodniej części, Irlandii Północnej i Szkocji. Ponadto, wszyscy operatorzy korzystają wzajemnie ze swojej infrastruktury w ramach krzyżowej umowy pasywnego współdzielenia sieci.

Hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń. Komisja zbadała presję konkurencyjną wywieraną przez strony biorąc pod uwagę udziały w rynku, poziomy koncentracji, a także udziały w ostatnio rozstrzyganych przetargach. Ponadto dokonała oceny presji konkurencyjnej wywieranej przez każdą ze stron przed i w przypadku niedokonania koncentracji, w szczególności zwracając uwagę czy Three jest znaczącą siłą konkurencji. Komisja ustaliła prawdopodobne przyszłe zachowanie podmiotu powstałego w wyniku

⁷³² Decyzja Komisji *Hutchison 3G UK/Telefónica UK*, pkt 399.

⁷³³ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt 20.

⁷³⁴ Decyzja Komisji *Hutchison 3G UK/Telefónica UK*, pkt 404.

koncentracji oraz pozycję konkurencyjną konkurentów przed koncentracją, w przypadku jej niedokonania, a także ich prawdopodobne zachowanie po wejściu w życie koncentracji.

Tabela 17 Udziały w hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń w Zjednoczonym Królestwie w 2015 r.⁷³⁵

Operator	Udział w rynku wg. przychodów	Udział w rynku wg. liczby klientów
O2	50 – 60%	30 – 40%
EE	30 – 40%	40 – 50%
Vodafone	10 – 20%	20 – 30%
Three	0 – 5%	0 – 5%

Wszyscy czterej operatorzy oferowali hurtowy dostęp dla MVNO. Największym podmiotem świadczącym hurtowe usługi był EE, który świadczył usługę dostępu największej liczbie klientów nieznacznie wyprzedzając O2. Udziały EE i O2 stabilnie rosły. Vodafone był trzeci pod względem wielkości, przy czym jego udział w rynku spadał na przestrzeni trzech lat przed koncentracją. Three był najmniejszym podmiotem.

Wskaźnik HHI przed koncentracją wskazywał na wysoko skoncentrowany rynek (ponad 70% udziałów w rynku należało do dwóch największych podmiotów), zarówno jego poziom po koncentracji, jak i wysokość zmiany przekraczały poziom, który powinien budzić obawy według wytycznych.

2.3. Wpływ koncentracji na konkurencję na rynku

Bliskość konkurencji Three i O2. Chcąc ocenić bliskość konkurencji pomiędzy Three i O2 Komisja przeprowadziła szereg ankiet mających ustalić najbliższych konkurentów dla stron na całym rynku i w poszczególnych segmentach. Ankiety w pierwszej fazie postępowania wykazały, że dla Three najbliższym konkurentem był EE, strony były wskazane jako swoi najbliżsi konkurenci tylko w paru segmentach. Druga faza postępowania pokazała, że EE jest najbliższym konkurentem dla Three na całym rynku i we wszystkich segmentach oprócz segmentu usług przedpłaconych, gdzie najbliższym konkurentem było Tesco Mobile. Dla O2 w pierwszej fazie postępowania ustalono, że na całym rynku najbliższym konkurentem był EE, Three był na drugim miejscu. Three był najbliższym konkurentem tylko w dwóch segmentach, w tym usług przedpłaconych. Wyniki drugiej fazy postępowania wskazały, że Three nie był najbliższym konkurentem w żadnym segmencie, a najbliższym konkurentem na całym rynku było EE.⁷³⁶ Komisja uznała, że było to wystarczające dla

⁷³⁵ Opracowanie własne na podstawie decyzji Komisji *Hutchison 3G UK/Telefónica UK*, pkt. 1858 – 1863.

⁷³⁶ Decyzja Komisji *Hutchison 3G UK/Telefónica UK*, pkt. 413 – 416.

uznania stron za bliskich konkurentów podkreślając, że strony nie muszą być najbliższymi konkurentami.

Za dowód przyjęty przez Komisję jako potwierdzający bliskość konkurencji stron koncentracji uznano wewnętrzne dokumenty stron. Wskazywały one, że strony monitorowały i analizowały swoje postępowanie. Komisja przyznała, że strony na równi śledziły ruchy pozostałych MNO i głównych MVNO, ale ten element miał, zdaniem Komisji, nie wpływać na fakt, że strony były bliskimi konkurentami, a jedynie być przejawem normalnych, rozsądnych praktyk biznesowych na skoncentrowanym rynku⁷³⁷. Fakt, że innowacyjna polityka H3G w zakresie telefonii 4G spotkała się z reakcją należącego do O2 Tesco Mobile miał stanowić przykład historii reagowania stron na swoje ruchy i umacniać pogląd Komisji. Dane przenoszenia numerów przez klientów uzupełnione ankietami pytającymi klientów o operatora drugiego wyboru wykazały wysoki poziom stóp substytucji, szczególnie klienci Three preferowaliby odejść do O2 zamiast innych MNO.

Ostatecznie Komisja stwierdziła, że strony są bliskimi konkurentami wobec siebie i pozostałych MNO, zaś MVNO są bardziej odległymi konkurentami⁷³⁸.

Three jako ważna siła konkurencji. W latach poprzedzających koncentrację Three zdobywał klientów i odnotowywał wzrost udziału w rynku w tempie przewyższającym jego udział w rynku. Three był najmłodszym MNO, prowadził agresywną politykę cenową i wprowadzał innowacyjne oferty w przedmiocie wykorzystania danych. Oferował najbardziej konkurencyjne ceny i jako pierwszy zaoferował usługi 4G bez dodatkowych opłat, zmuszając konkurentów do przyjęcia tego modelu biznesowego. Jako pierwszy zezwolił na świadczenie usługi VoIP poprzez Skype, darmowy roaming zagraniczny, uruchomił usługę przesyłania głosu przez LTE (VoLTE) wymuszając na pozostałych operatorach dostosowanie się do swoich ruchów. Three wywierał nieproporcjonalnie duży wpływ na konkurencję biorąc pod uwagę swoje udziały⁷³⁹. Jednocześnie zbudował sieć uznaną za najbardziej niezawodną i najlepszą w Zjednoczonym Królestwie w każdym aspekcie świadczenia usługi Internetu mobilnego⁷⁴⁰. Jakość obsługi klienta i image marki również były konkurencyjne. Wszystko to sprawiło, że Komisja uznała Three za znaczącą siłę konkurencji wywierającą istotną presję konkurencyjną na detaliczny rynek usług telekomunikacji mobilnej.

W przypadku niedokonania transakcji Three miał nadal działać w sposób silnie konkurencyjny. Zachowałby zdolność do konkurowania, miał zasoby niezbędne do rozwoju

⁷³⁷ Ibidem, pkt 423.

⁷³⁸ Ibidem, pkt 438.

⁷³⁹ Ibidem, pkt 577.

⁷⁴⁰ Ibidem, pkt. 659 – 662.

sieci 4G, najlepszy poziom marży EBITDA w Zjednoczonym Królestwie⁷⁴¹ i stabilną sytuację finansową. Three pozostałby znaczącą siłą konkurencji zachowując pozycję rynkowego pretendenta.

Pozycja rynkowa O2. O2 był największym operatorem pod względem liczby klientów i drugim pod względem przychodów. W latach poprzedzających koncentrację stale zwiększał bazę klientów, wprowadzał innowacyjne oferty, rywalizował o pozycję drugiego najtańszego operatora i miał najwyższy poziom zadowolenia klientów dzięki innowacyjnym ofertom skoncentrowanym na kliencie. O2 nie mógł być uznany za znaczącą siłę konkurencji, ale wywierał ważną presję konkurencyjną na detalicznym rynku usług telekomunikacji mobilnej⁷⁴² i nic nie wskazywało, że w przypadku niedokonania transakcji jego sytuacja miałaby ulec zmianie.

Pozycja rynkowa EE i Vodafone. EE, największy pod względem przychodów i drugi pod względem liczby klientów, miał opinię aktywnego, ale nie agresywnego operatora premium, który starał się utrzymywać wysokie ceny nawet w obliczu intensywnej konkurencji⁷⁴³. Polityka Vodafone, trzeciego największego operatora, polegała na podążaniu za przykładem EE zamiast podcinania jego cen. W przypadku niedokonania transakcji obydwaj operatorzy kontynuowaliby swoją politykę.

Przewidywane zachowanie operatorów po koncentracji. Powstały podmiot będzie miał mniejszą motywację do konkurowania. W wyniku koncentracji wyeliminowana zostanie konkurencja pomiędzy stronami i znacznie wzrośnie baza klientów, przez co powstały podmiot bardziej skupiałby się na zachowaniu swojego stanu posiadania i obronie przychodów, niż na rywalizacji o nowych klientów z ryzykiem kanibalizacji przychodów.

Powstały podmiot byłby stroną obydwu istniejących w Zjednoczonym Królestwie umów o współdzielenie sieci, a po skonsolidowaniu swoich sieci zyskałby zdolność i motywację do zaburzenia ich funkcjonowania, w efekcie osłabiając swoich konkurentów i pozbawiając ich możliwości konkurowania równie skutecznie co przed i w razie niedokonania koncentracji. Zdaniem Komisji i krajowego regulatora nawet abstrahując od kłopotów wynikających ze współdzielenia sieci, EE i Vodafone nie wywierałyby wystarczającej presji konkurencyjnej, by zapobiec podwyżce cen przez połączony podmiot, a w odpowiedzi sami również podnieśliby ceny⁷⁴⁴.

⁷⁴¹ Ibidem, pkt 711.

⁷⁴² Ibidem, pkt 787.

⁷⁴³ Ibidem, pkt. 907 – 916.

⁷⁴⁴ Ibidem, pkt 947.

Operatorzy wirtualni nie byli w stanie znacząco ograniczyć działalności MNO i zrekompensować utratę presji konkurencyjnej w wyniku koncentracji. Zdolność MVNO do konkurencyjnego zmniejszenia się poprzez osłabienie ich pozycji na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń. MNO miałyby zmniejszoną motywację do oferowania dostępu, co podniosłoby ceny. Dodatkowe koszty MVNO musieliby przenieść na klientów zmniejszając presję na rynku detalicznym i dodatkowo potęgując negatywne skutki koncentracji.

Wpływ koncentracji na umowy o współdzielenie sieci. Komisja zwróciła szczególną uwagę na umowy o współdzielenie sieci, których funkcjonowanie oceniała wysoko. Współdzielenie sieci pozwala osiągnąć synergii w zakresie budowy i funkcjonowania sieci, co prowadzi do lepszego zasięgu i wyższej jakości sieci, promuje skuteczną konkurencję i przynosi korzyści konsumentom. Dla prawidłowego funkcjonowania umowa o współdzielenie sieci wymaga pewnego stopnia zbieżności interesów pomiędzy zawierającymi ją stronami, członkowie porozumienia powinni mieć motywację do rywalizacji jakością infrastruktury z pozostałymi podmiotami. Połączenie operatorów, którzy byli stronami dwóch różnych umów o współdzielenie sieci, przez co powstały podmiot mógł korzystać z obydwu sieci, mogło wpłynąć na sposób w jaki podmiot postrzegał swoje funkcjonowanie w ramach poszczególnych porozumień.

Koncentracja osłabiała pozycję partnerów umów o współdzielenie sieci i mogła doprowadzić do osłabienia wywieranej przez nich presji konkurencyjnej. Zakłócenie sprawnej realizacji umowy skutkujące pogorszeniem jakości sieci mogło znacząco obniżyć zdolność operatora do konkurencyjnego, podczas gdy powstały podmiot mógł nadal mieć dostęp do drugiej sieci. Koncentracja mogła również prowadzić do zmniejszonych inwestycji w infrastrukturę i obniżenia ogólnego poziomu konkurencyjności.

Hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń. Komisja zbadała presję konkurencyjną wywieraną przez strony biorąc pod uwagę udziały w rynku, poziomy koncentracji, a także udział w mających miejsce przed koncentracją przetargach i negocjacjach. Oceniała presję wywieraną przez każdą ze stron przed i w przypadku niedokonania koncentracji, zwracając uwagę czy Three jest znaczącą siłą konkurencyjną. Komisja ustaliła prawdopodobne przyszłe zachowanie podmiotu powstałego w wyniku koncentracji oraz pozycję konkurencyjną konkurentów przed koncentracją, w przypadku jej niedokonania, a także ich prawdopodobne zachowanie po wejściu w życie koncentracji.

Na podstawie badania rynku Komisja uznała Three za ważną siłą konkurencyjną na rynku hurtowym uznając, że wywierał większą presję konkurencyjną niż wskazywałyby jego udziały. Na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń udziały nie zawsze

odzwierciedlają wpływ na rynek. Standardem przy zawieraniu umów są procedury przetargowe i negocjacje, gdzie operatorzy niewygrający kontraktu i tak odgrywają istotną rolę stanowiąc alternatywę lub zapewniając dźwignię w negocjacjach. Analiza ilościowa i jakościowa skuteczności Three w konkurowaniu o klientów wykazała, że Three był aktywnym operatorem rywalizującym o dużych i małych MVNO, oferował konkurencyjne stawki za usługi 4G, a jego udział w negocjacjach wpływał na konkurencję także w przypadkach, gdy nie wygrywał kontraktu. Three poczynił inwestycje w swoją sieć podnoszące jego zdolności na rynku hurtowym i mógł w przyszłości stać się jeszcze ważniejszym konkurentem.⁷⁴⁵ W przypadku niedokonania transakcji Three nadal rozwijałby się na rynku hurtowym i wywierał znaczącą presję konkurencyjną.

O2 był drugim największym operatorem na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń, obsługiwał jednych z najważniejszych MVNO w Zjednoczonym Królestwie i wywierał znaczącą presję konkurencyjną na pozostałych MNO. W przypadku niedokonania transakcji pozostałby ważnym graczem na tym rynku.

Powstały podmiot będzie miał mniejszą motywację do oferowania dostępu na atrakcyjnych warunkach niż Three i O2 z osobna. Na rynku o mniejszej liczbie podmiotów o większych udziałach MNO ryzykują utratę większego udziału w rynku na rzecz potencjalnego MVNO niż ma to miejsce gdy mają mniejsze udziały. EE i Vodafone prawdopodobnie nie wyrównałyby powstałego ograniczenia konkurencji, w szczególności jeśli koncentracja doprowadzi do zaburzenia funkcjonowania umów o współdzielenie sieci i obniżenia ich zdolności do konkurowania. Koncentracja pogorszyłaby pozycję MVNO na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń.

2.4. Korzyści z koncentracji – zwiększenie wydajności

Strony twierdziły, że koncentracja wygeneruje korzyści związane z efektywnością sieci oraz korzyści skali. Konsolidacja sieci miała doprowadzić do zagęszczenia placówek oraz zwiększonego i bardziej efektywnego wykorzystania widma. W efekcie wzrosnąć miała przepustowość sieci, jakość i prędkość połączenia w porównaniu z sieciami Three i O2 w przypadku niedokonania koncentracji. Powstały podmiot miał ponosić mniejsze koszty

⁷⁴⁵ Ibidem, pkt. 1935 – 2073.

związane z rozwojem sieci, a także mniejsze koszty zmienne oraz wywierać większą presję konkurencyjną na konkurentów.⁷⁴⁶

Komisja zakwestionowała terminowość zgłoszonych korzyści, które miały pojawić się w odległej przyszłości, podczas gdy negatywne skutki koncentracji miały pojawić się od samego początku. Deklarowane korzyści techniczne, a także powiązane koszty i korzyści jakościowe nie spełniały kryteriów związanych z możliwością weryfikacji i byciem specyficznymi dla połączenia przedsiębiorstw, gdyż strony mogły realnie samodzielnie zwiększyć przepustowość swoich sieci, albo osiągnąć ten sam efekt poprzez współdzielenie sieci.

Koncentracja mogła prowadzić do ograniczenia kosztów zmiennych, ale nie można było zweryfikować jego wymiaru, a oszczędność nie była specyficzna dla koncentracji. Oszczędności przenoszone na klientów nie byłyby wystarczające, aby zrównoważyć zachęty do zwiększenia cen, więc transakcja i tak doprowadziłaby do znacznego wzrostu cen. Deklarowane korzyści wynikające ze zwiększonej presji konkurencyjnej i korzyści nie spełniały trzech kryteriów weryfikowalności, bycia specyficznym dla koncentracji i generowania korzyści dla konsumenta. Zgłoszone korzyści nie zostały uwzględnione przy ocenie koncentracji.

2.5. Efekty nieskoordynowane

Detaliczny rynek świadczenia usług telekomunikacji mobilnej dla użytkowników końcowych. Wyeliminowanie presji konkurencyjnej wywieranej przez strony na siebie nawzajem i na pozostałe podmioty miało znacząco obniżyć poziom konkurencji, wzmocnić siłę rynkową powstałego podmiotu i skłonić go do podniesienia cen. Koncentracja miała ograniczyć zdolność EE i Vodafone do konkurowania w tym poprzez zaburzenie funkcjonowania istniejących umów o współdzielenie sieci. Funkcjonujące porozumienia dawały członkom motywację do rozwijania swoich sieci rywalizując z drugim sojuszem. Podmiot powstały w wyniku koncentracji byłby stroną obydwu porozumień, co niweczyłoby istniejącą dynamiczną konkurencję. Osłabiłoby to pozycję EE i Vodafone, a także mogło doprowadzić do spowolnienia inwestycji w infrastrukturę.

Na potrzeby oceny ilościowej wpływu eliminacji konkurencji na rynku detalicznym na ceny przeprowadzono skalibrowaną symulację koncentracji składającą się z rozwiniętej

⁷⁴⁶ Ibidem, pkt. 2337 – 2425.

analizy UPP wykorzystaną w sprawach *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland*⁷⁴⁷ i *Telefónica Deutschland/E-Plus*⁷⁴⁸. Analiza uwzględniała bezpośrednio jednostronne skutki wynikające z wyeliminowania konkurencji między stronami i reakcje konkurentów, więc pozwalała przybliżyć wpływ koncentracji na ceny wszystkich operatorów i we wszystkich segmentach. Skalibrowana symulacja koncentracji bazowała na stopach substytucji pomiędzy operatorami, cenach i marżach. Komisja przedstawiła analizę z punktu widzenia operatorów i sieci. Pierwszy zakłada, że MNO i MVNO rywalizują w stabilnych warunkach rynkowych i nie uwzględnia wpływu zmian na hurtowym rynku dostępu na konkurencyjność MVNO, zaś drugi przypisuje udziały MVNO do MNO z którego sieci MVNO korzysta, co pozwala uwzględnić szkodę wywołaną przez zmniejszenie konkurencji na hurtowym rynku dostępu.

Komisja przeprowadziła skalibrowaną symulację w oparciu o stopy substytucyjności ustalone w wyniku ankiet oraz na podstawie danych o przenoszeniu numerów – w obydwu przypadkach w scenariuszu podstawowym i analizie wrażliwości. Scenariusz podstawowy wskazywał, że koncentracja prawdopodobnie istotnie zwiększy motywację do podniesienia cen w każdym segmencie, a klienci Three i O2 mogli spodziewać się największych podwyżek⁷⁴⁹. Jak ma to miejsce od decyzji w sprawie *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, Komisja przeprowadziła analizę CMCR i ustaliła, że koncentracja musiałaby wygenerować znaczące wydajności w postaci redukcji kosztów marginalnych, by nie doprowadziła do podniesienia cen.

Analiza wykazała, że koncentracja byłaby impulsem do znacznego podniesienia przez powstały podmiot cen dla użytkowników końcowych w wyniku wystąpienia szkodliwych dla konkurencji efektów nieskoordynowanych na detalicznym rynku usług telekomunikacji mobilnej. Ponieważ ani konkurenci, ani czynniki takie jak siła nabywcza klientów, pojawienie się nowego podmiotu czy zwiększona wydajność nie równoważyły negatywnych skutków koncentracji, transakcja w zgłoszonej formie doprowadziłaby do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji na detalicznym rynku usług telekomunikacji mobilnej.

Konsekwencje dla umów o współdzielenie sieci. Strony przedstawiły dwa plany konsolidacji sieci – plan preferowany i plan alternatywny. Plan preferowany mógł prowadzić do znacznego ograniczenia zdolności EE do konkurowania, plan alternatywny z kolei mógł skutkować znacznym ograniczeniem zdolności Vodafone do konkurowania i w mniejszym stopniu szkodził również pozycji konkurencyjnej EE. Żaden z planów nie przewidywał

⁷⁴⁷ Zob. Rozdział V, pkt. 2.6.

⁷⁴⁸ Zob. Rozdział V, pkt. 3.6.

⁷⁴⁹ Decyzja Komisji *Hutchison 3G UK/Telefónica UK*, pkt. 1208 – 1213.

zobowiązania powstałego podmiotu do przeprowadzenia konsolidacji sieci jak przedstawiono Komisji. Komisja oceniła również inne alternatywne scenariusze integracji i ustaliła, że w każdym dochodziło do pogorszenia pozycji konkurencyjnej jednego albo obu partnerów umów o współdzielenie sieci. Koncentracja miała zatem prowadzić do ograniczenia presji konkurencyjnej wywieranej przez jednego albo obu konkurentów. Ponadto, plan alternatywny mógł skutkować mniejszymi inwestycjami w infrastrukturę na poziomie branży ograniczając poziom skutecznej konkurencji.⁷⁵⁰

Zdaniem Komisji ograniczona presja konkurencyjna i zmniejszony poziom inwestycji w infrastrukturę sieci na poziomie branży mogły doprowadzić do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji na oligopolistycznym rynku cechującym się ograniczoną liczbą uczestników i wysokimi barierami wejścia, a zidentyfikowane efekty nieskoordynowane nie mogły być zrównoważone przez korzyści płynące ze zwiększonej efektywności, równoważącą siłę nabywczą lub wejście nowych podmiotów na rynek.

Hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń. Komisja uznała, że koncentracja może doprowadzić do zwiększenia hurtowych stawek oferowanych przez powstały podmiot oraz ograniczenia dostępu do najnowszych technologii dla MVNO. Konkurencyjni MNO mogliby mieć ograniczoną zdolność i motywację do zrównoważenia szkodliwych dla konkurencji skutków koncentracji. Wpłynęłoby to negatywnie na zdolność MVNO do konkurencji na detalicznym rynku usług telekomunikacji mobilnej. Ponieważ wystąpieniu tych skutków nie mogły zapobiec czynniki takie jak siła nabywczą czy korzyści ze zwiększonej wydajności, koncentracja prowadziła do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń.

Komisja uznała, że koncentracja doprowadzi do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji na znaczącej części rynku wspólnego poprzez wywołanie efektów nieskoordynowanych na detalicznym rynku usług telekomunikacji mobilnej w Zjednoczonym Królestwie oraz na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń w Zjednoczonym Królestwie.

⁷⁵⁰ Ibidem, pkt. 1777 – 1782.

2.6. Środki zaradcze

W celu przeciwdziałania zidentyfikowanym przez Komisję zagrożeniom dla skutecznej konkurencji strony zgłosiły szereg środków zaradczych. Składały się one z sześciu elementów:

1. Zobowiązanie dotyczące Tesco Mobile. Strony zobowiązały się do zbycia swoich 50% udziałów w Tesco Mobile i zaoferowania Tesco Mobile umowy hurtowego dostępu opartej o procent zdolności sieciowych powstałego podmiotu w zamian za stałą roczną opłatę.

2. Zobowiązanie dotyczące nowych operatorów. Strony zobowiązały się do przyznania bezterminowego procentowego udziału w sieci jednemu lub dwóm nowym MVNO za stałą opłatę, umowa z jednym operatorem miałyby być zawarta przed wejściem w życie koncentracji. Nowi MVNO mieli mieć dostęp do wszystkich elementów sieci oraz do wszystkich obecnych i przyszłych technologii, funkcji i usług radiowych wykorzystywanych w sieci.

3. Zobowiązanie dotyczące współdzielenia sieci. Strony zobowiązały się do szeregu zmian w ramach umowy o współdzielenie sieci z EE. W ramach umowy o współdzielenie sieci z Vodafone strony zobowiązały się do stworzenia sieci Beacon w określonym terminie, zaoferowania Vodafone ponownego zawarcia umów w sprawie aktywnego współdzielenia sieci i podziału transmisji ruchu 4G obu operatorów. W odniesieniu do obydwu konkurentów strony zobowiązały się do wprowadzenia w życie planu integracji sieci w ramach którego powstały podmiot zaangażowałby się w porozumienie z Vodafone i korzystał z dodatkowych 5.000 – 10.000 lokacji z sieci z EE, oraz zwiększenia barier informacyjnych w odniesieniu do obydwu porozumień.

4. Zobowiązanie dotyczące rynku hurtowego. Strony zobowiązały się zaoferować świadczenie usług 4G, a w przyszłości 5G, wszystkim dotychczasowym MVNO, którzy nie mieli do tej pory do nich dostępu, w tych samych stawkach co usługi 3G. Strony miały oferować usługi 4G i 5G każdemu nowemu MVNO na warunkach zbliżonych do tych oferowanych dotychczasowym MVNO.

5. Zobowiązanie odnoszące się do pewności planów dotyczących sieci. Dodatkowe zobowiązania dotyczące współdzielenia sieci obejmowały zobowiązanie do stworzenia siatki lokacji zgodnie z planem preferowanym i korzystanie ze wszystkich placówek Beacon do celów podstawowego zasięgu i przepustowości skonsolidowanej sieci oraz do korzystania z określonej minimalnej liczby placówek MBNL. W celu ochrony interesów Vodafone

nadajniki O2 miały nadawać sygnał o wskazanych parametrach i osiągnąć wskazane pokrycie sygnałem 4G w ustalonych terminach.

6. Zobowiązanie dotyczące Virgin Media. Strony zobowiązały się do zaoferowania Virgin Media zawarcia umowy hurtowego dostępu opartego na procentowym udziale w zdolnościach sieciowych powstałego podmiotu.

Komisja uznała, że środki zaradcze nie rozwiązywały stwierdzonych problemów w zakresie konkurencji. Komisja miała wątpliwości, czy zbycie udziałów w Tesco Mobile zostanie kiedykolwiek zrealizowane, zaś sprzedaż hurtowa oparta o udział w zdolnościach sieciowych miała być tylko ofertą, więc nie było pewne czy Tesco Mobile ostatecznie uzyska hurtowy dostęp na podstawie takiej umowy. Warunki samej umowy były niejasne, a udostępniania przepustowość niewystarczająca by Tesco Mobile mogło skutecznie konkurować.

Zobowiązania dotyczące nowych MVNO były uznane za niewystarczające aby rozwiązać problemy w zakresie konkurencji stwierdzone na poziomie detalicznym i hurtowym. Nowy operator był zależny pod względem handlowym i technicznym od powstałego podmiotu, miał ograniczoną możliwość różnicowania oferty, a jego struktura kosztów nie pozwalałaby mu na wywieranie presji konkurencyjnej na pozostałych operatorów, w szczególności na MNO.

Zobowiązanie dotyczące Virgin Media przewidywało jedynie złożenie oferty hurtowego dostępu opartego na udziale w zdolnościach sieciowych, zatem jego realizacja była niepewna. Podobnie jak w przypadku Tesco Mobile, warunki umowy były niejasne, a oferowana przepustowość niewystarczająca by skutecznie konkurować.

Zobowiązania dotyczące współdzielenia sieci nie przyczyniały się do rozwiązania problemu niepewności w odniesieniu do współdzielenia sieci po koncentracji, ponieważ nie było gwarancji (a nawet nie było prawdopodobne), że EE lub Vodafone zaakceptują oferty, do których strona zgłaszająca się zobowiązała. Proponowana umowa z EE nie przyczynia się do rozwiązania problemów związanych z jego pozycją konkurencyjną. Zobowiązania wobec Vodafone były prawdopodobnie dla niego nie do przyjęcia. Komisja uznała, że Vodafone prawdopodobnie nie przyjmie oferty, a problem negatywnego wpływu na pozycję konkurencyjną Vodafone w następstwie zakończenia aktywnego współdzielenia sieci nie zostanie rozwiązany w wyniku realizacji zobowiązań.

Zobowiązanie dotyczące rynku hurtowego polegało jedynie na złożeniu oferty, której warunki, a tym samym atrakcyjność dla istniejących wirtualnych operatorów sieci komórkowej, były w najlepszym przypadku niepewne. Punktem odniesienia dla cen

hurtowych miały być obowiązujące warunki świadczenia usług 3G, a zatem w obliczu malejących kosztów transferu danych, ceny te byłyby niekonkurencyjne w perspektywie średnio- i długoterminowej sprawiając, że MVNO nie byłoby w stanie konkurować z MNO. W związku z tym zobowiązanie dotyczące rynku hurtowego było niewystarczające, aby rozwiązać problemy w zakresie konkurencji występujące na rynku hurtowym.

Zgłoszone środki zaradcze nie dawały pewności, że na rynku pojawią się niezależni MVNO o zdolnościach i motywacji do wywierania skutecznej presji konkurencyjnej na pozostałych operatorów, którzy w efekcie mogliby przyczynić się do ograniczenia lub wyeliminowania przewidywanych wzrostów cen. Koncentracja prowadziła do zakłócenia funkcjonowania obydwu umów o współdzielenie sieci. Zobowiązania dotyczące rynku hurtowego poprawiały sytuację MVNO tylko krótkoterminowo. Zaproponowany poziom cen sprawiał, że z czasem MVNO traciłyby zdolność do konkurowania z MNO w przedmiocie transferu danych.

Zaproponowane zobowiązania nie eliminowały problemów w zakresie konkurencji występujących na detalicznym rynku usług telekomunikacji mobilnej i na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń w publicznych sieciach telekomunikacji mobilnej w Zjednoczonym Królestwie oraz nie były kompleksowe ani skuteczne pod każdym względem.

2.7. Wnioski

Komisja uznała koncentrację za niezgodną z rynkiem wewnętrznym zgodnie z art. 8 ust. 3 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw. Decyzja była kontrowersyjna nie tylko ze względu na bezprecedensowy charakter, ale odmienną niż we wcześniejszych decyzjach interpretację niektórych kluczowych zjawisk będących przedmiotem oceny. Komisja twierdziła chociażby, że operatorów można uznać za szczególnie bliskich nawet jeśli stopy substytucji między stronami nie wskazywały na szczególną bliskość w całym rynku ani nawet w jego istotnym segmencie, klienci nie postrzegają operatorów jako bliskich konkurentów, a strony realizują inną strategię biznesową. Wystarczająca dla stwierdzenia szczególnej bliskości miała być występująca naturalnie na każdym rynku oligopolistycznym zależność pomiędzy wszystkimi oligopolistami. Oceniając status przedsiębiorstwa jako ważnej siły konkurencji Komisja stwierdziła, że przedsiębiorstwo takie nie musi wyróżniać się od innych w przedmiocie wpływu na konkurencję. Fakt, że w poprzednich decyzjach za ważną siłę konkurencji byli uznawani operatorzy prowadzący wyjątkowo na danym rynku agresywną politykę i

zdobywający udziały w rynku szybciej niż konkurenci miał nie być kryterium wiążącym dla Komisji. W obydwu przypadkach Komisja obniżała wymagany stopień dowodu i ułatwiała sobie wykazanie istotnych z punktu widzenia kontroli koncentracji charakterystyk konkurencji funkcjonującej na rynku.

Zdaniem Komisji koncentracja doprowadziłaby do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji wywołując efekty nieskoordynowane na detalicznym rynku poprzez eliminację istotnej presji konkurencyjnej, jaką strony wywierały na siebie wzajemnie i na innych konkurentów, a także ponieważ transakcja spowodowałaby prawdopodobnie ograniczenie presji konkurencyjnej wywieranej przez jednego lub obu pozostałych MNO będących partnerami stron w ramach umów współdzielenia sieci oraz doprowadziłaby do ograniczenia inwestycji w infrastrukturę sieci na poziomie branży. Ponadto transakcja wywołałaby nieskoordynowane antykonkurencyjne skutki w odniesieniu do usług hurtowego dostępu i rozpoczynania połączeń poprzez ograniczenie liczby podmiotów świadczących usługi hurtowego dostępu i w efekcie zmniejszenie ich motywacji do świadczenia usługi dostępu dla nowych MVNO.

3. Hutchinson 3G Italy/Wind/JV⁷⁵¹

CK Hutchison Holding, operator infrastrukturalny świadczący we Włoszech usługi telekomunikacji mobilnej pod swoją marką „H3G” i VimpelCom, operator infrastrukturalny świadczący we Włoszech usługi telekomunikacji mobilnej pod swoją marką „Wind” i usług telekomunikacji stacjonarnej jako „Infostrada”, postanowili połączyć prowadzoną przez siebie działalność w postaci przedsięwzięcia joint venture pod marką „Wind Tre”, w którym strony miały po 50% udziałów.

3.1. Definiowanie rynku właściwego

Tak samo jak w poprzednich decyzjach Komisja przyjęła, że detaliczny rynek świadczenia usług telekomunikacji mobilnej jest jednolity, ale prawidłowa ocena transakcji wymagała zidentyfikowania szczególnie istotnych lub zagrożonych segmentów rynku. Hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń w sieciach mobilnych został zdefiniowany analogicznie do poprzednich decyzji.

⁷⁵¹ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 1 września 2016 r., *Hutchison 3G Italy/Wind/JV*, Sprawa nr COMP/M.7758.

Komisja wyszczególniła również hurtowy rynek usług roamingu międzynarodowego we Włoszech, hurtowy rynek usług zakańczania połączeń w sieciach mobilnych H3G i Wind, oraz hurtowy rynek usług zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych Wind, ale ze względu na precyzyjną regulację sektorową dotyczącą tych rynków, koncentracja nie miała wywołać na nich znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji.⁷⁵²

3.2. Struktura rynku

Cechą charakterystyczną włoskiego rynku telekomunikacji mobilnej była przewaga użytkowników usług przedpłaconych (81% kart SIM) nad użytkownikami abonamentowymi (19%), co wynikało z polityki podatkowej Włoch nakładającej dodatkowe opłaty na korzystających z abonamentu. Stopień penetracji rynku był wysoki, wynosił 158 kart SIM na 100 mieszkańców przy średniej unijnej na poziomie 134 kart, ale liczba aktywnych kart malała w latach poprzedzających koncentrację. Klienci prywatni to 84% rynku, biznesowi 16%. Rozwój sieci przewyższał średnią unijną, najlepszy zasięg oferował Vodafone, następnie TIM, H3G i Wind.⁷⁵³ Rynek był dojrzały, rozwinięty, a jakość świadczonych usług wysoka. Włoskie prawo zezwalało klientom w każdej chwili bez konsekwencji rozwiązywać umowy z operatorami komórkowymi, dzięki czemu klienci nie byli związani umowami na długi okres czasu i mogli szybciej niż w innych krajach reagować na zmiany w konkurencji na rynku. Z kolei stale i powoli zmniejszająca się liczba aktywnych klientów zwiększała motywację operatorów do koordynacji.

We Włoszech obecnych było czterech operatorów infrastrukturalnych – TIM, Vodafone, Wind i H3G – oraz szesnastu MVNO. TIM był liderem rynku usług detalicznych i aktywnym podmiotem na rynku hurtowym. Oferował również usługi telekomunikacji stacjonarnej i szerokopasmowego Internetu stacjonarnego. Vodafone oferował usługi telekomunikacji mobilnej, stacjonarnej i szerokopasmowego Internetu stacjonarnego na rynku detalicznym oraz usługi na hurtowym rynku dostępu, jako pierwszy zaoferował usługi 4G i LTE wysokich prędkości. Wind był trzecim największym operatorem, był aktywny na rynku detalicznych usług telekomunikacji mobilnej i stacjonarnej oraz na rynku telekomunikacyjnych usług hurtowych. H3G był najmniejszym operatorem, jako jedyny nie dysponował siecią 2G (korzystał z roamingu w sieci TIM, by uzupełnić luki w zasięgu sieci 3G i 4G), pomimo tego był aktywny na rynku hurtowym. To jedyny operator, który nie był

⁷⁵² Decyzja Komisji *Hutchison 3G Italy/Wind/JV*, pkt. 180 – 228.

⁷⁵³ *Ibidem*, pkt. 27 – 44.

obecny na rynku usług telekomunikacji stacjonarnej i stacjonarnego Internetu szerokopasmowego. Udziały MVNO w rynku detalicznym wynosiły niecałe 10% pod względem liczby abonentów i niecałe 5% pod względem przychodów. Największym operatorem wirtualnym był PosteMobile, który w 2014 r. przeszedł z sieci Vodafone do Wind. Rynek usług hurtowych nie był objęty regulacją, na MNO nie spoczywały żadne zobowiązania świadczenia usług wobec MVNO.

Tabela 18 Udział w rynku usług detalicznych włoskich operatorów w 2015 r.⁷⁵⁴

Operator	Udział w rynku (liczba klientów)	Udział w rynku (przychody)	Udział w rynku (liczba nowych klientów brutto)
Wind Tre (H3G + Wind)	33,7%	30-40%	40-50%
TIM	32,4%	30-40%	20-30%
Vodafone	26,4%	30-40%	20-30%
Wind	22,8%	20-30%	20-30%
H3G	10,9%	10-20%	10-20%
MVNO	7,4%	0-5%	0-5%

Powstały podmiot stałby się największym operatorem na włoskim rynku usług detalicznych i w niektórych z jego segmentów. W segmencie usług przedpłaconych byłby największym operatorem, zaś w segmencie usług abonamentowych uzyskiwałby najwyższe przychody pomimo trzeciej liczby klientów. Wind Tre byłby liderem segmentu klientów prywatnych (30-40%), ale zajmowałby trzecie miejsce w segmencie klientów biznesowych (10-20%). Podmiot byłby zdecydowanym liderem pod względem liczby pozyskiwanych nowych klientów.

Włoski rynek był wysoce skoncentrowany już przed koncentracją, czterem MNO przypadało ponad 90% udziałów w przychodach i liczbie klientów. Wskaźnik HHI i poziom jego zmiany dla rynku usług detalicznych i w każdym zidentyfikowanym segmencie przewyższał poziom wskazany w wytycznych⁷⁵⁵ sugerując, że transakcja znacząco zwiększy stopień koncentracji rynku i tym samym pozycję rynkową połączonego podmiotu⁷⁵⁶. Większość spektrum, które może służyć do świadczenia usług 4G była przyznana do 2029 r., co znacznie zwiększało bariery wejścia i utrudniało wejście na rynek nowego MNO⁷⁵⁷.

⁷⁵⁴ Opracowanie własne na podstawie decyzji Komisji *Hutchison 3G Italy/Wind/JV*, pkt. 363 – 368 i 864.

⁷⁵⁵ Zob. wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt 20.

⁷⁵⁶ Decyzja Komisji *Hutchison 3G Italy/Wind/JV*, pkt. 380 – 383.

⁷⁵⁷ Ibidem, pkt 88.

3.3. Wpływ koncentracji na konkurencję na rynku

Dokumenty wewnętrzne stron wskazywały, że podstawowym celem dokonania transakcji była „naprawa rynku” postrzegana jako ogólne obniżenie poziomu konkurencji, stabilizacja rynku poprzez podniesienie cen i obniżenie przepływu klientów pomiędzy operatorami, co miało zwiększyć zyski w całej branży. Naprawa rynku miała przynieść korzyści wszystkim włoskim operatorom. TIM i Vodafone były gotowe współpracować, by umożliwić koncentrację H3G i Wind, gdyż spodziewały się, że w wyniku naprawy rynku pozostanie trzech operatorów rywalizujących jakością sieci, podczas gdy dotychczas Wind i H3G rywalizowały niską ceną, co odbijało się na marżach konkurentów.⁷⁵⁸ Przeprowadzone ankiety wskazywały, że kluczowym kryterium wyboru operatora przez klientów była cena, wyprzedzając jakość połączenia i zasięg sieci, stąd wyeliminowanie operatorów konkurujących ceną miało pozwolić na zmianę sytuacji na rynku⁷⁵⁹.

3.3.1. Detaliczny rynek usług telekomunikacji mobilnej

H3G jako ważna siła konkurencji. Oceniając pozycję rynkową H3G Komisja zwróciła uwagę, że jego udział w nowych klientach brutto w całym rynku i poszczególnych segmentach przewyższał jego udziały w rynku i tych segmentach, co wskazywało, że odgrywa ważniejszą rolę niż wskazują jego udziały. Ponadto, jego udziały w rynku i nowopozyskanych klientach stale rosły.⁷⁶⁰ Od wejścia na rynek H3G prowadził agresywną politykę cenową prowadzącą do niższych cen, gdyż konkurenci reagowali obniżkami cen swoich usług i innowacjami. H3G był konkurencyjny do czasu transakcji, a w przypadku niedokonania koncentracji miał zdolność i motywację do wprowadzania własnej sieci 4G, więc słabość infrastruktury nie ograniczyłaby jego zdolności do konkutowania.

Przeprowadzone ankiety wskazały, że H3G był postrzegany jako najbardziej atrakcyjny i agresywny cenowo operator. W latach poprzedzających koncentrację był liderem cenowym inicjującym wojny cenowe, stale oferował najniższe ceny i wysokie dopłaty do aparatów telefonicznych, czym ograniczał swobodę działania konkurentów i wymuszał u nich obniżki cen⁷⁶¹. W 2013 r. H3G wywołał wojnę cenową, która skutkowałą obniżką cen o ok. 50%, w 2014 r. pozostali MNO przyjęli politykę wzrostu cen, a H3G jako jedyny dalej

⁷⁵⁸ Ibidem, pkt. 243 – 357.

⁷⁵⁹ Ibidem, pkt. 387 – 394.

⁷⁶⁰ Ibidem, pkt. 435 i 436.

⁷⁶¹ Ibidem, pkt. 446 – 471.

oferował niskie ceny działając jak rynkowy pretendent walczący o zwiększenie bazy klientów. Innowacje wprowadzone w 2015 r. ponownie wywołały reakcje konkurentów. TIM i Vodafone, pomimo prezentowania się jako operatorzy konkurujący jakością sieci, nadal odczuwali presję ze strony H3G i musieli dostosowywać się do jego ofert.

Roczny wzrost udziałów w rynku H3G nie był duży, ale wyraźnie większy od konkurentów, co świadczyło o sukcesie na wysoko nasyconym rynku. W 2014 roku H3G zyskał 0,9%, TIM 0,4%, Wind 0,1%, zaś Vodafone stracił 2,2% udziałów w rynku⁷⁶². Dane o przenoszeniu numerów wskazywały, że H3G zyskiwał najwięcej klientów, zawsze powyżej poziomu swoich udziałów w rynku. Na przestrzeni czterech lat przed koncentracją H3G odnotował największy wzrost przychodów we Włoszech.

H3G był najtańszym i najbardziej agresywnym MNO, jego zachowanie nie wynikało ze słabości sieci, tylko było konsekwentną polityką typową dla niewielkiego operatora chcącego powiększyć swój udział w rynku. Jego działania miały wyraźny wpływ na konkurencję na rynku, wywoływał reakcje po stronie konkurentów, ograniczał ich działanie, stale przyciągał nowych klientów w najszybszym tempie zwiększając bazę klientów i przychody. Zgłaszane przez strony ograniczenia skali i brak usług stacjonarnych nie wpływały negatywnie na jego konkurencyjność. H3G wywierał na rynku usług detalicznych wpływ na konkurencję przewyższający jego udziały w rynku, przez co Komisja uznała go za ważną siłę konkurencji.

Komisja uwzględniła wewnętrzne dokumenty stron, pozycję finansową H3G, plany inwestycyjne na przyszłe lata oraz opinie konkurentów co do postępowania H3G w ciągu następnych trzech lat i stwierdziła, że H3G byłby w stanie generować wystarczające obroty, by pokryć rozwój sieci 4G i zbliżyć jej jakość do liderów rynku. Struktura kosztów H3G wskazywała, że ze względu na mniejszą bazę klientów ponosił wyższe średnie koszty od konkurentów. O ile koszty zmienne były zbliżone, to koszty stałe rozkładały się na mniejszą liczbę klientów. Z drugiej strony pozyskiwani klienci znacząco przyczyniali się do pokrywania kosztów stałych, co motywowało operatora do dalszego agresywnego konkurowania. Prognozy wskazywały, że w ciągu trzech lat operator zacznie generować zysk, zatem nawet w przypadku niedokonania koncentracji miałby motywację do inwestowania w sieć.⁷⁶³ H3G był ważną siłą konkurencji i pozostałby nią w przypadku niedokonania koncentracji.

⁷⁶² Ibidem, pkt 546.

⁷⁶³ Ibidem, pkt. 570 – 617.

Presja konkurencyjna wywierana przez Wind. Wind był trzecim MNO we Włoszech i drugim dostawcą usług stacjonarnych zachowującym stabilny udział w rynku, regularnie zwiększającym bazę klientów i notującym silne wyniki finansowe, jednocześnie będąc drugim najtańszym i najbardziej agresywnym MNO⁷⁶⁴. Jego taryfy były zawsze drugą najtańszą opcją po H3G, wyraźnie tańszą niż oferty TIM i Vodafone, a jakość sieci była konkurencyjna na tle większych rywali. Komisja uznała, że Wind wywierał ważną presję konkurencyjną na włoskim rynku telekomunikacji mobilnej. Szacując zachowanie operatora w przypadku gdyby do koncentracji nie doszło, Komisja uznała, że Wind nadal miałby zdolność i motywację by wywierać ważną presję konkurencyjną.

Bliskość konkurencji. Komisja dokonała oceny bliskości konkurencji pomiędzy stronami na podstawie analizy rynku, wewnętrznej dokumentacji zgłoszonej przez strony i stóp substytucji. Większość ankietowanych MVNO wskazała strony za swoich najbliższych konkurentów, TIM odpowiedział, że nie można stwierdzić, by jakiś MNO był najbliższym konkurentem dla danego innego MNO, zaś klienci biznesowi dali mieszane odpowiedzi – niektórzy uznali strony za najbliższych konkurentów, inni wskazali innego lub pozostałych MNO.⁷⁶⁵ H3G i Wind byli uważani za dwóch najbardziej agresywnych konkurentów, H3G oferował co roku najniższe ceny, a Wind był prawie zawsze drugim najtańszym operatorem. Strony otrzymały najwyższe noty pod względem cen w segmentach usług przedpłaconych, abonamentowych i transferu danych oferowanych klientom detalicznym, co świadczyło o ich podobnej polityce, zachowaniach rynkowych i ofercie. Obydwaj rywalizowali niskimi cenami w odróżnieniu od TIM i Vodafone, którzy skupiali się bardziej na konkuroowaniu wyższą jakością usług i sieci przy wyższych cenach swoich usług.

Chcąc ustalić stopy substytucji Komisja, podobnie jak w poprzednich sprawach, przeanalizowała dane przenoszenia numerów identyfikując znaczny poziom substytucji pomiędzy stronami. Dane dotyczące przenoszenia numerów mają swoje ograniczenia – nie dostarczają informacji o tym, jaki byłby drugi wybór klientów, uwzględniają tylko klientów, którzy przenieśli numer i nie uwzględniają, że powód zmiany operatora mógł być inny niż cena. Z tego powodu dodatkowo przeprowadzono ankiety telefoniczne z klientami, którzy w 2015 r. zmienili operatora na H3G i Wind, pytając jaki byłby ich drugi wybór, gdyby oferta wybranego operatora była droższa oraz gdyby była niedostępna. W efekcie ustalono jaki był drugi wybór klientów, którzy niedawno wybrali jedną ze stron jako swój pierwszy wybór. Za szczególnie istotne uznano odpowiedzi na pytanie o wybór w razie podniesienia ceny, gdyż

⁷⁶⁴ Ibidem, pkt. 630 – 653.

⁷⁶⁵ Ibidem, pkt. 786 – 788.

pozwoiliło to poznać decyzje klientów marginalnych, którzy pierwsi reagowaliby na podwyżkę cen.

Tabela 19 Drugi wybór klientów detalicznych w razie podniesienia ceny przez MNO będącego pierwszym wyborem, ujęcie na poziomie sieciowym⁷⁶⁶.

	H3G	Wind	TIM	Vodafone
H3G	-	20-30%	30-40%	30-40%
Wind	10-20%	-	30-40%	40-50%

Substytucyjność pomiędzy stronami była asymetryczna. O ile Wind osiągnął wynik bliski TIM i Vodafone, H3G był mniej bliskim konkurentem dla Wind niż TIM i Vodafone.

Wyniki oceny bliskości konkurencji były mieszane. Analizy rynkowe i dokumentów wewnętrznych wskazywały, że strony były bliskimi konkurentami, ale stopy substytucyjności świadczyły o asymetryczności w stopniu bliskości pomiędzy stronami i wysokiej zastępowalności pozostałych MNO. Komisja uznała, że wszyscy MNO są bliskimi konkurentami na włoskim detalicznym rynku usług telekomunikacji mobilnej, który jest rynkiem oligopolistycznym o wysokich barierach wstępu⁷⁶⁷. Podobnie jak w sprawie *Hutchison 3G UK/Telefónica UK* Komisja zadowolila się wykazaniem, że wszyscy konkurenci na rynku oligopolistycznym są bliskimi konkurentami, ale nie udało jej się jednoznacznie wykazać, że strony są szczególnie bliskimi konkurentami⁷⁶⁸.

Prospektywna analiza rynku po koncentracji. Komisja uznała, że podmiot powstały w koncentracji nie miałby motywacji, by konkurować równie agresywnie jak strony działające osobno. Zamiast tego skupiłby się na osiągnięciu naprawy rynku dzięki osłabionej presji konkurencyjnej. W wyniku koncentracji z rynku zniknie ważna siła konkurencji i drugi najbardziej agresywny operator, a powstały podmiot o wyraźnie zwiększonej bazie klientów prawdopodobnie przyjmie strategię retencji klientów zamiast walki o powiększenie ich bazy. Trzej pozostali MNO mieli mieć zbliżone udziały w rynku, co wpływałoby negatywnie na motywację do konkurowania. Koncentracja miała wyeliminować konkurencję między stronami oraz osłabić presję konkurencyjną na pozostałych operatorów.

W odniesieniu do zachowania pozostałych MNO po koncentracji uznano, że mieliby zdolność do agresywnej konkurencji z powstałym podmiotem, ale prawdopodobnie nie mieliby motywacji i zachęty by robić to na takim poziomie jak przed koncentracją. W obliczu naprawy rynku w ich interesie byłaby mniej intensywna konkurencja.

⁷⁶⁶ Opracowanie własne na podstawie decyzji Komisji *Hutchison 3G Italy/Wind/JV*, pkt 808.

⁷⁶⁷ Decyzja Komisji *Hutchison 3G Italy/Wind/JV*, pkt 813.

⁷⁶⁸ Zob. Rozdział VI, pkt 2.3.

MVNO nie byli w stanie wywierać na tyle silnej presji konkurencyjnej, by zastąpić presję wywieraną przed koncentracją przez strony. Ich udział w rynku wynosił 7,4% liczby abonentów i poniżej 5% przychodów, a rosły powoli. Zdaniem Komisji powolny wzrost wynikał z braku możliwości do konkurowania, nie motywacji. Zdolność MVNO do konkurowania zależy od warunków na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń. Kształtując warunki dostępu MNO mogą ograniczyć ofertę MVNO, profilować segmenty, w których MVNO będą konkurencyjni i wpływać na ceny, które będą w stanie zaoferować. Z tego powodu we Włoszech MVNO są mali i skupieni na niszowych segmentach, żaden nie jest obecny we wszystkich segmentach rynku usług detalicznych, przez co nie są w stanie wywierać równie znaczącej presji konkurencyjnej co MNO. Dla przykładu umowa między H3G i DIGI przewiduje, że umówione hurtowe stawki będą obowiązywać tylko, gdy inicjowane przez klientów MVNO wychodzące połączenia międzynarodowe będą stanowiły min. 20% wszystkich połączeń wychodzących, co profilowało go jako operatora skupiającego się na niszy tanich połączeń międzynarodowych i wyłączało z konkurowania w głównych segmentach rynku⁷⁶⁹. Umowa MVNO Tiscali zawierała mechanizm podnoszący jego koszty wraz z odnoszeniem przez niego większego sukcesu rynkowego, co skutecznie ograniczało jego rozwój⁷⁷⁰. Wielu MVNO nie miało dostępu do telefonii 4G, albo tylko za przesadnie wysokie ceny. MVNO w szczególności nie byli w stanie konkurować w segmencie klientów biznesowych ze względu na wyższe koszty i brak zdolności do zaspokojenia ich potrzeb. MVNO mają we Włoszech niską siłę przetargową, MNO nie mieli motywacji do konkurowania na hurtowym rynku dostępu, co przekłada się na ceny i kształt ofert MVNO na rynku detalicznym. Ze względu na ceny hurtowych usług dostępu włoscy MVNO nie mogli agresywnie konkurować ceną, ich sukces zależał od obsługi klienta, łańcucha dystrybucji i niszowych taryf. Standardem był model płatności oparty o wykorzystane zasoby sieciowe, a nie ustaloną z góry alokację zasobów, co w szczególności utrudniało oferowanie taryf zawierających pakiety danych.⁷⁷¹ Z kolei zależność od sieci MNO utrudniała zróżnicowanie jakościowe i produktowe. Zdolność MVNO do konkurowania była bardzo ograniczona, co znajdowało odzwierciedlenie w niewielkim udziale w rynku, który nie rozwijał się w dynamiczny sposób.

Gdyby do koncentracji nie doszło, a warunki na hurtowym rynku dostępu nie uległyby poprawie, konkurencyjność MVNO prawdopodobnie ulegałaby pogorszeniu wraz z rosnącym

⁷⁶⁹ Decyzja Komisji *Hutchison 3G Italy/Wind/JV*, pkt 869.

⁷⁷⁰ *Ibidem*, pkt 885.

⁷⁷¹ *Ibidem*, pkt. 882 i 883.

zapotrzebowaniem na transfer danych przez klientów. Sama koncentracja prawdopodobnie nie wywoła krótkoterminowych skutków, gdyż nie wpłynie na zawarte już umowy pomiędzy operatorami. Gdyby do niej doszło, MVNO nie byłoby w stanie zastąpić presji konkurencyjnej wywieranej przez strony przed koncentracją.

Bariery wejścia. Wejście na rynek nowego MNO, który zastąpiłby presję konkurencyjną utraconą w wyniku koncentracji, było mało prawdopodobne ze względu na wysokie koszty. Wejście jako MVNO było łatwiejsze, ale było mało prawdopodobne, by skutkowało pojawieniem się podmiotu, który zrównoważyłby antykonkurencyjne skutki koncentracji.

Sila nabywczą klientów. Klienci nie dysponowali siłą nabywczą, która pozwalałaby zrównoważyć negatywne skutki koncentracji. Tylko najwięksi klienci biznesowi byli w stanie negocjować swoje umowy.

3.3.2. Hurtowy rynek dostępu do sieci i rozpoczynania połączeń w sieciach telekomunikacji mobilnej

Wszyscy operatorzy infrastrukturalni byli aktywni na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń. H3G był najmniejszym podmiotem i przewidywano spadek jego udziału w najbliższej przyszłości w wyniku migracji jego MVNO do TIM. Pomimo utraty udziałów, H3G zachowywał zdolność i motywację do konkurencyjnego konkurowania o obsługę MVNO i nadal wywierał presję konkurencyjną na pozostałych MNO. Wind wywierał znaczną presję konkurencyjną na pozostałych operatorów i miał to robić także gdyby do koncentracji nie doszło. Przed dokonaniem koncentracji udało mu się przejąć największego włoskiego MVNO od Vodafone, co świadczyło o jego konkurencyjności i wywieranej presji konkurencyjnej.

Tabela 20. Udziały w hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń pod względem liczby użytkowników⁷⁷²

MNO	Udziały w 2015 r.	Prognoza przyszłych udziałów
H3G	10-20%	0-5%
Wind	10-20%	50-60%
H3G + Wind	30-40%	50-60%
TIM	10-20%	40-50%
Vodafone	50-60%	

Bliskość konkurencji. Operatorzy MVNO, którzy odpowiedzieli na badanie rynku, wyraźnie wskazali, że Wind jest najbliższym konkurentem H3G, a H3G jest najbliższym konkurentem Wind, zaś TIM i Vodafone są dla siebie najbliższymi konkurentami na rynku

⁷⁷² Opracowanie własne na podstawie decyzji Komisji *Hutchison 3G Italy/Wind/JV*, pkt. 1239 – 1247.

hurtowym. Pomimo tego, w latach poprzedzających koncentrację miały miejsce przejścia MVNO na linii H3G i TIM, oraz Wind i Vodafone, więc Komisja uznała, że wszyscy operatorzy są bliskimi konkurentami na rynku usług hurtowych. Koncentracja wyeliminowałaby istotną presję konkurencyjną, którą strony wywierały na siebie.

Prospektywna analiza rynku po koncentracji. Podmiot powstały w wyniku koncentracji miałby mniejszą motywację do konkutowania na rynku hurtowym niż strony działające osobno. Utrata konkurencji między stronami miała pozwolić podnieść ceny, czyli pogorszyć warunki funkcjonowania MVNO. Zwiększona pozycja na rynku detalicznym i hurtowym ograniczyłaby zachęty do konkutowania na rynku hurtowym. Większe udziały potęgowałyby ryzyko kanibalizacji klientów, a wyeliminowanie konkurencji między stronami zmniejszy szanse, że MVNO znajdzie innego MNO oferującego atrakcyjne warunki. Wszyscy włoscy MNO będą mieli mniejszą motywację, by świadczyć dostęp MVNO rywalizującym o tych samych klientów.

TIM i Vodafone nie rywalizowali agresywnie o świadczenie dostępu MVNO. TIM był największym operatorem na rynku usług detalicznych, ale najmniejszym na poziomie hurtowym. Vodafone przyjął strategię rezygnowania z już obsługiwanych MVNO nastawionych na rynek masowego odbiorcy i zachowania tylko niszowych MVNO⁷⁷³. Jeśli, zgodnie z prognozą, koncentracja doprowadzi do wzrostu cen na rynku detalicznym, TIM i Vodafone miałby motywację do podniesienia cen na rynku hurtowym, by zapobiec zaburzeniu nowej równowagi przez MVNO oferujących niższe ceny. O ile zatem konkurenci zachowają zdolność do konkutowania na rynku hurtowym, ich motywacja do agresywnego konkutowania zmaleje. MVNO nie dysponują siłą nabywczą, która pozwoliłaby zrównoważyć negatywne skutki konkurencji, a ich siła nabywcza jeszcze by osłabła po koncentracji.

3.4. Korzyści z koncentracji – zwiększenie wydajności

Strony twierdziły, że koncentracja przyniesie korzyści dwojakiego rodzaju: 1) synergii kosztów i przychodów, dotyczącą składników zmiennych i stałych; oraz 2) utworzenie trzeciej sieci wysokiej jakości porównywalnej do sieci TIM i Vodafone i umożliwienie szybszego wdrożenia technologii LTE niż w przypadku niedokonania transakcji.

⁷⁷³ Decyzja Komisji *Hutchison 3G Italy/Wind/JV*, pkt. 1325 – 1329.

W odniesieniu do twierdzenia dotyczącego korzyści związanych z efektywnością w zakresie kosztów zmiennych Komisja stwierdziła, że korzyści spełniające wymogi trójstopniowego testu określone w wytycznych są ograniczone i było mało prawdopodobne, aby mogły zrównoważyć szkodę wyrządzaną przez koncentrację. Komisja doszła do tego wniosku nawet nie biorąc pod uwagę, że powstały podmiot może ograniczyć presję konkurencyjną do tego stopnia, że będzie mało prawdopodobne, aby oszczędności wynikające z niższych kosztów zmiennych były przeniesione na konsumentów w wystarczającym stopniu, aby zrównoważyć powstałą szkodę⁷⁷⁴.

Oszczędności w zakresie kosztów stałych miały nie przynieść korzyści konsumentom, gdyż zostaną prawdopodobnie wykorzystane do spłacenia długu wniesionego przez Wind, a pieniądze będą raczej kierowane do udziałowców, nie zaś wykorzystywane do finansowania wyższego ogólnego poziomu inwestycji, który w ujęciu ogólnym miał ulec spadkowi w porównaniu z sumą inwestycji dokonywanych przez strony samodzielnie.

W przedmiocie wyższej jakości sieci, zwiększenia zasięgu sieci LTE, większych prędkości oraz bardziej intensywnej konkurencją z TIM i Vodafone, a w efekcie zwiększeniem dobrobytu konsumentów dzięki wyższej jakości usług Komisja uznała, że umowa o współdzielenie sieci lub chociażby współdzielenie sieci LTE stanowiła realną alternatywę dla koncentracji. Współdzielenie przyniosłoby te same korzyści bez generowania zakłóceń konkurencji. Z tego względu Komisja uznała zgłoszone korzyści za niebędące specyficznymi dla koncentracji.

Stronom nie udało się wykazać, że przedstawione oszczędności w zakresie kosztów stałych oraz zwiększenie jakości sieci są specyficzne dla koncentracji, że ich realizacja jest prawdopodobna i że mogą one przeciwdziałać antykonkurencyjnym skutkom, które mogą być wynikiem koncentracji. Tylko część wskazywanych korzyści dotycząca kosztów zmiennych spełniała trzy warunki testu określonego w wytycznych, ale uznano je za zbyt ograniczone, aby mogły zrównoważyć prawdopodobny antykonkurencyjny skutek utworzenia Wind Tre.⁷⁷⁵

Współdzielenie sieci LTE pozwoliłoby stronom na stworzenie sieci wysokiej jakości konkurencyjnej z TIM i Vodafone, w efekcie uzyskać większe przychody przy jednoczesnych znacznych oszczędnościach. Komisja uznała, że można racjonalnie oczekiwać, że strony byłyby w stanie pomyślnie wdrożyć umowę o współdzieleniu sieci jako alternatywę dla koncentracji. Dokładna ocena technicznej możliwości zawarcia umowy i jej funkcjonowania, korzyści z niej płynących i zachęty obydwu stron do sprawnego egzekwowania umowy pozwoliły Komisji przyjąć korzyści płynące z umowy jako realną alternatywę dla korzyści

⁷⁷⁴ Ibidem, pkt 1432.

⁷⁷⁵ Ibidem, pkt. 1635 i 1636.

płynących z koncentracji, a tym samym korzyści z koncentracji za niebędące specyficznymi dla koncentracji⁷⁷⁶. Korzyści jakie przyniesie koncentracja ponad umowę o współdzielenie sieci to korzyści niezwiązane z funkcjonowaniem sieci, które w większości stanowią koszty stałe i nie zaliczają się do wydajności przewidzianych w wytycznych, a oszczędności w kosztach zmiennych byłyby niewielkie. Współdzielenie sieci wywołałoby mniejsze skutki antykonkurencyjne generując takie same korzyści sieciowe. Pozwoliłoby zachować konkurencję między stronami na rynku detalicznym i hurtowym, ograniczając możliwość wystąpienia efektów nieskoordynowanych. Wystąpienie efektów skoordynowanych byłoby również mniej prawdopodobne, bo zachowana byłaby niesymetryczna struktura rynku detalicznego i H3G jako ważna siła konkurencji.

3.5. Efekty nieskoordynowane

Detaliczny rynek usług telekomunikacji mobilnej. Dokonując oceny ilościowej Komisja wykorzystwała te same instrumenty co w poprzednich decyzjach – model Bertranda-Nasha dla zróżnicowanych produktów, gdzie przedsiębiorcy rywalizują ceną, analizę UPP bazującą na stopach substytucji i marżach, oraz szacunkową analizę popytu opartą o charakterystykę oferowanych taryf. Nowością w analizie było ustalenie stóp substytucji w oparciu o wynik ankiet dotyczących drugiego wyboru klientów, którzy w poprzedzającym koncentrację roku podpisali umowę z jedną ze stron, a nie tylko jak dotychczas dane przenoszenia numerów. Ankiety pozwoliły uchwycić istotę bliskości konkurencji i poznać preferencje klientów marginalnych.

Na przeprowadzoną skalibrowaną symulację koncentracji składał się scenariusz podstawowy i szereg analiz wrażliwości opartych o różne miary stóp substytucji, marży, z uwzględnieniem zewnętrznego podmiotu i z uwzględnieniem zmiennych wydajności kosztowych. Scenariusz podstawowy przewidywał wzrost cen H3G o 12,1% - 13,1%, Wind o 10% - 10,7%, a w całym segmencie prywatnym 6,1% - 7% wskazując, że koncentracja wywoła znaczne zachęty do podniesienia cen przez strony i konkurentów. Analizy wrażliwości wskazywały na wpływ na cenę na poziomie 10,2% - 22,1% dla H3G i 8,2% - 17,8% dla Wind, zaś 4,9% - 11,2% dla całego segmentu prywatnego, potwierdzając wskazania scenariusza podstawowego⁷⁷⁷, że koncentracja prawdopodobnie wywoła silną motywację do podnoszenia cen. Ocena ilościowa potwierdziła wyniki oceny jakościowej i

⁷⁷⁶ Ibidem, pkt. 1615 – 1618.

⁷⁷⁷ Aneks A do decyzji Komisji *Hutchison 3G Italy/Wind/JV*, pkt. 149 – 188.

wskazała, że koncentracja zwiększy motywację powstałego podmiotu do znacznego podniesienia cen, co doprowadzi do znaczącego podniesienia cen w całym segmencie prywatnym.

Komisja uznała, że koncentracja prawdopodobnie wywoła antykonkurencyjne efekty nieskoordynowane na detalicznym rynku usług telekomunikacji mobilnej we Włoszech. Transakcja zredukuję liczbę MNO z czterech do trzech, usunie z rynku ważną siłę konkurencji H3G i presję konkurencyjną wywieraną przez Wind. Strony były bliskimi konkurentami wywierającymi presję konkurencyjną na siebie i pozostałych MNO. Powstały podmiot miałby znaczny udział w rynku, przez co nie miałby motywacji do dalszego konkurowania w taki sam sposób jak strony przed koncentracją. TIM i Vodafone nie mieliby motywacji by konkurować z Wind Tre w sposób, który zrównoważyłby efekty nieskoordynowane koncentracji. Operatorzy wirtualni mieliby motywację do takiego konkurowania, ale nie mieliby zdolności by to zrobić. Koncentracja doprowadziłaby do znacznych podwyżek cen i znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji w znaczącej części rynku wewnętrznego poprzez wystąpienie efektów nieskoordynowanych na włoskim detalicznym rynku świadczenia usług telekomunikacji mobilnej.

Hurtowy rynek dostępu do sieci i rozpoczynania połączeń w sieciach telekomunikacji mobilnej. Koncentracja prawdopodobnie wywoła skutki antykonkurencyjne na rynku hurtowych usług dostępu i rozpoczynania połączeń we Włoszech poprzez wyeliminowanie istotnej presji konkurencyjnej wywieranej na siebie przez strony prowadząc do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji w postaci efektów nieskoordynowanych. Wzrost cen na rynku detalicznym dodatkowo wywoła motywację do podniesienia cen na rynku hurtowym, by uniemożliwić MVNO wywieranie presji konkurencyjnej na rynku detalicznym.

3.6. Efekty skoordynowane

H3G będąc ważną siłą konkurencji o najmniejszych udziałach w rynku cechował się innymi zachętami od pozostałych MNO i prowadził od nich inną politykę cenową. Koncentracja wyeliminowałaby go jako niezależny podmiot, zmniejszyła liczbę konkurentów do trzech operatorów o podobnej wielkości i udziałach, a przez to o zbieżnych zachętach i interesach. Koncentracja miała zwiększyć zdolność i motywację MNO do trwałej koordynacji działań. Cechy włoskiego rynku detalicznego, takie jak przejrzystość, ograniczony stopień zróżnicowania produktów i łatwość porównania ofert, ułatwiały wprowadzenie i utrzymanie koordynacji.

W latach 2013 i 2014 miały miejsce dwa epizody równoległego, symetrycznego podnoszenia cen przez trzech największych MNO. Długoterminowo koordynacja okazała się nie być stabilna ze względu na zakłócenia ze strony H3G. Presja wywierana przez wyraźnie niższe ceny H3G uniemożliwiła utrzymanie cen na skoordynowanym poziomie i doprowadzała ponownie do wojny cenowej. Po transakcji MNO mieliby symetryczne rozmiary i podobne zachęty, a równoległe wzrosty cen prawdopodobnie doprowadzą do osiągnięcia nowej równowagi cenowej, która byłaby stabilna i trwała w czasie. Nowa struktura rynku może ułatwić osiągnięcie warunków koordynacji i podniesienie cen ponad poziom równowagi w przypadku niedokonania koncentracji.

Rynek był na tyle przejrzysty, że konkurenci dowiedzieliby się o wyłamaniu się z koordynacji tego samego dnia i mogli bez zbędnej zwłoki rozpocząć akcję odwetową skierowaną przeciwko operatorowi wyłamującemu się ze współpracy. Na rynku detalicznym interakcje między konkurentami są bardzo częste, bo stale zawierane są nowe umowy z indywidualnymi klientami, więc skutki odwetu byłyby odczuwalne bardzo szybko. Kontrastuje to z rynkami charakteryzującymi się dużymi zamówieniami jednorazowymi (jak wiele rynków B2B), gdzie kara za złamanie zasad koordynacji może stać się odczuwalna po dłuższym czasie, gdy nadejdzie kolejne duże zamówienie. Zyski z wyłamania się byłyby bardzo krótkotrwałe, gdyż odstęp czasowy między wyłamaniem się i odwetem byłby krótki. Istnienie szybkiego i wiarygodnego mechanizmu odstraszenia, a także stałe, stabilne i przewidywalne zmiany popytu prawdopodobnie zwiększyłyby motywację MNO do cierpliwego przestrzegania zasad koordynacji.

Operatorzy mieli w zwyczaju pewne praktyki, które mogłyby ułatwić koordynację w nowych warunkach, jak publiczne oświadczenia wydawane przez kierownictwo operatorów stanowiące sygnał dla konkurentów, wymianę informacji za pośrednictwem banków inwestycyjnych i częste kontakty między kierownictwem poszczególnych operatorów. Chociaż żadna z tych praktyk nie byłaby bezwzględnie konieczna, aby doszło do koordynacji i aby ta koordynacja miała po transakcji trwały charakter, mogły one ułatwić przestrzeganie warunków koordynacji i przyczynić się do jej trwałości.

Koncentracja doprowadziłaby do zrównania zachęt wszystkich MNO i uczyniła kooperację atrakcyjną dla każdego pozostałego podmiotu. W przeszłości we Włoszech miały miejsce nieudane próby koordynacji polityki cenowej, a teraz koordynacja byłaby możliwa, łatwiejsza i bardziej trwała. Komisja stwierdziła, że transakcja może spowodować skoordynowane skutki antykonkurencyjne na włoskim detalicznym rynku usług telekomunikacji mobilnej. Dzięki transakcji zwiększyłoby się prawdopodobieństwo, że trzej

pozostali operatorzy będą mogli koordynować swoje zachowanie i podnosić ceny w zrównoważony sposób, nawet bez zawierania umów lub uciekania się do uzgodnionej praktyki w rozumieniu art. 101 TFUE. Komisja uznała, że efekty skoordynowane urzeczywistniłyby się w dodatku do efektów nieskoordynowanych wynikających z koncentracji, prowadząc do dodatkowej szkody dla konsumentów.

Oceniając możliwość wystąpienia efektów skoordynowanych na rynku usług hurtowych stwierdzono wysoką transparentność co do niektórych kluczowych aspektów umów, jak udostępniane technologie, co mogło umożliwić koordynację polityki ich udostępniania przez MNO przy łatwym monitorowaniu odstępstw. Większość aspektów umów dostępu była jednak na tyle skomplikowana i zróżnicowana w poszczególnych umowach, że w obliczu istnienia tajemnicy handlowej nie można było mówić o transparentności. Dotyczyło to przede wszystkim cen i opłat. Długotrwałe zachowanie koordynacji byłoby utrudnione przez brak transparentności i braku mechanizmu odwetowego. Komisja nie stwierdziła, że koncentracja doprowadzi do wystąpienia efektów skoordynowanych na hurtowym rynku usług dostępu i rozpoczynania połączeń, a nawet jeśli miałyby móc wystąpić, to przyjęte zobowiązania miały im zapobiec.

3.7. Środki zaradcze

W celu zapobiegnięcia zidentyfikowanym problemom w zakresie konkurencji na detalicznym i hurtowym strony zobowiązały się umożliwić wejście na włoski rynek czwartego MNO, Iliad. Komisja wykazała tu preferencję dla najsilniejszego rozwiązania strukturalnego, które zapobiegnie obawom w sposób trwały i nie będzie wymagało monitorowania w średniej i dłuższej perspektywie. Iliad przekazano część widma w częstotliwościach umożliwiających obsługę sieci 2G, 3G i 4G, a także umożliwiono nabycie lokacji lub kolokację w placówkach stron. Aby umożliwić nowemu operatorowi równorzędne konkurowanie od początku swojej obecności na rynku strony zobowiązały się zawrzeć umowę roamingu sieci 2G oraz współdzielenia sieci MOCN 3G/4G⁷⁷⁸, a w nisko zaludnionych obszarach współdzielić nadajniki radiowe w swoich lokacjach. Przyjęty model opłat w pierwszym okresie oparty był o udział w zdolnościach sieciowych, co miało motywować Iliad do agresywnego zdobywania klientów, ale po ustalonym okresie czasu miał

⁷⁷⁸ Współdzielenie sieci, gdzie spektrum i nadajniki radiowe są współdzielone, ale każdy operator używa swojej własnej sieci szkieletowej.

być przekształcony. Konstrukcja ta w połączeniu z dywesticją spektrum i lokacji miała dać wyraźną możliwość i zachętę do rozwijania i następnie przeniesienia się do swojej sieci.

Przyjęty kształt środków zaradczych pozwalał Iliad od razu stać się pełnowartościowym konkurentem na rynku detalicznym i hurtowym. Przyjęty model opłat nie tylko zachęcał go do agresywnego konkurowania o klientów detalicznych, ale gdyby sam nie wykorzystywał pełni dostępnego spektrum, miałby motywację by zaoferować niewykorzystane zasoby na rynku hurtowym w atrakcyjnych cenach. Szczegółowo przygotowane warunki handlowe miały sprawić, że Iliad przyjąłby rolę ważnej siły konkurencji, a jednocześnie miał wyraźną motywację do rozbudowy swojej własnej sieci. W efekcie jego działalność miała zapobiec wystąpieniu efektów skoordynowanych i nieskoordynowanych na rynku usług detalicznych oraz efektów nieskoordynowanych na rynku usług hurtowych.

3.8. Wnioski

Włoska koncentracja była unikalna głównie z powodu przyjęcia strukturalnego środka zaradczego w postaci wprowadzenia na rynek nowego MNO przed zatwierdzeniem koncentracji (model *fix-it-first*). O ile przedstawiciele stron i pozostałych MNO przez lata przed koncentracją wyrażali publicznie swoje nadzieje dotyczące “naprawy” rynku i skutkującego z niego wzrostu cen, nowy MNO miał przyjąć pozycję ważnej siły konkurencji i mieć wszelką motywację by wywierać intensywną presję konkurencyjną zarówno na rynku usług detalicznych, jak i hurtowych.

Należy odnotować nową metodę oszacowania bliskości konkurencji opartą o ankietę klientów, którzy niedawno zmieniali operatora. Wynik był o tyle zaskakujący, że wbrew opinii MNO i MVNO oraz przeprowadzanych przez Komisję analiz ofert stron, klienci nie postrzegali stron jako swoich najbliższych konkurentów. Strony koncentracji nie muszą być swoimi najbliższymi konkurentami, by koncentracja wywołała negatywne skutki, ale Komisja uznająca strony za szczególnie bliskich konkurentów wbrew opinii konsumentów i tylko w oparciu o bliskość oligopolistyczną budzi wątpliwości.

Komisja wzbogaciła ocenę korzyści płynących z koncentracji. Wykorzystywany w poprzednich decyzjach stan kontrfaktyczny w postaci zawarcia umowy o współdzielenie sieci, w oparciu o który w wielu poprzednich decyzjach Komisja odrzuciła korzyści jako niebędące specyficzne dla koncentracji, został doprecyzowany przez ocenę technicznej możliwości zawarcia i funkcjonowania oraz zachęt stron do sprawnego egzekwowania porozumienia.

Korzyści płynące z koncentracji mogą być odrzucone tylko w takim zakresie, w jakim realistycznie współdzielenie sieci mogłoby funkcjonować na danym rynku.

4. T-Mobile NL/Tele2 NL⁷⁷⁹

T-Mobile Netherlands („TMNL”) to należący do Deutsche Telekom AG operator infrastrukturalny obecny w Holandii, który przejmował operatora Tele2 Netherlands należącego do Tele2 AB. Obydwaj operatorzy byli obecni na rynku telekomunikacji mobilnej i stacjonarnej. W wyniku koncentracji Tele2 należałby w pełni do TMNL, a TMNL należałby w 75% do Deutsche Telekom AG i 25% do Tele2 AB.

4.1. Definiowanie rynku właściwego

Zgodnie z poprzednimi decyzjami Komisja uznała, że detaliczny rynek usług telekomunikacji mobilnej i rynek usług telekomunikacji stacjonarnej to osobne rynki. Detaliczny rynek usług telekomunikacji mobilnej i hurtowy rynek usług dostępu i rozpoczynania połączeń w sieciach mobilnych zostały uznane za jednolite rynki. Koncentracja miała wpływ horyzontalny na detaliczny rynek usług telekomunikacji mobilnej, nie miała mieć wpływu horyzontalnego na rynek usług hurtowych, gdyż strony miały na nim łączne udziały poniżej 20%. Komisja wskazała, że koncentracja będzie miała wpływ na hurtowy rynek roamingu regulowanego i hurtowy rynek zakańczania połączeń, ale uznała, że nie dojdzie na nich do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji ze względu na skuteczną regulację dotyczącą tych rynków⁷⁸⁰.

4.2. Struktura rynku

Holenderski rynek telekomunikacji mobilnej był dobrze rozwinięty, miał jedną z największych penetracji smartfonów i dostępu do Internetu szerokopasmowego, a holenderscy operatorzy byli jednymi z pierwszych wprowadzających technologię 4G, która w momencie koncentracji obejmowała zasięgiem cały kraj. Penetracja rynku wynosiła 119%,

⁷⁷⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 27 listopada 2018 r., *T-Mobile NL/Tele2 NL*, Sprawa nr COMP/M.8792 (2019/C 150/04).

⁷⁸⁰ Decyzja Komisji *T-Mobile NL/Tele2 NL*, pkt. 335 – 340.

liczba klientów urosła o 0,8% w 2018 r.⁷⁸¹ Ze świadczonych usług wykorzystanie usług głosowych i SMS utrzymywało się na tym samym poziomie w latach poprzedzających koncentracje, ale wykorzystanie transferu danych rosło w szybkim tempie i to na nim skupiała się konkurencja na rynku detalicznym. Od 2012 r. odnotowywano stały spadek cen usług telekomunikacji mobilnej. Przychody ze świadczenia usług telekomunikacji mobilnej spadały każdego roku w okresie 2012 – 2016, w 2018 odnotowano siedmioprocentowy spadek przychodów w porównaniu z poprzednim rokiem.

W Holandii obecnych było czterech operatorów infrastrukturalnych (KPN, VodafoneZiggo, TMNL i Tele2), około trzydziestu pięciu operatorów wirtualnych oraz markowi odsprzedawcy. KPN to największy operator usług mobilnych i stacjonarnych, dysponował również budżetowymi markami Telfort i Simyo. Jest największym operatorem na rynku usług hurtowych, gdzie obsługiwał wielu MVNO, w tym trzech z największych: Lebara, Lycamobile i AH Mobiel. VodafoneZiggo to drugi największy operator z budżetową marką Hollandsnieuwe, oferuje usługi mobilne i stacjonarne, na rynku hurtowym obsługuje pięciu MVNO. TMNL jest trzecim największym operatorem usług mobilnych i stacjonarnych z budżetową marką Ben, obsługuje największego MVNO nastawionego na rynek masowego odbiorcy Simpel i szereg niewielkich MVNO. Tele2 był pierwszym w Holandii MVNO, ale pozyskał pasmo spektrum radiowego i poprzez umowę o pasywne współdzielenie sieci w oparciu o infrastrukturę TMNL uruchomił sieć 4G, dodatkowo korzystając z roamingu w sieci 2G i 3G TMNL. Tele2 prowadził ograniczoną aktywność na rynku hurtowym, a usługi stacjonarne oferował tylko klientom biznesowym.

Tabela 21 Udział w rynku usług detalicznych holenderskich operatorów w 2017 r.⁷⁸²

Operator	Udział w rynku (liczba klientów)	Udział w rynku (przychody)	Udział w rynku (liczba nowych klientów brutto)
KPN	30-40%	30-40%	10-20%
VodafoneZiggo	20-30%	20-30%	10-20%
TMNL + Tele2	20-30%	20-30%	20-30%
TMNL	10-20%	20-30%	10-20%
Tele2	5-10%	5-10%	5-10%
Wszyscy MVNO	10-20%	5-10%	30-40%

Powstały podmiot byłby trzecim największym operatorem pod względem przychodów, drugim pod względem liczby klientów i pierwszym pod względem liczby pozyskiwanych nowych klientów brutto, chociaż liczba ta byłaby zbliżona dla wszystkich trzech MNO i nie odbiegałaby od poziomu jego udziału w rynku pod względem liczby klientów i przychodów.

⁷⁸¹ Ibidem, pkt 43.

⁷⁸² Opracowanie własne na podstawie decyzji Komisji *T-Mobile NL/Tele2 NL*, pkt 372.

W segmencie usług abonamentowych, odpowiedzialnym za prawie 90% przychodów i ponad 65% klientów, powstały podmiot uzyskiwałby najwyższe przychody przy drugiej liczbie klientów i pozyskiwaniu największej liczby 40 – 50% nowych klientów brutto. W segmencie usług przedpłaconych, strony miały niewielki udział (10 – 20% klientów, 5 – 10% przychodów i 0 – 5% nowych klientów brutto). MVNO łącznie obsługują ponad 10% klientów, ale ze względu na dużą liczbę operatorów, żaden z nich sam nie ma ponad 5% udziałów w rynku. Liczba nowych klientów brutto pozyskiwanych przez wszystkich operatorów wirtualnych była prawie dwa razy większa od liczby klientów pozyskiwanych przez strony, ale ze względu na dużą liczbę, zróżnicowanie i specjalizację w różnych niszach liczby tej nie można wprost porównywać z klientami pozyskiwanymi przez operatorów infrastrukturalnych. Operatorzy wirtualni zdobywali głównie klientów usług przedpłaconych (70 – 80% udział w nowych klientach brutto).⁷⁸³

Stopień koncentracji rynku usług detalicznych po transakcji byłby znaczący, wskaźnik HHI wynosiłby 2000 – 3000 według liczby klientów i przychodów. Segment usług abonamentowych byłby jeszcze bardziej skoncentrowany z HHI na poziomie 2000 – 3000 według liczby klientów i 3000 – 4000 według przychodów. Tym niemniej, poziom delty był umiarkowany, na poziomie 200 – 250 zarówno bazując na liczbie klientów i przychodach ze względu na ograniczony udział w rynku Tele2.

Cena była głównym kryterium w konkurencji na rynku detalicznym. W ofertach zawierających do 20 GB transferu danych nie było znaczących różnic w cenach pomiędzy poszczególnymi operatorami, ale w większych pakietach oferty TMNL i Tele2 były tańsze od ofert KPN i VodafoneZiggo⁷⁸⁴. Komisja uważała, że przed koncentracją holenderski rynek usług detalicznych cechował się skuteczną konkurencją. Rynek usług hurtowych nie był objęty regulacją, na MNO nie spoczywały żadne zobowiązania świadczenia usług wobec MVNO.

4.3. Wpływ koncentracji na konkurencję na rynku

TMNL jako ważna siła konkurencji. Komisja uznała TMNL za ważną siłę konkurencji na rynku detalicznym ze względu na jego udziały w rynku, agresywne konkurowanie i siłę w odniesieniu do głównych parametrów konkurencyjności na holenderskim rynku. W latach poprzedzających koncentrację udziały TMNL w rynku

⁷⁸³ Decyzja Komisji *T-Mobile NL/Tele2 NL*, pkt. 373 – 382.

⁷⁸⁴ *Ibidem*, pkt 148.

detalicznym wykazywały trend rosnący. Operator jako pierwszy wprowadził oferty „bez limitu”, które pozwoliły zdobyć znaczne udziały w rynku i były przejawem agresywnej konkurencji. TMNL był ważnym konkurentem patrząc przez pryzmat ceny, ale też bardziej drugorzędnych kryteriów jak niezawodność, zasięg, prędkość połączenia, innowacyjność i zdolność oferowania usług stacjonarnych. Jego ceny były porównywalne z innymi MNO, a szczególnie agresywne dla ofert zawierających większe pakiety danych, oprócz niego tylko Tele2 oferował usługi „bez limitu”. TMNL miał najwyższej jakości sieć w kraju.⁷⁸⁵

Tele2 NL jako ważna siła konkurencji. Prospektywna analiza rynku wykazała, że Tele2 nie mógł być uznany za ważną siłę konkurencji na holenderskim rynku usług detalicznych ze względu na ograniczony udział w rynku, zachowanie na rynku, ograniczenia sieci i wysokie prawdopodobieństwo, że w przypadku niedokonania koncentracji jego siła konkurencyjna osłabnie.

Udziały w rynku detalicznym Tele2 wynosiły poniżej 10%, od czasu przejścia z postaci MVNO na MNO operator rozwijał się poniżej prognozowanego tempa pomimo agresywnych ofert w okresie przejścia, które przyczyniły się do obniżki cen w Holandii. Tele2 przyjął strategię, która miała skutkować zwiększeniem bazy klientów, ale odniósł na tym polu niewielki sukces. Jego sieć cechowała najniższą jakością, najmniejszy zakres spektrum i najmniejsza liczba nadajników, oferował najniższe prędkości transferu danych, nie dysponował własną siecią 2G i 3G. Jakość sieci wypadła zdecydowanie gorzej od pozostałych MNO i przed koncentracją różnica rosła, co rodziło wątpliwości co do przyszłej zdolności do zwiększania bazy klientów i oferowania usług konkurencyjnej jakości.⁷⁸⁶ Budowa własnej sieci o wyższej od obecnej jakości oznaczała wyższe koszty niż funkcjonowanie w ramach umowy o współdzielenie sieci i mogła uniemożliwić agresywną politykę cenową i powiększanie bazy klientów. W obliczu agresywnej rywalizowali jakością sieci ze strony pozostałych MNO, Komisja nie widziała perspektyw, by Tele2 mógł utrzymać ich tempo inwestycji i spodziewała się, że jakość jego sieci będzie z biegiem czasu coraz bardziej odstawać obniżając jego zdolność do konkurowania.

Konkurencja ze strony KPN, VodafoneZiggo i MVNO. KPN i VodafoneZiggo byli silnymi konkurentami o sieciach wysokiej jakości, którzy po koncentracji nadal wywieraliby znaczną presję konkurencyjną na powstały podmiot. MVNO nie byli w stanie wywierać takiej samej presji konkurencyjnej jak MNO i nie byli w stanie w znaczący sposób ograniczać zachowań rynkowych MNO. W Holandii większość MVNO to lekki MVNO polegający w

⁷⁸⁵ Ibidem, pkt. 404 – 430.

⁷⁸⁶ Ibidem, pkt. 431 – 484.

pełni na infrastrukturze obsługujących ich MNO. Operatorzy nastawieni na rynek masowego odbiorcy skupiali się na segmentach niskiego i średniego koszyka cenowego, żaden nie był obecny we wszystkich segmentach rynku. Tylko dwóm udało się uzyskać liczbę klientów większą niż marginalna. Niszowi operatorzy skupiają się na konkretnych kategoriach klientów, przez co nie wywierają presji na MNO. MVNO wywodzący się z innych branży (jak supermarkety, telewizje kablowe, etc.) wywierali niewielką presję konkurencyjną, zwykle oferowali tylko usługi przedpłacone, a działalność jako operator traktują tylko jako dodatek do głównej działalności i obsługują najtańszy koszyk klientów.⁷⁸⁷

MVNO mieli relatywnie wysokie udziały w holenderskim rynku, ale sytuacja w poszczególnych segmentach wyglądała różnie. W segmencie usług przedpłaconych mieli 40 – 50% klientów i 60 – 70% przychodów, ale w ważniejszym segmencie usług abonamentowych ich obecność była ograniczona i wynosiła tylko 5 – 10% klientów i 0 – 5% przychodów. Pod względem nowych klientów brutto MVNO łącznie uzyskują lepszy wynik od każdego z MNO (30 – 40%), ale liczba obsługiwanych przez nich klientów zmalała z 2016 r. na 2017 r., co świadczy o wysokim poziomie przepływu klientów pomiędzy MVNO. Większość pozyskiwanych nowych klientów to niszowi klienci zainteresowani tanimi połączeniami międzynarodowymi i migrujący pracownicy.⁷⁸⁸ Operatorzy wirtualni nie wywierali w Holandii bezpośredniej presji konkurencyjnej na operatorów infrastrukturalnych. Najwięksi MVNO nastawieni na rynek masowego odbiorcy byli w stanie konkurować jedynie z budżetowymi markami MNO o klientów z najtańszego koszyka cenowego.

Zdolność MVNO do konkurowania jest ograniczana przez ich zależność od warunków uzyskanych na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń, na które musi zgodzić się MNO. Umowy ograniczają zakres usług jakie MVNO mogą zaoferować, rodzaj klientów jakich mogą adresować i ceny jakie mogą zaoferować. Ze względu na ograniczoną siłę przetargową MVNO uzyskiwali w Holandii niekorzystne warunki i nie byli w stanie konkurować z MNO.⁷⁸⁹ Dominującym modelem płatności za usługę dostępu jest opłata za wykorzystane spektrum, przez co koszty rosną wraz z większym wykorzystaniem danych przez klientów i mają charakter kosztów zmiennych, co utrudnia konkurowanie. MVNO nie osiągali zysków z dużych pakietów, oferowali je tylko by mieć kompletne portfolio taryf. Warunki panujące na rynku hurtowym skutecznie uniemożliwiają MVNO rozwój w

⁷⁸⁷ Ibidem, pkt. 589 – 599.

⁷⁸⁸ Ibidem, pkt. 600 – 606.

⁷⁸⁹ Ibidem, pkt 624.

segmentach przewidujących korzystanie z dużej ilości danych i skuteczne konkutowanie z MNO.

Bliskość konkurencji. Komisja dokonała jakościowej i ilościowej oceny bliskości konkurencji stron i uznała, że o ile strony były bliskimi konkurentami, to rosnąca różnica w zdolnościach sieciowych rodzi wątpliwości co do zdolności Tele2 do dalszego bliskiego konkutowania z TMNL i utrzymania obecnej presji konkurencyjnej wywieranej poprzez ofertę usług nieograniczonych.

Strategie biznesowe stron były zbliżone, obydwaj agresywnie konkutowali o te same grupy klientów kupujących same usługi telekomunikacji mobilnej, w szczególności korzystających z dużego transferu danych, podczas gdy KPN i VodafoneZiggo skupiali się na oferowaniu „wielopaków”. Pod względem cen najpopularniejsze pakiety na rynku były porównywalne pomiędzy wszystkimi MNO, ale dla ofert zawierających największe pakiety danych ceny stron były bardziej zbliżone niż konkurentów. Z kolei jakość sieci stron była wyraźnie odmienna, TMNL miał najwyższą jakość sieci w Holandii, Tele2 najniższą, dysponował tylko pasmem 4G i najmniejszą liczbą nadajników, a różnica miała tylko rosnąć w najbliższych latach.

Zastępowalność usług stron została oceniona na podstawie danych o przenoszeniu numerów i ankiety przeprowadzonej na 2.500 klientach, którzy zawarli umowę z TMNL, Tele2 albo Simpel dotyczącej wyboru w razie podniesienia ceny przez wybranego operatora i w braku jego oferty. Pierwsza ankieta jest ważniejsza, gdyż pokazuje wybór klientów marginalnych. Obliczone stopy zastępowalności na poziomie sieci i operatora dla całego rynku i kluczowych segmentów, gdzie strony były szczególnie silne pokazały, że o ile dla klientów Tele2 to TMNL był najpopularniejszym drugim wyborem, to klienci TMNL wybierali Tele2 tylko w 10 – 20% przypadków i zdecydowanie częściej wybierali pozostałych MNO.

Tabela 22 Drugi wybór klientów detalicznych, ujęcie na poziomie sieciowym⁷⁹⁰.

Operator	TMNL	Tele2	KPN	VodafoneZiggo
Segment usług prywatnych				
TMNL	-	10 – 20%	40 – 50%	40 – 50%
Tele2	40 – 50%	-	30 – 40%	20 – 30%
Segment prywatnych usług abonamentowych				
TMNL	-	10 – 20%	40 – 50%	40 – 50%
Tele2	40 – 50%	-	30 – 40%	20 – 30%

⁷⁹⁰ Opracowanie własne na podstawie decyzji Komisji *T-Mobile NL/Tele2 NL*, pkt 715.

Wysoki odsetek klientów Tele2 wskazujących TMNL jako drugi wybór świadczył, że TMNL wywierał silną presję konkurencyjną na Tele2. Z kolei odsetek klientów TMNL wybierający Tele2 był mniejszy od nowych klientów brutto pozyskiwanych przez Tele2, co sugerowało, że Tele2 wywiera na drugą stronę ograniczoną presję konkurencyjną. Pomimo niesymetrycznej relacji Komisja uznała, że wielu klientów uważa drugą stronę koncentracji albo pozostałych MNO za drugi najlepszy wybór, co miało świadczyć o znacznej bliskości konkurencji pomiędzy wszystkimi czterema MNO⁷⁹¹. Dane dotyczące przenoszenia numerów wskazały na wyższy stopień stóp substytucji, ale ostatecznie Komisja uznała, że strony nie były swoimi szczególnie bliskimi konkurentami, a jedynie wskazała znaczącą bliskość konkurencji pomiędzy wszystkimi MNO. Bliskość miała ustać wraz z rosnącą różnicą w jakości sieci pomiędzy Tele2 i pozostałymi MNO.

Praktyki wykluczające wobec MVNO. Koncentracja nie miała wywołać znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji w wyniku wyłączenia MVNO z dostępu do sieci powstałego podmiotu. Jedynym istotnym MVNO nastawionym na rynek masowego odbiorcy korzystającym z sieci TMNL był Simpel. Po koncentracji powstały podmiot będzie miał w odniesieniu do niego możliwość i motywację do przyjęcia strategii wykluczającej. Mogło to przyjąć postać pogorszenia warunków świadczenia dostępu albo nie wprowadzania obniżek cen, które byłyby wprowadzone w przypadku niedokonania koncentracji. Na poparcie występowania wertykalnej presji na wzrost cen na rynku hurtowym Simpel przedstawił analizę w oparciu o wskaźnik vGUPPI⁷⁹², ale Komisja nie odniosła się do niej w szczegółowy sposób. Pogorszenie warunków na rynku hurtowym odbiłoby się na rynku detalicznym, gdzie zdolność Simpel do wywierania presji konkurencyjnej osłabłaby. Powstały podmiot mógłby stosować praktyki wykluczające wobec Simpel dzięki warunkom łączącej ich umowy dostępu, ograniczonej liczby konkurencyjnych dostawców na rynku hurtowym i barierom dotyczącym przenoszenia się do innego dostawcy.

Świadczenie dostępu do sieci w Holandii nie podlega regulacji sektorowej, więc MVNO muszą polegać na skutecznej konkurencji na rynku hurtowym by uzyskać warunki, które pozwolą im być konkurencyjnymi na rynku usług detalicznych. MVNO mają niewielkie marże na rynku detalicznym, więc jakiegokolwiek podwyżki albo brak obniżek cen na rynku hurtowym mogą mieć znaczący wpływ na ich zdolność do konkurowania.

KPN dominował na rynku z udziałami 80 – 90%, ale MVNO nastawieni na masowego odbiorcę stanowili konkurencję dla jego marki budżetowej Telfort, więc miał ograniczoną

⁷⁹¹ Decyzja Komisji *T-Mobile NL/Tele2 NL*, pkt 717.

⁷⁹² *Ibidem*, pkt. 767.

motywację by oferować im atrakcyjne i konkurencyjne warunki. VodafoneZiggo realizuje strategię Vodafone z innych krajów i ogranicza aktywność na rynku hurtowym, a aktywność Tele2 była minimalna. Tak wysoki stopień koncentracji rynku świadczył o braku wystarczającej konkurencji i znaczącej sile rynkowej KPN i TMNL. MVNO mieli szczególnie słabą pozycję negocjacyjną, a powstały podmiot miał możliwość wprowadzenia strategii wykluczających.

Simpel teoretycznie miał możliwość zmiany obsługującego go operatora, ale występowały tu znaczące bariery - zmiana wymagała dużo czasu, wiązała się z wysokimi kosztami i ryzykiem utraty klientów w procesie wymiany kart SIM.

Podmiot powstały w wyniku koncentracji miałby większą obecność na rynku detalicznym, więc rosłoby ryzyko kanibalizacji zysków przez nastawionego na masowego odbiorcę MVNO. Warunki, które były opłacalne dla stron działających niezależnie nie muszą być opłacalne dla powstałego podmiotu. Po koncentracji TMNL będzie miał zmniejszoną motywację by zawierać umowy hurtowego dostępu, które pozwoliłyby MVNO nastawionemu na masowego odbiorcę zaburzyć konkurencję na rynku detalicznym, a zachęta do stosowania strategii wykluczających wzrośnie.

Aby strategia wykluczająca była antykonkurencyjna, musi wywołać znaczący szkodliwy wpływ na konkurencję na rynku niższego szczebla, a to zwykle występuje, kiedy wykluczone przedsiębiorstwo odgrywa istotną rolę w procesie konkurencyjnym na rynku niższego szczebla. Komisja uznała, że strategia wykluczająca wobec Simpel nie skutkowałaby znaczącym zakłóceniem skutecznej konkurencji, gdyż MVNO nie wywierali istotnej presji konkurencyjnej, Simpel miał niewielkie udziały w rynku, jego oferta nie wyróżniała się na tle konkurencji, zaś analiza ilościowa nie wskazała, by miało to prowadzić do wzrostu cen⁷⁹³. Nawet gdyby powstały podmiot miał pogorszyć warunki na rynku hurtowym dla Simpel, co mogłoby osłabić wywieraną przez niego presję konkurencyjną, nie doprowadziłoby to do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji.

4.4. Korzyści z koncentracji – zwiększenie wydajności

Dzięki koncentracji strony będą mogły zinternalizować koszty, które Tele2 ponosi z tytułu usługi roamingu w sieciach 2G i 3G w sieci TMNL. Tele2 płaciło za wykorzystywane zasoby sieciowe, zatem ponoszone koszty miały charakter kosztów zmiennych, a ich eliminacja

⁷⁹³ Ibidem, pkt. 776 – 780.

byłaby prawdopodobnie przeniesiona na klientów Tele2. Oszczędności nie były możliwe do osiągnięcia w inny sposób, ich wymiar był weryfikowalny, zatem korzyści spełniały warunki trzech kryteriów zawartych w wytycznych.

4.5. Efekty nieskoordynowane

W ramach analizy ilościowej przeprowadzono analizę UPP⁷⁹⁴. Scenariusz podstawowy wskazywał, że koncentracja może stanowić zachętę dla stron oraz innych podmiotów obecnych na rynku do podnoszenia cen. Skutkowałoby to umiarkowanym wzrostem cen w całym segmencie prywatnym, podczas gdy przewidywane wzrosty cen w segmencie abonamentowym miały być bardziej wyraźne⁷⁹⁵. Dla weryfikacji tych wyników Komisja przeprowadziła szereg analiz wrażliwości opartych o inne źródła danych, które potwierdziły scenariusz podstawowy. Koncentracja miała wywołać zachęty do podnoszenia cen, ale w umiarkowanym wymiarze.

Komisja uznała, że koncentracja nie wywoła znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji w wyniku wystąpienia nieskoordynowanych efektów horyzontalnych na holenderskim rynku detalicznych usług telekomunikacji mobilnej.

4.6. Efekty skoordynowane

Rynek detaliczny w Holandii był bardzo skoncentrowany, charakteryzował się wysokim stopniem przejrzystości, a zróżnicowanie produktowe było niewielkie. Koncentracja zwiększyła symetryczność udziałów pozostałych operatorów, powstały podmiot zrówna się z VodafoneZiggo, ale KPN pozostanie liderem zachowując pewien stopień asymetryczności na rynku. Największym czynnikiem różnicującym MNO jest marginalna obecność stron na rynku stacjonarnego Internetu szerokopasmowego, który jest coraz częściej kupowany w Holandii w „dwupaku” z usługami telekomunikacji mobilnej. Ok. 20% klientów wybiera taki zestaw, KPN i VodafoneZiggo mają tu udziały po ponad 40%. Udziały powstałego podmiotu wynosiły mniej niż 5% i, w przeciwieństwie do konkurentów, musi on korzystać z umowy hurtowego dostępu do sieci, co skutkuje inną strukturą kosztów. Asymetria struktury kosztów zestawów usług mobilnych i stacjonarnych wymusza na stronach inną strategię cenową.

⁷⁹⁴ Ibidem, pkt 800.

⁷⁹⁵ Ibidem, pkt 817.

Koncentracja nie zwiększa homogeniczności pod tym względem i nie zwiększy motywacji stron do koordynacji działań⁷⁹⁶.

Komisja uznała, że koncentracja nie doprowadzi do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji w wyniku wystąpienia skoordynowanych efektów horyzontalnych na holenderskim rynku detalicznych usług telekomunikacji mobilnej.

4.7. Wnioski

Holenderska koncentracja dotyczyła niewielkiego operatora, którego pozycja rynkowa słabła, który nie był ważną siłą konkurencji i nie wywierał istotnej presji konkurencyjnej na rywali. Koncentracja nie wywoływała znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji. Z tego względu nie można przesądzać, czy decyzja oznacza odejście Komisji od oczekiwania wprowadzenia na rynek nowego operatora infrastrukturalnego w przyszłych koncentracjach na rynku telekomunikacji mobilnej.

Decyzja podkreśliła wagę rozróżnienia rodzajów MVNO i wywieranej przez nich presji. Operatorzy niszowi i nastawieni na masowego odbiorcę funkcjonują inaczej, są inaczej postrzegani przez MNO i wywierają inną presję konkurencyjną. Komisja powinna w przyszłych decyzjach uwzględniać ich odmienny charakter.

5. Wyrok *CK Telecoms UK*⁷⁹⁷

Orzeczeniem z 28 maja 2020 r. Sąd stwierdził nieważność decyzji Komisji w sprawie *Hutchison 3G UK/Telefónica UK*. Był to pierwszy raz, gdy Sady Unii dokonały wykładni rozporządzenia nr 4064/89 albo rozporządzenia nr 139/2004 w zakresie zgodności z rynkiem wewnętrznym koncentracji wywołujących nieskoordynowane skutki na rynku oligopolistycznym.

Komisja w swojej decyzji przedstawiła trzy teorie szkody. Każda z nich zakładała, że koncentracja wywoła skutki nieskoordynowane na oligopolistycznym rynku. Dwie teorie dotyczyły rynku detalicznego, jedna rynku hurtowego. Sąd dokonał oceny każdej wypracowanej przez Komisję teorii szkody i uznał, że żadna z nich nie spełnia kryteriów testu

⁷⁹⁶ Ibidem, pkt 867.

⁷⁹⁷ Wyrok Sądu (pierwsza izba w składzie powiększonym) z dnia 28 maja 2020 r. w sprawie T-399/16, *CK Telecoms UK Investments Ltd przeciwko Komisji Europejskiej*.

SIEC. W orzeczeniu Sąd przedstawił ważne wskazówki w odniesieniu do interpretacji testu SIEC oraz ciężaru i stopnia dowodu w dziedzinie koncentracji.

W przedmiocie testu SIEC Sąd podkreślił, że wykładni art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004 należy dokonywać w świetle jego punktu 25, który przewiduje dwie przesłanki kumulatywne, aby nieskoordynowane skutki wynikające z koncentracji mogły w pewnych okolicznościach powodować znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji: koncentracja musi prowadzić, po pierwsze, „do eliminacji znacznej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się strony”, a po drugie, do „redukcji presji konkurencyjnej na pozostałych konkurentów”. Wynika z tego, że skutek w postaci redukcji presji konkurencyjnej na pozostałych konkurentów nie wystarcza sam w sobie do wykazania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji w ramach teorii szkody opartej na skutkach nieskoordynowanych. Komisja w zaskarżonej decyzji oparła się na pojęciach „efektów nieskoordynowanych”, „bliskości konkurencji”, „redukcji presji konkurencyjnej na pozostałych konkurentów” i „ważnej siły konkurencyjnej”, które nie figurują w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004, lecz jedynie w punkcie 25 i w wytycznych.⁷⁹⁸

Wskazując wymagany stopień dowodu Sąd stwierdził, że Komisja jest zobowiązana przedstawić dowody wystarczające, aby wykazać z dużym prawdopodobieństwem wystąpienie znaczących przeszkód w następstwie koncentracji. Wymogi dowodowe mające zastosowanie w niniejszej sprawie były zatem bardziej rygorystyczne niż wymóg, zgodnie z którym znacząca przeszkoda w skutecznej konkurencji jest „bardziej prawdopodobna niż nieprawdopodobna” na podstawie „wyważenia prawdopodobieństwa”. Są one natomiast mniej rygorystyczne niż wymóg oparty na „braku racjonalnych wątpliwości”.⁷⁹⁹ Wymogi dowodowe dotyczące wykazania istnienia nieskoordynowanych skutków na rynku oligopolistycznym nie różnią się zasadniczo od wymogów dowodowych dotyczących wykazania skutków skoordynowanych. Gdyby było inaczej, istniałoby ryzyko, że Komisja dokona kwalifikacji okoliczności faktycznych w taki sposób, aby mogła skorzystać przed Sądem z najbardziej korzystnego reżimu w zakresie dowodów.⁸⁰⁰

⁷⁹⁸ Ibidem, pkt. 95 – 98.

⁷⁹⁹ Ibidem, pkt 118.

⁸⁰⁰ Ibidem, pkt 109.

5.1. Pierwsza teoria szkody: efekty nieskoordynowane na rynku detalicznym

Sąd zgodził się z dokonaną przez Komisję analizą udziałów w rynku, ale uznał, że kwalifikując Three jako ważną siłę konkurencji, oceniając stopień bliskości konkurencji pomiędzy Three i O2, a także dokonując oceny ilościowej wpływu koncentracji na ceny Komisja naruszyła prawo i popełniła błędy w ocenie.

W przedmiocie uznania Three za ważną siłę konkurencji Komisja była zdania, iż zwykły spadek presji konkurencyjnej spowodowany w szczególności zniknięciem przedsiębiorstwa odgrywającego rolę większą, niż wynikałoby to z jego udziałów w rynku, wystarczyłby sam w sobie do wykazania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji. Sąd uznał jednak, że taka wykładnia pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej”, rozwinięta w zaskarżonej decyzji, wprowadziłaby – gdyby należało ją interpretować jako autonomiczne kryterium prawne – pojęcie dodatkowe i alternatywne w stosunku do pojęcia „znaczącej presji konkurencyjnej” występującego w punkcie 25 rozporządzenia nr 139/2004. Zmieniałoby to próg dowodu wymagany do wykazania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, w zależności od tego, czy Komisja uznała przewidywalne skutki koncentracji za efekty nieskoordynowane, czy za efekty skoordynowane.⁸⁰¹ Sąd stwierdził, że podejście Komisji oznaczało pomylenie trzech pojęć, a mianowicie pojęcia „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji”, będącego kryterium prawnym, o którym mowa w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004, pojęcia „eliminacji znaczącej presji konkurencyjnej”, o którym mowa w punkcie 25 tego rozporządzenia, a także pojęcia wyeliminowania „ważnej siły konkurencji”, użytego w zaskarżonej decyzji i pochodzącego z wytycznych. Poprzez połączenie tych pojęć Komisja dokonała znacznego rozszerzenia zakresu stosowania art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004, ponieważ każde wyeliminowanie ważnej siły konkurencji byłoby równoznaczne z wyeliminowaniem znaczącej presji konkurencyjnej, które z kolei uzasadniałoby stwierdzenie istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji.⁸⁰²

Komisja naruszyła prawo i popełniła błąd w ocenie, stwierdzając w zaskarżonej decyzji, że ważna siła konkurencji nie musiała odróżniać się od konkurentów pod względem wpływu na konkurencję⁸⁰³, w szczególności dlatego, że stanowisko to umożliwiłoby jej uznanie za ważną siłę konkurencji każdego przedsiębiorstwa na rynku oligopolistycznym wywierającego presję konkurencyjną. Oznaczałoby to umożliwienie Komisji zakazania z tego

⁸⁰¹ Ibidem, pkt. 171 i 172.

⁸⁰² Ibidem, pkt 173.

⁸⁰³ Decyzja Komisji *Hutchison 3G UK/Telefónica UK*, pkt 326.

tylko powodu połączeń horyzontalnych na takich rynkach i naruszałoby zasadę pewności prawa, ponieważ Komisja mogłaby w ten sposób pominąć analizę ewentualnego wyeliminowania znacznej presji konkurencyjnej wywieranej na siebie przez łączące się przedsiębiorstwa, na rzecz teorii szkody opartej wyłącznie na redukcji presji konkurencyjnej na pozostałych konkurentów.

Zdaniem Sądu przedstawione przez Komisję dowody jak wzrost brutto liczby klientów większy niż udział w rynku, zwiększenie udziału w rynku i liczby abonentów, polityka cenowa, czy przeszły wkład w innowacje i konkurencję nie były wystarczające by uznać Three za ważną siłę konkurencji. Co więcej, Sąd przypomniał, że we wcześniejszych decyzjach Komisja wyrażała warunkowo zgodę na koncentrację pomimo zakwalifikowania strony koncentracji jako ważną siłę konkurencji, której eliminacja mogłaby doprowadzić do znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji⁸⁰⁴.

Bliskość konkurencji między Three i O2 ustalona w oparciu o dane przenoszenia numerów i współczynniki przeliczeniowe była jednym z czynników, który doprowadził Komisję do stwierdzenia, że koncentracja wywoła efekty nieskoordynowane. Komisja twierdziła, że aby jednostronna podwyżka cen była korzystna dla podmiotu powstałego w wyniku koncentracji, istotne jest nie to, aby produkty łączących się przedsiębiorstw były najbliższymi substytutami, lecz aby przedsiębiorstwa te były bliskimi konkurentami, a ich rywalizacja była istotnym źródłem konkurencji na rynku.

Sąd przypomniał, że stosowanie art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004 w związku z punktem 25 tego rozporządzenia wymaga eliminacji silnej presji konkurencyjnej jaką wywierały na siebie łączące się przedsiębiorstwa, co stanowi jednostronny najbardziej bezpośredni skutek koncentracji na rynku oligopolistycznym. Z kolei pojęcie „bliskiego konkurenta” nie figuruje w rozporządzeniu nr 139/2004, a jedynie w wytycznych, które zawierają rubrykę zatytułowaną „łączące się przedsiębiorstwa są bliskimi konkurentami”⁸⁰⁵. Pojęcie „bliskiego konkurenta” zawarte w wytycznych pozwala na uwzględnienie okoliczności, iż rywalizacja pomiędzy łączącymi się przedsiębiorstwami stanowi istotne źródło konkurencji na rynku, a zatem może być głównym czynnikiem w analizie, jeśli koncentracja prowadzi do eliminacji znacznej presji konkurencyjnej. Zdaniem Sądu

⁸⁰⁴ Zob. decyzja Komisji *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, decyzja Komisji *Telefónica Deutschland/E-Plus*, decyzja Komisji *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland*, decyzja Komisji Europejskiej z dnia 19 maja 2015 r. *Orange/Jazztel*, sprawa M.7421, decyzja Komisji Europejskiej z dnia 4 lutego 2016 r., *Liberty Global/BASE Belgium*, sprawa COMP/M.7637, decyzja Komisji *Hutchinson 3G Italy/Wind/JV*.

⁸⁰⁵ Zob. Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt 28.

przykłady wymienione w decyzji nie miały na celu określenie stopnia bliskości między łączącymi się przedsiębiorstwami lub wykazania, że wywierały one na siebie znaczną presję konkurencyjną, lecz zmierzały przede wszystkim do wykazania, że Three i O2 byli raczej „bliskimi konkurentami” niż „szczególnie bliskimi konkurentami”. Komisja doszła do wniosku, że wszyscy czterej MNO, nie tylko Three i O2, byli bliskimi konkurentami. Three nie był szczególnie bliskim konkurentem O2, inny operator niż O2 był bliższym konkurentem dla Three. Three nie był w ogóle aktywny w segmencie biznesowym, więc Three i O2 w ogóle nie byli w nim konkurentami. Nawet jeśli wszyscy operatorzy są z definicji mniej lub bardziej bliscy, Three i O2 nie byli szczególnie bliskimi konkurentami. Bycie stosunkowo bliskimi konkurentami w części segmentów skoncentrowanego rynku obejmującego cztery przedsiębiorstwa nie wystarcza do wykazania, że koncentracja doprowadzi do wyeliminowania znacznej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się podmioty i nie wystarcza do stwierdzenia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, chyba że co do zasady zakaże się wszelkiej koncentracji powodującej przejście z czterech operatorów do trzech.⁸⁰⁶

W przedmiocie oceny ilościowych skutków koncentracji w odniesieniu do cen Komisja stwierdziła na podstawie analizy UPP, że koncentracja może zachęcić podmiot powstały w wyniku koncentracji do znacznego podwyższenia cen, zaś strona skarżąca zakwestionowała moc dowodową analizy UPP – co do zasady i w przedmiotowej sprawie.

Sąd potwierdził co do zasady, że wskaźniki presji na wzrost cen, oparte na stopach substytucji i na marży łączących się przedsiębiorstw, odzwierciedlają ich motywację do podwyższenia cen w wyniku koncentracji i są właściwym instrumentem do oceny nieskoordynowanych skutków połączeń w szczególności w przypadku produktów jednorodnych. Analiza UPP może być wykorzystywana jako wstępne „sito” pozwalające ustalić, czy koncentracja zasługuje na szczegółowe badanie, nie można go jednak uznać za wiarygodne prognozy wzrostu cen lub za symulację połączenia. Z kolei analiza ilościowa oparta na analizie GUPPI jest bardziej szczegółowa niż analiza UPP, ponieważ może uwzględniać prawdopodobną reakcję konkurentów na jednostronną podwyżkę cen przez podmiot powstały w wyniku połączenia.⁸⁰⁷

Strona skarżąca twierdziła, że analiza UPP zawsze wskazuje wzrost cen w wyniku koncentracji przy braku wzrostu efektywności lub innych kompensujących czynników, zatem Komisja powinna określić próg, powyżej którego przewidywany wzrost cen kwalifikowany

⁸⁰⁶ Wyrok Sądu *CK Telecoms UK Investments Ltd przeciwko Komisji Europejskiej*, pkt. 247 i 249.

⁸⁰⁷ *Ibidem*, pkt. 251 – 258.

byłby jako znaczący. Komisja broniła się twierdząc, że analiza ilościowa jest tylko jednym z ocenianych czynników, a znacząca szkoda została zidentyfikowana w ramach innych teorii szkody, więc wyznaczanie progu powyżej którego wzrost cen byłby istotny nie było konieczne. Sąd przyznał, że analiza ilościowa nie wystarcza do wykazania, że eliminacja silnej presji konkurencyjnej, którą łączące się przedsiębiorstwa na siebie wywierały, spowoduje znaczący wzrost cen, a tym samym znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji. Argument Komisji był o tyle nieprzekonujący, że przewidywany wzrost cen był niewiele większy niż w sprawie irlandzkiej, a mniejszy niż w Niemczech – w obydwu tych sprawach przewidywany wzrost cen nie stanął na drodze udzielenia zezwolenia na koncentrację. Nawet jeśli Komisja w sposób wystarczający udowodniła, że koncentracja może zachęcić podmiot powstały w wyniku koncentracji do podwyższenia cen i że obliczyła ów wzrost cen, to nie wykazała w przedmiotowej sprawie, że wzrost cen byłby znaczący. Sąd stwierdził również, że o ile Komisja nie musi przyjmować reguły „*de minimis*” w dziedzinie wzrostu cen, to musi wykazać ten wzrost z wystarczająco wysokim stopniem prawdopodobieństwa przy uwzględnieniu wszystkich istotnych czynników mogących mieć wpływ na poziom cen.⁸⁰⁸

Sąd zwrócił uwagę, że ze względu na warunki konkurencji panujące na rynku oligopolistycznym, koncentracje mają tendencję do powodowania w sposób prawie mechaniczny krótkoterminowego wzrostu cen z powodu zniknięcia konkurencji między łączącymi się przedsiębiorstwami. Dopiero w średnim okresie konkurencja zewnętrzna, wywierana przez uczestników już obecnych na rynku lub – zależnie od znaczenia barier wejścia na rynek – przez nowych uczestników rynku, zmusiłaby nowy podmiot do obniżenia cen. Podobnie każda koncentracja spowoduje wzrost efektywności, którego zasięg zależy również od zewnętrznej presji konkurencyjnej. Wzrost ów wynika w szczególności z racjonalizacji i integracji procesów produkcji i dystrybucji przez podmiot powstały w wyniku koncentracji. Podmiot powstały w wyniku koncentracji będzie zwykle eliminował podwójne lub zbędne struktury w sieciach produkcji i dystrybucji, jak również dokonywał przesunięć lub zwolnień pracowników. Sąd uznał, że te wysiłki racjonalizatorskie mogą skłonić podmiot powstały w wyniku koncentracji do obniżenia cen. Komisja nie uwzględniła tego typowego zwiększenia efektywności w swojej analizie ilościowej, uznając że to do strony zgłaszającej należy wykazanie jego istnienia.⁸⁰⁹

⁸⁰⁸ Ibidem, pkt. 273 – 275.

⁸⁰⁹ Ibidem, pkt. 276 i 277.

Sąd dokonał tu rozróżnienia na dwa rodzaje efektywności – efektywność, o której mowa w sekcji VII wytycznych i efektywność właściwą dla każdej koncentracji. Efektywność w rozumieniu wytycznych należy uwzględnić przy dokonywaniu całościowej oceny koncentracji pod względem konkurencyjności w celu zbadania, czy może ona zrównoważyć ograniczające skutki koncentracji. Chodzi tu o uwzględnienie korzystnych konsekwencji będących skutkiem danej konkretnej koncentracji. Z kolei efektywność właściwa dla każdej koncentracji stanowi jedynie część składową modelu ilościowego, który ma na celu ustalenie, czy koncentracja może wywołać ograniczające skutki. Chodzi tu o kwestię dowodu dotyczącego istnienia skutków ograniczających, która pojawia się przed dokonaniem całościowej oceny koncentracji pod względem konkurencyjności w rozumieniu punktu 76 wytycznych.⁸¹⁰ Komisja powinna uwzględnić to typowe zwiększenie efektywności w swojej analizie ilościowej bez konieczności podnoszenia tego argumentu przez strony zgłaszające koncentrację.

Ponadto Sąd uznał, że chociaż można stwierdzić pozytywną korelację pomiędzy koncentracjami powodującymi przejście z czterech operatorów do trzech w sektorze telekomunikacji mobilnej i wzrostem cen, to jednak można również stwierdzić korelację pomiędzy tymi koncentracjami a zwiększeniem inwestycji w sieci dokonywanych przez operatorów. O ile Komisja miała rację, że zwiększenie inwestycji przez operatora nie musi oznaczać lepszej jakości sieci, to jednak taka korelacja jest bardziej prawdopodobna niż hipoteza przeciwna, zakładająca pogorszenie jakości sieci. Komisja nie udowodniła swojej tezy o pogorszeniu jakości sieci, na której częściowo opiera się jej druga teoria szkody, zmierzająca do wykazania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji. W efekcie Sąd uznał, że Komisja nie wykazała z wystarczającym prawdopodobieństwem, że nastąpiłby „znaczący” wzrost cen w następstwie wyeliminowania silnej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się przedsiębiorstwa.⁸¹¹

W przedmiocie całościowej oceny efektów nieskoordynowanych Sąd uznał, że przeprowadzona przez Komisję ocena ograniczała się do związłego odniesienia do zbioru dowodów i okoliczności, które dotyczą w szczególności wyeliminowania przez koncentrację ważnej siły konkurencyjnej, ścisłości stosunku konkurencji oraz wysokiego udziału w rynku nowego podmiotu i mają na celu wykazanie istnienia nieskoordynowanych skutków. Komisja w żadnym momencie nie wyjaśniła w zaskarżonej decyzji czy wskazane nieskoordynowane

⁸¹⁰ Ibidem, pkt 279.

⁸¹¹ Ibidem, pkt. 280 – 282.

skutki są „znaczące” lub powodowałyby w niniejszym przypadku znaczące zakłócenie skutecznej konkurencji⁸¹².

5.2. Druga teoria szkody: efekty nieskoordynowane wywołane przez zakłócenie umów dotyczących współdzielenia sieci

Jedna zaskarżona podteoria szkody dotyczy ograniczenia konkurencji ze strony jednego, drugiego lub obu innych operatorów związanych z łączącymi się przedsiębiorstwami umowami dotyczącymi współdzielenia sieci, co mogłoby powodować znaczące zakłócenie skutecznej konkurencji na rynku oligopolistycznym, z ograniczoną liczbą uczestników i znacznymi barierami wejścia na rynek. Druga podteoria szkody zakładała, że nowa wynikająca z koncentracji sytuacja współdzielenia sieci prowadziłyby do spadku inwestycji w infrastrukturę w całym sektorze. Transakcja mogłaby doprowadzić do zmniejszenia synergii pomiędzy partnerami obydwu porozumień i umożliwiłaby oportunistyczne podejście do inwestycji ze strony podmiotu powstałego w wyniku koncentracji, co ograniczyłoby inwestycje w całym sektorze, a w konsekwencji poziom skutecznej konkurencji, potencjalnie skutkując znaczącym zakłóceniem skutecznej konkurencji. Komisja wskazała, że współdzielenie sieci może mieć prokonkurencyjne skutki dzięki synergii kosztowej w zakresie rozwoju i eksploatacji sieci. Strony takiej umowy mają motywację do rozwoju swoich sieci w ramach konkurencji z pozostałymi operatorami. Trwałe zakłócenie prawidłowego funkcjonowania umowy dotyczącej współdzielenia sieci mogło stanowić przeszkodę w konkurencji ze strony partnera będącego stroną takiej umowy.⁸¹³

Plan preferowany miał mieć negatywny wpływ na pozycję konkurencyjną EE, zwiększając koszty utrzymania i ulepszania sieci, oraz pogarszając jej jakość poprzez opóźnienia w inwestycjach. Plan alternatywny miał poważnie zaszkodzić Vodafone i w mniejszym stopniu EE, a także zwiększyć przejrzystość dotyczącą inwestycji realizowanych w ramach sieci, co groziłoby zmniejszeniem całkowitego poziomu inwestycji w infrastrukturę. W konsekwencji koncentracja mogła spowodować nieskoordynowane skutki antykonkurencyjne na rynku detalicznym.

W przedmiocie konwergencji między stronami umów współdzielenia sieci i zakłócenia tych umów. Zgodnie z praktyką decyzyjną Komisji dotyczącą art. 101 ust. 1 i 3

⁸¹² Ibidem, pkt 289.

⁸¹³ Ibidem, pkt. 298 – 304.

TFUE⁸¹⁴ umowy współdzielenia sieci, które obejmują wspólne korzystanie z infrastruktury, stwarzają ryzyko konkurencyjne w przedmiocie autonomii operatorów i ryzyka zmowy, ale jednocześnie mogą przynieść istotne korzyści gospodarcze w zakresie oszczędności kosztów, lepszego zasięgu i szybszego rozwoju sieci.

Sąd stwierdził, że okoliczność, iż umowa współdzielenia sieci może wywołać skutki prokonkurencyjne, równoważąc w ten sposób ograniczenia, które powoduje, nie musi oznaczać, że rozwiązanie, renegocjowanie lub każda późniejsza zmiana w jej równowadze po dokonaniu koncentracji, musi zostać uznana za znaczące zakłócenie skutecznej konkurencji. Takie wnioski można wyciągnąć tylko po uwzględnieniu możliwych prokonkurencyjnych lub antykonkurencyjnych skutków nowej sytuacji ocenianej w świetle rozwoju rynku. Tymczasem zdolność konkurencyjna i motywacja do inwestowania EE i Vodafone nie zależały w decydujący sposób od decyzji inwestycyjnych Three lub od wzrostu kosztów, ale w szczególności od poziomu konkurencji z jakim będą się mierzyć, od ich zasobów finansowych i strategii. Nawet przyjmując, że wycofanie się powstałego podmiotu z jednej lub drugiej umowy o współdzielenie sieci mogło zaszkodzić pozycji konkurencyjnej EE albo Vodafone, te antykonkurencyjne skutki nie mogły być uznane za znaczące zakłócenie skutecznej konkurencji. Wniosek taki prowadziłby bowiem do umożliwienia zakazania, co do zasady i na samej tej podstawie, wszelkich koncentracji, które wiązałyby się z przejściem od czterech operatorów do trzech, innych niż te, które w danym przypadku zostałyby dokonane między partnerami umów dotyczących współdzielenia sieci. Tymczasem rozluźnienie powiązań w ramach porozumień po koncentracji mogłoby równie dobrze sprzyjać większej konkurencji w zakresie infrastruktury między stronami tych umów i wzmocnić konkurencję między sieciami. Ewentualna rozbieżność interesów między partnerami związanymi umową dotyczącą współdzielenia sieci, zakłócenie istniejących wcześniej umów dotyczących współdzielenia sieci, których czas obowiązywania został przedłużony na rzecz Three, a nawet ich rozwiązanie, w niniejszym przypadku nie stanowią jako takie znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji w ramach teorii szkody opartej na nieskoordynowanych skutkach.⁸¹⁵

Jednocześnie Sąd wskazał, że co do zasady przyjęta przez Komisję teoria szkody może być prawidłowa, a osłabienie konkurencji ze strony MNO, który jest związany z łączącymi się

⁸¹⁴ Zob. decyzja Komisji 2003/570/WE z dnia 30 kwietnia 2003 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 81 traktatu WE oraz art. 53 porozumienia EOG – sprawa COMP/38.370 – *O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited* („UK Network Sharing Agreement”) (Dz.U. 2003, L 200, s. 59) oraz decyzja Komisji 2004/207/WE z dnia 16 lipca 2003 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 81 traktatu WE oraz art. 53 porozumienia EOG (sprawa COMP/38.369 – *T-Mobile Deutschland i O2 Germany: umowa ramowa dotycząca wspólnego korzystania z sieci*).

⁸¹⁵ Wyrok Sądu *CK Telecoms UK Investments Ltd przeciwko Komisji Europejskiej*, pkt. 333 – 347.

przedsiębiorstwami umowami współdzielenia sieci mogłoby w niektórych przypadkach powodować znaczącą przeszkodę w konkurencji. Jako przykład wskazano sytuację operatora zaburzającego rynkowe *status quo*, który byłby uzależniony od współdzielenia sieci w celu dostępu do rynku i oferowania swoich usług, a który mógłby zostać wykluczony z rynku w następstwie koncentracji.

W przedmiocie skutków koncentracji dla konkurentów Sąd zbadał kolejno skutki dla EE i Vodafone zauważając na wstępie brak w decyzji dogłębnego zbadania nieskoordynowanych skutków koncentracji dotyczących możliwego wykorzystania siły rynkowej w postaci pogorszenia oferowanych usług lub jakości swojej własnej sieci przez podmiot powstały w wyniku połączenia. Tymczasem zgodnie z punktem 25 rozporządzenia nr 139/2004 ocena możliwego wyeliminowania znacznej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się przedsiębiorstwa, a także ewentualna redukcja presji konkurencyjnej na pozostałych konkurentów, stanowi sedno oceny nieskoordynowanych skutków wynikających z koncentracji.⁸¹⁶

W przedmiocie skutków dla EE Sąd podkreślił, że reguły konkurencji Unii mają głównie na celu ochronę mechanizmu konkurencji jako takiego, a nie konkurentów. Zgodnie z planem preferowanym⁸¹⁷ podmiot powstały w wyniku koncentracji miał przestać korzystać z części placówek współdzielonych z EE, ale nadal byłby zobowiązany do udziału w ich kosztach. Sąd uznał, że obowiązek udziału w kosztach, które stawały się zbędne, oznaczał uprzywilejowaną pozycję konkurencyjną EE, nawet pomimo faktu, że powstały podmiot miałby motywację by obniżyć te koszty. Jednakże ewentualny spadek motywacji łączących się przedsiębiorstw do dalszego inwestowania w te zbyteczne placówki nie może w sposób nieproporcjonalny wpłynąć na pozycję konkurencyjną EE ani stanowić znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji.

Wzrost kosztów dla konkurencyjnego operatora nie musi powodować przeszkody w konkurencji. Do Komisji należy wykazanie, że jej teoria szkody opiera się na związku przyczynowym między zakładanym wzrostem kosztów stałych i zmiennych, co prowadziłoby do zmniejszonych inwestycji, pogorszenia jakości usług oferowanych na rynku, a także czy koszty te byłyby przerzucone na konsumentów w postaci podwyższonych cen, oraz czy zmniejszeniu uległaby presja konkurencyjna wywierana przez EE i Vodafone. Komisja nie przedstawiła w zaskarżonej decyzji dowodu na istnienie takiego związku przyczynowego. Wbrew twierdzeniom Komisji, nic nie wskazywało, że w ramach oligopolistycznego rynku

⁸¹⁶ Ibidem, pkt. 358 i 359.

⁸¹⁷ Zob. Rozdział VI, pkt 2.5.

obejmującego ograniczoną liczbę uczestników zniknięcie presji konkurencyjnej jednego operatora doprowadziłoby w sposób „wysocę prawdopodobny” do całkowitego zniknięcia konkurencji na rynku. Skoro, jak Sąd stwierdził już wcześniej, w ramach teorii szkody opartej na nieskoordynowanych skutkach koncentracja musi oznaczać „eliminację silnej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się przedsiębiorstwa”, skutek w postaci zmniejszenia presji konkurencyjnej, jaką pozostali konkurenci wywieraliby na rynku w zakresie jakości, nie jest sam w sobie wystarczający, aby wykazać znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji. Komisja w swojej decyzji ograniczyła się do stwierdzenia, że w wyniku koncentracji EE ponosiłoby wyższe koszty utrzymania i ulepszania sieci. Komisja nie udowodniła, że możliwy wzrost kosztów ograniczyłby zdolność EE do inwestowania, nie wskazała jakiego rodzaju inwestycje byłyby dotknięte, a których by to nie dotyczyło. Decyzja była oparta o hipotezę, że EE nie zareaguje w żaden sposób i po prostu zaprzestanie inwestować w wyniku wzrostu kosztów. Hipotezę o tyle mało prawdopodobną, że stwierdzono korelację pomiędzy przejściem z czterech operatorów do trzech i zwiększeniem inwestycji w sieci.⁸¹⁸

Możliwość utrudniania przez Three jednostronnego rozwoju sieci przez EE również nie wystarcza, aby wykazać istnienie znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji. Z jednej strony bowiem taka ewentualna szkoda dla konkurencji powinna opierać się nie na możliwości, że łączące się przedsiębiorstwa jednostronnie postanowią obniżyć jakość własnej sieci, lecz na możliwych skutkach koncentracji dla drugiego partnera będącego stroną umowy współdzielenia sieci. Z drugiej strony łańcuch przyczynowo-skutkowy jest w przypadku tej hipotezy wyjątkowo słaby, a sama hipoteza zakładała, że mechanizm w ramach stosunku współpracy może podlegać z łatwością nadużyciom, które mogą poważnie zaszkodzić jednemu z partnerów, który nie miałby żadnej możliwości skutecznego odwetu poprzez rozwiązanie lub renegotjowanie umowy lub wniesienie do Komisji o zmianę zobowiązań podjętych wobec Three w sprawie *T-Mobile UK/Orange UK*⁸¹⁹. Sąd uznał, że zmiana prowadząca do niemożności zaoferowania przez EE poziomu usług wystarczającego by skutecznie konkurować była teoretycznie możliwa, ale niewystarczająco realistyczna i wiarygodna.⁸²⁰

W przedmiocie skutków dla Vodafone w razie realizacji planu alternatywnego Sąd powtórzył, że okoliczność, iż Vodafone wywierałby mniejszą presję konkurencyjną w

⁸¹⁸ Wyrok Sądu *CK Telecoms UK Investments Ltd przeciwko Komisji Europejskiej*, pkt. 362 – 372.

⁸¹⁹ Zob. Rozdział IV, pkt 2.4.

⁸²⁰ Wyrok Sądu *CK Telecoms UK Investments Ltd przeciwko Komisji Europejskiej*, pkt. 373 – 379.

następstwie koncentracji, nie jest sama w sobie wystarczająca, aby stwierdzić w niniejszym przypadku znaczące zakłócenie skutecznej konkurencji. Po drugie, Sąd stwierdził, że Komisja nie wykazała, że wzrost kosztów miałby wpływ na motywację Vodafone do inwestowania w swoją sieć, szczególnie biorąc pod uwagę, że byłoby ono zdolne do absorpcji tego wzrostu kosztów. Ewentualne pogorszenie jakości sieci nie byłoby skutkiem niezdolności Vodafone do dokonania inwestycji z własnej inicjatywy, lecz wynikałoby z podjętej przez Vodafone decyzji gospodarczej. Tymczasem teoria szkody Komisji opiera się w szczególności na motywacji Vodafone do ograniczenia inwestycji we własną sieć. Komisja nie wykazała dlaczego Vodafone miałyby dobrowolnie zdecydować się na obniżenie jakości swojej własnej sieci lub na nieinwestowanie w nią.⁸²¹

Zdaniem Komisji ograniczenie zasięgu na tle konkurentów znacząco ograniczy konkurencyjność taryf oferowanych przez Vodafone, ale Sąd poddawał w wątpliwość, czy efekt wynikający nie z przyszłych decyzji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji, a z decyzji konkurenta, można uznać za bezpośredni i natychmiastowy skutek koncentracji. W każdym razie Komisja nie wykazała, że taka decyzja Vodafone wynikałaby w sposób wystarczająco realistyczny i prawdopodobny z koncentracji, że zmieniłaby czynniki decydujące o stanie konkurencji na danym rynku i stanowiła, w niniejszym przypadku, znaczące zakłócenie skutecznej konkurencji.⁸²²

Sąd kwestionował prawdopodobieństwo ograniczenia inwestycji w infrastrukturę przez Vodafone oraz stwierdził, że Komisja nie wykazała niezdolności Vodafone do skutecznego konkurowania, ani też tego, że wszelki wzrost kosztów Vodafone zostałyby przerzucony na konsumentów poprzez podniesienie ceny.

Sąd uznał, że wybór przez podmiot powstały w wyniku koncentracji jednego porozumienia i ograniczenie wydatków w ramach drugiego nie wpłynęłoby na zdolność strony tej umowy do konkurowania i nie stanowiłoby znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji, gdyż zarówno EE, jak i Vodafone miałyby motywację i zdolności do zareagowania i dalszego rozwoju swoich sieci.

W przedmiocie wpływu zwiększonej przejrzystości na całkowite inwestycje sieciowe Komisja twierdziła, że zwiększona przejrzystość inwestycji wynikająca z koncentracji może skutkować zmniejszeniem motywacji do inwestowania w sieci. Podmiot powstały w wyniku koncentracji miałby motywację do dokonania tych samych inwestycji na wschodzie i zachodzie kraju, co umożliwiłoby EE i Vodafone wzajemne poznanie swoich inwestycji i

⁸²¹ Ibidem, pkt. 380 – 385.

⁸²² Ibidem, pkt. 387 i 388.

wprowadzałoby ryzyko, że operatorzy ci czekali by z inwestycjami na działania powstałego podmiotu.

Sąd zwrócił uwagę na istotne znaczenie ram czasowych przyjmowanych na potrzebę prospektywnej analizy rynku. Analiza skutków koncentracji na rynku oligopolistycznym w sektorze łączności elektronicznej, który wymaga długoterminowych inwestycji i na którym konsumenci często są związani umowami na kilka lat, wymaga uwzględnienia ewentualnych skutków skoordynowanych lub nieskoordynowanych w stosunkowo długim czasie w przyszłości. Każdy z przedstawionych planów konsolidacji sieci przewidywał, że powstały podmiot nie utrzymałby w perspektywie długoterminowej dwóch odrębnych sieci, zamiast tego skupiając się na jednej z dwóch umów współdzielenia sieci. W konsekwencji Sąd odrzucił tezę Komisji dotyczącą wpływu zwiększonej przejrzystości na całkowite inwestycje sieciowe, ponieważ opierała się ona na założeniu istnienia dwóch odrębnych sieci, które było prawdziwe tylko w krótkim i średnim terminie.

5.3. Trzecia teoria szkody: efekty nieskoordynowane na rynku hurtowym

W przedmiocie trzeciej teorii szkody dotyczącej istnienia nieskoordynowanych skutków na rynku hurtowym związanych z wyeliminowaniem silnej presji konkurencyjnej Komisja twierdziła, że zmniejszenie liczby MNO znacząco przeszkadzałoby w skutecznej konkurencji. Ponadto uważała, że Three stanowił ważną siłę konkurencji na rynku hurtowym, zaś koncentracja z jednej strony ograniczyłaby motywację powstałego podmiotu do konkurowania, gdyż podmiot ten dysponowałby większą liczbą klientów na rynku detalicznym, co zwiększyłoby ryzyko „kanibalizacji”, a z drugiej strony miałaby negatywny wpływ na zdolność i motywację EE i Vodafone do konkurowania.

Sąd stwierdził, że zmniejszenie liczby operatorów nie pozwala samo w sobie na stwierdzenie znaczącej przeszkody w konkurencji na rynku hurtowym w niniejszym przypadku. Co do roli odgrywanej przez Three Sąd podkreślił, że niewielkie udziały w rynku są zazwyczaj dobrym wskaźnikiem braku dużej siły rynkowej, tak samo jak duże udziały i stosunek między udziałami w rynku posiadanymi przez łączące się podmioty i udziałami konkurentów stanowią ważną wskazówkę odnośnie istnienia pozycji dominującej lub znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji. Szczególnie niewielki udział w rynku posiadany przez jedno z łączących się przedsiębiorstw wydaje się sugerować, na pierwszy rzut oka, brak znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, szczególnie jeżeli pozostali

operatorzy mają dużo większe udziały w rynku.⁸²³ Nie można wykluczyć, że pomimo stosunkowo niewielkiego udziału w rynku jednego z łączących się przedsiębiorstw koncentracja znacząco wpłynie na skuteczną konkurencję, jednak do Komisji należy przedstawienie na to przekonujących dowodów. Powstały podmiot miałby udziały poniżej 40% rynku, zatem nie miało miejsce stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej, a nawet znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji.

Komisja uznała Three za ważną siłę konkurencji w oparciu o udział brutto w liczbie nowych klientów i swoją analizę jakościową jego znaczenia na rynku, nie w oparciu o jego udziały w rynku. Jednak fakt, że operator odgrywa ważniejszą rolę w konkurencji, niż pozwalałyby to przypuszczać jego udziały w rynku, nie jest sam w sobie dowodem wystarczającym do stwierdzenia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji w niniejszym przypadku. Komisja nie wyjaśniła w wiarygodny sposób dlaczego udział brutto w liczbie nowych klientów był do tego stopnia decydujący w niniejszym przypadku. Nie zostało również stwierdzone, że pojedyncze kryterium wystarcza do wykazania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji w braku szczegółowego zbadania okoliczności faktycznych. Sąd orzekł, że sam fakt, że udział brutto Three w liczbie nowych klientów jest wyższy niż jego udział w rynku, nie może wystarczyć w niniejszym przypadku do wykazania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji w sytuacji, gdy udział Three w rynku jest w rzeczywistości bardzo niewielki, a nawet jego udział brutto w liczbie nowych klientów jest ograniczony. Zdaniem Sądu, o ile Three był zdolny rywalizować na rynku hurtowym, był wiarygodnym konkurentem, wzmocnił swoją pozycję na rynku i miał wpływ na konkurencję nawet gdy nie wygrywał przetargów, to cechy te nie były wystarczające by uznać go za ważną siłę konkurencji, a nawet jeśli uwzględnione przez Komisję okoliczności mogły świadczyć o tym, że Three jest ważną siłą konkurencji, nie pozwalały one wykazać, że Three i O2 wywierały na siebie silną presję konkurencyjną, która zostałaby wyeliminowana w następstwie koncentracji.⁸²⁴

5.4. Wnioski

Orzeczenie Sądu było znaczącą porażką Komisji. Sąd stwierdził błędy w prawie i ocenie w odniesieniu do każdej z trzech teorii szkody opracowanych przez Komisję i stwierdził, że Komisja nie wykazała, że transakcja doprowadziłaby do znaczącego zakłócenia

⁸²³ Ibidem, pkt. 435 – 437.

⁸²⁴ Ibidem, pkt. 450 – 453.

skutecznej konkurencji na detalicznym lub hurtowym rynku telekomunikacji mobilnej w Zjednoczonym Królestwie.

Sądy Unii Europejskiej po raz pierwszy przedstawiły wytyczne dotyczące stosowania testu SIEC, w szczególności w sprawach dotyczących efektów nieskoordynowanych. W wyroku podkreślono, że w celu wykazania znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji opartej na skutkach nieskoordynowanych muszą być spełnione dwa łączne warunki. Koncentracja musi obejmować eliminację ważnej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się strony oraz zmniejszenie presji konkurencyjnej na pozostałych konkurentów.

Wyrok doprecyzowuje również zagadnienie stopnia dowodu. Sąd uznał, że Komisja musi wykazać znaczące zakłócenie skutecznej konkurencji z „dużym prawdopodobieństwem” i że stopień dowodu leży pomiędzy byciem „bardziej prawdopodobnym niż nieprawdopodobnym” a dowodem „ponad wszelką wątpliwość”. Samo stwierdzenie, że koncentracja zwiększy prawdopodobieństwo wystąpienia efektów nieskoordynowanych nie może być uznane za wystarczające⁸²⁵. Biorąc pod uwagę, że w ramach kontroli koncentracji mamy do czynienia z analizą prospektywną, gdzie niemożliwe jest przeprowadzenie dowodu „ponad wszelką wątpliwość”, oznacza to bardzo wysoko postawiony stopień dowodu, a samo stosowanie domniemań nie może zostać uznane za wystarczające dla wykazania znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji. Kwestią nadal nierozstrzygniętą pozostaje, czy w przypadku spraw z „szarej strefy”, gdzie Komisja nie może zdecydować, czy koncentracja jest antykonkurencyjna czy nie, powinno obowiązywać domniemanie zgodności koncentracji z prawem⁸²⁶.

W konsekwencji wyroku Komisja będzie musiała zrewidować swoją interpretację pojęcia ważnej siły konkurencji i swoją ocenę stopnia bliskości konkurencji. Ważna siła konkurencji musi wyróżniać się na tle konkurencji pod względem wpływu na konkurencję na rynku. Odmienne podejście umożliwiłoby Komisji traktowanie jako ważnej siły konkurencji każdego przedsiębiorstwa wywierającego presję konkurencyjną na rynku oligopolistycznym. Należy podkreślić, że nawet jeśli stronę koncentracji uznać za ważną siłę konkurencji, nie musi to koniecznie oznaczać, że łączące się strony wywierały na siebie istotną presję konkurencyjną. Sąd wskazał również, że Komisja powinna była wykazać, iż Three i O2 byli szczególnie bliskimi konkurentami. Jest to szczególnie istotne w przypadku koncentracji na

⁸²⁵ Por. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 7 stycznia 2021 r., *Agora/Eurozet*, decyzja nr DKK-1/2021, s. 34.

⁸²⁶ P. Szilagy, *The ECJ Has Spoken: Where do we stand with Standard of Proof in Merger Control?*, *European Competition Law Review* 2008, issue 12, s. 728.

rynkach oligopolistycznych, na których wszyscy konkurenci są z definicji mniej lub bardziej bliscy.

5.5. Odwołanie Komisji Europejskiej⁸²⁷

Komisja Europejska odwołała się od wyroku Sądu podnosząc sześć zarzutów. Po pierwsze zarzuca Sądowi, że zastosowany stopień dowodu („duże prawdopodobieństwo”) jest surowszy niż kryterium ustanowione w orzecznictwie i w rozporządzeniu w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, które wymaga określenia wyniku „najbardziej prawdopodobnego”.

Po drugie Komisja twierdzi, że wymagając w celu stwierdzenia znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji by Komisja wykazała, że koncentracja daje powstałemu w jej wyniku podmiotowi możliwość samodzielnego określenia parametrów konkurencji, Sąd stosuje kryterium prawne, które nie ma oparcia w rozporządzeniu w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw i podważa sam cel zmiany z 2004 r. Ponadto Sąd miał naruszyć prawo ustalając podwójne kryterium w celu stwierdzenia znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji na podstawie nieskoordynowanych skutków.

Trzeci zarzut wskazuje, że wymagając, aby „ważna siła konkurencyjna” różniła się od swoich konkurentów z punktu widzenia swojego wpływu na konkurencję i aby łączące się przedsiębiorstwa były „szczególnie bliskimi konkurentami”, Sąd przekroczył granice należącej do niego kontroli sądowej, pominął wartość wytycznych i przeinaczył zaskarżoną decyzję lub, ewentualnie, naruszył zasadę kontroli sądowej, nie przedstawił należytego uzasadnienia i naruszył art. 2 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw.

W czwartym zarzucie Komisja uważa, że Sąd stwierdzając, że przewidywany wzrost cen nie był znaczący i uznając, że Komisja powinna była uwzględnić „typowe zwiększenie efektywności”, oddalił się od rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, przekroczył granice należącej do niego kontroli sądowej, nie przedstawił należytego uzasadnienia i przeinaczył dowody.

Zarzut piąty: ograniczając kontrolę do niektórych ustaleń zawartych w decyzji i badając je osobno, bez uwzględnienia wszystkich dowodów łącznie, Sąd przeinaczył decyzję, przekroczył granice kontroli sądowej, naruszył obowiązujące zasady dowodowe, błędnie zastosował kryterium prawne i nie przedstawił należytego uzasadnienia.

⁸²⁷ Odwołanie od wyroku Sądu (pierwsza izba w składzie powiększonym) wydanego w dniu 28 maja 2020 r. w sprawie T-399/16, *CK Telecoms UK Investments Ltd/Komisja*, wniesione w dniu 7 sierpnia 2020 r. przez Komisję Europejską (Sprawa C-376/20 P) (2020/C 390/30).

Zarzut szósty: Sąd przeinaczył decyzję, uznając, że Komisja nie zbadała pogorszenia jakości sieci podmiotu powstałego w wyniku połączenia w ramach drugiej teorii szkody. Sąd uchybił również spoczywającemu na nim obowiązkowi uzasadnienia, kiedy doszedł do wniosku, że Komisja naruszyła prawo poprzez uznanie za nieskoordynowany skutek wpływ zwiększonej przejrzystości na całkowite inwestycje sieciowe.

Zakładając, że orzeczenie zostanie utrzymane w mocy w postępowaniu odwoławczym, Komisja będzie musiała zrewidować swój przegląd nieskoordynowanych skutków połączeń na rynkach oligopolistycznych. Wyrok utrudni Komisji zakazywanie transakcji, które nie tworzą ani nie wzmacniają pozycji dominującej, może zatem otworzyć drogę do dalszych konsolidacji, zarówno w sektorze łączności elektronicznej, jak i poza nim. Jest prawdopodobnie że wyrok stanie się najważniejszym od ponad 15 lat orzeczeniem sądów Unii Europejskiej w zakresie kontroli koncentracji. Jeśli zostanie utrzymany, znajdzie się wśród orzeczeń *Airtours*, *Schneider*, *Tetra Laval* i *GE/Honeywell* pod względem precedensowej wartości.

Wnioski końcowe

1. Wnioski dotyczące dotyczące rynków telekomunikacji mobilnej

Koncentracje na rynku telekomunikacji mobilnej mają charakter horyzontalny, ale ze względu na zależność między hurtowym rynkiem dostępu i rynkiem usług detalicznych, pojawia się również aspekt wertykalny. Z praktyki decyzyjnej Komisji wynika, że to jedyne dwa rynki, na których koncentracje obecnie mogą doprowadzić do wystąpienia znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji. Należy zadać pytanie, czy aspekt wertykalnej relacji pomiędzy hurtowym rynkiem dostępu i rynkiem usług detalicznych nie jest przez Komisję zaniechany przy dokonywaniu oceny koncentracji na rynku telekomunikacji mobilnej.

MNO są przedsiębiorstwami zintegrowanymi pionowo, podczas gdy MVNO funkcjonują jedynie na rynku niższego szczebla. Brak skutecznej konkurencji na hurtowym rynku dostępu pozwala MNO wpływać na ceny i warunki usługi dostępu, a przez to pośrednio kształtować oferty, które MVNO mogą złożyć na rynku detalicznym. Konkurencja oligopolistyczna na rynku wyższego szczebla sprawia, że wynikające z koncentracji zmniejszenie presji konkurencyjnej wywieranej przez powstały podmiot na konkurentów może skutkować podniesieniem cen dla MVNO będących nieskonsolidowanymi konkurentami na rynku niższego szczebla⁸²⁸. Motywacja do utrudnienia dostępu zależy od stopnia, w jakim wykluczenie konkurentów jest opłacalne, a więc *per saldo* przyniesie zyski wynikające ze zwiększenia sprzedaży na rynku niższego szczebla lub podniesienia cen dla konsumentów⁸²⁹. Należy zwrócić uwagę, że dokonując oceny jakościowej Komisja nie stosowała do tej pory wskaźnika vGUPPI⁸³⁰, który pozwala zidentyfikować wertykalną presję na wzrost cen. Tymczasem wskazuje się, że w przypadku koncentracji przedsiębiorstw zintegrowanych wertykalnie wskaźnik GUPPI niedoszacowuje presji na wzrost cen, gdyż uwzględnia jedynie presję horyzontalną⁸³¹. Komisję można szczególnie skrytykować za zaniechanie dokonania analizy vGUPPI w sprawie *Telefónica Deutschland/E-Plus* ze względu na duże udziały w niemieckim rynku operatorów innych niż infrastrukturalni.

⁸²⁸ Por. Wytyczne w sprawie koncentracji niehoryzontalnych, pkt 38.

⁸²⁹ Wytyczne w sprawie koncentracji niehoryzontalnych, pkt. 40 i 41.

⁸³⁰ Analizę w oparciu o ten wskaźnik przedstawił w sprawie *T-Mobile NL/Tele2 NL* operator MVNO, ale Komisja nie odniosła się do jej ustaleń.

⁸³¹ M. Trost, *Is the Whole Greater than the Sum of Its Parts? Pricing Pressure Indices for Mergers of Vertically Integrated Firms*, Review of Industrial Organization 2021, s. 260.

MNO mają zbiorowy interes w tym, by nie składać MVNO nastawionym na rynek masowego odbiorcy ofert, które pozwoliłyby im wycenić swoje usługi na rynku usług detalicznych znacząco taniej od MNO. Skuteczna konkurencja na rynku hurtowym prowadzi do bardziej intensywnej konkurencji na rynku usług detalicznych i niższych cen dla konsumentów⁸³², zaś zmniejszenie presji konkurencyjnej wywieranej na siebie przez MNO może zrodzić motywację do oferowania gorszych warunków na hurtowym rynku dostępu. Z punktu widzenia organu ochrony konkurencji dokonującego kontroli koncentracji decydującą kwestią jest to, czy taka sytuacja szkodzi konkurencji, czy tylko konkurentom. Organ ochrony konkurencji musi wykazać, że wzrost cen będzie prowadzić do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji ze szkodą dla konsumentów. Dochodzi do niego wtedy, gdy dotknięte podwyżką przedsiębiorstwa odgrywają wystarczająco istotną rolę w procesie konkurencji na rynku niższego szczebla, co zależy od ich udziałów w rynku i wpływu na proces konkurencji. Zakłócenie skutecznej konkurencji może również polegać na stworzeniu barier wejścia dla potencjalnych konkurentów na rynku niższego szczebla. Należy pozytywnie ocenić przyjęcie przez Komisję takiej interpretacji i powstrzymanie się od próby „naprawienia” rynku hurtowego rynku dostępu w sprawie *T-Mobile NL/Tele2 NL* w obliczu niewielkich udziałów MVNO, który mógł być dotknięty skutkami koncentracji.

Stosowanie środków zaradczych. Co do zasady, środki strukturalne pozwalają uniknąć zakłóceń konkurencji w wymiarze horyzontalnym, zaś środki behawioralne w wymiarze wertykalnym. W kolejnych decyzjach Komisja stosowała obydwa rodzaje środków, ale w praktyce środki strukturalne okazały się bardziej skuteczne i powinny być preferowane. Jak wskazano w decyzji *Hutchison 3G UK/Telefónica UK* rozwój technologii i oczekiwań konsumentów sprawia, że behawioralne zobowiązanie MNO do świadczenia usług dostępu w konkretnej technologii lub cenie ma skutki krótkoterminowe, ale w obliczu braku skutecznej konkurencji na rynku hurtowym MVNO szybko mogą stracić zdolność do skutecznej konkurencji. Dla zachowania przydatności, środki te musiałyby podlegać stałej regulacji i dostosowywania do aktualnej sytuacji rynkowej, przez co sprowadzałyby się do regulowania rynku, a nie zapobiegania negatywnym konsekwencjom koncentracji. Środki behawioralne powinny być stosowane w charakterze pomocniczym, szczególnie jeśli nie będą wymagały długotrwałego monitorowania i nadzoru.

Z środków strukturalnych zdecydowanie pozytywnie należy odnieść się do propozycji wprowadzenia na rynek nowego MNO. Ze względu na wysokie bariery wejścia na rynek i

⁸³² *Review of the Significant Market Power (SMP) Guidelines*, raport przygotowany dla Komisji Europejskiej, 2017, s. 20.

doświadczenia z operatorami rezygnującymi z wejścia należy tu oczekiwać procedury *fix-it-first*, jak miało to miejsce w sprawie *Hutchison 3G Italy/Wind/JV*. Obawy o wystąpienie znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji na rynku usług detalicznych może również rozwiązać wprowadzenie operatorów MVNO dysponujących odpowiednim zakresem całkowitych zdolności sieciowych przedsiębiorstwa powstałego w wyniku koncentracji i działających w oparciu o model opłat za ustalony z góry wymiar zasobów, co minimalizuje ich koszty zmienne. Aby operatorzy ci mieli zdolność i motywację by zastąpić utraconą w wyniku koncentracji presję konkurencyjną, którą wywierały na siebie i konkurentów strony koncentracji, powinni móc oferować wszelkie dostępne na rynku usługi i technologie, a także konstruować swoje taryfy niezależnie od stron. To da im strukturę quasi-MNO i umożliwi funkcjonowanie z podobną do nich wydajnością. Warunki umów, na których funkcjonują tacy MVNO, powinien nadzorować powiernik monitorujący, a spory być rozstrzygane w specjalnej przyspieszonej procedurze.

Należy podkreślić, że Komisja działając jako organ ochrony konkurencji wydający decyzję w przedmiocie kontroli koncentracji powinna skupić się bezpośrednio na wpływie koncentracji na konkurencję, a w szczególności na zdolność i motywację przedsiębiorstw do konkurowania. Przyjmowane środki zaradcze powinny w pełni eliminować obawy o wystąpienie znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji. Nie powinny być wykorzystywane jako okazja do „naprawienia” *ad hoc* sytuacji na hurtowym rynku dostępu, gdzie nie funkcjonuje skuteczna konkurencja. Należy jednocześnie stwierdzić, że w obecnym stanie prawnym na hurtowym rynku dostępu może nie funkcjonować sprawna konkurencja, a rynek ten i tak nie będzie spełniał testu trzech kryteriów by zostać objętym regulacją sektorową *ex ante* i regulator sektorowy nie będzie mógł objąć do regulacją sektorową. Wynika to z faktu dodatkowego wymogu stwierdzenia obecności przedsiębiorstwa o pozycji dominującej. Sytuacja ta znacząco utrudnia sprawną konkurencję ze strony MVNO. Należy postulować rozważenie przywrócenia regulacji sektorowej na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń w sieciach telekomunikacji mobilnej. Komisja nie powinno przywracać go na listę zawartą w rekomendacjach, bo te nadal muszą spełniać test trzech kryteriów. Zamiast tego Komisja powinna rozważyć uregulowanie go w rozporządzeniu.

Nie jest rolą dokonującego kontroli koncentracji organu ochrony konkurencji regulowanie warunków umów oferowanych MVNO na rynku hurtowym w sytuacji, gdy już przed koncentracją nie funkcjonuje na nim skuteczna konkurencja. Należy jednak dostrzec, że doświadczenia z Niemiec pokazują, że operatorzy tacy mogą wywierać istotną presję konkurencyjną. W doktrynie od lat pojawia się pytanie o najlepszą dla konkurencji na rynku

„magiczną liczbę”⁸³³ operatorów. Z analiz dokonanych w kolejnych decyzjach w przedmiocie kontroli koncentracji można wnioskować, że w sytuacji innej niż wyraźnej asymetrii pomiędzy MNO, która motywuje ich do skutecznej konkurencji, liczbą tą powinno być 3+X, gdzie X to albo czwarty MNO, albo operatorzy MVNO nastawieni na rynek masowego odbiorcy działający w oparciu o konkurencyjny albo uregulowany hurtowy rynek dostępu. Organ ochrony konkurencji podejmując decyzję w przedmiocie kontroli koncentracji nie powinien jednak skupiać się na kształtowaniu „magicznej liczby”, a skupiać się na konkurencję na rynku. Stąd, pomimo wyroku *CK Telecoms* i decyzji w sprawie *T-Mobile NL/Tele2 NL* nie można zakładać, że przyszłe koncentracje z czterech na trzech operatorów zakończą się wydaniem zgody.

2. Wnioski dotyczące rynków oligopolistycznych

Rozwój praktyki decyzyjnej Komisji w kolejnych sprawach z zakresu kontroli koncentracji na rynku telekomunikacji mobilnej i jej surowa recenzja w orzeczeniu Sądu pozwalają wyciągnąć wnioski dotyczące interpretacji kluczowych zagadnień na potrzeby koncentracji na rynkach oligopolistycznych. *Sąd* w orzeczeniu *CK Telecoms* po raz pierwszy przedstawił wytyczne dotyczące stosowania testu SIEC w szczególności w sprawach dotyczących efektów nieskoordynowanych. W celu wykazania znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji opartej na skutkach nieskoordynowanych muszą być spełnione dwa łączne warunki – koncentracja musi obejmować eliminację ważnej presji konkurencyjnej jaką wywierały na siebie łączące się strony oraz zmniejszenie presji konkurencyjnej na pozostałych konkurentów.

Bliskość konkurencji pomiędzy stronami jest jednym z kryteriów świadczących o prawdopodobieństwie wystąpienia efektów nieskoordynowanych. W przypadku usług telekomunikacji mobilnej usługi poszczególnych operatorów mają charakter homogeniczny, są swoimi idealnymi substytutami, co zwiększa stopień bliskości pomiędzy wszystkimi konkurentami. Zróżnicowanie jakościowe produktów jest tu bardzo ograniczone, ogranicza się przede wszystkim do inwestycji w sieć wyższej jakości i wprowadzania innowacyjnych

⁸³³ Zob. S. Vande Walle, J. Wambach, *No magic number to dial - The Commission's review of mobile telecoms mergers*, Competition Merger Brief 1/2014, s. 10; Komunikat Komisji Europejskiej, *Statement by Commissioner Vestager on competition decision to prohibit Hutchison's proposed acquisition of Telefónica UK*, z dnia 11 maja 2016 r., dostępny: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_16_1713

niszowych usług, zaś sama innowacyjność ma charakter endogeniczny, konkurenci mogą innowacje łatwo skopiować, a kluczowym kryterium wyboru operatora pozostaje cena. Na rynkach gdzie produkty mają zróżnicowany charakter i nie są swoimi idealnymi substytutami Komisja musi szczegółowo oszacować, czy podwyżka cen danego towaru będzie skutkować zmniejszeniem jego sprzedaży na rzecz produktów konkurentów. Bliskość konkurencji może być czynnikiem świadczącym o wywieraniu na siebie przez strony znacznej presji konkurencyjnej, której eliminacja miałaby być bezpośrednim skutkiem koncentracji. Warto podkreślić, że odmienne wyniki dotyczące stopnia bliskości konkurencji uzyskane na podstawie danych przenoszenia numerów i ankiet wśród konsumentów pokazują jak ważną rolę w ocenie koncentracji odgrywają dane wysokiej jakości.

W decyzjach z lat 2012 – 2014 przedsiębiorstwa były uznawane za bliskich konkurentów, gdy przepływ klientów przewyższał ich udział w rynku i presja konkurencyjna wywierana na siebie przez strony w kluczowych segmentach była wyższa niż sugerowały to ich udziały. W kolejnych decyzjach Komisja prezentowała interpretację zgodnie z którą zależność oligopolistyczna miała być wystarczająca dla uznania konkurencji między stronami za bliską na potrzebę oceny wystąpienia efektów nieskoordynowanych. Do wystąpienia efektów nieskoordynowanych dochodzi jednak jedynie na rynkach oligopolistycznych, więc samego wykazania zależności oligopolistycznej nie można uznać za wystarczający stopień dowodu na potrzebę wykazania wywierania znacznej presji konkurencyjnej. Z drugiej strony, strony koncentracji nie muszą być najbliższymi konkurentami, by koncentracja mogła doprowadzić do zakłócenia konkurencji. Należy oczekiwać, że strony muszą wywierać na siebie szczególnie silną presję konkurencyjną i są szczególnie bliskimi konkurentami w istotnych segmentach rynku, by można było przyjąć, że wywierają na siebie znaczną presję konkurencyjną. W tym celu Komisja może wskazać na przepływ klientów przewyższający udziały w rynku lub na ankiety przeprowadzone wśród konsumentów, które wykazałyby, że konsumenci postrzegają strony za szczególnie bliskich konkurentów. Powinna to być zawsze bliskość większa niż tylko wynikająca z oligopolistycznej struktury rynku.

Ważna siła konkurencji – aby przedsiębiorstwo mogło zostać uznane za ważną siłę konkurencji, musi wyróżniać się na tle konkurentów pod względem wpływu na konkurencję i być niezbędne dla zachowania obecnego poziomu konkurencji. Przedsiębiorstwo takie powinno prowadzić agresywną i innowacyjną strategię rynkową oraz dynamicznie zwiększać swój udział w rynku w tempie przewyższającym jego dotychczasowe udziały, odbierając klientów konkurencji. Oferta ważnej siły konkurencji nie musi zawsze być najtańsza, ale

powinna konkurować z najlepszą i wywierać istotną presję cenową na konkurentów. Aby móc uznać przedsiębiorstwo za ważną siłę konkurencji powinno ono zaburzać rynkowe *status quo* i wywierać na zasiedziały konkurentów większą presję niż wskazywałyby na to jego udziały wymuszając z ich strony reakcje i dostosowywanie swojej oferty do działań ważnej siły konkurencji. Sam fakt bycia bliskim konkurentem wynikający z istnienia zależności oligopolistycznej nie jest wystarczający dla uznania go za ważną siłę konkurencji, podobnie jak sam fakt posiadania niewielkich udziałów w rynku.

Należy przychylić się do stwierdzenia Sądu, że sama eliminacja w wyniku koncentracji przedsiębiorstwa będącego ważną siłą konkurencji nie może być traktowana jako znacząca przeszkoda w skutecznej konkurencji i nie musi koniecznie prowadzić do wystąpienia efektów nieskoordynowanych. Komisja musi nadal wykazać, że wyeliminowanie danego przedsiębiorstwa będzie skutkowało wyeliminowaniem znacznej presji konkurencyjnej i w efekcie doprowadzi do znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji. Konieczne jest wykazanie jaką presję konkurencyjną wywierają na siebie strony koncentracji i jaką zmianę wywoła koncentracja. Status ważnej siły konkurencji jednej ze stron sam w sobie nie jest przeszkodą dla uznania koncentracji za zgodną ze wspólnym rynkiem.

Status przedsiębiorstwa *maverick* (niezależnego). W trzech decyzjach⁸³⁴ Komisja zidentyfikowała jednego z obecnych na rynku operatorów jako przedsiębiorstwo *maverick*. Komisja powoływała się na ten status operatora zarówno na potrzebę teorii szkody zakładającej wystąpienie efektów nieskoordynowanych, jak i efektów skoordynowanych. W dwóch sprawach *maverick* był stroną koncentracji, a w przypadku sprawy *T-Mobile UK/Orange UK* wskazany operator *maverick* nie był stroną koncentracji. Tymczasem wytyczne stwierdzają, że pojęcie to ma zastosowanie tylko do oceny efektów skoordynowanych i tylko w przypadku, gdy przedsiębiorstwo takie jest stroną koncentracji⁸³⁵. Należy krytycznie podejść do niekonsekwentnej i niezgodnej z wytycznymi praktyki Komisji Europejskiej, tym bardziej, że nie wnosi ona niczego na potrzeby oceny koncentracji. Ocena efektów nieskoordynowanych musi dokładnie uwzględniać każde przedsiębiorstwo, które przyjmuje strategię opartą na niskich kosztach i niskich cenach. Jeżeli taki operator nie jest stroną koncentracji, to samo przyznanie przedsiębiorstwu statusu *maverick* nie dodaje niczego do analizy. Nie ma powodu, dla którego koncentracja dwóch przedsiębiorstw, które nie mają statusu *maverick* miałyby mieć negatywny wpływ na motywację do konkurowania

⁸³⁴ Decyzje *T-Mobile Austria/Tele.ring*, *T-Mobile UK/Orange UK*, *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland*.

⁸³⁵ Zob. Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt. 20 i 42.

konkurenta o takim statusie. Z kolei gdy *maverick* jest stroną koncentracji, może zastosować to pojęcie w ramach analizy efektów nieskoordynowanych ze względu na konieczność rozważenia możliwości repozycjonowania lub nawet likwidacji przedsiębiorstwa po koncentracji. Uwzględnienie repozycjonowania produktów w ramach prospektywnej symulacji koncentracji jest bardzo trudne⁸³⁶, ale w sprawach gdzie stroną jest przedsiębiorstwo o niewielkim udziale w rynku, prawdopodobieństwo, że przestanie ono odgrywać rolę sprzed koncentracji, jest wysokie. Komisja mogłaby wykorzystywać taki status strony w celu wykazania w ramach efektów nieskoordynowanych, że należy oczekiwać przyszej zmiany pozycji przedsiębiorstwa na rynku albo nawet jego zniknięcia z rynku.

Należy zatem zgodzić się z obecnym w doktrynie postulatem⁸³⁷ o wyjaśnienie w wytycznych, w jaki sposób status przedsiębiorstwa *maverick* może mieć znaczenie dla oceny efektów nieskoordynowanych i pozycjonowania stron po koncentracji oraz jak należy interpretować taką pozycję rynkową przedsiębiorstwa, które nie jest stroną koncentracji.

Instrumenty oceny ilościowej. Wypracowane w ramach nauki ekonomii i wykorzystywane przez Komisję wskaźniki presji na wzrost cen, łączące stopy substytucji i marże stron koncentracji (jak UPP i GUPPI), odzwierciedlają motywację przedsiębiorstw do podwyższenia cen w wyniku koncentracji. Komisja w swoich analizach musi jednak uwzględniać charakterystykę wybranych wskaźników, gdyż poszczególne wskaźniki mają różny poziom wiarygodności i dokładności. Instrumenty jak analiza UPP mogą służyć jako „sito” wskazujące, czy dana koncentracja zasługuje na szczegółowe badanie, ale dokonując szczegółowej analizy Komisja powinna skorzystać z bardziej zaawansowanych instrumentów, które uwzględniają reakcję pozostałych podmiotów. Należy jednak pamiętać, że nawet szczegółowa symulacja koncentracji prezentuje tylko prawdopodobny scenariusz rozwoju rynku po koncentracji i sama nie jest decydującym dowodem wystarczającym do wykazania, że eliminacja silnej presji konkurencyjnej, którą łączące się przedsiębiorstwa na siebie wywierały, spowoduje znaczący wzrost cen, a tym samym znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji. Komisja musi wykazać, że wzrost cen będzie znaczący i wystąpi z wystarczająco wysokim stopniem prawdopodobieństwa przy uwzględnieniu wszystkich istotnych czynników mogących mieć wpływ na poziom cen. Analiza ilościowa stanowi tu tylko część oceny całościowej.

⁸³⁶ Zob. S. Davies, B. Lyons, *Mergers and Merger Remedies in the EU: assessing the Consequences for Competition*, Cheltenham 2007, s. 44 i n.

⁸³⁷ Zob. J. Bromfield, M. Olczak, *The Role Of The Maverick Firm Concept In European Commission Merger Decisions*, *Journal of Competition Law & Economics* 2018, Vol. 14, Issue 2.

Korzyści z koncentracji – zwiększenie wydajności. Podstawą decyzji zakazującej koncentracji jest stwierdzenie wystąpienia skutków antykonkurencyjnych przy braku czynników wyrównawczych. Z kolei występowanie czynników wyrównawczych może skutkować wydaniem zgody bezwarunkowej lub warunkowej – nawet jeżeli koncentracja może wywołać także skutki antykonkurencyjne.

Dokonując oceny ilościowej koncentracji organ ochrony konkurencji musi z urzędu uwzględnić wzrost efektywności wynikający z racjonalizacji i integracji procesów produkcji i dystrybucji dokonywanych przez podmiot powstały w wyniku koncentracji w ramach usuwania dublujących się struktur. Wysiłki racjonalizatorskie mogą skłonić podmiot powstały w wyniku koncentracji do obniżenia cen i powinny być uwzględniane niezależnie od deklarowanych przez strony dodatkowych korzyści wynikających z koncentracji.

Efekty nieskoordynowane. W ramach oceny wystąpienia efektów nieskoordynowanych kluczowe są dwa kryteria: eliminacja znacznej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się strony oraz redukcja presji konkurencyjnej na pozostałych konkurentów. Do organu należy wykazanie związku przyczynowego łączącego bezpośrednio skutki koncentracji z zakładanymi negatywnymi konsekwencjami dla konkurencji. Organ ochrony konkurencji musi również wykazać, że powstałe negatywne konsekwencje byłyby odczuwalne dla konsumentów.

Zależność oligopolistyczna między przedsiębiorstwami sprawia, że koncentracje na rynku oligopolistycznym w naturalny sposób wywołują wzrost cen w perspektywie krótkoterminowej. Zniknięcie presji konkurencyjnej między stronami wpływa bowiem bezpośrednio na strategię wszystkich podmiotów obecnych na rynku. Z tego względu dokonując oceny koncentracji organ ochrony konkurencji powinien uwzględnić wpływ koncentracji na konkurencję w średnim i dłuższym okresie, oceniając jaki będzie skutek na cały rynek oraz kluczowe segmenty. Ocena skutków koncentracji na rynku telekomunikacji mobilnej wskazywała, że przyjęte środki zaradcze i presja konkurencyjna wywierały pozytywne efekty dopiero w średniej perspektywie czasowej.

Dokonując prospektywnej analizy rynku oligopolistycznego organ musi stwierdzić jakie decyzje podejmowane przez konkurentów można zakwalifikować jako bezpośredni i natychmiastowy skutek koncentracji. Reakcję konkurenta na rynku oligopolistycznym można tak zakwalifikować, jeśli jego reakcja jest realistyczna, prawdopodobna, stanowi prognozowaną reakcję na zmianę wywołaną koncentracją i zmienia warunki konkurencji na rynku prowadząc do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji. Jeżeli jednak konkurent zachowuje zdolność do podjęcia alternatywnej decyzji i dalszego skutecznego konkurowania,

konsekwencje jego decyzji nie powinny być uznane za bezpośredni skutek koncentracji. Na organie ochrony konkurencji spoczywa obowiązek wykazania w sposób wystarczający pod względem prawnym i zgodnie z obowiązującym wymogiem dowodowym, że konkurent nie będzie posiadał realnej zdolności do skutecznego konkutowania oraz tego, że negatywne konsekwencje zostaną przeniesione na konsumentów.

3. Weryfikacja postawionej hipotezy

W idealnej sytuacji siły rynkowe powinny same doprowadzić do obecności na rynku telekomunikacji mobilnej optymalnej liczby i rodzaju operatorów. Ograniczony zasób spektrum radiowego i konieczność dokonania olbrzymich inwestycji w infrastrukturę o charakterze kosztów utopionych sprawiają, że bariery wejścia na rynek są bardzo wysokie, a przez to decyzje podejmowane przez organy administracji publicznej mogą w istotny sposób wpływać na strukturę rynku. Każda taka decyzja powinna być oparta o szczegółową analizę rynku właściwego. Chcąc zachować stan skutecznej konkurencji organ powinien dokładnie ocenić jaki koncentracja będzie miała wpływ na konkurencję i czy nie wywoła skutków antykonkurencyjnych.

W sektorze łączności elektronicznej równolegle funkcjonują normy prawa regulacji sektorowej i prawa ochrony konkurencji. Obydwie grupy przepisów mają zbieżne cele, adresują te same zjawiska, a niekiedy wręcz może dochodzić do równoległego stosowania prawa konkurencji i regulacji sektorowej do tego samego stanu faktycznego. Potencjalnie konfliktowe sytuacje przechodzą już jednak do przeszłości wraz z rosnącym poziomem konkurencji w sektorze i odpowiadającym mu postępującym ograniczaniem regulacji sektorowej. Jest to szczególnie prawdziwe w odniesieniu do telekomunikacji mobilnej, gdzie Komisja precyzyjnie uregulowała rynki roamingu i zakańczania połączeń ustalając ceny świadczonych na nim usług, zaś pozostałe rynki w ramach telekomunikacji mobilnej znalazły się poza zaleceniem Komisji wskazującym rynki podlegające obowiązkowemu przeglądowi, czyli rynki na których Komisja domniemywała konieczność interwencji regulacyjnych.

Ewolucję systemu regulacji sektorowej sektora łączności elektronicznej można podzielić na cztery etapy: etap liberalizacji (od 1988 r.), etap harmonizacji (od 2002 r.), etap budowy jednolitego rynku (od 2009 r.) i etap inwestycji (od 2018 r.). Cel obowiązującej regulacji również ulegał zmianom – przeszedł z otwarcia rynków (etap liberalizacji) na rozwój skutecznej konkurencji z korzyścią dla konsumentów (etapy harmonizacji i budowy jednolitego rynku), by obecnie skupiać się na maksymalizacji korzyści konsumentów

wynikających z budowy superszybkich sieci. Środki regulacji sektorowej *ex ante* są konsekwentnie zastępowane mechanizmami ochrony konkurencji. Regulacja sektorowa *ex ante* przybrała status teoretycznego narzędzia, które może być zastosowane, jeśli krajowy regulator, we współpracy z Komisją i BEREC, wykaże występowanie wysokich i trwałych barier w dostępie do rynku, którego struktura nie podąża w stronę efektywnej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym, a samo prawo konkurencji nie będzie wystarczające by usunąć te nieprawidłowości. Podstawowymi zadaniami stojącymi przed regulacją sektorową sektora łączności elektronicznej jest dziś wspieranie budowy i sprawnego wykorzystania infrastruktury cyfrowej wysokich prędkości z korzyścią dla konsumentów, a nie tylko prokonkurencyjne wyrównanie szans w dostępie do kluczowej infrastruktury technicznej.

Większość instrumentów prawa ochrony konkurencji ma charakter *ex post* i odnosi się do przeszłych zachowań przedsiębiorców. W pracy wykazano, że instrumenty kontroli koncentracji mają charakter zbliżony nastawionej na przyszłość analizy *ex ante* i pozwalają Komisji kształtować konkurencję na ocenianych rynkach wpływając na ich strukturę oraz zachowanie przedsiębiorstw, w tym na przyszłe inwestycje w infrastrukturę sieciową. Jednocześnie trzeba zwrócić uwagę na odmienne cele prawa konkurencji, którymi powinna kierować się Komisja przy podejmowaniu decyzji w przedmiocie koncentracji przedsiębiorstw. Aksjologia ochrony konkurencji oraz test SIEC wskazują, że przedmiotem publicznej ingerencji w procesy koncentracji jest skuteczna konkurencja. Dokonując prewencyjnej kontroli koncentracji Komisja zapobiega koncentracjom, które prowadziłyby do wzmocnienia siły rynkowej pozwalającego jednemu lub większej liczbie przedsiębiorstw do uzyskania dodatkowego zysku w wyniku podniesienia cen, ograniczenia podaży, jakości lub innowacyjności produktów i usług albo w inny sposób wpływając negatywnie na parametry konkurencji. Przeprowadzanie kontroli koncentracji nie powinno być wykorzystywane jako okazja do wypadkowej interwencji w dany rynek mającej służyć kształtowaniu na nim konkurencji. Analogiczne stanowisko istnieje w polskiej doktrynie w odniesieniu do decyzji podejmowanych przez Prezesa UOKiK. Zgodnie z nim ”organ antymonopolowy nie powinien proponować stronie takich warunków, które w swej istocie prowadziłyby do dekoncentracji na rynku”⁸³⁸. Oznacza to niedopuszczalność „poprawy” struktury rynku i wzmocnienia konkurencji przez organ antymonopolowy w porównaniu z sytuacją sprzed koncentracji.

Struktura rynku ma bezpośredni wpływ na funkcjonowanie obecnych na nim przedsiębiorstw i podejmowane przez nie decyzje rynkowe. Podstawową cechą rynków

⁸³⁸ R. Stankiewicz, *Charakter prawny decyzji Prezesa UOKiK zezwalającej na dokonanie koncentracji z art. 18 ust. 1 ustawy antymonopolowej*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* nr 3/2006, s. 125.

oligopolistycznych jest zależność oligopolistyczna występująca między przedsiębiorstwami oznaczająca, że wyniki uzyskiwane przez dane przedsiębiorstwo są zależne od decyzji podejmowanych przez pozostałe przedsiębiorstwa. Decyzje podejmowane przez każde przedsiębiorstwo przekładają się bezpośrednio na wyniki konkurentów. Same rynki oligopolistyczne znacząco różnią się od siebie, każdy może posiadać dowolną kombinację cech wpływających na łatwość i prawdopodobieństwo koordynacji działań przez przedsiębiorstwa. Dokonując analizy jakościowej i ilościowej organ musi każdorazowo ocenić wagę każdego z czynników i jego wpływ na konkurencję na rynku. Niemożliwe jest przyznanie z góry prymatu którejś kategorii czynników, gdyż niekorzystna dla konkurencji sytuacja w ramach jednego kryterium może być zrównoważona przez stymulującą konkurencję sytuację w innych aspektach rynku. W swojej praktyce decyzyjnej organ ochrony konkurencji powinien kierować się wiedzą oferowaną przez naukę ekonomii, która pozwala ocenić jaki wpływ na konkurencję będzie miała dana koncentracja.

Przedstawione statyczne modele konkurencji oligopolistycznej opisują zachowanie przedsiębiorstw w oparciu o odmienne założenia i realia rynkowe podkreślając z jak odmienną dynamiką rynkową można spotkać się na takich rynkach. Model odpowiadający realiom ocenianego przez organ ochrony konkurencji rynku może pomóc zidentyfikować i zrozumieć zachodzące na nim zjawiska, zachowania i motywacje przedsiębiorstw. Założenia przyjęte na potrzeby modelu Bertranda najlepiej odzwierciedlają konkurencję na rynku telekomunikacji mobilnej i pozwalają oszacować prawdopodobieństwo wystąpienia na nim efektów nieskoordynowanych koncentracji. Ekonomia przedstawia szereg instrumentów oceny jakościowej i ilościowej wraz ze wskazówkami dotyczącymi ich interpretacji, przez co odgrywa kluczową rolę przy racjonalnym podejmowaniu decyzji w ramach kontroli koncentracji.

Analiza historyczna unijnej regulacji kontroli koncentracji wykazała, że o kompleksowym systemie kontroli koncentracji *ex ante* możemy mówić dopiero od wejścia w życie rozporządzenia nr 4064/89. Wprawdzie pozwoliło ono Komisji na kontrolę rynków oligopolistycznych, to przyjęty test dominacji doprowadził do powstania luki prawej. Komisja nie mogła interweniować w sytuacji, gdy koncentracja nie prowadziła do utworzenia albo wzmocnienia pozycji dominującej, ale w jej wyniku naturalne procesy obecne na rynku oligopolistycznym prowadziły do znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji, czyli do wystąpienia efektów nieskoordynowanych. Uprawnienia te Komisja uzyskała dopiero mocą rozporządzenia nr 139/2004. Nowy porządek prawny i przyjęty test SIEC sprawiły, że Komisja może przeprowadzać kompleksowe analizy koncentracji na oligopolistycznym rynku

telekomunikacji mobilnej i interweniować także w sytuacji, gdy koncentracja wywołałaby efekty nieskoordynowane, a w wyniku podejmowanych decyzji o charakterze *ex ante* wpływać na kształt danych rynków właściwych.

W kolejnych dotyczących kontroli koncentracji decyzjach Komisji i orzeczeniach Sądu i Trybunału Sprawiedliwości rosnącą rolę odgrywała wiedza ekonomiczna, a interpretacja stanu faktycznego na ocenianych rynkach oligopolistycznych w coraz większym stopniu odzwierciedlała interpretację poszczególnych czynników przedstawioną w Rozdziale II. Pomimo, że stan faktyczny w każdej koncentracji jest inny, to wypracowywane od wprowadzenia rozporządzenia nr 4064/89 orzecznictwo w zakresie oceny wystąpienia skutków skoordynowanych jest na tyle rozbudowane, że pozwala wyciągnąć wnioski na potrzeby oceny przyszłych koncentracji. Linia orzecznicza nie była równie rozwinięta w przedmiocie oceny wystąpienia efektów nieskoordynowanych. Oznaczało to, że podejmując decyzje dotyczące kolejnych koncentracji w ramach jednej branży Komisja miała idealną możliwość, by wypracować interpretację poszczególnych aspektów oceny ilościowej i jakościowej nie tylko na potrzeby branży telekomunikacji mobilnej, a wszystkich rynków oligopolistycznych.

Analiza decyzji w przedmiocie kontroli koncentracji operatorów telekomunikacji mobilnej wykazała, że praktyka decyzyjna Komisji uległa wyraźnej ewolucji, a decyzje podejmowane w zidentyfikowanych okresach przyjmowały odmienny charakter. W latach 2006 – 2010 Komisja przeprowadzała powierzchowne analizy ekonomiczne koncentracji, a jej decyzje cechowały się przekonaniem, że naturalne mechanizmy wolnego rynku doprowadzą do najbardziej korzystnych rezultatów. Przyjmowane środki zaradcze miały wpłynąć na strukturę rynku tylko w takim zakresie, by koncentracja nie doprowadziła do marginalizacji i wykluczenia z rynku małych operatorów. Decyzje te przypadały na etap harmonizacji w ramach regulacji sektorowej, gdy regulacja sektorowa była nadal rozbudowana, obejmowała wiele rynków właściwych, rynki łączności elektronicznej ulegały dynamicznemu rozwojowi, a regulator sektorowy miał szereg uprawnień pozwalających mu wpływać na konkurencję na rynku.

W decyzjach z lat 2012 – 2014 Komisja zaczęła wykonywać dużo bardziej szczegółową perspektywną analizę jakościową i ilościową kluczowych segmentów rynku. Dla oceny skutków koncentracji wykorzystywała coraz bardziej zaawansowane instrumenty, interwencja nie ograniczała się już tylko do przeciwdziałania przeszkodom, które mogą wykluczyć operatora z rynku. Komisja zaczęła badać motywację i zdolność do konkurowania poszczególnych operatorów, by ocenić ich reakcję na koncentrację, a decyzje w większym

stopniu niż w latach 2006 – 2010 kształtowały przyszłą konkurencję. Na detalicznym rynku usług telekomunikacji mobilnej Komisja starała się zastąpić presję konkurencyjną utraconą w wyniku koncentracji, stąd przyjmowane zobowiązania były konstruowane wokół wprowadzenia na rynek operatorów wirtualnych na coraz bardziej korzystnych warunkach. Operatorzy wirtualni mieli mieć na tyle silną motywację do konkurowania i zdobywania nowych klientów, by zastąpić presję konkurencyjną wcześniej wywieraną na siebie i konkurentów przez strony koncentracji.

Sytuacja na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń była odmienna w każdej sprawie z lat 2012 – 2014. W Austrii konkurencja na rynku hurtowym nie funkcjonowała prawidłowo, w Irlandii rynek był konkurencyjny, ale obecność MVNO była niewielka, a koncentracja skutkowałaby zakłóceniem skutecznej konkurencji, zaś w Niemczech rynek hurtowy podlegał regulacji ze strony regulatora sektorowego. Komisja działała ze świadomością, że hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń stanowi rynek wyższego szczebla względem rynku usług detalicznych, a skuteczność konkurencji na nim przekłada się na konkurencję na rynku niższego szczebla i w efekcie na dobrobyt konsumentów. Zobowiązania przyjmowane przez Komisję w kolejnych sprawach przyjmowały formę środków zaradczych związanych z dostępem do infrastruktury⁸³⁹ i miały ułatwić konkurentom wejście na rynek. Przyjęte zobowiązania nie ograniczały się do zobowiązania do przyznania niedyskryminacyjnego dostępu do infrastruktury, tylko polegały na zobowiązaniu stron do świadczenia usług na warunkach bardziej korzystnych niż rynkowe.

Środki zaradcze przyjęte w Austrii, czyli otwarta oferta referencyjna, ważna przez 10 lat, skutkowałą w praktyce wprowadzeniem ceny maksymalnej na hurtowym rynku dostępu. Środki zaradcze w takiej postaci nie pozwalają założyć, że zakłócenie skutecznej konkurencji wywołane koncentracją będzie zrównoważone w odpowiednim czasie (okres dwóch lat zgodnie z wytycznymi), zamiast tego regulowały funkcjonowanie rynku nawet przez dekadę. Zidentyfikowane konsekwencje koncentracji potwierdzają te wnioski – w dwuletnim okresie przewidzianym przez wytyczne wystąpiły zakłócenia konkurencji, a dopiero w dłuższej perspektywie korzystne warunki na hurtowym rynku dostępu doprowadziły do rozwoju konkurencji z korzyścią dla konsumentów.

W Irlandii Komisja chciała wprowadzić na rynek dwóch MVNO, w tym jednego zatwierdzonego przed koncentracją, którzy mieli dysponować zasobami sieciowymi pozwalającymi im zastąpić presję konkurencyjną traconą w wyniku koncentracji, a model

⁸³⁹ Por. Rozdział III, pkt. 4.2.3.1.

opłat miał motywować ich do szybkiego rozwoju. Zobowiązania wobec Eircom usuwały strukturalne przeszkody w dalszym skutecznym konkurowaniu analogicznie do zobowiązań przyjmowanych w latach 2006 – 2010. W odróżnieniu od środków przyjętych w Austrii, te środki zaradcze były nakierowane na zastąpienie znikającej presji konkurencyjnej na rynku usług detalicznych i nie miały efektu regulującego funkcjonowanie hurtowego rynku dostępu. Problemy z wejściem operatorów na rynek podkreślają jak ważne jest przyjęcie formuły *fix-it-first* w ramach środków zaradczych w telekomunikacji mobilnej.

Zobowiązania przyjęte w sprawie niemieckiej polegające na wprowadzeniu na rynek operatorów w oparciu o umowę MBA MVNO były analogiczne do rozwiązań w Irlandii. Operatorzy MBA MVNO mieli mieć zdolność i motywację by zastąpić utraconą w wyniku koncentracji presję konkurencyjną, którą wywierały na siebie i konkurentów strony koncentracji. Z kolei zobowiązanie behawioralne stron do przedłużenia świadczenia usług hurtowego dostępu i rozpoczynania połączeń zgodnie z regułami regulacji sektorowej na okres dłuższy niż wskazany przez regulatora i zobowiązanie do udostępnienia technologii 4G, która nie była oferowana na hurtowym rynku dostępu, oraz zmiana niektórych postanowień umów z goszczonymi operatorami noszą znamiona regulacji sektorowej hurtowego rynku dostępu i rozpoczynania połączeń.

Powyższe trzy decyzje przypadają na etap budowy jednolitego rynku, gdy zakres regulacji sektorowej sektora łączności elektronicznej był stopniowo ograniczany, ale nie można stwierdzić, że przejawy zbliżone do regulowania konkurencji *ex ante* zidentyfikowane w dwóch wydanych przez Komisję decyzjach był spowodowany zanikiem regulacji sektorowej i stanowiły próbę zastępczego regulowania rynku. Wynikały one z braku doświadczenia w przeciwdziałaniu występowania efektów nieskoordynowanych na rynkach oligopolistycznych i przyjęciu niewłaściwych środków zaradczych.

Oceniając koncentracje po 2015 r. Komisja wyraźnie obniżyła poziom stopnia dowodu odnoszący się do poszczególnych kryteriów stwierdzenia wystąpienia efektów nieskoordynowanych i znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji (status ważnej siły konkurencji, bliskość stron), co doprowadziło do nieprawidłowej interpretacji testu SIEC. Jednocześnie Komisja zwracała szczególną uwagę na funkcjonowanie umów o współdzielenie sieci i ich wpływ na inwestycje w infrastrukturę. Decyzja w sprawie *Hutchison 3G UK/Telefónica UK* poddała wręcz w wątpliwość możliwość koncentracji operatorów będących stronami odmiennych umów o współdzielenie sieci.

Współdzielenie sieci pozwala osiągnąć synergę w zakresie budowy i funkcjonowania sieci, co prowadzi do lepszego zasięgu i wyższej jakości sieci, może wywołać skutki

prokonkurencyjne i przynosić korzyści konsumentom, ale z drugiej strony ogranicza możliwość konkurencji i wyróżnienia się pomiędzy stronami danej umowy o współdzielenie sieci, zrównując ich koszty i utrudniając konkurencję jakością usług, ułatwiając kooperację i stwarzając ryzyko zмовy. Komisja do tego stopnia nie chciała ryzykować zagrożenia dla rozwoju infrastruktury w ramach współdzielenia sieci, że zaniechała zbadania, czy w razie rozwiązania tych umów operatorzy nadal mieliby zdolność i motywację do samodzielnego rozwoju sieci i skutecznej konkurencji. Tymczasem rozluźnienie powiązań wynikających z umów o współdzielenie sieci może sprzyjać większej konkurencji w zakresie infrastruktury i wzmocnić konkurencję między sieciami. Rozwiązanie, renegotjowanie lub każda późniejsza zmiana umowy o współdzielenie sieci, w tym w wyniku koncentracji, nie musi skutkować znaczącym zakłóceniem skutecznej konkurencji. Komisja błędnie skupiała się na wpływie koncentracji na konkurentów i rozwijanie przez nich infrastruktury, zamiast oceniać wpływ koncentracji na konkurencję i konsekwencje prognozowanego stanu konkurencji po koncentracji dla rozwoju infrastruktury i dobrobytu konsumentów.

Komisarz Margrethe Vestager otwarcie wyrażała oczekiwanie, by w ramach środków zaradczych dochodziło do wprowadzenia na rynek nowego operatora infrastrukturalnego⁸⁴⁰. O ile należy zgodzić się z Komisją, że środki behawioralne dotyczące rynku hurtowego, jak zaproponowane w sprawie *Hutchison 3G UK/Telefónica UK* środki dotyczące poziomu cen i dostępnej technologii, poprawiają sytuację MVNO tylko krótkoterminowo, szczególnie w kluczowym zakresie świadczenia usługi transferu danych, a wprowadzenie nowego MNO było zasadne w sprawie *Hutchison 3G Italy/Wind/JV*, gdzie istniało ryzyko wystąpienia efektów skoordynowanych, tak przykłady wielu państw członkowskich pokazują, że operatorzy wirtualni mogą wywierać istotną presję konkurencyjną i sprawić, że rynki z trzema operatorami pozostaną konkurencyjne. Wymaga to odpowiednio skonstruowanej oferty zapewniającej długoterminową zdolność i motywację do intensywnej konkurencji, ale Komisja nie powinna z góry narzucać kształtu rynku, tylko skupiać się na tym, by przyjęte środki zaradcze zapobiegły wystąpieniu znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji i by po koncentracji na rynku funkcjonowała skuteczna konkurencja.

Decyzje wydane po 2015 roku bezpośrednio poprzedzały etap inwestycji w ramach regulacji sektorowej, w którym Komisja chce wspierać inwestycje w infrastrukturę wysokich prędkości, w tym wspólne inwestycje w sieci polegające na współdzieleniu sieci. Można tu znaleźć pewne paralele między praktyką przy wydawaniu decyzji w sprawie kontroli

⁸⁴⁰ *Statement by Commissioner Vestager on announcement by Telenor and TeliaSonera to withdraw from proposed merger*, Bruksela, 11 września 2015.

koncentracji i nowymi celami wyznaczonymi w ramach regulacji sektorowej. Komisja błędnie broniła istniejących umów o współdzielenie sieci, przedkładając ich dalsze funkcjonowanie ponad ocenę skutków ich rozwiązania na konkurencję popełniając błąd w prawie, co potwierdził Sąd w orzeczeniu.

Dokonując weryfikacji postawionej w pracy hipotezy należy stwierdzić, że zmiana praktyki Komisji Europejskiej w zakresie kontroli koncentracji na rynku telekomunikacji mobilnej na przestrzeni kolejnych decyzji nie była spowodowana stopniowym ograniczaniem zakresu regulacji sektorowej.

W dwóch decyzjach z lat 2012 – 2014 można zidentyfikować elementy wywołujące skutki regulacyjne, ale było to spowodowane brakiem doświadczenia i stopniowym wypracowywaniem środków zaradczych adekwatnych do specyficznych realiów rynku telekomunikacji mobilnej. W decyzjach wydanych po 2015 roku można dostrzec troskę o realizację nowych celów regulacji sektorowej, ale nie rekompensowania utraconych instrumentów. Można zaryzykować stwierdzenie, że w postanowieniach decyzji dotyczących współdzielenia sieci Komisja nie kierowała się w pełni aksjologią prawa konkurencji, zamiast tego zwracając uwagę na nowe cele regulacji sektorowej. W wyroku Sąd stwierdził błędy w prawie i ocenie, wskazał, że Komisja nieprawidłowo interpretowała test SIEC, a także dokonał wykładni kluczowych elementów prospektywnej kontroli koncentracji na rynku oligopolistycznym z perspektywy prawa konkurencji i jego celów, co powinno skutecznie zapobiec występowaniu regulacji wykraczającej poza aksjologię prawa ochrony konkurencji w przyszłych decyzjach.

Decyzja zakazująca koncentracji powinna mieć charakter wyjątkowy, stanowi ona bowiem bezpośrednią ingerencję w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej. Komisja musi dokładnie uzasadnić przyczyny dla których zakazuje danej koncentracji, a podejmując swoją decyzję musi zawsze trzymać się ram aksjologicznych prawa ochrony konkurencji. Wnioski płynące z analizy dokonanej w niniejszej pracy skłaniają ku tezie, że kontrola koncentracji operatorów telekomunikacji mobilnej powinna być stosowana w odniesieniu do rynku telekomunikacji mobilnej w sposób szczególny, uwzględniający zarówno konsekwencje współistnienia podwójnej regulacji norm prawa konkurencji i regulacji sektorowej, jak i konsekwencje oligopolistycznej struktury tego rynku.

Bibliografia

Literatura

- Adamski D., *Europejskie prawo łączności elektronicznej. Telefonía, telewizja, Internet*, Warszawa 2005.
- Banasiński C., *Prawo administracyjne gospodarcze* [w:] Banasiński C., Gronkiewicz-Waltz H., Jaroszyński K., Kaszybski R., Róg-Dyrda J., Szczepańska M., Widawski P., Wierzbowski M., *Prawo gospodarcze. Aspekty publicznoprawne*, Warszawa 2020
- Banasiński C., *Równoległe stosowanie prawa konkurencji i instrumentów regulacyjnych w Polsce (na przykładzie telekomunikacji i energetyki)*, [w:] C. Banasiński (red.), *Prawo konkurencji – stan obecny oraz przewidywane kierunki zmian*, Warszawa 2006.
- Bator A., *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych*, Wrocław 2000.
- Bender C.M., Götz G., Pakula B., *Effective Competition:: Its Importance and Relevance for Network Industries*, [w:] *Effective Competition in Telecommunications, Rail and Energy Markets*, Intereconomics 2011, nr 1 – 2.
- Begg D., Vernasca G., Fisher S., Dornbusch R., *Mikroekonomia*, Warszawa 2014.
- Bernatt M., Jurkowska A., Skoczny T., *Ochrona konkurencji i konsumentów*, Wyd. Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2007.
- Bernatt M., Jurkowska-Gomułka A., Skoczny T., *Podstawy i zakres publicznoprawnej ochrony konkurencji*, [w:] *System prawa prywatnego, Prawo konkurencji*, t. 15, M. Kepiński (red.), C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2013.
- Bernatt M., Jurkowska-Gomułka A., *Skutki skoordynowane koncentracji horyzontalnych - wybrane aspekty prawne*, Ekspertyza Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych WZ UW z dnia 4 lutego 2021 r., (dostępna na: https://cars.wz.uw.edu.pl/images/badania/67/Bernatt_Jurkowska-Skutki_skoordynowane_Ekspertyza_CARS_6022020_-_FIN.pdf)
- Berry S., *Estimating Discrete-Choice Models of Product Differentiation* (w:) *Rand Journal of Economics*, tom 25, nr 2, Summer 1994.
- Bishop S., Walker M., *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Londyn 2010.
- Błachucki M., *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, UOKIK, Warszawa 2012.
- Bromfield J., Olczak M., *The Role Of The Maverick Firm Concept In European Commission Merger Decisions*, *Journal of Competition Law & Economics* 2018, Vol. 14, Issue 2.

- Burdziak A., „Współużytkowanie widma radiowego – prawne i technologiczne możliwości w aspekcie kognitywnych technologii”, [w:] *Informatyzacja postępowań sądowych, Kwartalnik Naukowy Prawo Mediów Elektronicznych*, 25 maja 2011.
- Clark J. B., *Essentials of Economic Theory*, Auburn 2007.
- Clark J. M., *Konkurencja jako proces dynamiczny*, Waszyngton 1961.
- Cournot A., *Studies in the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*, Nowy York 1897.
- Cricelli L., Grimaldi M., Leviaudi N., *The impact of regulating mobile termination rates and MNO-MVNO relationships on retail prices*, *Telecommunications Policy* 2012, nr 36.
- Csorba G., Pápai Z., *Does one more or one less mobile operator affect proces? A comprehensive ex-post evaluation of entries and mergers In European mobile telecommunication markets* [w:] *IEHAS Discussion Papers No. MT-DP - 2015/41*, Budapeszt 2015.
- Czarny E., *Mikroekonomia*, Warszawa 2006.
- Czupiał J., *Przedsiębiorstwo a państwo; samorząd terytorialny i środowisko europejskie*, [w:] Lichtarski J. (red.). *Podstawy nauki o przedsiębiorstwie*, Wydawnictwo AE we Wrocławiu, Wrocław 2005.
- Czyżak M., *Administracyjna kara pieniężna jako instrument regulacji rynku telekomunikacyjnego*, *Ikar* 2012, nr 6 (11).
- Davies s., Lyons B., *Mergers and Merger Remedies in the EU: assessing the Consequences for Competition*, Cheltenham 2007.
- Dudzik S., *Usługi w ogólnym interesie gospodarczym w projekcie dyrektywy o usługach na rynku wewnętrznym*, *Wspólnoty Europejskie* 2005, nr 10.
- Dudzik S., *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Warszawa 2010.
- Farrell J., Shapiro C., *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, *The Berkeley Electronic Journal of Theoretical Economics Policies and Perspectives* 2010, vol. 10 issue 1.
- Filipek J., *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne. Część II*, Zakamycze 2001.
- Fisher-Madsen A., Suntherland E., *INTUG Europe - Report on GSM roaming prices 1999*, Bruksela 1999.
- Frąckowiak W., Bednarski D., Kulpa N., Lewandowski M., Maślanko G., Michalski M., Remlein M., Stradomski M., *Istota Istota i motywy fuzji i przejęć przedsiębiorstw* [w:] Frąckowiak W. (red.), *Fuzje i przejęcia*, Warszawa 2009.

- Furtak D., *Kontrola koncentracji przedsiębiorstw na poziomie Unii Europejskiej – wybrane aspekty*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2021, nr 2 (52).
- Galewska E., *Implementacja dyrektyw telekomunikacyjnych*, Warszawa 2007.
- Genakos C., Valletti T., Verhoven F., *Evaluating Market Consolidation in Mobile Communications* [w:] *CESifo Working Papers* nr 6509, maj 2017.
- Gill A., Swora M., *Decyzja zobowiązująca jako metoda rozwiązywania sporów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2005, nr 3.
- Gromski W., Kolasa J., Kozłowski A., Wójtowicz K., *Europejskie i polskie prawo telekomunikacyjne*, LexisNexis, Warszawa 2004.
- Guitton J., Lübbert A., Neale-Besson I., Vidal J., *Intel/McAfee*, *Competition Policy Newsletter* nr 2/2011.
- Hoff W., *Polski model regulacji na tle porównawczym*, *Problemy zarządzania* 3/2004 (5).
- Hoff W., *Prawo wobec zjawisk ekonomicznych – regulacja sektorowa*, *Central European Management Journal* 2008, vol. 16 nr 3.
- Hoff W., *Prawny model regulacji sektorowej*, Warszawa 2008.
- Hou L., *The Three Criteria Test: A Critical Assessment*, KoGuan Law School 2008.
- Hovenkamp H., *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Londyn 2005.
- Hurkens S., Lopez A., *The welfare effects of mobile termination rate regulation in asymmetric oligopolies: The case of Spain*, *Telecommunications Policy* 2012, nr 36.
- Ivaldi M., Jullien B., Rey P., Seabright P., Tirole J., *The Economics of Tacit Collusion: Final Report for DG Competition, European Commission*, Tuluza 2003.
- Jełowicki M., Kieżun W., Leoński Z., Ostapczuk B., *Teoria organizacji i kierownictwa*, Warszawa 1979.
- Jeżewski J., *Administracja pod rządami prawa cywilnego (Z badań porównawczych nauki prawa administracyjnego)*, Wrocław 1974.
- Jurkowska A., Skoczny T., *Doktryny orzecznicze sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1962–2004*, w: Jurkowska A., Skoczny T. (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych*, Wolters Kluwer 2007.
- Jurkowska A., Skoczny T., *Polityki Unii Europejskiej: Polityki sektorów infrastrukturalnych, Aspekty prawne*, t. XXVIII, Warszawa 2010.
- Jurkowska-Gomułka A., *Interes publiczny a prywatne egzekwowanie reguł konkurencji* [w:] *Prawo konkurencji. 25 lat*, T. Skoczny (red.), Warszawa 2016.

- Jurkowska-Gomułka A., Skoczny T., *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2010.
- Kawka I., *Roaming międzynarodowy we wspólnotowym prawie łączności elektronicznej*, [w:] S. Biernat, S. Dudzik (red.), *Przepływ osób i świadczenie usług w Unii Europejskiej. Nowe zjawiska i tendencje*, Warszawa 2009.
- Kawka I., *Telekomunikacyjne Organy Regulacyjne w Unii Europejskiej. Problematyka Prawna*, Kraków 2006.
- Kociubiński J., *Pojęcie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w prawie konkurencji UE*, EPS 2011, nr 8.
- Kohutek K., Sieradzka M., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Kryśkiewicz Ł., *Cele prewencyjnej kontroli koncentracji* [w:] *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2018*, nr 3(7).
- Krzystek K., *Polityka Unii Europejskiej w zakresie świadczenia usługi roamingu regulowanego w telefonicznych sieciach ruchomych*, *Studia Prawno-Ekonomiczne*, tom CII, Łódź 2017.
- Krzystek K., *The end of net neutrality in the United States – The madness of King Trump or the start of a new trend?* [w:] *Trending topics in international and EU law: legal and economic perspectives 2019*, vol. 27.
- Krzystek K., *Usługa powszechna w łączności elektronicznej* [w:] Królikowska-Olczak M. (red.) *Sektory infrastrukturalne – problematyka prawna*, C.H. Beck 2018.
- Land W., Wróblewski J., Zawadzki S., *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979.
- Lee D., *Regulating termination charges in asymmetric oligopolies*, *Information Economics and Policy*, September 2015, vol. 32.
- Madała A. [w:] Bolecki A., Drozd S., Famirska S., Kozak M., Kulesza M., Madała A., Wardyński T., *Prawo konkurencji*, Lexis Nexis, Warszawa 2011.
- Malawski A., Wiczorek A., Sosnowska H., *Konkurencja i kooperacja. Teoria gier ekonomii i naukach społecznych*, Warszawa 2004.
- Mankiw N. G., *Principle of Economics*, Mason 2011.
- Mankiw N. G., Taylor M. P., *Mikroekonomia*, Warszawa 2015.
- Marciniak B., *Regulacja telekomunikacji – nakładanie obowiązku połączenia sieci na operatorów niezajmujących pozycji znaczącej. Komentarz do wyroku Sądu Najwyższego z 19 października 2012 r., III SK 3/12*, iKar 2013, nr 3(2).

- Marecki P., *Kontrola koncentracji przedsiębiorców – Kompetencje Prezesa UOKiK i KE po 1 maja 2004 roku*, UOKiK, Warszawa 2005.
- Matuszczak-Piasta J., *Argumenty jakościowe stosowane przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem UOKiK*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr 5(2).
- Mestmäcker E. J., *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext. Ein Beitrag zur Funktion von Art. 90 Abs. 2 EGV [w:] Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats. Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag*, red. F. Ruland, B. B. von Maydell, H. J. Papier, Heidelberg 1998.
- Modzelewska-Wąchal E., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz*, Warszawa 2002.
- Monti G., *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, CLR 2/2008 vol. 4.
- Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003.
- Morawski L., *Instrumentalizacja prawa (zarys problemu) [w:] Państwo i Prawo nr 3*, 1993.
- Moresi S., Salop S., *vGUPPI: Scoring Unilateral Pricing Incentives in Vertical Mergers*, Antitrust Law Journal 79 (1) 2013 – 2014.
- Motta M., *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- Motta M., Polo M., Vasconcelos H., *Merger remedies in the European Union: An Overview*, The Antitrust Bulletin 2007, nr 52 (3&4).
- Motta M., *Economic Foundations of Merger Control*, Competition Law and Economics – Advances in Competition Policy and Antitrust Enforcement 2007, vol. 31.
- Mukherjee S., *Modern Economic Theory*, Nowe Delhi 2005.
- von Neumann J. i Morgenstern O., *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton 1944.
- Nolan A.M., *Unijne prawo konkurencji – Efektywność systemu odesłań spraw dotyczących koncentracji przedsiębiorstw*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Papon S., *Structural Versus Behavioral Remedies in Merger Control: a Case-by-Case Analysis*, ECLR 2009, vol. 30, issue 1.
- Petit N., *The "Oligopoly Problem" in EU Competition Law*, [w:] *Research Handbook in European Competition Law*, Liannos I. and Geradin D. (red.), Edward Elgar 2013.

- Piątek S., *Polityka komunikacji Unii Europejskiej* [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Polityki Unii Europejskiej: Polityki sektorów infrastrukturalnych, Aspekty prawne*, t. XXVIII, Warszawa 2010.
- Piątek S., *Prawo telekomunikacyjne Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2003.
- Piątek S., *Problemy regulacyjne usług nomadycznych w telekomunikacji*, Przegląd Telekomunikacyjny 2007, nr 2–3.
- Piątek S., *Sieci szerokopasmowe w polityce telekomunikacyjnej*, Warszawa 2011.
- Piątek S., *Udział Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w regulowaniu rynków telekomunikacyjnych* [w:] C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej*, Warszawa 2006, s. 163.
- Polster S., Brandl M., *The New Concept of Market Dominance In the Proposed EU Telecommunications Framework*, Computer and Telecommunications Law Review 2001, nr 7.
- Posner R., *Antitrust Law*, Chicago 2001.
- Powałowski A., *Prawo ochrony konkurencji*, Warszawa 2015.
- Radwański Z., *Zobowiązania - część ogólna*, Warszawa 1995.
- Rekowski M., *Mikroekonomia*, Poznań 2015.
- Rogalski M., *Prawo telekomunikacyjne*, Warszawa 2011.
- M. Rogalski, *Przestępstwa telekomunikacyjne*, Kraków 2006.
- Salop S., Moresi S., *Updating the Merger Guidelines: Comments*, Georgetown University Law Journal, 2009.
- Scimemi C., Tompras T., *Evolving over moving Ground: Absorbing Introduced Regulatory Risk – The Case Study of WIND Hellas* [w:] SSRN Electronic Journal, sierpień 2007.
- Schwartz E., *Politics as Usual: The History of European Community Merger Control* (w:) Yale Journal of International Law nr 18, 1993.
- Sendrowicz M., Sz waj M., *Prawo konkurencji – Podstawowe pojęcia*, Warszawa 2007, s. 6.
- Skoczny T., *Ochrona konkurencyjna a prokonkurencyjna regulacja sektorowa*, Problemy Zarządzania 2004, nr 3.
- Skoczny T., [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, T. Skoczny (red), Warszawa 2014.
- Skoczny T., *Zgody szczególne w prawie koncentracji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2012.

- Stankiewicz R., *Charakter prawny decyzji Prezesa UOKiK zezwalającej na dokonanie koncentracji z art. 18 ust. 1 ustawy antymonopolowej*, Kwartalnik Prawa Publicznego nr 3/2006.
- Stasikowski R., *Funkcja regulacyjna administracji publicznej. Studium z zakresu nauki prawa administracyjnego oraz nauki administracji*, Bydgoszcz 2009.
- Steppa J., *Regulowanie rynku telekomunikacyjnego* [w:] *Prawo telekomunikacyjne*, M. Rogalski (red), Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Stevens D., Valcke P., *NRAs (and NCAs?): Cornerstones for the Application of the New Electronic Communications Regulatory Framework. New requirements, task, instruments and cooperation procedures*, Communications & Strategies 2003, nr 50.
- Stolarski K., *Zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynkach telekomunikacyjnych w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2015.
- Stroux S., *Collective Dominance under the Merger Regulation: A Serious Evidentiary Reprimand for the Commission* [w:] *European Law Review* 27 (6) 2002.
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2005.
- Strzyczkowski K., *Prawo regulacji. Miejsce w systemie prawa. Od prawa państwa świadczącego do prawa państwa gwarancyjnego* [w:] Królikowska-Olczak M. (red.), *Sektory infrastrukturalne – problematyka prawna*, C.H. Beck 2018.
- Sutherland E., *International Mobile Roaming in Africa*, Johannesburg 2010.
- Sutherland E., *International Mobile Roaming in the Caribbean*, Trynidad i Tobago 2009.
- Szymczak M. (red.), *Słownik języka polskiego*, PWN, Warszawa 1981.
- Szczodrowski J., *Kontrola rynków oligopolistycznych w prawie konkurencji*, Warszawa 2015.
- Szilagyi P., *The ECJ Has Spoken: Where do we stand with Standard of Proof in Merger Control?*, *European Competition Law Review* 2008, Vol. 29, nr 12.
- Szwaj M., Podlasin W., *Warunkowa zgoda na dokonanie koncentracji w świetle zasady proporcjonalności* [w:] *Wyzwania dla ochrony konkurencji i regulacji rynku. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Skocznemu*, Warszawa 2017.
- Szydło M., *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Warszawa 2010.
- Szydło M., *Regulacja sektorowa a ogólne prawo antymonopolowe*, *Problemy zarządzania* 1/2008 (19).
- Szydło M., *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005.

- Szydło M., *Usługa powszechna w telekomunikacji jako instytucja prawa Wspólnoty Europejskiej*, „Przełęcz Sądowy” 2006, nr 5.
- Szyszcak E., *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Portland 2007.
- Trost M., *Is the Whole Greater than the Sum of Its Parts? Pricing Pressure Indices for Mergers of Vertically Integrated Firms*, Review of Industrial Organization 2021.
- Tyagi K., *Four-to-Three Telecoms Mergers: Substantial Issues in EU Merger Control in the Mobile Telecommunications Sector* [w:] *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* nr 49, luty 2018 r.
- Ulen T., Cooter R., *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2011.
- Vande Walle S., Wambach J., *No magic number to dial - The Commission's review of mobile telecoms mergers*, Competition Merger Brief 1/2014.
- Venit J., *Two Steps Forward and No Steps Back: Economic Analysis and Oligopolistic Dominance after Kali&Salz*, [w:] *Common Market Law Review* 35, Kluwer Law International 1998.
- Völcker S., *Mind the Gap: Unilateral Effects Analysis Arrives in EC Merger Control* [w:] *Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr Antitrust Series. Working Paper* 26, 2004.
- Wach M., *Regulacyjne i cywilnoprawne aspekty roamingu międzynarodowego*, Warszawa 2013.
- Wach M., *Regulacje roamingu międzynarodowego – nowe możliwości czy wyzwania?*, IKAR 2013, nr 8 (2).
- Wincler A., Hansen M., *Collective dominance under the EC merger control regulation*, [w:] *Common Market Law Review* 30, Kluwer Academic Publishers 1993.
- Whish R., *Competition Law*, Oxford 2009.
- Which R., Bailey D., *Competition Law*, Oxford 2021.
- Whish R., Sufrin B., *Oligopolistic markets and EC-Competition Law* [w:] *Yearbook of European Law*, nr 1, 1992 r.
- Williamson O. E., *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs* [w:] *The American Economic Review*, Vol. 58, Nr 1, marzec 1968.
- von Wilmsky P., *Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen unter dem EWG-Vertrag*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 1991, Band 155.
- Whakatutuki H., *Review of the Telecommunications Act 2001*, Wellington 2013.
- Ziemiński Z., *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1990.
- Zimmermann J., *Polska jurysdykcja administracyjna*, Warszawa 1996.

Akty prawa Unii Europejskiej

Traktaty

Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Węgla i Stali (EWWiS) z 18 kwietnia 1951 r.

Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz.Urz. UE C 325 z 24.12.2002)

Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 9 maja 2008 r. (2008/C 115/01).

Traktat o Unii Europejskiej z 9 maja 2008 r. (2008/C 115/01).

Rozporządzenia

Rozporządzenie 17/62/EEC First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, Official Journal 013 , 21/02/1962 P. 0204 – 0211 (*Dz. U nr 13 z 21.02.1962 r.*).

Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

Rozporządzenie (WE) nr 2887/2000 Parlamentu Europejskiego i Rady z 18.12.2000 r. (Dz. U. L 336 z 30.12.2000 r.).

Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. U. L 001 z 4.01.2003 r.).

Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu.

Rozporządzenie Rady nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, Dz. U. L 24 z 29.01.2004 r.).

Rozporządzenie nr 717/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 27.06.2007 r. w sprawie roamingu w publicznych sieciach telefonii ruchomej wewnątrz Wspólnoty oraz zmieniające dyrektywę 2002/21/WE (Dz. U. L. 71 z 29.06.2007 r.).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 544/2009 z 18.06.2009 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 717/2007 w sprawie roamingu w publicznych sieciach telefonii ruchomej wewnątrz Wspólnoty oraz dyrektywę 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. U. L 167 z 29.06.2009 r.).

Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1211/2009 z dnia 25 listopada 2009 r. ustanawiające Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC) oraz Urząd.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 531/2012 z 13.06.2012 r. w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii (Dz. U. L 172 z 30.06.2012 r.).

Projekt Rozporządzenia Parlamentu i Rady ustanawiające środki dotyczące europejskiego jednolitego rynku łączności elektronicznej i mające na celu zapewnienie łączności na całym kontynencie, zmieniające dyrektywy 2002/20/WE, 2002/21/WE i 2002/22/WE oraz rozporządzenia (WE) nr 1211/2009 i (UE) nr 531/2012, Bruksela, 11.09.2013 r., COM(2013) 627 final.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r. ustanawiające środki dotyczące dostępu do otwartego Internetu oraz zmieniające dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1971 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiające Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC) oraz Agencję Wsparcia BEREC (Urząd BEREC), zmieniające rozporządzenie (UE) 2015/2120 oraz uchylające rozporządzenie (WE) nr 1211/2009.

Rozporządzenie Delegowane Komisji (UE) 2021/654 z dnia 18 grudnia 2020 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 poprzez określenie jednolitej maksymalnej ogólnounijnej stawki za zakończenie połączenia głosowego w sieci ruchomej oraz jednolitej maksymalnej ogólnounijnej stawki za zakończenie połączenia głosowego w sieci stacjonarnej.

Dyrektywy

Dyrektywa Komisji 88/301/EWG z 16 maja 1988 r. w sprawie konkurencji na rynkach telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, Dz. Urz. L 131/73 z 27 maja 1988 r.

Dyrektywa Rady 90/387/EWG z 28.06.1990 r. w sprawie ustanowienia wewnętrznego rynku usług telekomunikacyjnych poprzez wdrożenie zasad otwartej sieci (ONP), (Dz. U. L 192 z 24.07.1990 r.).

Dyrektywa Komisji 90/388/EWG z 28.06.1990 r. w sprawie konkurencji na rynkach usług telekomunikacyjnych (Dz. U. L 74/13 z 24.07.1990 r.).

Dyrektywa Rady 92/44/EWG z 5 lipca 1992 r. w sprawie zastosowania zasady sieci otwartej (ONP) do linii dzierżawionych, Dz. Urz. L 165/27 z 19 czerwca 1992 r.

Dyrektywa Komisji 94/46/WE z dnia 13 października 1994 r. zmieniająca dyrektywę 88/301/EWG i dyrektywę 90/388/EWG w szczególności w odniesieniu do łączności satelitarnej (Dz.U.U.E.L.1994.268.15).

Dyrektywa Komisji 95/51/WE z dnia 18 października 1995 r. zmieniająca dyrektywę 90/388/EWG w odniesieniu do zniesienia ograniczeń w wykorzystywaniu sieci telewizji kablowej do świadczenia już zliberalizowanych usług telekomunikacyjnych (Dz.U. L 256, 26.10.1995, str. 49)

Dyrektywa 95/62/WE z 13 grudnia 1995 r. w sprawie zastosowania zasad otwartej sieci (ONP) do telefonii głosowej i telekomunikacyjnych usług powszechnych w konkurencyjnym środowisku, zmieniona Dyrektywą 98/10/WE z 26 lutego 1998 r. w tej samej sprawie, Dz. Urz. L 101/24 z 1 kwietnia 1994 r.

Dyrektywa 96/2/WE z 16 stycznia 1996 r. zmieniająca dyrektywę 90/388/EWG w odniesieniu do łączności ruchomej i osobistej, Dz. Urz. L 20/59 z 26 stycznia 1996 r.

Dyrektywa Komisji 96/19/WE z 13.03.1996 r. zmieniająca dyrektywę 90/388/EWG w odniesieniu do wprowadzenia pełnej konkurencji na rynkach telekomunikacyjnych (Dz. U. L 074/13 z 23.03.1996 r.).

Dyrektywa 97/13/WE z 10 kwietnia 1997 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących ogólnych zezwoleń i indywidualnych licencji w dziedzinie telekomunikacji, Dz. Urz. L 117/15 z 7 maja 1997 r.

Dyrektywa 97/33/WE Parlamentu i Rady z 30.06.1997 r. w sprawie wzajemnych połączeń w telekomunikacji ze względu na zapewnienie usług powszechnych i interoperacyjności poprzez zastosowanie zasad otwartej sieci (Dz. U. L 199 z 26.07.1997 r.).

Dyrektywa 97/67/WE z 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług.

Dyrektywa 98/10/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.02.1998 r. w sprawie zastosowania zasady otwartej sieci (ONP) w telefonii głosowej oraz w sprawie usług powszechnych w telekomunikacji w konkurencyjnym środowisku (Dz. U. L 101 z 1.04.1998 r.).

Dyrektywa 98/61/WE z 24 sierpnia 1998 r. zmieniająca Dyrektywę 97/33/WE w odniesieniu do przenośności numerów i wyboru operatora, Dz. Urz. L 268/37 z 3 października 1998 r.

Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.03.2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa), (Dz. U. L 108 z 24.04.2002 r.).

Dyrektywa 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.03.2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie), (Dz. U. L 108 z 24.04.2002 r.).

Dyrektywa 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.03.2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o zezwoleniach), (Dz. U. L 108 z 24.04.2002 r.).

Dyrektywa 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.03.2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej), (Dz. U. L 108 z 24.04.2002 r.).

Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.07.2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej), (Dz. U. L 201 z 31.07.2002 r.).

Dyrektywa 2003/54/WE z 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 96/92/WE.

Dyrektywa 2003/55/WE z 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 98/30/WE.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140/WE zmieniająca dyrektywy: 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci i usług łączności elektronicznej oraz wzajemnych połączeń, 2002/20/WE w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. U. L 337/37 z 18.12.2009 r.).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/136/WE z 25.11.2009 r. zmieniająca dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów (Dz. U. L 337 z 18.12.2009 r.).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/61/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie środków mających na celu zmniejszenie kosztów realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE 2018 L 321, s. 36).

Decyzje

Decyzja Rady 91/396/EWG z dnia 29 lipca 1991 r. w sprawie wprowadzenia jednego europejskiego numeru alarmowego (Dz. Urz. L 217, 06/08/1991).

Decyzja 676/2002/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.03.2002 r. w sprawie ram regulacyjnych dotyczących polityki spektrum radiowego we Wspólnocie Europejskiej (Dz. Urz. L 108, 24.04.2002).

Decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady nr 243/2012/UE z dnia 14 marca 2012 r. w sprawie ustanowienia wieloletniego programu dotyczącego polityki w zakresie widma radiowego (Dz.U. L 81, 21.3.2012).

Unijne prawo miękkie

Komunikat Komisji z 30 czerwca 1987 r., *Ku dynamicznej gospodarce europejskiej – Zielona Księga w sprawie rozwoju wspólnego rynku usług i urządzeń telekomunikacyjnych*, COM (87) 290 final.

Komunikat Komisji w sprawie usług użyteczności publicznej w Europie z 26.09.1996 r. (Dz. U. C 281).

Green Paper on convergence of the telecommunications, media and information technology sectors, and the implications for regulation. Towards an Information's Society Approach, COM (1997) 623, 12/03/1997.

Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (97/C 372/03).

Green Paper on Radio Spectrum Policy in the context of European Community Policies such as Telecommunications, Broadcasting and R&D, COM (1998) 596, 09/12/1998.

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Towards a new framework for Electronic Communications infrastructure and associated services*. The 1999 Communications Review, COM (1999) 539.

Wytoczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (2000/C 291/01).

Communication From The Commission Services of General Interest in Europe COOM (2000) 580 final.

Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89, COM (2001) 745/6,
11 grudnia 2001 r.

Komunikat Komisji, *Usługi użyteczności publicznej w Europie*, 2001/C 17/04.

Komunikat Komisji, *Wytyczne w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej w ramach porządku regulacyjnego Wspólnoty w sprawach sieci i usług w sprawach sieci i usług łączności elektronicznej*, Dz. Urz. UE z 11.07.2002, C 165/6.

Zalecenie 2003/311/WE w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej z 11 lutego 2003 roku.

Zielona księga nt. usług użyteczności publicznej z 21 maja 2003, COM (2003) 270.

Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2004/C 31/03) z 5 lutego 2004 roku.

Wytyczne w sprawie stosowania art. 81(3) Traktatu WE (2004/C 101/08).

Komunikat Komisji, *Sprawozdanie na temat wyników przeglądu unijnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE oraz Streszczenie propozycji reform z 2007 roku*, COM (2007) 696 wersja ostateczna.

Zalecenie 2007/879/WE z 17 grudnia 2007 roku w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej.

Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2008/C 265/07).

Zawiadomienie Komisji w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 i rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004 (2008/C 267/01).

Komunikat Komisji — wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (2009/C 45/02).

Komunikat Komisji — wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o

charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (2009/C 45/02).

Zalecenie Komisji 2009/396/WE z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych.

Zalecenie 2014/710/WE w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej z 9 października 2014 roku.

Zalecenie 2020/2245 z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 ustanawiającą Europejski kodeks łączności elektronicznej.

Orzecznictwo sądów unijnych

Wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości

Wyrok Trybunału z dnia 1 czerwca 1961 r. *Gabriel Simon przeciwko Trybunałowi Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, sprawa nr 15/60.

Wyrok Trybunału z dnia 21 lutego 1973 r. *Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 6/72.

Wyrok Trybunału z dnia 14 lutego 1978 r. *United Brands Company i United Brands Continentaal BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*. Sprawa 27/76.

Wyrok Trybunału z dnia 7 stycznia 1979 r. *Holandia przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa nr 11/76.

Wyrok Trybunału z dnia 13 lutego 1979 r. *Hoffmann-La Roche & Co. AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 85/76.

Wyrok Trybunału z dnia 17 listopada 1986 r. *British-American Tobacco Company Ltd i R. J. Reynolds Industries Inc. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 142 i 156/84.

Wyrok Trybunału z dnia 31 marca 1998 r. *Republika Francuska i Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) i Entreprise minière et chimique (EMC) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawy połączone C-68/94 i C-30/95 *Kali&Salz*.

Wyrok Trybunału z dnia 15 lutego 2005 r., *Tetra Laval BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa C-12/03 P.

Wyrok Trybunału z dnia 10 lipca 2008 r., *Bertelsmann AG/Sony przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Sprawa C-413/06 P.

Wyrok Trybunału z 6 października 2009 r., *GlaxoSmithKline Services Unlimited, dawniej Glaxo Wellcome plc przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawy połączone C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P.

Wyroki Sądu

Wyrok Sądu z dnia 10 marca 1992 r. *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA, PPG Vernante Pennitalia SpA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawy łączone T-68/89, T-77/89 i T-78/89.

Wyrok Sądu z dnia 27 listopada 1997 r., *Kaysersberg SA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-290/94.

Wyrok Sądu z dnia 25 marca 1999 r. *Gencor przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-102/96.

Wyrok Sądu z dnia 28 kwietnia 1999 r., *Endemol przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-221/95.

Wyrok Sądu z 15 grudnia 1999 r. *Kesko przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-22/97, 1999 E.C.R. s. II-3779.

Wyrok Sądu z 6 czerwca 2002 r. *Airtours przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-342/99, 2002 E.C.R. s. II-2585.

Wyrok Sądu z 22 października 2002 r. *Schneider Electric SA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-310/01, 2002 E.C.R. s. II-4071.

Wyrok Sądu z 25 października 2002 r. *Tetra Laval przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-5/02, 2002 E.C.R. s. II-4381.

Wyrok Sądu z dnia 3 kwietnia 2003 r., *BaBylii SA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-114/02.

Wyrok Sądu z dnia 8 lipca 2003 r., *Verband der freien Rohrwerke i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-374/00.

Wyrok Sądu z dnia 30 września 2003 r., *ARD przeciwko Komisji*, sprawa T-158/00, Rec. II-3825.

Wyrok Sądu z 7 grudnia 2004 r. *Lagardère i Canal + przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-251/00, 2002 E.C.R. s. II-4825.

Wyrok Sądu z dnia 21 września 2005 r., *EDP przeciwko Komisji*, sprawa T-87/05, Zb. Orz. II-3745.

Wyrok Sądu z 14 grudnia 2005 r., *General Electric przeciwko Komisji*, sprawa T-210/01, Zb. Orz. II-5596.

Wyrok Sądu z 23 lutego 2006 r. *Cementbouw Handel & Industrie przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Sprawa T-282/02, 2006 E.C.R. s. II-331.

Wyrok Sądu z dnia 7 czerwca 2006 r. *Österreichische Postsparkasse AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawy połączone T-213/01 i T-214/01.

Wyrok Sądu z dnia 13 lipca 2006 r. *Impala przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Sprawa T-464/04, 2006 E.C.R. s. II – 2298.

Wyrok Sądu z dnia 4 lipca 2006 r., *easyJet przeciwko Komisji*, sprawa T-177/04, Zb. Orz. II-1931.

Wyrok Sądu z 9 lipca 2007 r. *Sun Chemical Group i inni przeciwko Komisji Europejskiej*, sprawa T-282/06.

Wyrok Sądu z dnia 6 lipca 2010 r. *Ryanair przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-342/07, 2010/7-8B/II-3457-3690.

Wyrok Sądu (pierwsza izba w składzie powiększonym) z dnia 28 maja 2020 r. w sprawie T-399/16, *CK Telecoms UK Investments Ltd przeciwko Komisji Europejskiej*.

Decyzje Komisji Europejskiej

Decyzja z 31 lipca 1991 r., *Varta/Bosch*, sprawa IV/M012 (91/595/EEC).

Decyzja z 2 października 1991 r., *Aerospatiale/Alenia/De Havilland*, sprawa IV/M.53 (91/619/EEC).

Decyzja z 18 grudnia 1991 r., *Alcatel/AEG Kabel*, sprawa IV/M.165.

Decyzja z 22 lipca 1992 r., *Nestlé/Perrier*, sprawa IV/M.190 (92/553/EEC).

Decyzja z 27 lipca 1994 r., *BT-MCI*, sprawa IV/34.857 (94/579/EC).

Decyzja z 9 listopada 1994 r. *MSG Media Service*, sprawa IV/M.469 (94/922/EC).

Decyzja z 19 lipca 1995 r., *Nordic Satellite Distribution*, sprawa IV/M.490 (96/177/EC).

Decyzja z 20 września 1995 r., *RTL/Veronica/Endemol*, sprawa IV/M.553.

Decyzja z 4 grudnia 1996 r., *St Gobain/Wacker Chemie*, sprawa IV/M.774 (97/610/EC).

Decyzja z 11 września 1997 r., *Coca Cola/Carlsberg*, sprawa IV/M.833 (98/327/EC).

Decyzja z 27 maja 1998 r., *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, sprawa IV/M.993 (1999/153/EC).

Decyzja z 27 maja 1998 r., *Deutsche Telekom BetaResearch*, sprawa IV/M.1027 (1999/154/EC).

Decyzja z 9 sierpnia 1999 r., *Hoechst/Rhône-Poulenc*, sprawa COMP/M.1378.

Decyzja z 13 października 1999 r., *Telia i Telenor*, sprawa COMP/M.1439 (2001/98/EC).

Decyzja z 1 grudnia 1999 r., *Allied Signal/Honeywell*, sprawa COMP/M.1601.

Decyzja z 12 kwietnia 2000 r., *Vodafone Airtouch/Mannesmann*, sprawa COMP/M.1795.

Decyzja z 3 maja 2000 r., *Dow/UCC*, sprawa COMP/M.1671.

Decyzja z 2 marca 2001 r., *Vodafone Airtouch/Eircell*, sprawa COMP/M.2305.

Decyzja z 3 lipca 2001 r., *General Electric przeciwko Honeywell*, sprawa COMP/M.2220 (2004/134/WE).

Decyzja z 20 grudnia 2001 r., *Shell/DEA*, sprawa COMP/M.2389.

Decyzja z 20 grudnia 2001 r., *BP/E.ON*, sprawa COMP/M.2533.

Decyzja z 26 czerwca 2002 r., *Cementbouw/Haniel*, sprawa COMP/M.2650 (2003/754/EC).

Decyzja z 10 lipca 2002 r., *Telia i Sonera*, sprawa COMP/M.2803.

Decyzja z 30 kwietnia 2003 r., *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV*, sprawa COMP/M.2903.

Decyzja z 23 lipca 2003 r., *DSM/Roche Vitamins*, sprawa COMP/M.2972.

Decyzja z 16 września 2003 r., *Vodafone/Singlepoint*, COMP/M.3245.

Decyzja z 17 sierpnia 2004 r. *Syngenta CP/Advanta*, sprawa nr COMP/M.3465 (2004/C 263/05).

Decyzja z 24 września 2004 r., *Teliasonera AB/Orange A/S*, Sprawa nr COMP/M.3530 (2004/C 218/02).

Decyzja z 26 października 2004 r. *Oracle/PeopleSoft*, sprawa nr COMP/M.3216 (2005/621/WE).

Decyzja z 9 grudnia 2004 r., *EDP/ENI/GDP*, sprawa COMP/M.3440.

Decyzja z 25 maja 2005 r., *Vodafone/Oskar Mobile*, Sprawa nr COMP.M3776 (2005/C 99/02).

Decyzja z 21 grudnia 2005 r. *E.ON/MOL*, sprawa COMP/M.3696.

Decyzja z 13 stycznia 2006 r., *TPG IV/APAX/Q-TELECOM*, sprawa nr COMP/M.4036 (2006/C 56/09).

Decyzja z 14 marca 2006 r. *DONG/Elsam/Energi E2*, sprawa nr COMP/M.3868.

Decyzja z 26 kwietnia 2006 r., *T-Mobile Austria/Tele.ring*, Sprawa nr COMP/M.3916 (2005/C 287/05).

Decyzja z 6 czerwca 2006 r. *Linde/BOC*, sprawa nr COMP/M.4141

Decyzja z 11 grudnia 2006 r., *Johnson&Johnson/Pfizer*, sprawa nr COMP/M.4314.

Decyzja z 20 lutego 2007 r. *Evrax/Highveld*, sprawa nr COMP/M.4494.

Decyzja z 27 czerwca 2007 r. *Ryanair/Aer Lingus*, sprawa nr COMP/M.4439 (2007/C 10/06).

Decyzja z 20 sierpnia 2007 r., *T-Mobile Netherlands/Orange Netherlands*, sprawa nr COMP/M.4748 (2007/C 243/01).

Decyzja z 21 stycznia 2010 r. *Oracle/Sun Microsystems*, sprawa nr COMP/M.5529 (2010/C 091/06).

Decyzja z 1 marca 2010 r., *T-Mobile/Orange*, sprawa nr COMP/M.5650 (2010/C 10/08).

Decyzja z 17 listopada 2010 r., *Unilever/Sara Lee Body Care*, sprawa nr COMP/M.5658 (2010/C 108/06).

Decyzja z 12 grudnia 2012 r., *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, sprawa nr COMP/M.6497 (2013/C 224/06).

Decyzja z 28 maja 2014 r., *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland*, sprawa nr COMP/M.6992 (2014/C 264/04).

Decyzja z 2 lipca 2014 r., *Telefónica Deutschland/E-Plus*, sprawa nr COMP/M.7018 (2015/C 86/07).

Decyzja z 19 maja 2015 r. *Orange/Jazztel*, sprawa nr COMP/M.7421.

Decyzja z 4 lutego 2016 r., *Liberty Global/BASE Belgium*, sprawa nr COMP/M.7637.

Decyzja z 11 maja 2016 r., *Hutchison 3G UK/Telefónica UK*, sprawa nr COMP/M.7612 (2016/C 357/06).

Decyzja z 1 września 2016 r., *Hutchison 3G Italy/Wind/JV*, Sprawa nr COMP/M.7758.

Decyzja z 27 listopada 2018 r., *T-Mobile NL/Tele2 NL*, Sprawa nr COMP/M.8792 (2019/C 150/04).

Polskie akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997, Nr 78 poz. 483.

Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, Dz. U. 2004 Nr 171 poz. 1800.

Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz. U. 2007 Nr 50 poz. 331.

Decyzje polskich organów krajowych

Decyzja Prezesa UOKiK nr DOK-98/07 z 20.12.2007 r.

Postanowienie Prezesa UKE, DRTD - SMP - 6043-4/06 (28) z 27 marca 2007 r.

Amerykańskie akty prawne i decyzje amerykańskich organów krajowych

Clayton Act – 15 U.S.C. § 18 1995.

The U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *1982 Merger Guidelines*.
Decyzja GE-Honeywell: The U.S. Decision, 29 listopada 2001.

Raporty

Report Spaaka (Brussels Report on the General Common Market) - raport z 21 kwietnia 1956 roku.

Memorandum on the Problem of Concentrations in the Common Market, EEC Competition Series 1966.

Telecom Reform In New Zealand: 1987-1994, Telecommunications Information Leaflet No. 5, Communications 1 Division, Ministry of Commerce, Mar. 9, 1995

Bhas N., *Mobile Roaming, Regulation, Opportunities, Emerging Sectors 2015 – 2020*,
dostępny: <https://www.juniperresearch.com/press/mobile-roaming-revenues-fall-28pc-in-europe-2017>

Deloitte LLP, “What is the impact of mobile telephony on economic growth?”, Londyn 2012

KPN, *Quarterly reports Q3 2013* oraz *Quarterly reports Q4 2013*, dostępne:
<http://ir.kpn.com/phoenix.zhtml?c=69978&p=irol-presentations>

Review of the Significant Market Power (SMP) Guidelines, raport przygotowany dla Komisji Europejskiej, 2017, dostępny:
https://publications.europa.eu/resource/cellar/8e6d7ff0-4834-11e8-be1d-01aa75ed71a1.0001.01/DOC_1

BEREC Report on Post-Merger Market Developments - Price Effects of Mobile Mergers in Austria, Ireland and Germany, BoR (18) 119, 15 czerwca 2018.

Raport Komisji Europejskiej „Mobile and Fixed Broadband Prices in Europe 2021”, SMART number 2019/0018.

Rewheel Research, *The Greek mobile market is the most expensive market in EU*, listopad 2021.

GSMA, *Mobile technology and economic growth*, dostępny:
https://www.gsma.com/betterfuture/wp-content/uploads/2020/11/Mobile-technology-and-economic-growth_web.pdf

GSMA, *The Mobile Economy 2022*, dostępny: <https://www.gsma.com/mobileeconomy/wp-content/uploads/2022/02/280222-The-Mobile-Economy-2022.pdf>

Inne:

Statement by Commissioner Vestager on announcement by Telenor and TeliaSonera to withdraw from proposed merger, Bruksela, 11 września 2015, dostępne: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/STATEMENT_15_5627

Informacja z dnia 24 września 2015 r. o wycofaniu zgłoszenia koncentracji *TeliaSonera/Telenor/JV*, sprawa nr COMP/M.7419 (2015/C 316/01).

Odwołanie od wyroku Sądu (pierwsza izba w składzie powiększonym) wydanego w dniu 28 maja 2020 r. w sprawie T-399/16, *CK Telecoms UK Investments Ltd/Komisja*, wniesione w dniu 7 sierpnia 2020 r. przez Komisję Europejską (Sprawa C-376/20 P) (2020/C 390/30).

Komunikat Prasowy Komisji Europejskiej IP/04/994 z 26 lipca 2004 r., *Commission challenges UK international roaming rates*

Komunikat Prasowy Komisji Europejskiej IP/05/161 z 10 lutego 2005 r., *Competition: Commission challenges international roaming rates for mobile phones in Germany*.

Komunikat Prasowy Komisji Europejskiej IP/07/1113 z 18 lipca 2007 r., *Antitrust: Commission closes proceedings against past roaming tariffs in the UK and Germany*.

Komunikat Prasowy Komisji Europejskiej IP/13/611 z 27 czerwca 2013 r., *New lower price caps for mobile roaming from 1 July: data 36% cheaper; roaming in Croatia 15 times cheaper*.

Opinia rzecznika generalnego Roemera przedstawiona w dniu 21 listopada 1972 r. *Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 6-72.

Zespół ds. Polityki Spektrum Radiowego, *Opinion on Aspects of a European Approach to 'Collective Use of Spectrum'*, RSPG08-244 Final, 19 listopada 2008.

Wniosek o Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego o Rady ustanawiające środki dotyczące europejskiego jednolitego rynku łączności elektronicznej i mające na celu zapewnienie łączności na całym kontynencie, zmieniające dyrektywy 2002/20/WE, 2002/21/WE i 2002/22/WE oraz rozporządzenia (WE) nr 1211/2009 i (UE) nr 531/2012 (COM(2013)0627 – C7-0267/2013 – 2013/0309(COD)).

Sprawozdanie z 20 marca 2014 roku w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego środki dotyczące europejskiego jednolitego rynku łączności elektronicznej i mającego na celu zapewnienie łączności na całym kontynencie, zmieniającego dyrektywy 2002/20/WE, 2002/21/WE i 2002/22/WE oraz rozporządzenia (WE) nr 1211/2009 i (UE) nr 531/2012 (2013/0309(COD)).

Komunikat Komisji Europejskiej, *Statement by Commissioner Vestager on competition decision to prohibit Hutchison's proposed acquisition of Telefónica UK*, z dnia 11 maja 2016 r.,

dostępny: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_16_171

3