

Kolektywna pozycja dominująca na rynkach telekomunikacyjnych na przykładzie decyzji hiszpańskich organów ochrony konkurencji

Spis treści

- I. Zagadnienia wstępne
- II. Sytuacja rynkowa hiszpańskiego sektora telekomunikacyjnego
- III. Decyzja baskijskiego organu ochrony konkurencji
- IV. Decyzja hiszpańskiego organu ochrony konkurencji
- V. Podsumowanie

Streszczenie

Niniejszy artykuł stanowi omówienie dwóch decyzji organów ochrony konkurencji – hiszpańskiego i baskijskiego, które dotyczą naruszenia kolektywnej pozycji dominującej na rynkach telekomunikacyjnych. Artykuł przybliży przede wszystkim argumentację zastosowaną przez organ w celu stwierdzenia istnienia kolektywnej dominacji. Opisywane decyzje zasługują na szczególną uwagę wobec wszczętego niedawno przez UOKiK postępowania w sprawie potencjalnego nadużywania kolektywnej pozycji dominującej przez trzech operatorów telefonii ruchomej.

Słowa kluczowe: kolektywna pozycja dominująca; milcząca koordynacja; sektor telekomunikacyjny.

I. Zagadnienia wstępne

Zagadnienie kolektywnej pozycji dominującej i konkurencji na rynkach oligopolistycznych było przedmiotem licznych rozważań akademickich, które najczęściej pozostawały jednak teoretycznym dyskursem ze względu na brak relewantnych przykładów orzeczniczych¹. Mając to na uwadze, szczególnie ciekawe wydają się decyzje hiszpańskiego i baskijskiego organu ochrony konkurencji stwierdzające nadużycie kolektywnej pozycji dominującej na rynkach telekomunikacyjnych. Rynki te wydają się być szczególnie podatne na tego typu zjawiska, gdyż ich deregulacja dała podstawy oligopolistycznej strukturze rynku. Tezę tę zdaje się wzmocniać okoliczność, że pojęcie odpowiadające kolektywnej dominacji występuje również na gruncie prawa telekomunikacyjnego jako kolektywna pozycja znacząca. W literaturze podkreśla się, że rynki telekomunikacyjne z samej swojej istoty spełniają wiele przesłanek niezbędnych dla zaistnienia milczącej koordynacji:

* Junior Associate w zespole prawa konkurencji w kancelarii Linklaters C. Wiśniewski i Wspólnicy sp. k., doktorantka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, e-mail: anialaszczyk@gmail.com.

¹ Porównaj np. P. Masey, M. McDowell, *Joint dominance and tacit collusion: some implications for competition and regulatory policy*, „European Competition Journal” 2010, nr 2; F. Mezzanotte, *Using abuse of collective dominance in article 102 TFEU to fight tacit collusion: the problem of proof and interferential error*, „World Competition” 2010, nr 1; G. Monti, *The scope of collective dominance under article 82 EC*, „Common Market Law Review” 2001, nr 38; P. Wieczorek, *Prawne i ekonomiczne aspekty kolektywnej dominacji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 7.

każdy z krajów europejskich posiada od ok. 4 do 6 operatorów sieci ruchomych, oferowane produkty są homogeniczne, ze względu na cenową strukturę rynku konkurujące ze sobą podmioty są niemalże natychmiast wrażliwe na zmiany cen, koszty produkcji są podobne, rynek cechuje długoterminowa relacja między nabywcą a dostawcą, rynek jest stosunkowo ustabilizowany, a podmioty usatysfakcjonowane swoimi udziałami w rynku².

Poniżej przedstawione zostaną dwie decyzje hiszpańskich organów³. Analiza poprzedzona zostanie krótkim opisem sytuacji rynkowej hiszpańskiego sektora telekomunikacyjnego.

II. Sytuacja rynkowa hiszpańskiego sektora telekomunikacyjnego

Spółki *Telefónica de España S.A.U.* (TESAU) oraz *Telefónica Móviles de España S.A.U.* (TME), działające na rynku hiszpańskim, należą do Grupy *Telefónica* – jednej z największych spółek telekomunikacyjnych, obecnej w 25 krajach świata. TESAU świadczy usługi telefonii stacjonarnej, natomiast TME świadczy usługi telefonii ruchomej. TME zaczęło świadczyć swojego usługi na rynku hiszpańskim w lipcu 1995 r., natomiast w październiku działalność taką rozpoczęła tam *Vodafone España S.A.U.* (Vodafone). W 1998 r. na rynek weszła spółka *France Telecom España S.A.* (Orange). W roku 2006, *Xferia Móbiles S.A.* (obecnie Yoigo) zaczęła świadczyć usługi telefonii ruchomej. W 2010 r. oprócz ww. czterech operatorów, na rynku działało jeszcze wielu operatorów wirtualnych – OMV. Euskaltel jest przedsiębiorcą działającym na terenie Kraju Basków, świadczącym usługi telefonii stacjonarnej, ruchomej, dostępu do Internetu i telewizji multimedialnej.

Organ nadzoru telekomunikacyjnego (*Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, CMT) 2 lutego 2006 r. wydał decyzję w sprawie definicji rynku dostępu i rozpoczynania połączeń w sieciach telefonii ruchomej, w sprawie analizy tego rynku oraz wyznaczenia operatorów posiadających znaczącą siłę rynkową i w sprawie propozycji nałożenia obowiązków (Decyzja CMT)⁴. W Decyzji CMT stwierdzono, że TME, Vodafone, Orange (Trzej Operatorzy) posiadają na rynku dostępu i rozpoczynania połączeń kolektywną znaczącą pozycję rynkową. W uzasadnieniu CMT wskazało na: niewielką liczbę graczy rynkowych, duży stopień koncentracji rynku, wysokie bariery wejścia na rynek (w szczególności bariery prawne w zakresie dostępu do częstotliwości używanych w sieciach ruchomych, co implikuje, że stanowią one urządzenia kluczowe). CMT wskazało również na motywację operatorów do ujednoczenia swoich działań rynkowych i utrzymania status quo oraz na łatwość wykrycia ewentualnego odejścia od ustalonej strategii, jak i istnienie mechanizmów sankcjonujących. Decyzja regulatora była przywoływana przez organ zarówno baskijski, jak i hiszpański na poparcie wniosków dotyczących charakterystyki rynku.

III. Decyzja baskijskiego organu ochrony konkurencji

Baskijski organ ochrony konkurencji (*Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia*, TVDC) 11 lutego 2010 r. wydał decyzję stwierdzającą, że spółki z Grupy *Telefónica* (tj. TESAU w zakresie połączeń telekomunikacyjnych w sieci stacjonarnej, jak i TME w zakresie połączeń

² P.S. Ryan, *European competition law, joint dominance and the wireless oligopoly problem*, „Columbia Journal of European Law” 2005, nr 11.

³ Zgodnie z art. 12 i 13 hiszpańskiej ustawy o ochronie konkurencji 15/2007 z 3 lipca 2007 r., organami właściwymi do stosowania ustawy są hiszpański organ ochrony konkurencji – *Comisión Nacional de la Competencia (CNC)* wykonujący swoje funkcje na terytorium całego kraju, jak również organy wspólnot autonomicznych (*hiszp. Comunidad Autónoma*) wykonujące swoje funkcje na terytorium tychże wspólnot.

⁴ Decyzja TVDC z 11.02.2010 r. nr 12/2009 *Telefónica*, dostępne na: http://www.ogasun.ejgv.euskadi.net/r51-14000/es/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/adjuntos/RESOLUCION%20NO%20CONFIDENCIAL%20TELEFONICA.pdf.

telekomunikacyjnych w sieci ruchomej) nadużywały pozycji dominującej (odpowiednio indywidualnej i kolektywnej) przez stosowanie cen wyższych za połączenia telefoniczne skierowane do abonentów sieci Euskaltel, aniżeli za połączenia kierowane do sieci innych operatorów⁵.

Organ oceniając posiadanie kolektywnej pozycji dominującej przez TME, Orange oraz Vodafone na rynku detalicznym telefonii ruchomej, stwierdził, że spółki te działają w wąskim oligopolu i że w analizowanym przypadku spełnione zostały trzy warunki wymagane dla stwierdzenia kolektywnej dominacji, tj. przejrzystość rynku, istnienie mechanizmów sankcjonujących oraz brak presji konkurencyjnej – w tym również brak przeciwważącej siły nabywczej. Dokonując analizy, TVDC wziął pod uwagę takie kryteria, jak: bardzo wysoki poziom skoncentrowania rynku; przejrzystość rynku; brak zewnętrznej presji konkurencyjnej; istnienie mechanizmów sankcjonujących; okoliczność, że operatorzy byli zobligowani regulacją sektorową do informowania z 30-dniowym wyprzedzeniem o planowanych zmianach cen taryf i fakt, że informacje takie zamieszczane były również w Internecie. W ocenie TVDC, na rynku istniały znaczne prawne, strategiczne i ekonomiczne bariery wejścia na rynek. W okresie właściwym dla naruszenia żaden z alternatywnych operatorów nie mógł stanowić konkurencji dla TME, Vodafone i Orange ze względu na konieczność korzystania z usług Trzech Operatorów na rynkach wyższego rzędu. Dodatkowo działania takie, jak długoterminowe umowy z abonentami czy też dyskryminacja między połączeniami *on-net* i *off-net* utrudniały wejście i rozwój na rynku. W opinii TVDC symultaniczne wydłużenie okresów obowiązywania umów abonenckich stanowiło dowód występowania zachowań paralelnych na rynku. Z analizy CMT wynikało również, że warunki umowne stosowane przez TME i Vodafone operatorów były niemalże identyczne, zawierały nawet taką samą karę umowną. W okresie wejścia na rynek Yoigo i Euskaltel, TME ustaliły trzy okresy obowiązywania umów – 12, 18 i 24 miesiące. W kolejnych miesiącach Vodafone i Orange również ustaliły maksymalne okresy obowiązywania umów na 24 miesiące. TVDC zwróciło również uwagę na: identyczność taryf roamingowych Trzech Operatorów, które w roku 2007 zostały zrównane z maksymalną dopuszczalną wartością określoną Rozporządzeniem 717/2007; stosowanie dyskryminacyjnych cen połączeń *on-net* i *off-net* – w okresie naruszenia operatorzy zwiększyli zróżnicowane cen za połączenia wykonywane w ramach sieci i wykonywane do innych operatorów. TVDC zaobserwowało również, że ceny stosowane przez TME i Vodafone były jednymi z najwyższych stosowanych przez operatorów telekomunikacyjnych UE, a podobieństwo istniejące między taryfami obu operatorów było jednym z najwyższych spośród innych par głównych operatorów innych krajów UE. W konsekwencji wszystkie wymienione uprzednio okoliczności stanowiły, zdaniem TVDC, dowody na istnienie kolektywnej dominacji na rynkach detalicznych telefonii ruchomej.

Na tak wyznaczonym rynku organ stwierdził, że przedsiębiorcy dopuścili się nadużycia polegającego na stosowaniu dyskryminacyjnych cen za połączenia do sieci Euskaltel. TESAU/TME negowały antykonkurencyjny charakter praktyki, wskazując na brak strategii mającej na celu wykluczenie konkurenta, niewielki wpływ na koszty ponoszone przez abonentów spółki i ich decyzje o wykonywaniu połączeń do Euskaltel. TESAU/TME podkreślały również, że takie działanie było obiektywnie uzasadnione ze względu na praktykę Euskaltel, polegającą na ustaleniu bardzo wysokich stawek za zakańczanie połączeń. Zdaniem TESAU/TME przyjęta przez nie praktyka było

⁵ Decyzja CNC z 19.12.2012 r. nr S/048/10, dostępne na: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=2&Numero=S%2f0248%2f10&Ambito=Conductas>.

racjonalna ekonomicznie. TVDC stwierdził, że opisywane zachowanie było w stanie utrudnić wejście na rynek i rozwój Euskaltel na rynku telefonii ruchomej. Przyczyniało się do tego: stosowanie dyskryminacyjnych taryf, które zniechęcało abonentów TESAU/TME do wykonywania połączeń do abonentów sieci Euskaltel, a w konsekwencji zmniejszenie liczby połączeń wykonywanych do sieci Euskaltel redukujące przychody spółki z opłat za zakańczanie połączeń oraz niechęć wobec wykonywania połączeń do sieci Euskaltel. Te okoliczności zmniejszyły atrakcyjność sieci dla użytkowników sieci ruchomych, a w szczególności dla abonentów samej sieci Euskaltel. Dodatkowo, liczne publikacje w mediach związane z podwyżką cen za połączenia z sieci TESAU/TME do Euskaltel tworzyły wizerunek tej ostatniej jako sieci drogiej, który to wizerunek mógł wpływać negatywnie nie tylko na liczbę wykonywanych połączeń, lecz także na decyzję o zmianie sieci. TVDC analizując dane rynkowe z 2007 i 2008 r., stwierdził, że Euskaltel odczuł pogorszenie swojej sytuacji konkurencyjnej, którego przyczyną mogła być w mniejszym bądź większym stopniu praktyka stosowana przez TESAU i TME.

TVDC stwierdził, że praktyka nie mogła być obiektywnie uzasadniona asymetrią opłat za zakańczanie połączeń, jaka istniała między TESAU/TME a Euskaltel ze względu na fakt, że inne nadużycie nie może stanowić uzasadnienia dla zaangażowania się w praktykę niedozwoloną; ponadto stawki za zakańczanie połączeń stosowane przez Euskaltel miały marginalny wpływ na sytuację ekonomiczną TESAU/TME. TVDC zauważył również, że TESAU/TME nigdy nie dyskryminowało Orange wobec Vodafone, pomimo faktu, że stawki Orange za zakańczanie połączeń były znacząco wyższe, aniżeli te stosowane przez Vodafone. TVDC stwierdził, że relacja stosowanych przez TESAU/TME cen do kosztów ponoszonych za zakańczanie połączeń była dyskryminacyjna wobec Euskaltel, a asymetria stawek za zakańczanie połączeń również nie stanowi obiektywnego uzasadnienia. Mając na uwadze powyższą argumentację, organ uznał, że zachowanie TESAU/TME stanowiło nadużycie pozycji dominującej.

IV. Decyzja hiszpańskiego organu ochrony konkurencji

W decyzji z 19 grudnia 2012 r. CNC stwierdził, że Trzej Operatorzy nadużywali pozycji dominującej na rynku zakańczania SMS (na którym to rynku każdy z operatorów posiadał indywidualną pozycję dominującą), przez stosowanie zawyżonych stawek za zakańczanie SMS, które to opłaty umożliwiały tym przedsiębiorcom stosowanie zawyżonych cen za usługi detaliczne⁶. Organ zidentyfikował również, że Trzej Operatorzy posiadali kolektywną pozycję dominującą na rynku dostępu i rozpoczynania SMS, jednakże nie stwierdził by zachowanie przedsiębiorców, polegające na generowaniu wysokich kosztów dostępu, stanowiło odrębne nadużycie pozycji dominującej od tego, którego Trzej Operatorzy dopuścili się na rynkach zakańczania. Praktyka taka przyczyniała się do utrzymywania zawyżonych cen za usługi detaliczne, była podejmowana przez tych samych przedsiębiorców i miała służyć tym samym celom.

Jednostka prowadząca postępowanie (*Dirección de investigación*, DI) zidentyfikowała następujące cechy rynku telefonii ruchomej, wskazujące na to, że przyjmuje on strukturę oligopolistyczną: utrzymywanie wysokich barier wejścia na rynek, homogeniczny charakter produktów telefonii ruchomej, wysoki stopień skoncentrowania rynku i stabilność udziałów rynkowych Trzech

⁶ Decyzja CNC z 19.12.2012 r. nr S/048/10, dostępne na: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=2&Numero=S%2f0248%2f10&Ambito=Conductas>.

Operatorów, podobny stopień wertykalnej integracji, homogeniczność zachowań rynkowych polegająca na subsydiowaniu skrośnym zachodzącymi między świadczeniem poszczególnych usług telekomunikacyjnych. Jednolitość zachowań polegała na tym, że TME, Vodafone, Orange różnicowały ceny dla usług *on-net* i *off-net*. Trzej Operatorzy nie obniżali cen usług SMS, pomimo że na rynkach hurtowych, jak również detalicznych ekonomia skali, z jakiej korzystali (wynikająca ze zwiększenia poziomu świadczenia usług oraz obniżki kosztów), mogła spowodować ich obniżkę. Zauważono również, że ceny usług SMS ewoluowały w sposób mniej dynamiczny, w szczególności jeżeli porówna się je ze zmianami cen połączeń telefonicznych. DI uznała również relevantne rynki za wysoce transparentne. W odniesieniu do rynków hurtowych owa przejrzystość wynikała z konieczności świadczenia usług przyłączeniowych. W odniesieniu do rynków detalicznych przejrzystość wynikała z obowiązków nakładanych przez regulacje sektorowe, wymagające dostępności i transparentności informacji na temat cen usług. W dalszej kolejności DI wskazała na słabą rynkową pozycję siły nabywczej, a także dojrzałość rynku, m.in. w odniesieniu do penetracji rynku w zakresie dostępu do linii telefonicznych. Mając na uwadze te cechy, DI stwierdziła, że spełnione zostały kryteria dla stwierdzenia, że operatorzy posiadają pozycję dominującą na rynku detalicznym oraz hurtowym rozpoczynania SMS. DI stwierdzając powyższe, posiłkowała się argumentacją zamieszczoną w Decyzji CMT, która nie została zmieniona do dnia wydania decyzji przez CNC, a dodatkowo była potwierdzona orzeczeniem hiszpańskiego sądu wyższego *Audiencia Nacional* z 12 stycznia 2009 r.⁷

Trzej Operatorzy podnosili argumenty, że DI nie dopełniła standardów stwierdzenia istnienia kolektywnej pozycji dominującej wyznaczonych w doktrynie. W szczególności, zdaniem przedsiębiorców, DI nie udowodniła istnienia koordynacji między operatorami – brak było bowiem ujednoczenia działań rynkowych operatorów na rynkach hurtowych rozpoczynania i istniała presja konkurencyjna w celu nawiązania relacji handlowych z OMV. Dodatkowo, w opinii Trzech Operatorów, Decyzja CMT nie powinna mieć zastosowania do przeprowadzanej analizy, ponieważ nie uwzględniała ona aktualnej sytuacji rynkowej.

CNC analizując istnienie kolektywnej pozycji dominującej, stwierdziła, że jednym z niezbędnych elementów jest by TME, Orange i Vodafone posiadali łączną motywację, tj. interes w dostosowaniu i zrównaniu swojego zachowania. Przeprowadzając swoją analizę, CNC zwróciła uwagę, że bariery wejścia na rynek były nie do pokonania w analizowanym okresie. W celu rozwinięcia i obsługi własnej sieci ruchomej należało dysponować własną częstotliwością. Jest faktem, że w analizowanym okresie na rynek wszedł inny operator – Yoigo, niemniej jednak nie dysponował on siecią całkowicie rozwiniętą i potrzebował świadczenia określonych usług od Trzech Operatorów. Zdaniem CMT, bariery wejścia na rynek wzmacniane były dojrzałością rynku, wynikającą z wysokiej penetracji linii telefonicznych i częstotliwości. W takich warunkach było mało prawdopodobne by rozwijały się nowe sieci i by wzrastała liczba oferentów na rynku dostępu i rozpoczynania. CNC stoi również na stanowisku, że operatorzy dysponujący własną częstotliwością posiadają urządzenie kluczowe dla operatorów chcących świadczyć usługi na rynku niższego szczebla, co sprawia, że elastyczność popytowa jest zredukowana. Potwierdzają to twierdzenia Orange, że popyt OMV na usługi rynku rozpoczynania SMS jest sztywny. Obraz ten dopełnia okoliczność wysokich kosztów zmiany podmiotu mającego świadczyć tego typu usługi. Wszystkie powyższe

⁷ Wyr. *Audiencia Nacional* z 12.01.2009 r. w sprawie nr 307/2006.

okoliczności wskazują, że TME, Orange i Vodafone dysponowali we wskazanym okresie znaczną siłą rynkową i byli w stanie ją wykorzystywać.

Zdaniem CNC, zgodnie z doktryną kolektywnej dominacji, na analizowanym rynku korzyści osiągnięte przez TME, Orange i Vodafone w krótkim okresie, będące efektem zachowań konkurencyjnych, nie przewyższyły korzyści w długim okresie, płynących z dostosowania swoich zachowań w zakresie ofert skierowanych do OMV. Dowodem na tę okoliczność był fakt, że operatorzy nie kierowali takich ofert tak długo, jak nie zostali zobowiązani do tego przez CMT. W opinii CNC, Trzej Operatorzy mają, albo przynajmniej mieli w okresie objętym analizą, znaczące motywacje do tego by stosować wysokie ceny za usługi rozpoczynania SMS. Przez takie działania zwiększały one bowiem swoje zyski, jak również prowokowały wzrost kosztów konkurentów świadczących usługi na rynku detalicznym, wymagające usług hurtowych.

W zakresie przejrzystości rynku CNC wskazała na okoliczność, że każdy z operatorów działał jako *host* dla każdego z OMV. Wobec czego, w sytuacji, w której jeden z operatorów podejmował walkę cenową o któregoś z OMV i przyciągał go swoją ofertą, było to łatwe do wykrycia dla innych operatorów. W konsekwencji zmiana kontrahenta demaskowała strategię przyjętą przez operatora. W takiej sytuacji nie było konieczne, by operatorzy znali szczegóły oferty konkurenta, by dostosować swoje zachowanie. Dodatkowo, w sytuacji, w której OMV negocjowali z Trzema Operatorami mogły zachodzić mechanizmy *hub and spoke*. TME, Orange i Vodafone podkreślały, że OMV, by wynegocjować lepsze warunki, prowadzą rozmowy ze wszystkimi trzema operatorami. Polityka cenowa OMV mogła również wskazywać na ewentualne odejście operatora od wspólnej strategii. Agresywne praktyki cenowe OMV oznaczały, że otrzymał on korzystną ofertę otrzymywania usług rynku wyższego szczebla. Po tak przeprowadzonej analizie, CNC podzieliło konkluzje DI w zakresie posiadania przez Trzech Operatorów kolektywnej pozycji dominującej.

V. Podsumowanie

Doświadczenia hiszpańskich organów ochrony konkurencji w zakresie stwierdzania kolektywnej pozycji dominującej na rynkach telekomunikacyjnych wydają się nadzwyczaj bogate. Szczególnie rozstrzygnięcie baskijskiego organu ochrony konkurencji wydaje się być interesujące wobec postępowanie wszczętego przez UOKiK w sprawie potencjalnego nadużycia kolektywnej pozycji dominującej przez trzech głównych operatorów telefonii ruchomej, które to nadużycie, podobnie jak w decyzji baskijskiej, miałyby polegać na dyskryminacyjnym różnicowaniu cen⁸. Należy również zauważyć historia kolektywnej dominacji na hiszpańskim rynku telefonii ruchomej nie wydaje się być jednak skończona. W styczniu 2012 r., CNC wszczęła postępowanie w sprawie potencjalnego nadużycia pozycji dominującej (prawdopodobnie kolektywnej) przez Telefónica, Vodafone i Orange polegającego na zawężaniu marży i narzucaniu nieuczciwych cen zarówno na rynku dostępu i rozpoczynania połączeń ruchomych w stosunku do OMV, jak i na rynku usług detalicznych szczególnie w odniesieniu do klientów biznesowych⁹.

⁸ Komunikat prasowy UOKiK o wszczęciu postępowania antymonopolowego przeciwko Polkomtelowi, Polskiej Telefonii Cyfrowej oraz Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel, 18.03.2013 r., dostępne na: http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10304.

⁹ Komunikat prasowy o wszczęciu postępowania wyjaśniającego przez Comisión Nacional de la Competencia w sprawie Telefónica Móviles, Vodafone i Orange, 04.01.2012 r., dostępne na: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/tabid/105/Default.aspx?Contentid=442561&Pag=5>.