

Ewa M. Kwiatkowska\*

## Ilościowe i jakościowe metody oceny konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych w postępowaniach antymonopolowych i regulacyjnych

### Spis treści:

- I. Wprowadzenie
- II. Podstawy analizy
- III. Klasyfikacja kryteriów oceny konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych
- IV. Dobór kryteriów oceny konkurencyjności
- V. Podsumowanie

### Streszczenie:

W artykule przedstawiono kryteria oceny konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych. Dokonano ich podziału na kryteria ilościowe i jakościowe. W ramach kryteriów jakościowych wyróżniono kryteria opisujące rynek i przedsiębiorcę. Przedstawiono dobór kryteriów dokonywany przez regulatorów w poszczególnych postępowaniach. Zwrócono uwagę na asymetryczność wykorzystywania kryteriów przez regulatorów.

**Słowa kluczowe:** kryteria jakościowe, kryteria ilościowe, ocena konkurencyjności, rynki telekomunikacyjne, mandat regulacyjny.

### I. Wprowadzenie

Sektor telekomunikacyjny, mimo stopniowego narastania elementów konkurencji, nadal wymaga regulacji. Uwarunkowania instytucjonalne, prawne, ekonomiczne i technologiczne, jakie występują na rynkach komunikacji elektronicznej, determinują zewnętrzną interwencję władz publicznych. Celem tej interwencji jest nie tylko, tak jak we wszystkich sektorach gospodarki, ochrona konkurencji, zapewniana przez generalną ochronę antymonopolową, ale dodatkowo także jej wspieranie za pomocą instrumentów wyprzedzającej regulacji sektorowej. Rynki telekomunikacyjne nie osiągnęły bowiem jeszcze takiego poziomu konkurencyjności, który pozwoliłby na rezygnację z dopasowanych do potrzeb tego sektora instrumentów regulacji wyprzedzającej promujących konkurencję.

Interwencje regulacyjne na rynkach telekomunikacyjnych wymagają rozpoznania stopnia ich konkurencyjności. Konkurencyjność ta może przybierać wiele stanów. Sposób oceny konkurencyjności rynków przez regulatorów ma ogromne znaczenie dla prawidłowości podejmowanych rozstrzygnięć. Wynik badania konkurencyjności rynków właściwych determinuje rozstrzygnięcia organów regulacyjnych. Ocena konkurencyjności stanowi podstawę rozstrzygnięcia regulacyjnego, zmierzającego do

\* Wykładowca Akademii Leona Koźmińskiego, Katedra Metod Ilościowych i Zastosowań Informatyki.

unormowania sytuacji lub rozwiązania problemu mieszczącego się w zakresie mandatu regulatora. Zapewnia ona regulatorowi szczegółową diagnozę relacji występujących między przedsiębiorcami działającymi na rynku. Określenie tych relacji wymaga przeprowadzenia analizy ekonomicznej. Pozwala ona na ustalenie siły rynkowej przedsiębiorcy i możliwości kształtowania przez niego relacji z innymi uczestnikami rynku (konkurentami, kontrahentami, a na rynkach detalicznych także z konsumentami). Struktura tej analizy i poszczególne kwestie oceniane w jej ramach wynikają z określonego prawem mandatu regulacyjnego, skorelowanego z powinnościami przedsiębiorców prowadzących działalność na rynkach telekomunikacyjnych<sup>1</sup>. Dlatego to, jakie narzędzia (kryteria ilościowe i jakościowe) i w jaki sposób wykorzystywane są przez regulatorów do oceny konkurencyjności rynków właściwych ma ogromne znaczenie dla całego procesu regulowania rynków telekomunikacyjnych w sposób wyprzedzający (*ex ante*) i następczy (*ex post*), a w efekcie dla zapewnienia ochrony lub wspierania rozwoju skutecznej konkurencji w tym sektorze.

Zadania regulacyjne realizowane na rynkach telekomunikacyjnych są efektem polityk realizowanych na poziomie unijnym i krajowym, znajdujących wyraz w aktualnym stanie prawa na obydwu poziomach. Mimo różnic występujących pomiędzy zadaniami ochrony antymonopolowej oraz prokonkurencyjnej regulacji sektorowej wykształcił się pewien zespół wspólnych reguł postępowania przy podejmowaniu poszczególnych rozstrzygnięć i poprzedzających te rozstrzygnięcia sposobów oceny stanu rynku. Wszystkie te postępowania zawierają podobny etap – szczegółową ocenę konkurencyjności rynku właściwego. Celem artykułu jest ustalenie, jakie kryteria wykorzystywane są przy ocenie konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych dla potrzeb poszczególnych zadań regulacyjnych.

## II. Podstawy analizy

Podjęcie przez regulatorów rozstrzygnięć, z zakresu ochrony konkurencji lub regulacji w sektorze telekomunikacyjnym, wymaga każdorazowo szczegółowego rozpoznania sytuacji konkurencyjnej rynku właściwego. Elementem wspólnym dla wszystkich czterech typów postępowań dotyczących wyprzedzającej regulacji sektorowej, wyprzedzającej kontroli koncentracji, podejrzenia stosowania przez przedsiębiorców praktyk ograniczających konkurencję, w tym: nadużywania pozycji dominującej i zawierania porozumień ograniczających konkurencję, jest ocena konkurencyjności rynku właściwego. Praktyczne wykorzystanie tego elementu poddane zostało szczegółowej analizie. Do analizy tej wybrano rozstrzygnięcia krajowych i unijnych organów (Komisji Europejskiej, Prezesa UOKiK i Prezesa UKE). Podstawowy zasób źródeł tworzą decyzje i postanowienia organów regulacyjnych wydane w odniesieniu do przedsiębiorców funkcjonujących na rynkach telekomunikacyjnych (tabela 1).

<sup>1</sup> W. Hoff, *Prawo wobec zjawisk ekonomicznych – regulacja sektorowa*, Master of Business Administration nr 3/2008 (92), s. 20-21.

**Tabela 1.** Struktura rozstrzygnięć regulacyjnych podlegających analizie

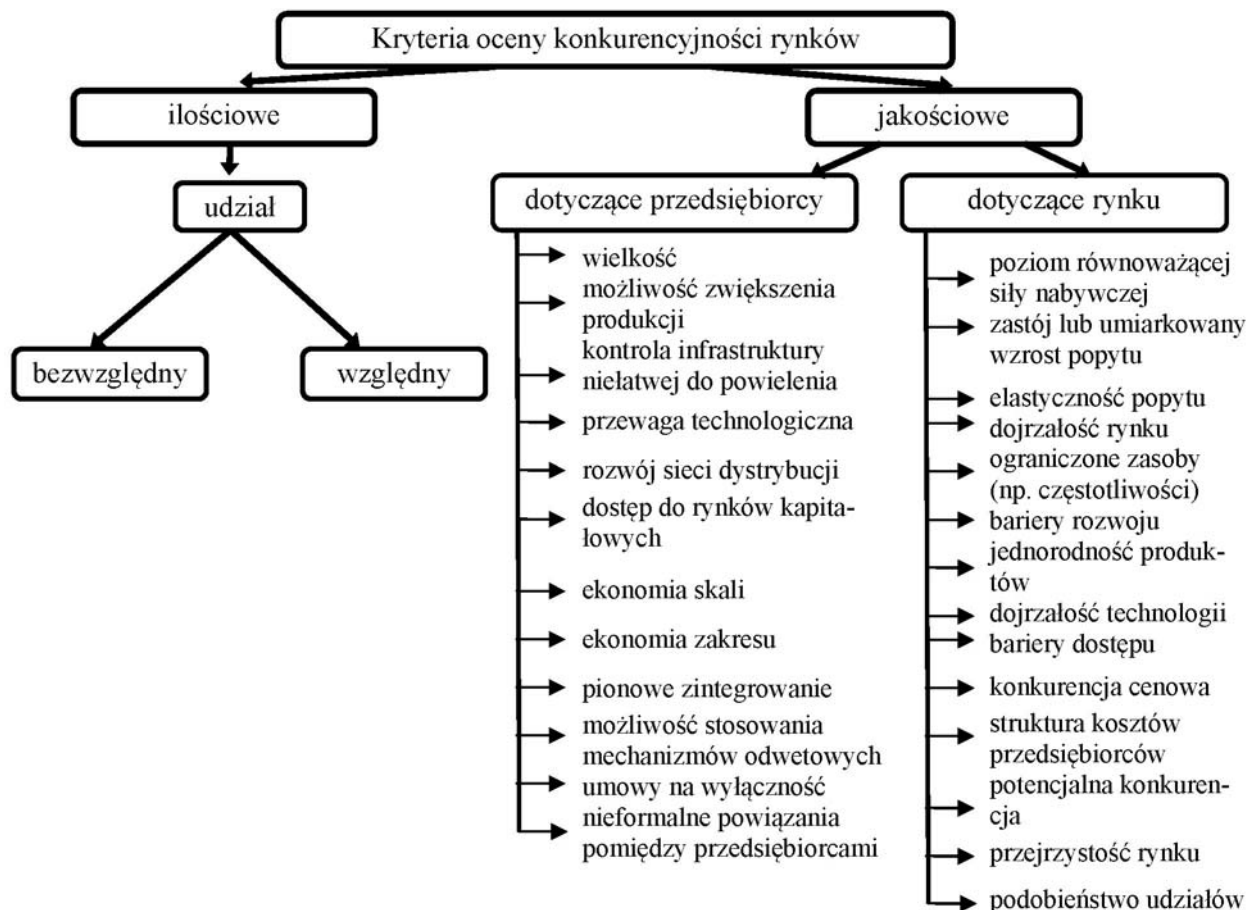
Regulacja	Organ Krajowy	Organ Unii Europejskiej	$\Sigma$
	UOKiK	KE	
Horyzontalna kontrola koncentracji	57	81	138
Praktyki ograniczające konkurencję w tym:	82	11	93
<i>Nadużywanie pozycji dominującej</i>	66	5	71
<i>Porozumienia ograniczające konkurencję</i>	16	6	22
<b>Sektorowa</b>	<b>UKE</b>		
	29		29
$\Sigma$	<b>168</b>	<b>92</b>	<b>260</b>

Źródło: opracowanie własne.

Ogółem przeanalizowano 260 rozstrzygnięć. Badanie objęło 139 publicznie dostępnych decyzji dotyczących prewencyjnej kontroli koncentracji i stosowania przez przedsiębiorców praktyk ograniczających konkurencję wydanych przez Prezesa UOKiK w latach 2003-2011 (57 decyzji w sprawach koncentracji, 66 w sprawach nadużywania pozycji dominującej i 16 w sprawach zawierania porozumień ograniczających konkurencję). Analizie poddano także rozstrzygnięcia wydane przez Prezesa UKE w latach 2006-2011. Ogółem poddano badaniu 29 rozstrzygnięć Prezesa UKE, w tym 7 dotyczących rynków detalicznych i 22 dotyczące rynków hurtowych. Nie są to wszystkie rozstrzygnięcia regulacyjne, jakie w tym okresie wydał Prezes UKE. Pominięto część decyzji, które dotyczą bardzo podobnych rynków, np. rynków zakańczania połączeń w poszczególnych stacjonarnych lub mobilnych sieciach telefonicznych (rynk 9 i 16(7)) oraz rynku zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w sieciach ruchomych, na których poszczególni operatorzy posiadają 100% udział w rynku. Badanie objęło także wybrane, dostępne w języku angielskim, 92 decyzje KE. Wybrano te decyzje KE, które zawierały analizę konkurencyjności rynków. Przeanalizowano dostępne w języku angielskim 11 decyzji w sprawie praktyk ograniczających konkurencję wydanych przez KE w latach 1999–2011 (5 decyzji dotyczących nadużywania pozycji dominującej i 6 dotyczących porozumień ograniczających konkurencję). Decyzji KE w sprawie prewencyjnej kontroli koncentracji było w tym okresie znacznie więcej, dlatego też skoncentrowano się na analizie tych wydanych w latach 2004-2011, czyli na gruncie aktualnego stanu prawnego (81 decyzji, w tym 35 w ramach procedury uproszczonej).

### III. Klasyfikacja kryteriów oceny konkurencyjności rynków

Przy ocenie poziomu konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych wykorzystuje się w praktyce wiele kryteriów umożliwiających ustalenie sytuacji konkurencyjnej rynku właściwego. Kryteria oceny konkurencyjności można podzielić na ilościowe i jakościowe. O ile do kryteriów ilościowych zaliczany jest właściwie jedynie poziom udziałów w rynku przedsiębiorców, to kryteriów jakościowych jest znacznie więcej. Klasyfikację kryteriów oceny konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych przedstawia rysunek 1.



**Rysunek 1.** Klasyfikacja kryteriów oceny konkurencyjności rynków

**Źródło:** opracowanie własne.

Kryteria ilościowe stanowią wąską, ale niezbędną przy analizie rynków, grupę mierników oceny konkurencyjności. Są one wykorzystywane we wszystkich postępowaniach regulacyjnych. Do kryteriów ilościowych zalicza się poziom udziałów w rynku przedsiębiorców. Kryterium to opisuje zarówno przedsiębiorcę, jak i rynek, na którym prowadzi on działalność. W analizach wykorzystywany jest zarówno poziom udziału bezwzględnego (absolutna wysokość udziałów), jak względny poziom udziałów, czyli udział przedsiębiorcy w porównaniu z udziałami innych podmiotów. Przy ocenie konkurencyjności poziom udziałów w rynku określany jest, w zależności od rodzaju analizowanego rynku, wartościowo lub ilościowo. Pomiar udziałów powinien być przeprowadzany z uwzględnieniem specyfiki i cech badanego rynku. Określenie siły rynkowej podmiotów w oparciu o wysokość udziałów w rynku może być zawodne. Będzie tak m.in. w sytuacji, w której rynek znajduje się w fazie początkowej rozwoju. Na takim rynku występuje ostra konkurencja. Poziom udziałów podlega ciągłym zmianom<sup>2</sup>. Również, gdy bariery wejścia i wyjścia z rynku są bardzo niskie, czyli w sytuacji, gdy można szybko i ponosząc bardzo niskie nakłady wejść lub wyjść z rynku, to nawet podmiot będący monopolistą, nie będzie mógł podnosić cen ponad konkurencyjny poziom. Samo zagrożenie wejściem na rynek nowych podmiotów będzie utrzymywało ceny na niskim poziomie<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Strategor, *Zarządzanie firmą. Strategie, struktury, decyzje, tożsamość*, Warszawa 1995, s. 50-52.

<sup>3</sup> S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London 2010, s. 65.

W miarę potrzeby, przy ocenie konkurencyjności rynków, można stosować miary koncentracji. Do obliczania tych mierników wykorzystuje się dane o wysokości udziałów, jakimi dysponują przedsiębiorcy na rynku. Przy pomiarze koncentracji etapem wstępnym jest obliczenie wskaźników struktury<sup>4</sup>. W zależności od rodzaju wykorzystywanego wskaźnika koncentracji niezbędne do obliczenia poziomu koncentracji rynku są informacje o wysokości udziałów wszystkich lub tylko największych podmiotów. Nie istnieje jeden, najlepszy sposób mierzenia koncentracji rynku. Najlepszą miarą w konkretnym przypadku będzie ta, która jest najbliższej powiązana z funkcjonowaniem analizowanego rynku<sup>5</sup>. Na poziom koncentracji mają wpływ dwie zmienne, określające strukturalne wymiary rynku: liczba przedsiębiorców działających na rynku oraz nierównomierność poziomu udziałów przedsiębiorców. Miernik koncentracji powinien uwzględniać obie te zmienne<sup>6</sup>.

Miary koncentracji służą regulatorom do oceny wspólnej pozycji rynkowej przedsiębiorców. Kryterium to jest stosowane tylko w niektórych postępowaniach regulacyjnych i antymonopolowych, w których rozstrzygnięcie uzależnione jest od łącznego wpływu grupy przedsiębiorców na konkurencyjność rynku. Znajdzie ono zastosowanie przede wszystkim w postępowaniach regulacyjnych dotyczących ewentualnego występowania kolektywnej pozycji znaczącej (gdy nie stwierdzono indywidualnej pozycji znaczącej) oraz w postępowaniach antymonopolowych dotyczących podejrzenia nadużywania kolektywnej pozycji dominującej. Powinno być ono również wykorzystywane w prewencyjnej kontroli koncentracji. Wysoki poziom koncentracji może wskazywać na dominację, zaś równomierne rozłożenie udziałów – na konkurencyjność rynku lub występowanie zbiorowej dominacji.

Stopień koncentracji rynku jest odpowiednikiem analizy udziałów rynkowych przy wskazywaniu podmiotów łącznie dysponujących siłą rynkową<sup>7</sup>. Dlatego, bez względu na rodzaj mandatu regulacyjnego, jakim dysponuje regulator, w praktyce orzeczniczej wykorzystywane jest w rezultacie tylko jedno kryterium ilościowe – udział w rynku. Jeśli na rynku występuje zróżnicowanie i asymetria pomiędzy udziałami przedsiębiorców, to bardziej prawdopodobne jest, że podmiot o najwyższym udziale w rynku dysponuje siłą rynkową. Z drugiej strony, wyrównany poziom udziałów kilku przedsiębiorców, uniemożliwiający stwierdzenie siły rynkowej jednego podmiotu, może świadczyć o dysponowaniu przez przedsiębiorców zbiorową siłą rynkową. Kryterium udziału w rynku jest właściwe do oceny siły rynkowej, ale nie jest to kryterium wyłączone<sup>8</sup>. Wielkość udziałów w rynku nie obrazuje ograniczeń konkurencji ze strony potencjalnych konkurentów, czyli podmiotów niefunkcjonujących na rynku właściwym. Oparcie decyzji regulacyjnych wyłącznie na ocenie konkurencyjności z wykorzystaniem tego kryterium może być zawodne.

Kryteria jakościowe oceny konkurencyjności tworzą rozbudowany zestaw instrumentów służących do oceny stanu rynku. Łącznie we wszystkich przeanalizowanych postępowaniach regulacyjnych, regulatorzy zastosowali kilkadziesiąt różnych kryteriów jakościowych. Dla celów analizy tego rozbudowanego instrumentarium regulacyjnego uzasadniony jest podział kryteriów jakościowych na dwie grupy – kryteria opisujące przedsiębiorcę lub przedsiębiorców i kryteria opisujące rynek, na którym

<sup>4</sup> K. Jackowicz, O. Kowalewski, *Koncentracja działalności sektora bankowego w Polsce w latach 1994-2000*, Materiały i Studia, Zeszyt NBP nr 143, Warszawa 5/2002, s. 4.

<sup>5</sup> B. Curry, K.D. George, *Industrial Concentration: A Survey*, The Journal of Industrial Economics 1983, Vol. 31, No. 3, s. 215.

<sup>6</sup> S. Davies, *Measuring Industrial Concentration: An Alternative Approach*, The Review of Economics and Statistics 1980, Vol. 62, No. 2, s. 306; E. Vanlommel, B. de Brabander, D. Liebaers, *Industrial Concentration in Belgium: Empirical Comparison of Alternative Seller Concentration Measures*, The Journal of Industrial Economics 1977, Vol. 26, No. 1, s. 2; C. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, Bonn/Warszawa, s. 74.

<sup>7</sup> M. Rogalski, *Komentarz do art. 25a* [w:] M. Rogalski (red.), *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 226-227.

<sup>8</sup> R. Whish, *Competition Law*, London 2003, s. 43.

prowadzona jest działalność telekomunikacyjna. Do pierwszej grupy kryteriów zaliczono: wielkość przedsiębiorcy, możliwość zwiększenia przez niego produkcji, możliwość stosowania mechanizmów odwetowych, istnienie umów na wyłączność, kontrolę niełatwej do powielenia infrastruktury pozostającej w jego dyspozycji, istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorcy, ekonomię skali, ekonomię zakresu, pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy lub istnienie powiązań horyzontalnych i konglomeratowych, nieformalne powiązania pomiędzy przedsiębiorcami, poziom rozwoju sieci dystrybucji i sprzedaży oraz łatwy bądź uprzywilejowany dostęp przedsiębiorcy do rynków kapitałowych lub zasobów finansowych. Do drugiej grupy, czyli do kryteriów pozwalających ocenić rynek, na którym przedsiębiorca telekomunikacyjny prowadzi działalność, zaliczono: brak albo niski poziom równoważącej siły nabywczej, brak potencjalnej konkurencji, ograniczone zasoby – np. częstotliwości, istnienie barier dalszego rozwoju przedsiębiorcy oraz rynku właściwego, dojrzałość rynku, zastój albo umiarkowany wzrost popytu, niską elastyczność popytu, jednorodność/zróźnicowanie produktów oferowanych przez przedsiębiorców, podobne struktury kosztów przedsiębiorców, dojrzałość technologii, wysokie bariery dostępu do rynku, brak albo ograniczenia konkurencji cenowej, podobieństwo udziałów i przejrzystość rynku.

Zaproponowany podział kryteriów jakościowych ma charakter względny. Kryteria nie są całkowicie rozłączne. Te zaliczone do pierwszej grupy określając sytuację przedsiębiorcy jednocześnie opisują też rynek, na którym przedsiębiorca ten prowadzi działalność. Odwrotna zależność może również występować. Kryteria określające głównie rynek mogą jednocześnie, w pewnym stopniu, opisywać sytuację przedsiębiorcy na nim działającego. Jeśli na rynku zdiagnozowano wysokie bariery dostępu, to nowo wchodzącym przedsiębiorcom trudno będzie rozpocząć działalność na takim rynku. Przesłanka ta określa sytuację występującą na rynku, charakteryzując ten rynek. Dotyczy ona jednak w pewnym zakresie też przedsiębiorców na nim funkcjonujących lub rozpatrywanych jako potencjalni konkurenci w analizie rynku. Jeśli występują wysokie bariery wejścia na rynek, to czynnik ten może działać jako dodatkowy zasób przedsiębiorców, który poszerza ich swobodę podejmowania decyzji gospodarczych. Co więcej, te wysokie bariery wejścia w pewnym zakresie mogą także wynikać ze strategicznych zachowań podmiotów już na nim funkcjonujących.

Zaprezentowany katalog kryteriów zawiera te kryteria, które były stosowane w praktyce, przy ocenie konkurencyjności rynków przez KE, Prezesa UOKiK i Prezesa UKE. Przedstawione przesłanki jakościowe oceny konkurencyjności rynków nie stanowią zamkniętego katalogu kryteriów oceny pozycji przedsiębiorców. Analizie poddano te kryteria, które występowały w praktyce regulacyjnej. Incydentalnie KE przy ocenie konkurencyjności wykorzystywała również następujące przesłanki: ułatwienie konkurowania, pozioma integracja, silna i rozpoznawalna marka, powiązanie z operatorem zasiedziałym, występowanie silnych konkurentów oraz możliwość zmiany operatora. Kryteria te zostały odnotowane przez KE w jednostkowych przypadkach i nie mają wpływu na dominującą praktykę regulatora.

#### **IV. Dobór kryteriów oceny konkurencyjności rynków**

Dobór kryteriów służących ocenie konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych zdeterminowany jest przede wszystkim zadaniem regulacyjnym. Wybór kryteriów i sposób ich stosowania w praktyce różnią się między sobą. Wyraźne odrębności są widoczne w przypadku kryteriów stosowanych przez sektorowego regulatora, który przeprowadza bardzo dokładną i pogłębioną analizę sytuacji

konkurencyjnej rynku. W jego przypadku sposób dokonywania oceny rynków hurtowych będzie odbiegał od sposobu oceny przeprowadzanej na rynkach detalicznych. Nie wszystkie kryteria nadają się do stosowania zarówno w przypadku rynków detalicznych, jak i hurtowych.

W praktyce we wszystkich typach postępowań regulacyjnych podstawowym kryterium oceny konkurencyjności rynku jest wysokość udziałów przedsiębiorców prowadzących działalność na rynku. Bezwzględna i względna wysokość udziałów to najczęściej wykorzystywane kryterium, które pozwala ocenić poziom konkurencyjności rynku. Jest to właściwie jedyne kryterium całkowicie ilościowe, jakim dysponują regulatorzy przy ocenie pozycji przedsiębiorców na rynku. W analizowanych rozstrzygnięciach kryterium udziału w rynku wykorzystywane było bardzo często, we wszystkich rodzajach postępowań. Ta analiza ilościowa powinna być (i w praktyce w wielu przypadkach była) poparta oceną przeprowadzoną za pomocą kryteriów jakościowych. Wyłącznie wysoki udział w rynku nie powinien przesądzać m.in. o zajmowaniu pozycji dominującej lub znaczącej<sup>9</sup>.

W analizowanym zbiorze rozstrzygnięć miary poziomu koncentracji wykorzystywane były incydentalnie (ok. 3% rozstrzygnięć). W decyzjach organów ochrony konkurencji zastosowano je w 2 z 231 decyzji. W przypadku kontroli koncentracji prowadzonej przez KE, indeks HHI i delta HHI obliczono w jednej sytuacji (dla obrotu i liczby klientów)<sup>10</sup>. Ocena konkurencyjności rynku prowadzona przez Prezesa UOKiK w postępowaniu dotyczącym nadużywania pozycji dominującej poparta została w jednym przypadku miarą koncentracji rynku. Regulator określił dyskretny wskaźnik koncentracji dla 10 podmiotów (największych operatorów sieci kablowych w Polsce). W decyzji tej nie nazwano wykorzystywanej miary koncentracji. Stwierdzono, że łączny udział w liczbie abonentów 10 największych operatorów, w stosunku do wszystkich operatorów, wynosi 40-50%<sup>11</sup>. Prezes UKE obliczał miary koncentracji w większej liczbie analizowanych spraw. Z 29 badanych rozstrzygnięć stopień koncentracji określany był w 6 przypadkach. Regulator oceniał poziom koncentracji rynku wykorzystując indeks HHI zawsze wtedy, gdy oceniał konkurencyjność rynków, na których nie działa przedsiębiorca posiadający indywidualnie pozycję znaczącą (5 rozstrzygnięć)<sup>12</sup>. W tych przypadkach, poziom koncentracji rynku określany był w celu ewentualnego stwierdzenia kolektywnej pozycji znaczącej. Jednym z niezbędnych kryteriów analizowanych przy ocenie zajmowania łącznie tej uprzywilejowanej pozycji jest ocena stopnia koncentracji rynku. Wytyczne KE w sprawie analizy rynków nakładają na regulatora sektorowego obowiązek zastosowania tego kryterium<sup>13</sup>. Dodatkowo, w jednej sprawie, Prezes UKE zastosował ocenę konkurencyjności z wykorzystaniem indeksu HHI oraz odchylenia standardowego udziałów trzech największych operatorów. Miary te zastosowane były w celu wskazania subrynków, na których występuje wysoki poziom konkurencji na poziomie detalicznym i tym samym nie ma konieczności wprowadzania regulacji wyprzedzającej na szczeblu hurtowym<sup>14</sup>. W przypadku tak małego

<sup>9</sup> Np. w uzasadnieniu decyzji nr RGD 46/2007 w sprawie nadużywania pozycji dominującej Prezes UOKiK stwierdził, że nawet na hipotetycznie zawężonym terytorialnie do obszaru jednego osiedla rynku świadczenia usług dostępu szerokopasmowego do Internetu, na którym operator dysponuje 60-70% udziałem w rynku mierzonym liczbą abonentów, nie może on działać niezależnie od TP SA, dysponującej nie niższym niż 25% udziałem. Dysponowanie wysokim udziałem w rynku nie oznacza automatycznie pozycji dominującej. Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2007 r., RGD 46/2007, s. 19 (szczególnie przypis 27).

<sup>10</sup> Decyzja KE z 26.04.2006 r., COMP/M.3916–T-Mobile Austria/ Tele.ring, s. 11.

<sup>11</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 19.04.2004 r., RLU–17/04, s. 4-5.

<sup>12</sup> Postanowienia Prezesa UKE z: 27.03.2007 r. DRTD–SMP–6043–4/06 (28), s. 52; 6.08.2008 r., DART–SMP–4063–12/07 (38), s. 40-41; 29.07.2011 r., DART–SMP–6040–14/10 (47), s. 55–57; 22.01.2010 r., DART–SMP–6040–7/09 (131), s. 35-36 i 17.10.2008 r., DART–SMP–6043–1/07 (142), s. 39-41.

<sup>13</sup> Punkt 97 wytycznych Komisji w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej w ramach porządku regulacyjnego Wspólnoty dla sieci i usług łączności elektronicznej, (*Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services*), (brak oficjalnej polskiej wersji językowej), Dz. Urz. WE C 165/6 z 11.07.2002 r.; dalej: wytyczne w sprawie analizy rynku.

<sup>14</sup> Decyzja Prezesa UKE z 28.04.2011 r., DART–SMP–6040–1/10 (47), s. 61 i 79-83.

zbioru rozstrzygnięć, w których znalazły się miary koncentracji (8 z 260) trudno jest mówić o dominującej praktyce regulatorów w zakresie stosowania tego kryterium. Należy jednak zauważyć, że najczęściej stosowaną miarą koncentracji jest indeks HHI. Traktowany jest on przez KE (wraz z jego zmianami w czasie – delta HHI) jako podstawowy miernik siły rynkowej przedsiębiorców<sup>15</sup>.

Większość z przedstawionych na rysunku 1, kryteriów jakościowych (23 z 26 kryteriów) wykorzystywana była w praktyce przez regulatora sektorowego przy ocenie konkurencyjności rynków w celu stwierdzenia występowania przedsiębiorcy zajmującego indywidualnie bądź kolektywnie pozycję znaczącą. Do kryteriów, które nie zostały wykorzystane przez Prezesa UKE należą jedynie trzy – wielkość przedsiębiorcy<sup>16</sup>, występowanie ograniczonych zasobów (np. częstotliwości) oraz istnienie umów na wyłączność. Kryteria, które Prezes UKE powinien stosować przy ocenie indywidualnej pozycji znaczącej były pierwotnie określone w P.t.<sup>17</sup>. Obecnie w P.t. znajduje się jedynie odesłanie do kryteriów wskazanych w wytycznych KE w sprawie analizy rynku<sup>18</sup>. Natomiast kryteria, które powinny być stosowane przez Prezesa UKE przy ocenie kolektywnej pozycji znaczącej znajdują się w dalszym ciągu w P.t.<sup>19</sup>. Przeanalizowano 29 rozstrzygnięć regulatora sektorowego. Rozstrzygnięcia te podejmowane były przez Prezesa UKE w tzw. I i II cyklu regulacyjnym. W pierwszym przeglądzie regulator sektorowy w uzasadnieniu podejmowanego rozstrzygnięcia wymieniał z reguły<sup>20</sup> wszystkie kryteria oceny indywidualnej pozycji znaczącej, które znajdowały się w P.t.<sup>21</sup>. W drugim cyklu regulacyjnym Prezes UKE z reguły<sup>22</sup> opisywał szczegółowo wyłącznie te kryteria, które miały wpływ na sytuację konkurencyjną analizowanego rynku i w rezultacie na podejmowane rozstrzygnięcie<sup>23</sup>. Na przykład, na wszystkich rynkach hurtowych ocenianych w ramach drugiego przeglądu rynków, brak jest opisu

<sup>15</sup> Pkt 17 i następane wytycznych w sprawie oceny horizontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. UE 2004/C 31/03 z 5.2.2004 r..

<sup>16</sup> Pomimo że kryterium to znajduje się w 78 punkcie wytycznych w sprawie analizy rynku zawierającym listę przesłanek jakościowych stosowanych do oceny pozycji znaczącej.

<sup>17</sup> Do chwili wprowadzenia noweli do P.t., która weszła w życie 6 lipca 2009 r. (ustawa z 24.04.2009 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2009 r. Nr 85, poz. 716), katalog kryteriów stosowanych przez regulatora przy ocenie pozycji znaczącej przedsiębiorcy znajdował się w art. 24 ust. 3 P.t. W artykule tym wymienione było, poza udziałem w rynku, 11 kryteriów jakościowych – brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej; istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorcy; brak albo niewielki poziom równoważącej siły nabywczęj; łatwy bądź uprzywilejowany dostęp przedsiębiorcy do rynków kapitałowych bądź zasobów finansowych; ekonomia skali; ekonomia zakresu; pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy; poziom rozwoju sieci dystrybucji i sprzedaży; brak potencjalnej konkurencji; istnienie barier dalszego rozwoju przedsiębiorcy oraz rynku właściwego; istnienie barier wejścia na rynek właściwy.

<sup>18</sup> Art. 25a ust. 2 P.t. odsyłający do wytycznych w sprawie analizy rynku. W punkcie 78 tych wytycznych znajduje się lista przesłanek jakościowych stosowanych do oceny pozycji rynkowej przedsiębiorcy. Znajduje się na niej 12 kryteriów jakościowych. W odróżnieniu do listy przesłanek, która znajdowała się bezpośrednio w P.t., w wytycznych dodatkowo pojawiają się dwa kryteria – całkowita wielkość przedsiębiorcy oraz różnicowanie produktów/usług (np. powiązane produkty bądź usługi). Na liście tej brak jest natomiast kryterium istnienia barier wejścia na rynek właściwy, które znajdowało się w P.t.

<sup>19</sup> Art. 25a ust. 4 P.t. zawiera kryterium przejrzystości rynku oraz listę 13 kryteriów jakościowych – dojrzałość rynku; zastój lub umiarkowany wzrost popytu; niska elastyczność popytu; jednorodność produktów; podobne struktury kosztów przedsiębiorców; brak innowacji technologicznych, dojrzałość technologii; brak możliwości zwiększenia produkcji lub świadczenia usług; wysokie bariery dostępu do rynku; brak równoważącej siły nabywczęj; brak potencjalnej konkurencji; różnego rodzaju nieformalne lub inne powiązania pomiędzy przedsiębiorcami; brak albo ograniczenie konkurencji cenowej; możliwość stosowania mechanizmów odwetowych. Na liście tej nie ma kryterium podobnych udziałów w rynku, które znajdowało się przed wprowadzeniem noweli do P.t. w art. 24 ust. 5 P.t. Kryterium to jest również na liście przesłanek znajdującej się w punkcie 97 wytycznych w sprawie analizy rynku. Było ono w praktyce wykorzystywane przez Prezesa UKE w rozstrzygnięciach regulacyjnych.

<sup>20</sup> Nie wszystkie kryteria oceny pozycji znaczącej wymienione w P.t. zostały opisane w jednej decyzji podjętej w I cyklu regulacyjnym (decyzja Prezesa UKE z 9.11.2006 r., DRTD-SMP-6043-9/06(34)).

<sup>21</sup> Wszystkie kryteria znajdujące się w P.t. Prezes UKE zastosował w rozstrzygnięciach dotyczących rynków: 1 (decyzja z 27.08.2007 r., DRTD-SMP-6043-1/07(30)), 2 (decyzja z 27.08.2007 r., DRTD-SMP-6043-2/07(22)), 3 (decyzja z 30.08.2007 r., DRTD-SMP-6043-43/06(19)), 4 (decyzja z 28.08.2007 r., DRTD-SMP-6043-41/06(21)), 5 (decyzja z 30.08.2007 r., DRTD-SMP-6043-44/06(35)), 6 (decyzja z 28.08.2007 r., DRTD-SMP-6043-42/06(21)), 7 (decyzja z 29.05.2007 r., DRTD-SMP-6043-46/06(25)), 8 (decyzja z 10.07.2006 r., DRTD-SMP-6043-6/06(16)), 9 (decyzja z 18.09.2006 r., DRTD-SMP-6043-7/06(25)), 9 (decyzja z 26.04.2007 r., DRTD-SMP-6043-10/06(20)), 10 (postanowienie z 17.10.2008 r., DART-SMP-6043-1/07(142)), 11/2003 (decyzja z 26.06.2007 r., DRTD-SMP-6043-8/06(31)), 12/2003 (decyzja z 14.02.2007 r., DRT-SMP-6043-23/05(33)), 13 (decyzja z 23.10.2008 r., DRTD-SMP-6043-39/06(31)), 14 (decyzja z 24.04.2009 r., DART-SMP-6043-2/07(74)), 15 (postanowienie z 6.08.2008 r., DART-SMP-6043-12/07(38)), 16(7) (decyzja z 17.07.2006 r., DRTD-SMP-6043-2/06(16)), 17 (postanowienie z 27.03.2007 r., DRTD-SMP-6043-4/06(28)).

<sup>22</sup> W decyzji z 29.09.2009 r., DART-SMP-6040-4/09(33) Prezes UKE opisał wszystkie kryteria oceny pozycji znaczącej. Odwoływał się w tej decyzji do listy kryteriów, która znajdowała się w art. 24 ust. 3 P.t.

<sup>23</sup> Nie wszystkie kryteria oceny indywidualnej pozycji znaczącej wymienione w przepisach zastosował Prezes UKE w rozstrzygnięciach dotyczących rynków: 8 (decyzja z 5.08.2011 r., DART-SMP-6040-5/10(42)), 9 (decyzja z 26.10.2011 r., DART-SMP-6040-5/11(22)), 4/2007 (decyzja z 30.12.2010 r., DART-SMP-6040-2/10(52)), 5/2007 (decyzja z 28.04.2011 r., DART-SMP-6040-1/10(47)), 14 (postanowienie z 22.01.2010 r., DART-SMP-6040-7/09(131)), 15 (postanowienie z 29.07.2011 r., DART-SMP-6040-14/10(47)), 16(7) (decyzja z 28.02.2011 r., DART-SMP-6040-14/09(19)), 18 (decyzja z 12.10.2010 r.,



kryterium poziomu rozwoju sieci dystrybucji i sprzedaży<sup>24</sup>. Na tego rodzaju rynkach rozwój sieci dystrybucji i sprzedaży przedsiębiorcy pozostaje bez wpływu na sytuację konkurencyjną. Z kolei na rynkach zakańczania połączeń w sieciach poszczególnych operatorów każdy z nich posiada niezmiennie 100% udział w rynku. Na takich rynkach nie ma potrzeby analizowania jakościowych kryteriów oceny konkurencyjności. W ramach pierwszego cyklu regulacyjnego zostały jednak wymienione wszystkie kryteria jakościowe przewidziane w P.t.<sup>25</sup>. W drugim cyklu regulacyjnym skoncentrowano się jedynie na wybranych kryteriach opisujących te specyficzne rynki. Nie stosowano m.in. kryteriów przewagi technologicznej, ekonomii skali i zakresu, jak i poziomu rozwoju sieci dystrybucji<sup>26</sup>.

Praktyka wykorzystywania kryteriów jakościowych oceny konkurencyjności rynków przez regulatora sektorowego ewoluowała. Na początku wykorzystywano lub co najmniej przywoływano wszystkie kryteria określone w przepisach. Później koncentrowano się jedynie na kryteriach wybranych. Ograniczenie się w drugim cyklu do wybranych kryteriów oceny pozycji znaczącej może wynikać z doświadczenia regulatora. Dodatkowo, przełom pierwszego i drugiego cyklu regulacyjnego zbiegł się w czasie z wprowadzeniem noweli do P.t., w wyniku której lista kryteriów służących ocenie indywidualnej pozycji znaczącej została z ustawy usunięta<sup>27</sup>. Rozstrzygnięcia regulatora sektorowego, w których powołuje się on na kryteria znajdujące się w wytycznych KE w sprawie analizy rynku (rozstrzygnięcia wydawane od 2010 r.), a nie bezpośrednio w P.t., zawierają analizę wyłącznie tych kryteriów, które mogą w opinii regulatora mieć wpływ na jego rozstrzygnięcie.

W przypadku tych rynków, na których nie stwierdzono indywidualnej pozycji znaczącej analizowano konkurencyjność pod kątem występowania kolektywnej pozycji znaczącej. Sytuacja taka wystąpiła pięć razy<sup>28</sup>. Na tych rynkach regulator badał poziom koncentracji oraz jego przejrzystość. Na dwóch rynkach, na których te cechy nie wskazywały istnienia kolektywnej pozycji znaczącej nie analizowano, zgodnie z normatywnymi wskazaniem, pozostałych kryteriów oceny<sup>29</sup>. Natomiast w trzech postanowieniach znalazła się również analiza wszystkich<sup>30</sup> lub prawie wszystkich (bez kryterium dojrzałości technologii<sup>31</sup> lub kryteriów istnienia nieformalnych powiązań między przedsiębiorcami i niskiej elastyczności popytu<sup>32</sup>) kryteriów znajdujących się w katalogu kryteriów oceny kolektywnej pozycji znaczącej. Tylko w pięciu rozstrzygnięciach Prezes UKE analizował kryteria kolektywnej pozycji znaczącej. Zbiór tych rozstrzygnięć jest tak mały, że nie powinno się wyciągać wniosków, co do dominującej praktyki regulatora w tym zakresie.

W przypadku obu regulatorów horyzontalnych (krajowego i unijnego), brak jest analogicznej listy kryteriów jakościowych, które powinny być stosowane w postępowaniach prowadzonych przez te organy. Nie ma normatywnej listy kryteriów, których zastosowanie pozwala na stwierdzenie posiadania

DART-SMP-6040-8/09 (62)); decyzja dla rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w sieci PTK Centertel z 14.12.2010r., DART-SMP-6040-9/10 (32).

<sup>24</sup> Kryterium to nie było oceniane na wszystkich rynkach hurtowych analizowanych w ramach II cyklu regulacyjnego, które są wymienione w powyższym przypisie. Kryterium to nie było analizowane też na rynku 18 w I cyklu regulacyjnym (decyzja Prezesa UKE z 9.11.2006 r., DRTD-SMP-6043-9/06 (34)).

<sup>25</sup> Decyzje Prezesa UKE z: 18.09.2006 r., DRTD-SMP-6043-7/06 (25) i 26.04.2007 r., DRTD-SMP-6043-10/06 (20) oraz 17.07.2006 r., DRTD-SMP-6043-2/06 (16).

<sup>26</sup> Decyzje Prezesa UKE z: 26.10.2011 r., DART-SMP-6040-5/11 (22); 28.02.2011 r., DART-SMP-6040-14/09 (19); 14.12.2010 r., DART-SMP-6040-9/10 (32).

<sup>27</sup> Ustawa z 24.04.2009 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2009 r. Nr 85, poz. 716.

<sup>28</sup> Postanowienia Prezesa UKE z: 17.10.2008 r., DART-SMP-6043-1/07 (142), 22.01.2010 r., DART-SMP-6040-7/09 (131), 6.08.2008 r., DART-SMP-6043-12/07 (38), 29.07.2011 r., DART-SMP-6040-14/10 (47) i 27.03.2007 r., DRTD-SMP-6043-4/06 (28).

<sup>29</sup> Postanowienia Prezesa UKE z: 17.10.2008 r., DART-SMP-6043-1/07 (142) i 22.01.2010 r., DART-SMP-6040-7/09 (131).

<sup>30</sup> Postanowienie Prezesa UKE z 6.08.2008 r., DART-SMP-6043-12/07 (38).

<sup>31</sup> Postanowienie Prezesa UKE z 29.07.2011 r., DART-SMP-6040-14/10 (47).

<sup>32</sup> Postanowienie Prezesa UKE z 27.03.2007 r., DRTD-SMP-6043-4/06 (28).

przez przedsiębiorcę pozycji dominującej. W praktyce regulatorzy horyzontalni wykorzystują te kryteria, które pozwalają im na przeprowadzenie oceny konkurencyjności właściwej dla danego rodzaju rozstrzygnięcia.

W rozstrzygnięciach krajowego regulatora horyzontalnego dotyczących praktyk ograniczających konkurencję i wyprzedzającej kontroli koncentracji do oceny konkurencyjności wykorzystywano głównie kryterium udziału w rynku. W decyzjach dotyczących zawierania porozumień ograniczających konkurencję, Prezes UOKiK stosował jedynie kryterium udziałów w rynku, dla stwierdzenia czy może mieć zastosowanie wyłączenie dla porozumień bagatelnych. Natomiast w decyzjach dotyczących nadużywania pozycji dominującej lub w przypadku prewencyjnej kontroli koncentracji, obok udziału w rynku, powoływano się incydentalnie na pewne kryteria jakościowe. Z reguły jednak, kryteria te, w przeciwieństwie do udziału, nie miały decydującego znaczenia dla oceny sytuacji. W analizowanych sprawach, regulator powoływał się na następujące kryteria jakościowe:

- istnienie umów na wyłączność<sup>33</sup>,
- istnienie potencjalnej konkurencji<sup>34</sup>,
- brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej (kontrola infrastruktury niełatwej do powielenia)<sup>35</sup>,
- całkowita wielkość przedsiębiorcy<sup>36</sup>,
- łatwy dostęp do rynków kapitałowych/zasobów finansowych<sup>37</sup>,
- korzyści skali<sup>38</sup>,
- istnienie barier dostępu (barier wejścia)<sup>39</sup>,
- rozbudowana sieć dystrybucji usług<sup>40</sup>,
- dojrzałość rynku<sup>41</sup>,
- poziom równoważącej siły nabywczej<sup>42</sup>.

W jednym przypadku, w decyzji dotyczącej nadużywania pozycji dominującej, Prezes UOKiK określił także koncentrację rynku (kryterium ilościowe). Nie nazwał on jednak nawet wykorzystywanej miary koncentracji (dyskretny wskaźnik koncentracji)<sup>43</sup>. Trudno mówić tutaj o dominującej praktyce regulatora w tym zakresie.

W rozstrzygnięciach unijnego regulatora horyzontalnego, podobnie jak w przypadku regulatora krajowego, przy ocenie konkurencyjności rynków prowadzonej we wszystkich typach postępowań, stosowano głównie kryterium udziału w rynku, które w wielu przypadkach służyło do bardzo szczegółowej analizy. Przeanalizowano jedynie sześć decyzji dotyczących porozumień ograniczających konkurencję wydanych przez KE w latach 1999-2003, czyli na gruncie ówczesnie obowiązującego rozporządzenia nr 17<sup>44</sup>. Od tego czasu KE nie wydała decyzji (dostępnej w języku angielskim) do-

<sup>33</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 24.04.2003 r., nr DPI 27/2003, s. 8.

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 20.04.2007 r., nr DOK 50/07, s. 26.

<sup>36</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 23.11.2007 r., nr RBG 10/2007, s. 16.

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> Ibidem oraz decyzja Prezesa UOKiK z 20.12.2007 r., nr DOK 98/07, s. 57.

<sup>39</sup> Decyzje Prezesa UOKiK z: 24.04.2003 r., nr DPI 27/2003, s. 8 i 20.12.2007 r., nr DOK 98/07, s. 57 oraz 28.11.2003 r., nr DPI-78/2003, s. 7.

<sup>40</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 20.12.2007 r., nr DOK 98/07, s. 57.

<sup>41</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 27.11.2003 r., nr DPI-76/2003, s. 11.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 19.04.2004 r., nr RLU-17/04, s. 4-5.

<sup>44</sup> Rozporządzenie Rady EWG nr 17: pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu (obecne 101 i 102 TfUE), Dz. Urz. WE nr 13 z 21.02.1962 r., s. 204, Dz. Urz. UE Polskie Wydanie Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 3, dalej rozporządzenie nr 17/62.

tyczącej tych praktyk. W takiej sytuacji, trudno mówić o dominującej praktyce w doborze kryteriów służących ocenie konkurencyjności. W badanych decyzjach nie oceniano poziomu konkurencyjności, tylko wpływ porozumienia na konkurencyjność rynku<sup>45</sup>. Poza udziałem podkreślano także m.in., że porozumienie nie wpłynie na ograniczenie konkurencji, lecz może nawet ją ułatwić, w wyniku umożliwienia konkurowania z operatorem zasiedziałym (rozwój przedsiębiorcy, który może stać się realną konkurencją dla operatora zasiedziałego przez zapewnienie alternatywnej sieci)<sup>46</sup>. W jednostkowych przypadkach, odwoływano się też do silnej presji ze strony klientów korporacyjnych (kryterium poziomu równoważącej siły nabywczej) oraz istnienia potencjalnej konkurencji<sup>47</sup>. Posługiwano się również kryterium barier wejścia na rynek<sup>48</sup> oraz kryterium ekonomii zakresu<sup>49</sup>. W przypadku spraw dotyczących nadużywania pozycji dominującej stwierdzono jedynie pięć decyzji KE. W takiej sytuacji trudno mówić o dominującej praktyce w doborze kryteriów służących ocenie konkurencyjności. We wszystkich tych postępowaniach unijny regulator stwierdził występowanie niedozwolonej praktyki polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej. Za stwierdzeniem pozycji dominującej przemawiał przede wszystkim udział w rynku, który szczegółowo był analizowany. Określano absolutny i względny poziom udziałów. Dodatkowo, w decyzjach, w których oceniano konkurencyjność rynku<sup>50</sup>, odwoływano się do pewnych kryteriów jakościowych. Należą do nich:

- posiadanie ogólnokrajowej sieci telekomunikacyjnej – brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej<sup>51</sup>,
- brak potencjalnej konkurencji, występujący z powodu istnienia barier wejścia<sup>52</sup>,
- korzyści skali,<sup>53</sup>
- korzyści zakresu<sup>54</sup>,
- pionowa integracja<sup>55</sup>,
- pozioma integracja<sup>56</sup>,
- brak równoważącej siły nabywczej<sup>57</sup>,
- rozwój sieci dystrybucji oraz silna i rozpoznawalna marka<sup>58</sup>,
- przynależność do grupy kapitałowej – powiązanie z operatorem zasiedziałym (France Télécom),

w tym powiązanie techniczne, logistyczne oraz w ramach sieci handlowej (przewaga technologiczna,

<sup>45</sup> Na gruncie rozporządzenia nr 17/62 przedsiębiorcy mogli w drodze decyzji KE uzyskać wyłączenie indywidualne, jeśli tylko ich praktyka wywoła prokonkurencyjny wpływ na gospodarkę.

<sup>46</sup> Decyzje KE z: 27.07.1999 r., sprawa IV/36.581 – Télécom Développement, Dz. Urz. WE z 18.8.1999, L 218/27–28 i 20.05.1999 r., sprawa IV/ 36.592 – Cétégel + 4, Dz. Urz. WE z 18.8.1999, L 218/20.

<sup>47</sup> Decyzja KE z 31.07.2001 r., sprawa nr COMP/ 37.462 – Identrus, Dz. Urz. WE z 19.9.2001, L 249/16–17.

<sup>48</sup> Decyzje KE z: 16.07.2003 r., sprawa COMP/ 38.369: T –Mobile Deutschland/ O2 Germany, Dz. Urz. UE z 12.3.2004, L 75/45 i 30.04.2003 r., sprawa COMP/38.370 – O2 UK Limited/ T-Mobile UK Limited, Dz. Urz. UE z 7.8.2003, L 200/72.

<sup>49</sup> Decyzja KE z 30.04.2003 r., sprawa COMP/38.370 – O2 UK Limited/ T-Mobile UK Limited, Dz. Urz. UE z 7.8.2003, L 200/68.

<sup>50</sup> W jednej, z pięciu analizowanych decyzji (decyzja KE z 24.01.2011 r., sprawa COMP/39.707 – Si.mobil/ Mobitel) nie oceniano konkurencyjności, gdyż wnioski stron zostały przez KE odrzucone.

<sup>51</sup> Decyzje KE z: 21.05.2003 r., sprawa COMP/ C-1/ 37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG, Dz. Urz. UE z 14.10.2003, L 263/23, 4.07.2007 r., sprawa COMP/ 38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica, s. 62 i 73 i 22.06.2011 r., COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, s. 194–198 i 201–202.

<sup>52</sup> Decyzje KE z: 21.05.2003 r., sprawa COMP/ C-1/ 37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG, Dz. Urz. UE z 14.10.2003, L 263/23, 4.07.2007 r., sprawa COMP/ 38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica, s. 62–63 i 22.06.2011 r., COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, s. 194–199.

<sup>53</sup> Decyzje KE z: 4.07.2007 r., sprawa COMP/ 38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica, s. 63 i 66 i 22.06.2011r., COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, s. 197–198 i 203.

<sup>54</sup> Decyzja KE z 4.07.2007 r., sprawa COMP/ 38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica, s. 63 i 66.

<sup>55</sup> Ibidem, s. 66 i decyzja KE z 22.06.2011 r., COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, s. 202–203.

<sup>56</sup> Decyzja KE z 22.06.2011 r., COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, s. 202–203.

<sup>57</sup> Decyzje KE: z 4.07.2007 r., sprawa COMP/ 38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica, s. 62, z 22.06.2011 r., COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, s. 197–198 i 205.

<sup>58</sup> Decyzje KE z: 4.07.2007 r., sprawa COMP/ 38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica, s. 68 i 22.06.2011 r., COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, s. 203.

dostęp do rynków kapitałowych oraz rozbudowanej sieci dystrybucji FT, a także przynosząca korzyści ekonomiczne obecność na rynku książek telefonicznych)<sup>59</sup>.

W rozstrzygnięciach KE dotyczących prewencyjnej kontroli koncentracji, w których analizowano wpływ transakcji na sytuację konkurencyjną na rynku w przyszłości, oceniano obok struktury rynku, także potencjalne efekty jednostronne i skoordynowane. Obok udziału w rynku, powoływano się na następujące kryteria jakościowe:

- poziom równoważącej siły nabywczej<sup>60</sup>,
- występowanie silnych konkurentów<sup>61</sup>,
- możliwość zmiany operatora<sup>62</sup>,
- istnienie potencjalnej konkurencji<sup>63</sup>,
- możliwość stosowania mechanizmów odwetowych<sup>64</sup>,
- istnienie barier wejścia<sup>65</sup>,
- struktura kosztów przedsiębiorców<sup>66</sup>.

Wymienione powyżej kryteria jakościowe nie składają się jednak na stabilną, utrwaloną praktykę, gdyż w rozstrzygnięciach KE były one wykorzystywane incydentalnie. Również incydentalnie (w jednym przypadku) KE posłużyła się, oceniając konkurencyjność rynku, miarami koncentracji (kryterium ilościowe). Przedstawiono indeks HHI i delta HHI<sup>67</sup>.

W zależności od rodzaju mandatu, którym dysponuje regulator w poszczególnych postępowaniach, wykorzystuje pewne rodzaje kryteriów służące ocenie konkurencyjności rynków. Typ zadania regulacyjnego w pewnym zakresie warunkuje dobór kryteriów. Podsumowanie wykorzystywanych przez regulatorów kryteriów w poszczególnych typach rozpatrywanych spraw zawiera tabela 2.

<sup>59</sup> Decyzja KE z 16.07.2003 r., sprawa COMP/ 38.233 – Wanadoo Interactive, s. 59 – 67.

<sup>60</sup> Decyzje KE z: 22.04.2005, COMP/M. 3695 – BT/ Radianz, s. 8, 24.07.2006 r., COMP/ M. 4214 – Alcatel/ Lucent Technologies, s. 14, 04.12.2007 r., COMP/ M. 4662 – Syniverse/ BSG, s. 28 i 21.12.2007 r., COMP/ M. 4910 – Motorola/ Vertex, s. 10 i 12.

<sup>61</sup> Decyzja KE z 07.09.2005 r., COMP/ M. 3914 – Tele2/ Versatel, s. 5.

<sup>62</sup> Decyzja KE z 26.04.2006 r., COMP/ M. 3916 – T-Mobile Austria/ Tele.ring, s. 12-13.

<sup>63</sup> Decyzja KE z 04.12.2007 r., COMP/ M. 4662 – Syniverse/ BSG, s. 21 i 26.

<sup>64</sup> Ibidem, s. 30.

<sup>65</sup> Decyzje KE z: 21.12.2007 r., COMP/ M. 4910 – Motorola/ Vertex, s. 11 i 02.07.2008 r., COMP/ M. 4942 – Nokia/ Navteq, s. 26 i 33-41 i 43.

<sup>66</sup> Decyzja KE z 29.06.2009 r., COMP/ M. 5532 – Carphone Warehouse/ Tiscali UK, s. 14.

<sup>67</sup> Decyzja KE z 26.04.2006 r., COMP/M. 3916–T-Mobile Austria/ Tele.ring, s. 11.

Tabela 2. Kryteria wykorzystywane przez regulatora w poszczególnych rodzajach postępowań regulacyjnych

Rodzaj postępowania Kryterium	Regulacja sektoro- wa	Kontrola koncentracji		Nadużywanie pozycji dominującej		Porozumienia ograniczające konkurencję	
	UKE	UOKiK	KE	UOKiK	KE	UOKiK	KE
Udział	+	+	+	+	+	+	+
Poziom koncentracji	+		+	+			
Wielkość				+			
Możliwość zwiększenia produkcji	+						
Kontrola nietatwej do powielenia infrastruktury	+			+	+		
Przewaga technologiczna	+				+		
Rozwój sieci dystrybucji	+			+	+		
Dostęp do rynków kapitałowych	+			+	+		
Ekonomia skali	+			+	+		
Ekonomia zakresu	+				+		+
Pionowe zintegrowanie	+				+		
Możliwość stosowania mechanizmów odwetowych	+		+				
Istnienie umów na wyłączność				+			
Nieformalne powiązania pomiędzy przedsiębiorcami	+						
Poziom równoważącej siły nabywczej	+	+	+		+		+
Zastój lub umiarkowany wzrost popytu	+						
Elastyczność popytu	+						
Dojrzałość rynku	+	+					
Ograniczone zasoby							
Bariery rozwoju	+						
Jednorodność produktów	+						
Dojrzałość technologii	+						
Bariery dostępu (wejścia)	+	+	+	+	+		+
Konkurencja cenowa	+						
Struktura kosztów przedsiębiorców	+		+				
Potencjalna konkurencja	+		+	+	+		+
Przejrzystość rynku	+						
Podobieństwo udziałów	+						
Ułatwienie konkurencji							+
Pozioma integracja					+		
Silna i rozpoznawalna marka					+		
Powiązanie z operatorem zasiedziałym					+		
Występowanie silnych konkurentów			+				
Możliwość zmiany operatora			+				

Źródło: opracowanie własne.

## V. Podsumowanie

Najbardziej rozbudowane analizy konkurencyjności rynków właściwych zawarte są w rozstrzygnięciach regulatora sektorowego. Oceniając poziom konkurencyjności rynku, stosuje on największy i najbardziej zróżnicowany zestaw kryteriów pozwalających na stwierdzenie lub wykluczenie obecności na rynku przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej. W większości badanych przypadków katalog kryteriów wykorzystywanych przez regulatora sektorowego pokrywa się z zestawem kryteriów wynikającym z prawa unijnego i krajowego dotyczącego rynków telekomunikacyjnych. Sposób ich stosowania jest w wysokim stopniu ujednolicony. Regulator sektorowy z reguły przestrzega normatywnie wyznaczonego zakresu badania stanu konkurencji i wykorzystuje wszystkie lub prawie wszystkie kryteria ustalania pozycji znaczącej, określone przepisami. W analizowanych rozstrzygnięciach Prezesa UKE nie występują kryteria oceny konkurencyjności niewymienione wyraźnie w przepisach prawa krajowego lub unijnego, choć w obu tych porządkach prawnych wskazana jest możliwość wykorzystania dodatkowych kryteriów przy ustalaniu występowania przedsiębiorcy lub przedsiębiorców zajmujących pozycję znaczącą. Mimo że jest to system potencjalnie otwarty na inicjatywę regulatorów w zakresie doboru kryteriów badania konkurencyjności rynków, praktyka wskazuje, że jest to pod tym względem właściwie system zamknięty.

Przeprowadzone badania wskazują, że metoda oceny konkurencyjności rynków stosowana przez regulatorów horyzontalnych jest głównie kwestią praktyki regulacyjnej. Regulatorzy ci (regulator krajowy i unijny), oceniając poziom konkurencyjności rynków właściwych, z reguły wykorzystują znacznie mniej kryteriów jakościowych niż regulator sektorowy. Sposób określenia zadań regulacyjnych organów antymonopolowych zapewnia im większy zakres uznania w wyborze instrumentów stosowanych przy ocenie konkurencyjności. Regulatorzy horyzontalni, w przeciwieństwie do regulatora sektorowego, nie są związani normatywnymi katalogami kryteriów oceny konkurencyjności. Często ich ustalenia opierają się na jednym elemencie, jakim jest poziom udziału w rynku jednego lub kilku przedsiębiorców. Powszechnie podkreśla się potrzebę wykorzystywania przy ocenie konkurencyjności, obok kryteriów ilościowych również kryteriów jakościowych, gdyż wysokość udziału w rynku nie powinna być rozstrzygająca do stwierdzenia dominacji. Kryteria jakościowe stosowane niekiedy w praktyce nie tworzą jednak spójnego zestawu, występującego w przypadku regulacji sektorowej. Są one dobierane jednostkowo w celu dokonania oceny konkurencyjności analizowanego rynku (*ad hoc*). Dlatego trudno jest wykazać jakąkolwiek jednolitą i ukształtowaną praktykę w doborze kryteriów niemierzalnych. Ze względu na brak takiej utrwalonej praktyki wykorzystywania kryteriów jakościowych przez regulatorów horyzontalnych nie jest możliwe stworzenie, podobnego do stosowanego w analizach sektorowych, katalogu jakościowych kryteriów oceny konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych, który mógłby znaleźć zastosowanie przy rozpatrywaniu poszczególnych typów spraw antymonopolowych. Analiza kryteriów jakościowych stosowanych przez obu regulatorów horyzontalnych w konkretnych rodzajach postępowań wskazuje tylko na większą skłonność do stosowania tych kryteriów w sprawach dotyczących nadużywania pozycji dominującej, zaś najmniejszą w sprawach dotyczących porozumień ograniczających konkurencję. Jakościowe kryteria oceny konkurencyjności rynków są charakterystyczne dla regulacji sektorowej. Mogą one być wykorzystywane przy ustalaniu pozycji dominującej w stopniu znacznie szerszym niż obecnie praktykowany.

Teoretycznie, ocena konkurencyjności dokonywana na potrzeby regulacji sektorowej i prewencyjnej kontroli koncentracji, z powodu porównywalnego horyzontu czasowego, powinna być zbieżna. Analiza konkurencyjności w obu tych przypadkach jest nastawiona przyszłościowo. Jednak w praktyce instrumenty wykorzystywane do oceny rynków w tych postępowaniach nie pokrywają się. Wyjaśnienia tego stanu należy poszukiwać w pozycji rynkowej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji. W większości analizowanych przypadków udział przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji kształtował się na niskim poziomie i nie wymagał dogłębnych analiz konkurencyjności w celu sprawdzenia, czy w wyniku koncentracji nie dojdzie np. do powstania pozycji dominującej. Dane dotyczące udziałów rynkowych wykluczały jakiegokolwiek zagrożenie tego rodzaju. Wyższy poziom zbieżności sposobu dokonywania ocen konkurencyjności rynku można stwierdzić w przypadku sektorowych postępowania regulacyjnych oraz postępowania dotyczących nadużywania pozycji dominującej. Wykorzystywane są w nich podobne kryteria, choć ocena dominacji w porównaniu z oceną pozycji znaczącej w postępowaniu sektorowym jest z reguły mniej rozbudowana.

Różnica pomiędzy sposobem definiowania i ustalania pozycji uprzywilejowanej (dominującej i znaczącej) może wynikać z faktu, że w konkretnym sektorze łatwiej jest ustalić przejawy uprzywilejowanej pozycji. Znana jest specyfika produktowa, techniczna i ekonomiczna działalności. Dlatego prawodawca łatwiej może wskazać zjawiska, których regulator ma poszukiwać. W skali całej gospodarki takich wspólnych charakterystycznych cech pozycji uprzywilejowanej jest znacznie mniej. Dlatego też ustawowy opis pozycji dominującej jest znacznie ogólniejszy.