

Daria Kostecka-Jurczyk*

Regulacje sektorowe a prawo konkurencji na przykładzie telekomunikacji

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Obowiązki regulacyjne a prawo konkurencji
 1. Asymetryczny obowiązek dostępu
 2. Symetryczny obowiązek dostępu
- III. Zarządzanie częstotliwościami a reguły konkurencji
- IV. Podział sieci a ograniczenie konkurencji
- V. Relacje między prawem konkurencji UE i regulacjami sektorowymi
- VI. Konkluzje

Streszczenie

W artykule podjęto próbę ukazania dualnej struktury normatywnej, w której osadzone są sektory infrastrukturalne. Opracowanie koncentruje się na rynku telekomunikacyjnym. Głównym obszarem analizy jest istota prawa konkurencji w kontekście obowiązków regulacyjnych nakładanych na operatorów telekomunikacyjnych, zarządzania częstotliwościami radiowymi i podziału sieci. Celem artykułu nie jest wyczerpujące omówienie powyższych unormowań, a jedynie zarysowanie istoty prawa konkurencji w zakresie regulacji tytułowego sektora.

Klasyfikacja i słowa kluczowe: K23; regulacje sektorowe; telekomunikacja; obowiązki regulacyjne; prawo konkurencji.

I. Wstęp

Zarówno prawo konkurencji, jak i regulacje sektorów infrastrukturalnych mają ogromny wpływ na skuteczne funkcjonowanie rynków regulowanych. Prawo konkurencji zawiera poniekąd instrumenty wspomagające regulacje sektorowe, które mają na celu zapewnienie sprawnego działania mechanizmów rynkowych. Często uzupełnia ono nadzór regulacyjny. Ta dualna struktura normatywna w sektorach infrastrukturalnych budzi jednak wątpliwości. Istnieje bowiem ryzyko konfliktów natury instytucjonalnej i materialnej¹. Należy zwrócić uwagę, że prawo konkurencji służy wzmocnieniu systemu rynkowego, natomiast regulacje sektorowe mogą osiągnięcie tego celu utrudnić².

* Doktor nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego; e-mail: dkj@prawo.uni.wroc.pl.

¹ A. Heimler, *Is a Margin Squeeze an Antitrust or Regulatory Violation?*, „Journal of Competition Law & Economics” 2010, No. 4, s. 879 i n.; G. Monti, *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, „Competition Law Review” 2008, No. 2, s. 123.

² D. Geradin, R. O'Donoghue, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in Telecommunications Sector*, „Journal of Competition Law and Economics” 2005, No. 2, s. 360–364.

Obejmują one głównie trzy kluczowe elementy funkcjonowania rynku: ceny, wielkość podaży i wejście lub wyjście z rynku. Często mają także wpływ na inne aspekty. Przykładowo, wymóg zapewnienia obowiązkowego dostępu do infrastruktury, zwykle wynikający z regulacji sektorowych, wymusza uruchomienie narzędzi mieszczących się w obrębie prawa antymonopolowego, gdyż przedsiębiorcy mogą podejmować próby ograniczenia dostępu, m.in. poprzez nadmiernie wygórowane ceny za korzystanie z sieci. Dlatego też istotne jest pytanie o rolę prawa konkurencji na tle obowiązków regulacyjnych nakładanych na operatorów telekomunikacyjnych.

II. Obowiązki regulacyjne a prawo konkurencji

Obowiązki regulacyjne nakładane są na operatorów telekomunikacyjnych zarówno na rynku hurtowym, jak i detalicznym. Pierwsze z nich mają na celu zapewnienie konkurencji na rynku, drugie natomiast mają służyć ochronie użytkowników końcowych³. Zakłócenie konkurencji na rynku detalicznym często jest skutkiem braku rywalizacji między przedsiębiorcami na rynku hurtowym⁴. Ograniczenia regulacyjne tworzą asymetrię po stronie tradycyjnych operatorów i innych podmiotów na rynku telekomunikacyjnym (np. producenci aparatów telefonicznych, dostawcy treści i oprogramowania). Przykładem takich ograniczeń są obowiązki operatorów, będące wynikiem regulacji rynku⁵. Można je podzielić na asymetryczne (nie są skierowane do wszystkich podmiotów) i symetryczne (obowiązujące wszystkich operatorów).

1. Asymetryczny obowiązek dostępu

Obowiązki asymetryczne są nakładane przez krajowe organy regulacyjne na operatorów posiadających znaczącą pozycję rynkową. Obejmują one m.in. wymogi odnośnie do rozdzielania księgowości, niedyskryminacji, kosztów księgowości i kontroli cen⁶. Należy zwrócić uwagę, że przynajmniej jeden z takich obowiązków musi być nałożony, jeśli operator został zakwalifikowany do posiadających znaczny udział w rynku⁷. Ramy regulacyjne z 2009 r.⁸ jeszcze bardziej poszerzyły zakres tych obowiązków, np. przewidują one, że wertykalnie zintegrowany operator posiadający znaczącą pozycję na rynku powinien zapewnić dostęp do swojej infrastruktury niezależnemu przedsiębiorcy⁹.

³ D. Adamski, *Dobór obowiązków regulacyjnych na rynkach hurtowych*, [w:] S. Piątek (red.), *Regulacja rynków telekomunikacyjnych*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2007, s. 238.

⁴ E. Galewska, *Rynki łączy dzierżawionych*, [w:] S. Piątek (red.), *Regulacja rynków telekomunikacyjnych...*, s. 66.

⁵ E.M. Kwiatkowska, I. Cieślak, *Działalność regulacyjna Prezesa UKE a konkurencyjność i sytuacja finansowa przedsiębiorstw na przykładzie Grupy TP*, „Management and Business Administration. Central Europe” 2014, No. 3, s. 57–59.

⁶ Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady WE z 07.03.2002 w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dalej: dyrektywa ramowa), Dz. Urz. 2002, Nr L 108/33; Dyrektywa 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 07.03.2002 w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej, Dz. Urz. L 108/21 (dalej: dyrektywa o zezwoleniach); Dyrektywa 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 07.03.2002 w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń, Dz. Urz. L 108/7 (dalej: dyrektywa o dostępie); Dyrektywa 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 07.03.2002 w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, Dz. Urz. L 108/51 (dalej: dyrektywa o usłudze powszechnej); Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze komunikacji elektronicznej, Dz. Urz. L 201/37 (dalej: ramy regulacyjne z 2002 r.) zmieniona dyrektywą 2009/136/WE Parlamentu Europejskiego i Rady WE z dnia 25.11.2009; Art. 8 Dyrektywy w sprawie dostępu i art. 16 dyrektywy ramowej; art. 24 ustawy z dnia 16.07.2004 – Prawo telekomunikacyjne, Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.; S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 324–337.

⁷ Art. 8 Dyrektywy w sprawie dostępu.

⁸ Dyrektywa 2009/136/WE Parlamentu Europejskiego i Rady WE z dnia 25.11.2009 zmieniająca dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników odnośnie do sieci komunikacji elektronicznej i usług, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze komunikacji elektronicznej i Rozporządzenie Nr 2006/2004 w sprawie kooperacji między krajowymi organami ochrony konsumenta, Dz. Urz. L 337/52; Dyrektywa 2009/140/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25.10.2009 zmieniająca dyrektywę 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń i 2002/20/WE w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej, Dz. Urz. L 337/52 (razem stanowią ramy regulacyjne z 2009 r.).

⁹ Art. 13 (a) Dyrektywy Ramowej zmienionej dyrektywą 2009/140/WE. Art. 13 (b) przewiduje możliwość dobrowolnego rozdzielania funkcjonalnego.

Asymetryczny obowiązek dostępu został oparty na wypracowanej w prawie konkurencji doktrynie urządzeń kluczowych (*essential facilities*). Dotyczy to sytuacji, gdy istnieje nałożony na dominującego przedsiębiorcę obowiązek współpracy lub kontynuowania współpracy z jego klientami, który w pewnych okolicznościach zakazuje dominującemu przedsiębiorcy odmowy dostępu do takich urządzeń¹⁰. Istotne jest w tym, aby rozróżnić sytuację, gdy dominujący przedsiębiorca odmawia współpracy z istniejącymi klientami i sytuację, w której przedsiębiorca ten decyduje się na odmowę dostępu do urządzeń kluczowych, tzn. do posiadanych rzadkich zasobów lub urządzeń, których nie można powielić (m.in. łącza telekomunikacyjne)¹¹.

Aby umożliwić wejście nowego operatora telekomunikacyjnego i pobudzić konkurencję na rynku świadczenia usług dla użytkowników końcowych, regulacje sektorowe przewidują zasady niedyskryminacji w hurtowym dostępie do infrastruktury zasiedziałych monopolistów. Obowiązek przedsiębiorców posiadających znaczącą pozycję rynkową do udostępniania urządzeń kluczowych nie jest jednak wystarczający do osiągnięcia celów polityki regulacyjnej.

Z punktu widzenia nowego gracza wchodzącego na rynek, hurtowe ceny dostępu stanowią egzogeniczny czynnik. Istotny jest poziom cen pobieranych od użytkowników końcowych, gdyż to może wpływać na jego zyski. Zintegrowany wertykalnie operator może próbować zniechęcić konkurenta do wejścia na rynek przez podwyższenie cen na rynku hurtowym i/lub obniżenie cen na rynku detalicznym, co uczyni obowiązek zapewnienia dostępu do urządzeń telekomunikacyjnych mało skutecznym narzędziem. Potwierdza to m.in. decyzja Komisji Europejskiej (dalej: Komisja) w sprawie *Deutsche Telekom*¹² i *Telefónica*¹³.

W 2003 r. Komisja nałożyła karę pieniężną na Deutsche Telekom, byłego państwowego monopolistę telekomunikacyjnego w Niemczech za stosowanie nożyc kosztowo-cenowych między hurtowymi cenami dostępu do lokalnej pętli i miesięcznych abonamentowych opłat za usługi telekomunikacyjne i Internet¹⁴. Zarówno ceny hurtowe, jak i detaliczne, choć w różnym zakresie, były regulowane przez krajowe organy regulacyjne. Komisja wskazała, że mimo to Deutsche Telekom naruszył art. 102 TFUE, ponieważ jego zadaniem było uniknięcie nożyc poprzez zmianę wysokości opłat na rynku detalicznym¹⁵. Decyzja ta została utrzymana w całości przez Sąd Generalny i TSUE.

W 2007 r. Komisja Europejska stwierdziła, że hiszpańska spółka Telefónica nadużyła pozycji dominującej poprzez nożyce kosztowo-cenowe w oparciu o różnicę w cenach hurtowych dostępu ADSL (asymetryczna cyfrowa linia abonencka) na poziomie krajowym i regionalnym oraz w cenach detalicznych szerokopasmowego dostępu do Internetu¹⁶. Ceny sprzedaży hurtowej na poziomie regionalnym zostały uznane przez krajowy organ regulacyjny za maksymalne. Komisja stwierdziła, że system regulacyjny nie wykluczał możliwości uniknięcia nożyc przez Telefónica. Mianowicie, mogła ona zaproponować niższe ceny hurtowego dostępu na poziomie krajowym dla konkurentów i skłonić krajowy organ regulacyjny do obniżenia cen dostępu hurtowego na poziomie regionalnym¹⁷.

¹⁰ E. Piontek (red.), *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 215–232.

¹¹ Zob. np. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31.12.2012 w sprawie RWR 44/2012.

¹² Decyzja Komisji z dnia 21.05.2003 w sprawie nr COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 *Deutsche Telekom AG*, Dz. Urz. 2003, Nr L 263/9.

¹³ Decyzja Komisji z dnia 04.07.2007 w sprawie Nr COMP/38.784 *Wanadoo España przeciwko Telefónica*, Dz. Urz. 2008, Nr C 83/6.

¹⁴ Decyzja Komisji z dnia 21.05.2003 w sprawie nr COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 *Deutsche Telekom AG...*, pkt 163–175.

¹⁵ Ibidem, pkt 163–175.

¹⁶ Decyzja Komisji z dnia 04.07.2007 w sprawie Nr COMP/38.784 *Wanadoo España przeciwko Telefónica...*

¹⁷ Ibidem, pkt 21.

W praktyce wiele problemów związanych z nożycami kosztowo-cenowymi następuje na skutek systemu regulacji. Nożyce nie zawsze są wynikiem zachowań wertykalnie zintegrowanych przedsiębiorców. Mogą one być konsekwencją decyzji podejmowanych przez regulatora. Z tego względu obowiązek zapewnienia dostępu zwykle wymaga pewnych regulacji cenowych, zapobiegających m.in. tworzeniu nożyc kosztowo-cenowych przez wertykalnie zintegrowanych operatorów telekomunikacyjnych. Organy regulacyjne mogą ustalać ceny hurtowe i/lub kontrolować ceny¹⁸. Przykładowo, art. 13 ust. 1 dyrektywy w sprawie dostępu stanowi, że krajowe organy regulacyjne mogą nakładać obowiązek kontroli cen i zapewnienia dostępu, gdy analiza rynku wskazuje, że brak skutecznej konkurencji oznacza, iż operator może utrzymywać ceny na nadmiernie wysokim poziomie lub może stosować nożyce kosztowo-cenowe ze szkodą dla użytkowników końcowych, gdyż w efekcie może nastąpić ograniczenie konkurencji¹⁹.

Na rynkach regulowanych ceny nie są swobodnie ustalane przez przedsiębiorców. W związku z tym przedsiębiorcy ponoszą odpowiedzialność za antykonkurencyjne skutki bezczynności regulatorów. Istotne znaczenie ma tutaj stopień, w jakim przedsiębiorca poddany obowiązkowi regulacyjnemu posiada możliwość unikania nożyc kosztowo-cenowych tworzonych przez ceny regulowane. W świetle przepisów prawa konkurencji nie ma wymogu, aby dominujący przedsiębiorca zapewnił najbardziej korzystne rozwiązanie dla swoich konkurentów. To regulator ustala lub zatwierdza ceny. Z tego względu przedsiębiorca nie będzie odpowiedzialny za własne zachowania, ale za brak reakcji na działania regulatora niekorzystne dla konkurentów. W takiej sytuacji dominujący przedsiębiorca działający samodzielnie nie może zapobiec powstaniu nożyc kosztowo-cenowych. Raczej wymaga się, aby wyraził aprobatę tariff regulatora.

2. Symetryczny obowiązek dostępu

Ramy regulacyjne przewidują także inne obowiązki nakładane na operatorów, bez względu na ich pozycję rynkową (symetryczny obowiązek dostępu). Po pierwsze, krajowy organ regulacyjny może nałożyć obowiązki na operatorów telekomunikacyjnych na podstawie art. 5 dyrektywy o dostępie, aby zapewnić zdolność przyłączeniową, interoperacyjność czy dostęp do oprogramowania w zakresie tworzenia interfejsów²⁰. Po drugie, art. 12 dyrektywy ramowej pozwala krajowym organom regulacyjnym nakładać obowiązki w celu rozmieszczenia i podziału różnych elementów sieci i urządzeń towarzyszących²¹. Dotyczy to dostępu do budynków, budowy sieci, instalacji masztów, wież i innych dodatkowych konstrukcji, przewodów, kabli, studzienek etc. Po trzecie, dyrektywa w sprawie usługi powszechnej pozwala krajowym organom regulacyjnym na poszerzenie zakresu obowiązków, które mogą być nakładane na wszystkich operatorów²². Po czwarte, art. 32 dyrektywy w sprawie usługi powszechnej stanowi, że państwa członkowskie mogą podjąć decyzję o wprowadzeniu dodatkowych usług jako powszechnie dostępnych na ich własnym terytorium, choć nie wspomina o mechanizmie kompensaty obejmującym poszczególnych

¹⁸ D. Geradin, R. O'Donoghue, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in Telecommunications Sector*, „Journal of Competition Law and Economics” 2005, No. 2, s. 409.

¹⁹ D. Kostecka-Jurczyk, *Test równie efektywnego konkurenta a test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta w ocenie nożyc kosztowo-cenowych na rynku telekomunikacyjnym*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013, nr 8(2), s. 66–67.

²⁰ Dyrektywa 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 07.03.2002 w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń...

²¹ Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 07.03.2002 w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej...

²² Dyrektywa 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 07.03.2002 w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników...

przedsiębiorców. Wreszcie, pewne ograniczenia działalności operatorów telekomunikacyjnych mogą zostać wprowadzone na podstawie art. 114 TFUE, co potwierdza wdrożenie rozporządzenia w sprawie roamingu. Rozporządzenie to zostało oparte na przepisach prawa konkurencji w związku z postępowaniem Komisji dotyczącym roamingu podjętym w oparciu o art. 101 i 102 TFUE²³. Komisja wszczęła postępowanie przeciwko *T-mobile* i *Vodafone* w Niemczech oraz przeciwko *Vodafone* i *O2* w Wielkiej Brytanii w związku z domniemaniem nadmiernie wygórowanych cen za usługi roamingowe²⁴. Jest to pierwszy przypadek, kiedy KE wyczerpująco uregulowała rynek na poziomie unijnym poprzez nałożenie środków zaradczych bezpośrednio na operatorów tak na poziomie hurtowym, jak i detalicznym²⁵. W praktyce rozporządzenie w sprawie roamingu pozwala na wdrożenie symetrycznego obowiązku kontroli cen przez wszystkich operatorów na rynku hurtowym i detalicznym. W efekcie tworzy ono podstawy do nakładania identycznych ograniczeń cenowych na wszystkich operatorów, bez względu na ich pozycję rynkową i finansową²⁶.

Należy także zwrócić uwagę, że wzrost przepustowości sieci, wymuszany przez nowe usługi internetowe powoduje, iż operatorzy coraz częściej muszą ustawiać priorytety ruchu, aby uniknąć przeciążania sieci. Art. 22 ust. 3 zmienionej dyrektywy w sprawie dostępu stanowi, że krajowy organ regulacyjny może ustanowić minimalne wymogi jakości usług dla operatorów, aby zapobiec ich pogorszeniu oraz ograniczaniu lub spowolnieniu ruchu w sieci²⁷. Dodatkowo pewne ograniczenia wymuszają reguły konkurencji, zwłaszcza w zakresie wyłącznej dystrybucji telefonów i dystrybucji treści. Istotną kwestią jest także zarządzanie częstotliwościami.

III. Zarządzanie częstotliwościami a reguły konkurencji

W celu wyeliminowania ryzyka zakłócenia konkurencji Komisja wdrożyła regulacje odnośnie do zarządzania częstotliwościami radiowymi²⁸. W UE częstotliwości wykorzystywane w celu świadczenia usług są zarządzane centralnie przez krajowe organy regulacyjne. Decydują one o alokacji częstotliwości i o tym, jakie częstotliwości będą wystawione na aukcji. Krajowe organy regulacyjne mogą zezwolić na transfer pewnych częstotliwości z/lub bez zmiany zakresu ich wykorzystania²⁹. Organy te mogą również podejmować decyzje co do liberalizacji częstotliwości³⁰. Państwa członkowskie powinny zapewnić, że:

²³ Zob. Notatka Prasowa z dnia 11.07.2001, MEMO/01/262. Dokument dostępny na stronie http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-01-262_en.htm?locale=en (29.07.2015).

²⁴ Notatka Prasowa KE z dnia 10.02.2005 Nr IP/05/161 i z dnia 26.06.2004 Nr IP/04/994.

²⁵ Art. 2 i 4 rozporządzenia w sprawie roamingu.

²⁶ Raport Komisji w sprawie rozwoju usług roamingu w UE, COM (2010) 356 final, p. 13.

²⁷ Aneks do Dyrektywy 2009/140/WE stanowi, że Komisja przykłada dużą wagę do utrzymania otwartego i neutralnego charakteru Internetu, biorąc pod uwagę neutralność sieci jako jedną z podstawowych zasad, jakie powinny wdrażać krajowe organy regulacyjne. Zob. też art. 8 ust. 4 dyrektywy ramowej, której celem jest zapewnienie zdolności użytkowników końcowych w zakresie dostępu do informacji; Komunikat Komisji z dnia 19/04.2011 do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w sprawie otwartego Internetu i neutralności sieci w Europie, COM(2011) 222 final, Bruksela 2011; Notatka Prasowa z dnia 29.05.2012 Nr MEMO/12/389. Dokument dostępny na stronie http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-389_en.htm?locale=en (29.07.2015).

²⁸ B. Marciniak, *Przenoszenie i dzierżawa uprawnień do częstotliwości radiowych w unijnej polityce częstotliwościowej*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013, nr 8(2), s. 54–63.

²⁹ Dyrektywa ramowa, art. 9.

³⁰ Zob. propozycja zmiany Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych w sieci komunikacji elektronicznej i usług, 2002/19/WE w sprawie dostępu i wzajemnych połączeń w sieci komunikacji elektronicznej i usługach i 2002/20/WE w sprawie autoryzacji sieci komunikacji elektronicznej i usług COM(2008) 724; Notatka Prasowa Komisji z dnia 24.11.2009 Nr IP/09/1812. Nowe regulacje obejmują: rozporządzenie 1211/2009 w sprawie ustanowienia Organu europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC), Dz. Urz. 2009, Nr L 337/1; Dyrektywa 2009/136/WE Parlamentu Europejskiego i Rady WE z dnia 25.11.2009 zmieniająca dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników odnośnie do sieci komunikacji elektronicznej i usług, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze komunikacji elektronicznej i Rozporządzenie Nr 2006/2004 w sprawie kooperacji między krajowymi organami ochrony konsumenta, Dz. Urz. L 337/52.

- na dostępnych częstotliwościach mogą być wykorzystywane wszystkie technologie i mogą być one objęte pewnymi ograniczeniami na zasadzie niedyskryminacji, aby uniknąć szkodliwych skutków dla interesu publicznego³¹; w szczególności państwa członkowskie muszą udostępniać pewne częstotliwości (900MHz i 1800MHz) niezbędne dla świadczenia usług mobilnych³²;
- operatorzy mobilni muszą zapewnić, że transfer lub dzierżawa określonych częstotliwości muszą być notyfikowane właściwemu krajowemu organowi regulacyjnemu³³;
- krajowe organy regulacyjne powinny zapewnić, że akumulacja częstotliwości nie będzie skutkowałą zakłóceniem konkurencji.

Dla porównania, w USA regulacje dotyczące zarządzania częstotliwościami także przewidują pełną liberalizację w tym obszarze. Licencje w zakresie telefonii mobilnej są niezależne od technologii i przydzielone częstotliwości mogą być wykorzystywane do wszystkich usług mobilnych bez względu na wykorzystywaną technologię. Federalna Komisja ds. Komunikacji stara się zapobiegać negatywnym skutkom wynikającym z kumulacji częstotliwości w rękach jednego z przedsiębiorców³⁴. Posiada ona kompetencje do oceny skutków zmiany przydzielonej częstotliwości dla konkurencji.

IV. Podział sieci a ograniczenie konkurencji

W niektórych przypadkach nie ma możliwości instalowania urządzeń ze względu na normy środowiskowe, ochronę zdrowia publicznego i bezpieczeństwo lub bariery wynikające z planów przestrzennych. W takich przypadkach operatorzy mobilni mogą negocjować współdzielenie sieci, pobudzając tym samym konkurencję na niższym szczeblu rynku, co może skutkować wzrostem dostępu do usług na tym szczeblu³⁵. Jednakże współdzielenie sieci może także prowadzić do antykonkurencyjnych skutków, jak np. koordynacji zachowań rynkowych operatorów. Jest to uzależnione od dokładnej części sieci, jaka ma być współdzielona. Ogólnie, dozwolone jest współdzielenie masztów i pasywnych elementów sieci. Wątpliwości budzi natomiast współdzielenie kluczowych elementów sieci lub częstotliwości³⁶. Istotnym problemem jest też ryzyko wymiany między stronami wrażliwych informacji handlowych, zmowy cenowej, podziału rynku czy dyskryminacji cenowej (może naruszać art. 101 TFUE lub art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów)³⁷. To także skłania do pytania o rolę prawa konkurencji na rynkach regulowanych.

V. Relacje między prawem konkurencji UE i regulacjami sektorowymi

Rynki regulowane zwykle różnią się od klasycznych konkurencyjnych rynków, stanowiących podstawowy model reguł prawa konkurencji. Dualna struktura normatywna w sektorach regulowanych (stosowanie prawa konkurencji i regulacji sektorowych) jest akceptowana zarówno przez

³¹ Zmieniona dyrektywa ramowa, art. 9.

³² Dyrektywa 2009/114/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16.09.2009 zmieniająca dyrektywę 87/372/EEC w sprawie pasm częstotliwości które mają zostać zarezerwowane dla skoordynowanego wprowadzenia publicznej paneuropejskiej komórkowej cyfrowej naziemnej łączności ruchomej we Wspólnocie, Dz. Urz. 2009, Nr L 274/25.

³³ Zmieniona dyrektywa ramowa, art. 9b.

³⁴ Zob. XIII Raport Federalnej Komisji ds. Komunikacji, 2009, s. 37. https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-09-54A1.pdf (30.07.2015).

³⁵ Obwieszczenie Komisji o stosowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym, Dz. Urz. 1998, Nr C 265/2, pkt 132–133.

³⁶ Decyzja Komisji z dnia 16.07.2003 w sprawie COMP/38.369 o2/T-Mobile Deutschland/Viag Intercom-Network Sharing Agreement, Dz. Urz. 2004, Nr L 75/32; decyzja Komisji z dnia 30.04.2003 w sprawie COMP/38.370 o2 UK Limited/T-Mobile UK Limited (UK Network Sharing Agreement), Dz. Urz. 2003, Nr L 200/59; Wyrok Sądu Generalnego w sprawie T-328/03 o2 (Germany) GmbH&Co OHG przeciwko Komisji, Zb. Orz. 2006, s. II-1231.

³⁷ Zob. obwieszczenie Komisji o stosowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym, Dz. Urz. 1998, Nr C 265/2, pkt 134–143.

Komisję, jak i sądy UE. Komisja wyraża silne przekonanie, że reguły konkurencji i regulacje sektorowe tworzą spójne ramy prawa UE³⁸. Przepisy te zawierają komplementarne narzędzia. Nie wykluczają się one wzajemnie, co wynika z pierwszeństwa regulacji sektorowych przed prawem konkurencji. Regulacje sektorowe mają na celu zapewnić konkurencję na rynku, a prawo konkurencji ma ją chronić³⁹. W wyroku w sprawie *Deutsche Telekom* (dalej: DT), TSUE scharakteryzował relacje między prawem konkurencji UE i regulacjami sektorowymi w następujący sposób: „reguły konkurencji zawarte w TFUE uzupełniają ... poprzez kontrolę *ex post* ramy legislacyjne zawarte w regulacjach dotyczących postępowania *ex ante* na rynkach telekomunikacyjnych”⁴⁰. Adwokat Generalny Mazák w swojej opinii w sprawie *Deutsche Telekom* stwierdził, że regulacje sektorowe w telekomunikacji i prawo konkurencji są względem siebie komplementarne⁴¹. Wyraził pogląd, że regulacje te uzupełniają traktatowe przepisy dotyczące konkurencji i powinny gwarantować konkurencyjne podstawy w zakresie, w jakim reguły konkurencji same w sobie tego nie czynią⁴².

Nieostra linia między obowiązkami regulacyjnymi i prawem konkurencji oznacza, że preferowane w prawie UE podejście ma różne skutki. Mianowicie, przedsiębiorcy w sektorach regulowanych są zobligowani do wypełnienia dwóch typów zobowiązań w odniesieniu do tych samych zachowań rynkowych, co ilustruje sprawa *Deutsche Telekom*⁴³. Uwypukla ona m.in. problem dualnego (regulacyjno-konkurencyjnego) podejścia w UE. W tym przypadku Komisja stwierdziła, że DT nadużył pozycji dominującej poprzez stosowanie nożyc kosztowo-cenowych między cenami hurtowymi dostępu do pętli lokalnej i cenami miesięcznych opłat abonamentowych za usługi telefoniczne i Internet⁴⁴. Zdaniem Komisji nożyce kosztowo-cenowe wynikały z różnicy między ceną hurtową i detaliczną. Marża zysku konkurentów prowadzących działalność gospodarczą na rynku detalicznym nie wystarczała do pokrycia kosztów działalności⁴⁵. Należy podkreślić, że w tym przypadku ceny hurtowe były ustalane przez regulatora, a ich struktura wynikała prawdopodobnie z wcześniej przyjętej polityki cenowej stosowanej przez państwo. Działalność DT była też podporządkowana celom polityki społecznej. Chodziło o ułatwienie (upowszechnienie) dostępu do usług telekomunikacyjnych, pomimo ich wysokich kosztów. Komisja wszczęła postępowanie przeciwko DT na podstawie przepisów prawa konkurencji zarzucając mu nadużycie pozycji dominującej w formie nożyc kosztowo-cenowych, a nie przeciwko Republice Federalnej Niemiec za uchybienia w realizacji zobowiązań wynikających z art. 258 TFUE⁴⁶.

Aktualnie stosowanie prawa konkurencji i regulacji sektorowych w zakresie telekomunikacji wskazuje tendencję do konwergencji między tymi dwoma reżimami. W świetle dyrektywy ramowej z 2002 r. np. rynki telekomunikacyjne są definiowane zgodnie z zasadami konkurencji i pojęcie

³⁸ Obwieszczenie Komisji o stosowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym, Dz. Urz. 1998, Nr C 265/2, pkt 57 i 58.

³⁹ Sprawozdanie z warsztatu naukowego CSAIR/Wierzbowski Eversheds, s. 5. Dokument dostępny na stronie <http://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/konferencje/08/SprawozdanieWierzbowskiEversheds.pdf> (24.08.2015).

⁴⁰ Wyr. TSUE w sprawie C-280/08 P *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2010, s. I-9555.

⁴¹ Opinia Adwokata Generalnego J. Mazáka w sprawie C-280/08 P *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji*, pkt 19.

⁴² Ibidem, pkt 15, por. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 280–282.

⁴³ Obwieszczenie Komisji o stosowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym, Dz. Urz. 1998, Nr C 265/2, pkt 28 i 150; D. Geradin, R. O'Donoghue, *The Concurrent Application of Competition...*, s. 409.

⁴⁴ Decyzja KE z dnia 21.05.2003 w sprawie *Deutsche Telekom AG*, Dz. Urz. 2003, L 263/9.

⁴⁵ Decyzja KE z dnia 21.05.2003 w sprawie *Deutsche Telekom...*, pkt 107.

⁴⁶ Zob. Opinia Adwokata Generalnego J. Mazáka do wyroku Sądu Generalnego w sprawie T-271/03 *Deutsche Telekom AG v Komisji*, pkt 54–59.

znaczącej pozycji rynkowej jest w dużej mierze spójne z pojęciem używanym w prawie konkurencji⁴⁷. W opinii Komisji regulacje *ex ante* i *ex post* są spójne i komplementarne. Niemniej jednak istnieją znaczne różnice między nimi. Wprowadzenie oba reżimy dążą do zapewnienia maksymalizacji dobrobytu konsumenta, ale polityka regulacji ma służyć realizacji zupełnie innych celów, jak np. zapewnieniu rywalizacji na rynku (wewnątrzrynkowa konkurencja) czy zachowaniu minimalnych standardów jakości i interoperacyjności. Jak już wcześniej wspomniano, w świetle regulacji sektorowych obowiązek dostępu do urządzeń telekomunikacyjnych jest nakładany quasi-automatycznie, gdy stwierdzona zostanie znacząca siła rynkowa. Zwykle jest on połączony z kontrolą cen, która ma skłonić do wejścia na rynek przedsiębiorców o niewielkiej skali działalności w nadziei, że pojawienie się nowego operatora w dłuższym okresie pobudzi presję konkurencyjną⁴⁸. Z kolei w świetle prawa konkurencji dominujący przedsiębiorca ponosi szczególną odpowiedzialność za niezakłócanie konkurencji, ale nie jest ogólnie wymagane, aby dzielił się swoją infrastrukturą z konkurentami. Nie ma też wymogu ustalania cen na poziomie społecznie akceptowalnym. Zobowiązanie dominantów do kompensowania konkurentom braku skali działalności byłoby niespójne z fundamentalną zasadą europejskiego prawa konkurencji, gdzie dominujący przedsiębiorca nie może stosować metod innych od tych, które warunkują normalną konkurencję⁴⁹. Utrzymywanie parasola cenowego nad nowo wchodzącym na rynek nie może być adekwatnym środkiem zaradczym w świetle prawa konkurencji, ponieważ odbiega od modelu zdrowej konkurencji.

Dobrym przykładem pokazującym współzależność regulacji sektorowych i prawa konkurencji jest też przejęcie Orange Austria przez H3G⁵⁰. Decyzja Komisji w tej sprawie pokazuje, jak ważną rolę odegrał krajowy regulator telekomunikacji w kontroli koncentracji w zakresie ustalenia kształtu pakietu środków zaradczych⁵¹. Ten przypadek potwierdza wyrównanie ról między polityką krajowego regulatora telekomunikacyjnego i polityką kontroli koncentracji w UE oraz zbieżność wykorzystania narzędzi regulacyjnych i prawa konkurencji⁵². Komisja w ścisłej współpracy z austriackim organem regulacyjnym wydała warunkową zgodę na koncentrację, uwzględniając proponowane przez nich środki zaradcze. Nie zakazała jednak koncentracji prowadzącej do ograniczenia liczby operatorów o znacznej pozycji rynkowej w Austrii z czterech do trzech. Dla porównania w decyzji w sprawie *Airtours*⁵³ Komisja zakazała połączenia, które skoncentrowałoby rynek poprzez ograniczenie liczby głównych graczy z czterech do trzech. Skutkiem tej operacji byłoby powstanie zbiorowej pozycji dominującej w Wielkiej Brytanii. Nowa spółka posiadałaby 34,4% rynku, podczas gdy innych dwóch przedsiębiorców – Thomas Cook i Thomson posiadałoby odpowiednio udział w rynku 20,4% i 30,7%. Jeśli proponowana transakcja zostałaby zaakceptowana, trzech głównych operatorów pozostających na rynku mogłoby posiadać ponad 80% rynku. Komisja zablokowała łączenie, wskazując, że:

⁴⁷ Zob. Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 07.03.2002..., art. 14 ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 i 3.

⁴⁸ Zob. E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 178.

⁴⁹ Wyr. TSUE w sprawie C-85/76 *Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1979, s. 461, pkt 91.

⁵⁰ Decyzja Komisji z 12.12.2012 w sprawie COMP/M.6497 *H3G Austria/Orange Austria*, dostępna na stronie http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6497_20121212_20600_3210969_EN.pdf (15.08.2015).

⁵¹ D. Kostecka-Jurczyk, Środki zaradcze w procesie konsolidacji *H3G-Orange, H3G-o2 i Telefónica-E-Plus przeciwdziałające monopolizacji na rynku telefonii mobilnej*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2014, nr 8(3), s. 27–29.

⁵² Na temat środków zaradczych zob. też T. Skoczny, *Zgody szczególne w prawie konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2012, s. 262 i n.; E. Piontek (red.), *Nowe tendencje...*, s. 268–278.

⁵³ Decyzja Komisji z dnia w sprawie COMP/M.1524 *Airtours/First Choice*, Dz. Urz. 2000, Nr L 93/1. Decyzja uchylona przez wyr. SG w sprawie T-342/99 *Airtours v Komisji*, Zb. Orz. 2002, s. II-2585.

- będzie ono ograniczało motywację do konkurowania wśród trzech pozostałych operatorów;
- spowoduje wzrost przejrzystości rynku i współzależności operatorów, co pozwoli głównym graczom na rynku stosować paralelne podejście w zakresie konstruowania oferty;
- będzie ułatwiało odwet w przypadku próby odstąpienia od paralelnych zachowań, jeśli jeden z trzech pozostałych dużych operatorów zdecydowałby się nie ograniczać wielkości swojej podaży, pozostali dwaj w następnym sezonie zwiększyliby swoją ofertę, powodując spadek cen;
- będzie prowadziło do dalszej marginalizacji mniejszych operatorów na rynku.

Jedną z podstaw decyzji Komisji był fakt, że łączenie mogłoby tworzyć kolektywną pozycję dominującą i trzech oligopoliści byłiby zdolni do cichej koordynacji zachowań rynkowych. To z kolei mogłoby wpłynąć na ograniczenie między nimi konkurencji cenowej⁵⁴.

W sprawie *Orange-H3G* nie wykorzystano w pełni argumentów sformułowanych przez Komisję w sprawie *Airtours*. Biorąc powyższe pod uwagę należy podkreślić, że jeśli prawo konkurencji będzie zinstrumentalizowane tak, aby osiągać cele polityki regulacyjnej, będzie istniało ryzyko, że będą wdrażane niższe standardy nadzoru regulacyjnego. To będzie prowadziło do zróżnicowania norm w poszczególnych sektorach gospodarki, co może zagrażać wewnętrznej spójności prawa konkurencji. Art. 101 i 102 TFUE oraz stosowne przepisy prawa krajowego będą zatem różnie interpretowane w zależności od tego, czy na rynku właściwym identyczne zachowania będą oceniane w oparciu o te same standardy i te same normy prawne.

VI. Konkluzje

Wykorzystanie prawa konkurencji do osiągnięcia celów regulacyjnych prowadzi do wątpliwych efektów. Po pierwsze, może to wprawdzie ułatwiać proces deregulacji, ale w dłuższym okresie istnieje ryzyko obniżenia standardów prawa konkurencji w regulowanych gałęziach sieciowych. Po drugie, zbyt szerokie reguły konkurencji mogą dyskryminować pionowo zintegrowanych przedsiębiorców, szczególnie w sektorach regulowanych, w których często konkurencja jest kształtowana w sposób sztuczny. Po trzecie, istnieje ryzyko, że rozwój materialnego prawa konkurencji będzie determinowany przez regulacje sektorowe. Z jednej strony sens polityki regulacyjnej jest kwestionowany, gdyż jest ona zbyt skoncentrowana na krótkookresowym, cenowym wymiarze konkurencji i opiera się na nierealistycznym paradygmacie konkurencji doskonałej. Z drugiej jednak – należy podzielić pogląd, że samo prawo antymonopolowe nie będzie w stanie zapewnić odpowiednich warunków rozwoju konkurencji na rynku telekomunikacyjnym. Dotychczasowe doświadczenia pokazują, że prawo konkurencji jest wykorzystywane jako dodatkowe narzędzie regulacji rynku bądź niwelowania problemów wynikających z funkcjonowania regulacji sektorowych. Jednakże ma ono ograniczony zestaw narzędzi, aby im zapobiegać. Regulacje sektorowe i prawo konkurencji na rynku telekomunikacji raczej powinny wykazywać konwergencję dla osiągnięcia wspólnych celów, do których należy m.in. utworzenie jednolitego rynku telekomunikacyjnego charakteryzującego się skuteczną konkurencją.

⁵⁴ Decyzja ta została uchylona przez Sąd Generalny w wyroku w sprawie T-342/99 *Airtours v Komisji*, Zb. Orz. 2002, s. II-2585. Por. też decyzję Komisji z dnia 25.10.1998 w sprawie IV/M.1225 *Stora/Enso*, Dz. Urz. 1999, Nr L 254/9; decyzję Komisji z dnia w sprawie COMP/M.619 *Gencor/Lonrho*, Dz. Urz. 1997, Nr L 11/30 i warunkową decyzję Komisji z dnia 22.07.1992 w sprawie COMP/M.190 *Nestlé/Perrier*, Dz. Urz. 1992, Nr L 356/1.

Bibliografia

- Adamski Dariusz. 2007. „Dobór obowiązków regulacyjnych na rynkach hurtowych”. W *Regulacja rynków telekomunikacyjnych*. Warszawa. Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW: 238–263.
- Galewska Ewa. 2007. „Rynki łączy dzierżawionych”. W *Regulacja rynków telekomunikacyjnych*. Warszawa. Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW: 238–263.
- Geradin Damien, O'Donoghue Robert. 2005. “*The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in Telecommunications Sector*”. *Journal of Competition Law and Economics* 2005 (2): 360–364.
- Heimler Alberto. 2008. “*Is a Margin Squeeze an Antitrust or Regulatory Violation?*”. *Journal of Competition Law & Economics* 2010 (4): 879–890.
- Kohutek Konrad. 2012. *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa, Wolters Kluwer business.
- Kostecka-Jurczyk Daria. 2014. „Środki zaradcze w procesie konsolidacji H3G-Orange, H3G-o2 i Telefónica-E-Plus przeciwdziałające monopolizacji na rynku telefonii mobilnej”. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* 8(3): 21–30.
- Kostecka-Jurczyk Daria. 2013. „Test równie efektywnego konkurenta a test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta w ocenie nożyc kosztowo-cenowych na rynku telekomunikacyjnym”. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* 8(2): 65–73.
- Kwiatkowska Ewa M., Cieślak Iwaona. 2014. „Działalność regulacyjna Prezesa UKE a konkurencyjność i sytuacja finansowa przedsiębiorstw na przykładzie Grupy TP”. *Management and Business Administration. Central Europe*. 2014 (3): 56–71.
- Monti Giorgio. 2008. “*Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*”. *Competition Law Review* 2008 (2): 123–145.
- Piątek Stanisław. 2013. *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*. Warszawa. Wydawnictwo C.H. Beck.
- Piontek Eugeniusz (red.). 2008. *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*. Warszawa. Oficyna a Wolters Kluwer business.
- Skoczny Tadeusz. 2012. *Zgody szczególne w prawie konkurencji*. Warszawa. Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.