

K Środki zaradcze w procesie konsolidacji *H3G-Orange*, *H3G-o2* i *Telefónica-E-Plus* przeciwdziałające monopolizacji na rynku telefonii mobilnej

A Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Tendencje konsolidacyjne na rynku telekomunikacyjnym
- III. Praktyka stosowania środków zaradczych w sektorze telefonii komórkowej
- IV. Środki zaradcze wykorzystywane w procesie kontroli koncentracji a regulacje sektorowe
 1. Uwagi wstępne
 2. Rola krajowych regulatorów w procesie nakładania zobowiązań
 3. Miejsce regulacji sektorowych w kontroli koncentracji
- V. Podsumowanie

R Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest analiza środków zaradczych zastosowanych przez Komisję Europejską w procesie konsolidacji operatorów telefonii ruchomej. Celem opracowania jest ocena ich skuteczności na przykładzie decyzji warunkowych wydanych w sprawie *H3G-Orange*, *H3G-o2* i *Telefónica-E-Plus*. W artykule ukazano również relacje między regulacjami sektorowymi a przepisami dotyczącymi kontroli koncentracji oraz problem nakładana się kompetencji regulatorów sektorowych i organów antymonopolowych.

Słowa kluczowe: kontrola koncentracji; środki zaradcze; sektor komunikacji elektronicznej; regulacje sektorowe; krajowe organy regulacji telekomunikacji.

I. Wprowadzenie

Na rynku telefonii komórkowej od kilku lat następują dynamiczne zmiany. Wzrastająca presja konkurencyjna i finansowa skłania operatorów do podejmowania operacji koncentracyjnych. Powszechnie spotykany jest wśród nich pogląd, że Komisja Europejska nie jest przychylna koncentracjom w tym sektorze. Nie potwierdza tego jednak jej praktyka decyzyjna. W ciągu ostatnich dwóch lat Komisja Europejska wydała zgodę na kilka koncentracji między operatorami telefonii komórkowej. W trzech przypadkach wydała zgodę warunkową (decyzja w sprawie przecięcia *Orange* przez *H3G*¹ w Austrii; *o2* przez *H3G*² w Irlandii i *E-Plus* przez *Telefónica*

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

¹ Decyzja Komisji Europejskiej (KE) z 12.12.2012 w sprawie COMP/M.6497 *H3G Austria/Orange Austria*. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6497_20121212_20600_3210969_EN.pdf (01.08.2014).

² Decyzja KE z 28.05.2014 w sprawie COMP/M.6992 *H3G UK/Telefónica Ireland*, Notatka Prasowa IP 14/607 i IP/13/1048.

w Niemczech³). Każda z tych koncentracji skutkowałą ograniczeniem liczby konkurentów na rynku właściwym o jeden podmiot. Zarówno w Irlandii i w Niemczech, jak i w Austrii liczba operatorów zmniejszyła się z czterech do trzech. Operacje te budziły wątpliwości organów regulacji telekomunikacji w państwach członkowskich oraz Komisji Europejskiej (dalej: Komisja), która ostatecznie wydała zgodę warunkową na dokonanie każdej z transakcji. Analiza powyższych decyzji pozwoli podjąć próbę oceny aktualnej polityki Komisji Europejskiej odnośnie do koncentracji w sektorze telefonii komórkowej i skuteczności środków zaradczych. Celem opracowania jest także ukazanie problemu nakładania się kompetencji organów regulujących rynek telekomunikacyjny oraz organów ochrony konkurencji. W pierwszej części artykułu zostaną przedstawione tendencje konsolidacyjne w sektorze telefonii komórkowej oraz środki zaradcze wykorzystane przez Komisję w sprawach *H3G-Orange*, *H3G-o2* i *Telefónica-E-Plus*. W dalszej części opracowania zostanie podjęta próba oceny ich skuteczności i ustalenia czy istnieje konwergencja między regulacjami sektorowymi a prawem konkurencji w kontekście kontroli koncentracji.

II. Tendencje konsolidacyjne na rynku telekomunikacyjnym

Aktualnie sektor telefonii komórkowej znajduje się w kluczowej fazie rozwoju charakteryzującej się szybkim wzrostem liczby wykorzystywanych mobilnych urządzeń transmisji danych i wdrażaniem technologii czwartej generacji 4G LTE (*Long Term Evolution*) pozwalającej na przepływ większej ilości danych z większą prędkością. Jednak wdrażanie nowej technologii wymaga znacznych nakładów finansowych. Aby zapewnić opłacalność inwestycji, operatorzy podejmują próby konsolidacji. Niechętnie wykorzystują inne możliwości, jak np. porozumienia o wspólnej budowie sieci⁴. Wśród operatorów dominuje pogląd, że konsolidacja umożliwi osiągnięcie odpowiedniej skali działalności, zapewniającej opłacalność inwestycji. Z tego też względu w ciągu ostatnich dwóch lat nasiliła się liczba koncentracji w sektorze telefonii komórkowej. przykład przykładowo, w 2012 r. w Wielkiej Brytanii połączyły się *Orange* i *T-Mobile* w sieć *EE*, a ponadto Komisja bezwarunkowo wydała zgodę na utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa między *Vodafone*, *Telefónica* i *Everythink Everwhere* w celu świadczenia usług mobilnej telefonii dla biznesu, w tym mobilnych płatności⁵. W tym samym roku nastąpiło też przejście przez *H3G* austriackiej sieci *Orange*. W roku bieżącym Komisja wydała już decyzję w sprawie przejścia przez irlandzkiego *H3G* sieci *o2*⁶ i w sprawie *Telefónica-E-Plus*⁷.

Procesy koncentracji są przeprowadzane nie tylko przez krajowych, horyzontalnych operatorów. Aktualnie następują również koncentracje między operatorami telefonii komórkowej i przedsiębiorstwami telekomunikacyjnymi prowadzącymi działalność na sąsiednich rynkach, jak np. telefonia stacjonarna. Komisja Europejska w ciągu ostatnich dwóch lat zaakceptowała

³ Decyzja KE z 02.07.2014 w sprawie COMP/M.7013 *Telefónica Deutschland-E-Plus*, Notatka Prasowa IP/14/771.

⁴ Zob. np. Raport IBnGR, Aukcja 800 MHz – aspekty ekonomiczne. Pobrano z: <http://www.telix.pl/artukul/ibngr--aukcja-800-mhz--lte--zbyt-droga--wspolna-siec-lepsza-3,61647.html> (28.07.2014).

⁵ Decyzja KE z 04.09.2012 w sprawie COMP/M.6314 *Telefónica UK/Vodafone/Everythink Everwhere/JV* r. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6314_20120904_20682_2898627_EN.pdf (28.07.2014).

⁶ Decyzja KE z 28.05.2014 w sprawie COMP/M.6992 *H3G UK/Telefónica Ireland*...

⁷ Decyzja KE z 02.07.2014 w sprawie COMP/M.7013 *Telefónica Deutschland-E-Plus* ...

takie koncentracje, np. w przypadku *Telenor/GlobulGermanos*⁸ w Bułgarii czy *Vodafone/Kabel Deutschland*⁹ w Niemczech.

Kluczowym problemem, z jakim spotykają się operatorzy telefonii komórkowej planujący powiększenie skali swojej działalności, jest stan rozdrobnienia tego rynku oraz regulowanie rynku przez wiele instytucji¹⁰. Operatorzy wskazują, że konsolidacja jest niezbędna, aby rozwijać sieć nowej generacji – 4G LTE. Ich zdaniem organy ochrony konkurencji i organy regulacyjne kreują silną konkurencję na tym rynku, co powoduje spadek opłacalności świadczenia usług telekomunikacyjnych i tym samym osłabienie tempa inwestycji¹¹.

Analiza praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej oparta na trzech ostatnio wydanych zgodach warunkowych na dokonanie koncentracji operatorów telefonii komórkowej (*Orange-H3G, o2-H3G i E-Plus-Telefónica*) pokazuje, że jest ona przychylna procesom konsolidacji operatorów telefonii komórkowej, pomimo ich negatywnych skutków dla konsumentów. Komisja akceptuje koncentracje w sektorze telefonii komórkowej, mając świadomość problemów konkurencyjnych, jakie mogą one spowodować i pomimo braku prawdopodobieństwa poprawy jakości sieci w przyszłości. Jednak w sposób formalny próbuje zagwarantować zgodność koncentracji z rynkiem wewnętrznym. W tym celu wykorzystuje środki zaradcze strukturalne lub behawioralne, które, jak pokazuje dotychczasowe doświadczenie w sektorze telefonii komórkowej, są jednak mało skuteczne¹².

III. Praktyka stosowania środków zaradczych w sektorze telefonii komórkowej

Środki zaradcze odgrywają kluczową rolę w rozwiązywaniu problemów z zakresu konkurencji w ramach postępowania w sprawie kontroli koncentracji w UE. Według obwieszczenia Komisji w sprawie środków zaradczych ich celem jest ograniczenie siły rynkowej łączących się stron i przywrócenie warunków skutecznej konkurencji, która zostałaby zakłócona w efekcie łączenia tworzącego lub umacniającego pozycję dominującą¹³.

Rozporządzenie nr 139/04 wymaga, aby środki te były proporcjonalne do problemu i zmierzały do zupełnego wyeliminowania problemu¹⁴. Przy wyborze odpowiedniego środka należy wziąć pod uwagę m.in. następujące kwestie:

- skuteczność,
- możliwość utrzymania konkurencyjnej struktury rynku,
- ochronę interesów konsumentów¹⁵.

⁸ Decyzja KE z 03.07.2013 w sprawie COMP/M.6948 – *Telenor/Globul/Germanos*. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6948_20130703_20310_3167385_EN.pdf (31.07.2014).

⁹ Decyzja KE z 18.10.2013 w sprawie COMP/M.6990 – *Vodafone/KabelDeutschland*. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6990_20130920_20310_3307840_EN.pdf (31/07.2014).

¹⁰ Zob. M. Maher, *Competition policy trends in telecommunication*, Lex Magazine, October-December 2012. Pobrano z: <http://www.alixpartners.com/en/Portals/alix/intellectual-capital/46%20abex%20Alix%20eur.pdf> (01.08.2014).

¹¹ W latach 2010–2013 łączne przychody operatorów spadły o 20 mld euro. Pobrano z: <http://www.obserwatorfinansowy.pl/forma/rotator/konkurencja-i-konsolidacja-dwie-strony-medalu/> (28.07.2014).

¹² Decyzja KE z 10.01.2006 w sprawie COMP/M.4035 – *Telefónica/o2*, Dz. Urz. 2006, C 29/14, pkt 79.

¹³ Zawiadomienie Komisji w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 i rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004, Dz. Urz. 2008, C 267/01, pkt 5.

¹⁴ Rozporządzenie Rady (WE) Nr 139/2004 z dnia 20.01.2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. 2004, L 24/1, pkt 30 Preambuły; Zawiadomienie Komisji w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 i rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004, Dz. Urz. 2008, C 267/01, pkt 9.

¹⁵ Zob. T. Skoczny, *Zgody szczególnie w prawie kontroli koncentracji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2012, s. 278, 284–285.

Aby zapewnić skuteczności podjętych działań, zakres wykorzystanych środków powinien być stosunkowo szeroki. Nie ma pojedynczego środka lub nawet pojedynczego typu środków, które byłyby właściwym lekarstwem na wszystkie problemy z zakresu konkurencji, powstałe przy różnych operacjach koncentracyjnych. Wszystkie łączenia i możliwe do zastosowania środki muszą być dostosowane do konkretnego przypadku.

Generalnie środki takie można podzielić na strukturalne i behawioralne¹⁶. Pierwsze z nich modyfikują alokację praw własności (np. obejmują zbycie przedsiębiorstwa w całości lub w części)¹⁷. Wszystkie inne środki, oprócz zbycia przedsiębiorstwa lub jego części mogą być uznane za behawioralne. Takie środki nakładają ograniczenia na prawa własności łączących się stron, a ich celem jest zagwarantowanie równych szans wszystkim konkurentom. Zakres środków behawioralnych jest stosunkowo szeroki, np. przyznanie dostępu do infrastruktury, przyznanie licencji, wypowiedzenie umowy na wyłączność i powstrzymanie się od publikacji informacji wrażliwych z punktu widzenia konkurencji.

Dotychczas Komisja Europejska wydała już kilkanaście decyzji warunkowych dotyczących koncentracji w sektorze telefonii komórkowej. Wśród nich wymienić należy m.in. decyzję w sprawie *Vodafone-Eircell*¹⁸, *Telia-Sonera*¹⁹, *Telefónica-o2*²⁰, *T-Mobile-Orange*²¹. Zobowiązania nałożone na operatorów w powyższych przypadkach różnią się jednak od tych, które zostały zawarte w ostatnio wydanych decyzjach w sprawie *H3G-Orange*, *H3G-o2* oraz *Telefónica-E-Plus*, głównie ze względu na ryzyko zakłócenia innych parametrów konkurencji. Na przykład koncentracja *Vodafone-Eircell* budziła obawy o powstanie pozycji dominującej na rynku usług telefonii komórkowej dla biznesu w UE. Pakiet zobowiązań nałożonych przez Komisję obejmował m.in. otwarty dostęp do sieci połączonych przedsiębiorstw i ograniczenie zawierania umów na zasadzie wyłączności w roamingu międzynarodowym²². W decyzji w sprawie *Telia-Sonera* Komisja zwróciła uwagę na ryzyko wykluczenia operatorów korzystających z sieci łączącej się jednostki. Nałożyła ona obowiązek utrzymania otwartego dostępu do sieci telefonii stacjonarnej i komórkowej oraz usług roamingu międzynarodowego, a także prawne wyodrębnienie sieci stacjonarnej i komórkowej oraz usług dla biznesu. Jeden ze środków obejmował zbycie części działalności w Finlandii²³. W przypadku *Telefónica-o2* Komisja obawiała się eliminacji niezależnego partnera w roamingu międzynarodowym. Z tego względu zobowiązała ona strony transakcji do nieuczestniczenia w tym samym aliansie roamingowym²⁴. Z kolei utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa między *T-Mobile* i *Orange* wzbudziło ryzyko zakończenia porozumienia w sprawie podziału sieci 3G z 3UK. Komisja zobowiązała strony do zmiany warunków porozumienia o podziale sieci 3G i przedłużenia okresu jego obowiązywania, aby chronić dostęp 3UK do sieci wspólnego przedsiębiorstwa²⁵.

¹⁶ Ibidem, s. 299.

¹⁷ R. Wish, *Competition Law*, wyd. 6, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 872–877; S. Davies, B. Lyons, *Merger and Merger Remedies in the EU. Assessing the Consequences for Competition*, Edward Elgar Publishing Inc., London 2007, s. 37–44.

¹⁸ Decyzja KE z dnia 02.03.2001 w sprawie COMP/M.2305 – *Vodafone/Eircell*, Dz. Urz. 2001, C 128/3.

¹⁹ Decyzja KE z dnia 10.07.2002 w sprawie COMP/M.2803 – *Telia/Sonera*, Dz. Urz. 2002, C 201/19.

²⁰ Decyzja KE z dnia 10.01.2006 w sprawie COMP/M.4035 – *Telefónica/o2*, ...

²¹ Decyzja KE z dnia 1.03.2010 w sprawie COMP/M.5650 – *T-Mobile/Orange*. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5650_20100301_20212_247214_EN.pdf (30.07.2014).

²² Decyzja KE z dnia 02.03.2001 w sprawie COMP/M.2305 – *Vodafone/Eircell*, ..., pkt 18–22.

²³ Decyzja KE z dnia 10.07.2002 w sprawie COMP/M.2803 – *Telia/Sonera*..., pkt 114–119.

²⁴ Decyzja KE z dnia 10.01.2006 w sprawie COMP/M.4035 – *Telefónica/o2*..., pkt 37–38, 46, 68 i n.

²⁵ Decyzja KE z dnia 1.03.2010 w sprawie COMP/M.5650 – *T-Mobile/Orange*..., pkt 14, 187 i 205.

Trzy ostatnio wydane zgody warunkowe były uwarunkowane m.in. obawami o:

- wzrost koncentracji rynku stanowiącego stosunkowo wąski oligopol na skutek redukcji liczby operatorów przynajmniej o jeden podmiot;
- wzrost cen;
- ograniczenie presji konkurencyjnej na rynku, zwłaszcza między uczestnikami koncentracji.

Zastosowane przez Komisję środki zaradcze koncentrowały się na zapewnieniu możliwości rozwoju operatorów wirtualnych (*mobile virtual network operator*) i tym samym utrzymaniu konkurencji na rynku. Przejęcie *Orange Austria* przez *H3G*²⁶ budziło obawy Komisji ze względu na oligopolistyczną strukturę rynku właściwego, charakteryzującego się wysoką koncentracją (było tylko czterech operatorów), wysokimi barierami wejścia i niską siłą nabywczą klientów²⁷. Transakcja skutkowałą redukcją liczby konkurentów z czterech do trzech, co budziło ryzyko wzrostu cen. Po zbadaniu pozycji rynkowej stron operacji, szczególnie w segmencie klientów indywidualnych i przesyłania danych, Komisja stwierdziła, że siła rynkowa połączonych stron będzie wyższa niż posiadany przez nie udział w rynku. Z tego względu wydała zgodę warunkową. Zobowiązania nałożone na *H3G* miały na celu zapewnienie wejścia nowego operatora na rynek i zapewnienie dostępu do sieci *H3G*. Obejmowały one:

- sprzedaż nowo wchodzącemu na rynek przedsiębiorstwu częstotliwości 2600 MHz (jest ona wymagana dla świadczenia usług 4G) oraz innych praw towarzyszących wraz z gwarancją regulatora telekomunikacji, że nowy podmiot wchodzący na rynek otrzyma dostęp do częstotliwości 800 MHz;
- zapewnienie hurtowego dostępu do 30% pojemności sieci *H3G* w ciągu najbliższych 10 lat dla 16 wirtualnych operatorów oferujących mobilne usługi dla użytkowników końcowych.

Aby zapewnić skuteczność realizacji tych zobowiązań, *H3G* zobowiązał się nie dokonywać przejęcia *Orange Austria* dopóty, dopóki nie udostępni przynajmniej jednemu odbiorcy hurtowemu dostępu do swojej sieci²⁸.

W przypadku koncentracji *H3G-o2* w Irlandii²⁹ Komisja obawiała się osłabienia rywalizacji między łączącymi się stronami i osłabienia presji konkurencyjnej na rynku telefonii komórkowej w Irlandii. Jednym z uczestników tej transakcji był najmniejszy operator telefonii komórkowej w Irlandii, ale jednocześnie najbardziej agresywny, posiadający atrakcyjną ofertę – *Three* (należący do *H3G*). Był on najmłodszym operatorem na irlandzkim rynku telefonii komórkowej. Po koncentracji *Three* miał zostać największym operatorem, którego konkurentami, posiadającymi własne sieci byłyby tylko *Vodafone* i *Eircom*. Analizując skutki koncentracji, Komisja zbadała czy konsumenci odniosą korzyści pod względem dostępu do sieci, jej szybkości i jakości w porównaniu z sytuacją braku koncentracji, uwzględniając zawarte wcześniej porozumienie o podziale sieci między operatorami. Pod względem dostępności do sieci – *o2* był w stanie zapewnić taki sam stopień pokrycia, tę samą prędkość i jakość, co połączona jednostka. Pod tym względem koncentracja nie skutkowałą wzrostem jakości ani efektywności świadczonych usług. Komisja stwierdziła, że transakcja nie spowoduje wzrostu dostępności szerokopasmowego Internetu na wiejskich obszarach w Irlandii. Wyraziła ona również obawy o zakłócenie konkurencji na rynkach

²⁶ Decyzja KE z dnia 12.12.2012 w sprawie COMP/M.6497 *H3G Austria/Orange Austria*...

²⁷ Notatka prasowa IP/12/1361.

²⁸ Decyzja KE z dnia 12.12.2012 w sprawie COMP/M.6497 *H3G Austria/Orange Austria*..., pkt 495.

²⁹ Decyzja KE z 28.05.2014 w sprawie COMP/M.6992 *H3G UK/Telefónica Ireland*, Notatka Prasowa IP 14/607 i IP/13/1048.

zarówno detalicznym, jak i hurtowym. Pomimo tego wydała zgodę na koncentrację, przy czym H3G zobowiązał się sprzedać do 30% pojemności swojej sieci wirtualnym operatorom w Irlandii, po z góry określonych cenach. W ten sposób uzyskaliby oni „specjalny” dostęp do sieci przesyłania głosu i danych. Ten model udostępnienia pojemności sieci jest bardziej efektywny w porównaniu z obecnie powszechnie wykorzystywanym, w którym wirtualni operatorzy płacą za dostęp do sieci odpowiednio do bieżącego zużycia. Nowy model jest bardziej opłacalny i ma zmotywować wirtualnych operatorów do oferowania możliwie atrakcyjnych usług. Wirtualni operatorzy będą mieli motywację do wykorzystania dostępnych zasobów, oferując bardziej atrakcyjne ceny i usługi, co zdaniem Komisji wystarczy, aby rozwiązać obawy dotyczące sytuacji na rynku detalicznym. *Three* został zobowiązany do zawarcia takiej umowy z jednym z operatorów wirtualnych przed przejęciem irlandzkiej spółki Telefónica. W czasie trwania umowy *Three* ma obowiązek zapewnić pomoc techniczną, jak również dodatkowe usługi związane z korzystaniem z sieci.

Powyższe zobowiązania miały zapewnić wejście na rynek nowych wirtualnych operatorów, którzy w krótkim okresie byliby w stanie zastąpić *Three* pod względem wywierania presji konkurencyjnej. Aby to ułatwić H3G zobowiązał się do sprzedaży 5 bloków pasma 900 MHz, 1800 MHz i 2100 MHz. Pasma te będą dostępne przez 10 lat począwszy od 1 stycznia 2016 r. Wirtualni operatorzy otrzymali także możliwość negocjacji dostępu do sieci z trzema operatorami, mianowicie *Vodafone*, *Three* i *Eircom*, co zdaniem Komisji miało rozwiązać obawy co do utrzymania konkurencji na rynku hurtowym.

Trzecia z transakcji – *Telefónica Deutschland-E-Plus*³⁰ budziła obawy ograniczania presji konkurencyjnej na niemieckim rynku telefonii komórkowej, zwłaszcza między *E-Plus* (spółka należąca do duńskiego operatora KPN) i *Telefónica*, a także między pozostałymi operatorami – *Deutsche Telekom* i *Vodafone*. Komisja Europejska uznała, że podobnie jak wcześniejsze operacje, transakcja ta budzi ryzyko wzrostu cen i obniżenia jakości usług ze szkodą dla konsumentów. Ponadto wyraziła ona obawy, że koncentracja spowoduje osłabienie pozycji wirtualnych operatorów na niekorzyść konsumentów.

Obawy Komisji były tym bardziej uzasadnione, że skutkiem przedmiotowej operacji było połączenie trzeciego i czwartego co do wielkości operatora na rynku niemieckim. W efekcie na rynku pozostałoby trzech (zamiast czterech) operatorów o zbliżonej wielkości udziałów w rynku. *Deutsche Telekom* i *Vodafone* posiadali po około 25% udziału w rynku, a połączona jednostka uzyskałaby około 30% udziału. Ze względu na obawy o antykonkurencyjne skutki transakcji, Komisja Europejska wydała zgodę pod warunkiem wdrożenia pakietu zobowiązań przez *Telefónica*. Ta ostatnia zapewniła, że umożliwi wejście na niemiecki rynek telefonii komórkowej operatorów wirtualnych, co jednocześnie wzmocni presję konkurencyjną między obecnymi już na rynku detalicznym konkurentami. *Telefónica* zobowiązała się, że:

- 1) umożliwi wejście lub rozwój jednemu lub kilku operatorom wirtualnym i w tym celu sprzeda do 30% pojemności swojej sieci jeszcze przed koncentracją jednemu lub kilku z nich na warunkach, jakie sformułowano przy przejęciu o2 (stały dostęp po określonej cenie, a nie według zasady „płatność zależna od zużycia”);
- 2) sprzeda częstotliwości i pewne składniki mienia nowemu operatorowi, który wejdzie na niemiecki rynek lub operatorowi wirtualnemu, który otrzyma dostęp do sieci w związku z pierwszą

³⁰ Decyzja KE z 02.07.2014 w sprawie COMP/M.7013 *E-Plus-Telefónica*, MEMO/14/460.

grupą zobowiązań, przy czym to zobowiązanie wraz z perspektywą organizacji nowych aukcji częstotliwości ma ułatwić podjęcie działalności nowemu operatorowi w Niemczech;

- 3) poszerzy zawarte już porozumienia w sprawie hurtowej sprzedaży pewnej pojemności sieci partnerom *Telefónica* i *E-Plus*;
- 4) zaoferuje usługi 4G wszystkim zainteresowanym.

We wszystkich przedstawionych decyzjach środki zaradcze obejmowały głównie zbycie części częstotliwości i udostępnienie części pojemności sieci. Jednakże analiza powyższych przypadków budzi wątpliwość co do ich skuteczności.

IV. Środki zaradcze wykorzystywane w procesie kontroli koncentracji a regulacje sektorowe

1. Uwagi wstępne

Aktualnie wśród środków zaradczych stosowanych w przypadku koncentracji w sektorze telefonii komórkowej dominuje zobowiązanie zbycia części częstotliwości i udostępnienie części pojemności sieci należącej do połączonej jednostki. W ten sposób Komisja Europejska stara się zapewnić wejście na rynek nowych operatorów lub operatorów wirtualnych. Także krajowe organy regulacji telekomunikacji w różnych państwach członkowskich starają się zapobiegać akumulacji częstotliwości w pewnych pasmach przez dużych operatorów, aby nie nastąpiło zakłócenie konkurencji. Zobowiązania nałożone na operatorów telefonii komórkowej we wszystkich przedstawionych decyzjach koncentrują się na zapewnieniu poprawy pozycji rynkowej wirtualnych operatorów oraz tworzeniu warunków ułatwiających wejście nowemu operatorowi. Biorąc pod uwagę utrzymujące się na relatywnie stałym poziomie udziały w rynku poszczególnych operatorów i brak presji konkurencyjnej, Komisja Europejska starała się zapewnić, że koncentracje te nie przyniosą zmian w strukturze rynku, które prowadziłyby do wzrostu barier wejścia dla nowych operatorów.

Nałożenie zobowiązań na operatorów uczestniczących w koncentracji w każdym z powyższych przypadków miało również ograniczyć ryzyko wykluczenia wirtualnych operatorów komórkowych z rynku. Przykładowo, w decyzji w sprawie *H3G-Orange* Komisja Europejska stwierdziła, że połączona sieć powinna pozostać otwarta i posiadać odpowiednią pojemność, aby zapewnić hurtowy dostęp dla wirtualnych operatorów komórkowych³¹. Zobowiązania nałożone przez Komisję wymusiły również na austriackim organie regulacji telekomunikacji zapewnienie, że wchodzący na rynek nowy podmiot będzie miał prawo do nabycia częstotliwości od *H3G*. Austriacki krajowy regulator dodatkowo zarezerwował część częstotliwości oferowanych na aukcji dla nowego operatora. Biorąc powyższe pod uwagę, należy zastanowić się jakie miejsce w procesie kontroli koncentracji zajmuje krajowy regulator sektorowy.

2. Rola krajowych regulatorów w procesie nakładania zobowiązań

Przy podejmowaniu omawianych decyzji największą rolę odegrał regulator sektorowy w procesie przejścia *Orange* przez *H3G*. Była to dosyć złożona operacja, ponieważ obejmowała kilka transakcji, z których dwie dotyczyły przejścia kontroli, przy czym jedna była notyfikowana Komisji (nabycie *Orange Austria* przez *H3G*), druga zaś (sprzedaż *Yesss!* spółce *Telekom Austria*) była zgłoszona krajowemu organowi ochrony konkurencji (*Bundswettbewerbsbehörde*). Przedmiotem

³¹ Decyzja KE z dnia 12.12.2012 w sprawie COMP/M.6497 *H3G Austria/Orange Austria...*, pkt 492, 495.

do wykorzystania częstotliwości dla konkurencji między operatorami telefonii komórkowej. Z tego względu, stosownie do przepisów austriackiego prawa telekomunikacyjnego³⁷, *TKK* musiała upewnić się, że koncentracja *H3G-Orange* i transfer praw do korzystania z określonych częstotliwości nie budzi ryzyka znacznego zakłócenia skutecznej konkurencji. Niewątpliwie organ regulacji rynku telekomunikacyjnego w Austrii miał wpływ na parametry konkurencji, gdyż ustalał warunki aukcji i warunki transferu częstotliwości, a także pełnił funkcję doradcy dla austriackiego organu antymonopolowego w odniesieniu do przejęcia *Yesss!*³⁸. Oceniając relacje między austriackim regulatorem telekomunikacji i Komisją Europejską oraz między prawem konkurencji i regulacjami sektorowymi, należy podkreślić, że środki zaradcze wykorzystane przez Komisję uprzedziły decyzję *TKK*. Regulator zgodził się na koncentrację pod warunkiem transferu częstotliwości dopiero po wydaniu zgody przez Komisję³⁹. *TKK* tylko formalnie zatwierdziła projekt zobowiązań Komisji nałożonych w procesie kontroli koncentracji i sformułowała techniczne szczegóły zobowiązań⁴⁰.

3. Miejsce regulacji sektorowych w kontroli koncentracji

Omawiane decyzje warunkowe, a zwłaszcza decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *H3G-Orange* uwypuklają znaczenie środków zaradczych stosowanych w ramach kontroli koncentracji. We wszystkich decyzjach narzędzia prawa konkurencji przeważały nad regulacjami sektorowymi. To potwierdza dominującą rolę prawa konkurencji w zapewnieniu, że redystrybucja częstotliwości po koncentracji nie spowoduje zakłócenia konkurencji. W doktrynie dominuje pogląd, że prawo konkurencji i regulacje sektorowe uzupełniają się. W orzeczeniu w sprawie *Deutsche Telekom* TSUE stwierdził, że reguły konkurencji zawarte w TFUE poprzez kontrolę *ex post* uzupełniają ramy legislacyjne zawarte w regulacjach dotyczących postępowania *ex ante* na rynkach telekomunikacyjnych⁴¹. Adwokat Generalny Mazák w swojej opinii w sprawie *Deutsche Telekom* stwierdził, że regulacje sektorowe w telekomunikacji i prawo konkurencji są względem siebie komplementarne⁴². Nie można jednak tego potwierdzić w przypadku decyzji warunkowych wydanych w toku kontroli koncentracji. Zastosowane środki zaradcze w ramach kontroli koncentracji stanowią narzędzia *ex ante*, podobnie jak regulacje sektorowe. W tym zakresie narzędzia prawa konkurencji i regulacje sektorowe poniekąd nakładają się na siebie. Przenikanie kompetencji organów regulacyjnych z jednej strony i organów antymonopolowych z drugiej oraz wykorzystywanych przez nie instrumentów może prowadzić do konfliktów i stać się źródłem niepewności prawnej po stronie przedsiębiorców. Aby temu zapobiec, w dyrektywie 2009/140/EC przewidziano stopniowe ograniczenie regulacji sektorowych na rzecz prawa konkurencji⁴³.

Oceniając omówione wyżej warunkowe decyzje Komisji z punktu widzenia skuteczności środków zaradczych należy podkreślić, że w żadnej z nich nie uwzględniła ona dostępnych specyficznych środków stosowanych w sektorze telefonii komórkowej, jak np. nałożenia obowiązku

³⁷ Telecommunication Act on 20.08.2003, Federal Law Gazette, I No 30/2003 z późn. zm., art. 56.

³⁸ A. Bavasso, D. Long, *The Application of Competition Law in the Communications and Media Sectors*, „Journal of European Competition Law&Practice” 2013, Vol. 4, No. 3, s. 271–273.

³⁹ Decyzja KE z 12.12.2012 w sprawie COMP/M.6497 H3G Austria/Orange Austria..., pkt 526.

⁴⁰ Decyzja *TKK* została wydana 13.12.2012 a decyzja Komisji Europejskiej dzień wcześniej tj. 12.12.2012.

⁴¹ Wyr. w sprawie 280/08 P *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji Europejskiej*, Zb. Orz. 2010, s. I-9555, pkt 92.

⁴² Opinia Adwokata Generalnego z 22.04.2010 w sprawie C-280/09 *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji*, pkt 19.

⁴³ Dyrektywa 2009/140/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z 25.10.2009 zmieniająca dyrektywę 2002/21/EC w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług w sektorze telekomunikacji, 2002/19/EC w sprawie dostępu, wzajemnego połączenia sieci komunikacji elektronicznej i usług towarzyszących i 2002/20/EC w sprawie autoryzacji sieci i usług komunikacji elektronicznej, Dz. Urz. 2009 L 337/37, pkt 5.

publikacji lub udostępnienia warunków technicznych i cenowych w celu zapewnienia przejrzystości, oferty ramowej czy rozdzielania rachunkowości⁴⁴. Komisja raczej skoncentrowała się na środkach typowych dla prawa konkurencji, których celem jest zapobieganie zakłóceniu skutecznej konkurencji. Celem środków zaradczych mieszczących się w ramach regulacji sektorowych jest natomiast eliminacja negatywnych skutków obecności operatorów posiadających znaczną siłę rynkową na rynku właściwym. Aktualna sytuacja na rynku telefonii komórkowej w Austrii skłania do wniosku, że środki zaradcze zastosowane przez Komisję Europejską okazały się zbyt słabe, aby zapobiec problemom z zakresu konkurencji i negatywnym skutkom transakcji dla konsumentów. W ubiegłym roku ceny usług na austriackim rynku telefonii komórkowej wzrosły średnio o 11%. Wzrost cen nastąpił m.in. poprzez wycofywanie ze sprzedaży najtańszych ofert abonamentowych i zastąpienie ich podobnymi, ale droższymi⁴⁵. Koncentracja *H3G-Orange* potwierdza zatem pierwotne obawy Komisji Europejskiej i *TKK*⁴⁶ oraz uwypukla słabą skuteczność zastosowanych środków zaradczych na silnie skoncentrowanym rynku telefonii komórkowej.

V. Podsumowanie

W powszechnej opinii operatorów telefonii komórkowej Komisja Europejska nie jest przychylna dla operacji koncentracyjnych w tym sektorze. Jednak analiza wydanych przez nią w ciągu ostatnich dwóch lat decyzji warunkowych nie potwierdza tej opinii. W tle wszystkich omówionych przypadków wystąpił problem ograniczenia konkurencji po koncentracji. Badanie struktury rynku i stopnia koncentracji wskazywało, że Komisja nie powinna była wyrazić zgody na przeprowadzenie tych operacji. Wykorzystane przez nią środki zaradcze miały zagwarantować utrzymanie konkurencji na tym rynku poprzez stworzenie warunków (tj. zapewnienie dostępu do sieci połączonych przedsiębiorstw) sprzyjających wejściu innych operatorów, zwłaszcza operatorów wirtualnych. Komisja próbowała również ograniczyć ryzyko wykluczenia konkurentów przez operatorów uczestniczących w koncentracji.

Aktualnie jest jeszcze zbyt wcześnie, aby szczegółowo ocenić skutki wszystkich transakcji na rynku. Można jedynie podjąć próbę weryfikacji skutków pierwszej decyzji, wydanej 12 grudnia 2012 r. w sprawie *H3G-Orange*. Obecna sytuacja na rynku telefonii komórkowej w Austrii potwierdza wcześniejsze obawy Komisji o antykonkurencyjne skutki tej operacji koncentracyjnej i skłania do wniosku, że pomimo zastosowania środków zaradczych, nastąpiło obniżenie presji konkurencyjnej między operatorami obecnymi na austriackim rynku telefonii komórkowej oraz wzrost cen. Prawdopodobnie takie skutki wystąpią również w Niemczech i Irlandii. W przypadku koncentracji przeprowadzanych w tych państwach środki zaradcze również mogą okazać się zbyt słabe, aby utrzymać konkurencję na tak silnie skoncentrowanym rynku. To jednak będzie można ocenić dopiero za kilka miesięcy.

⁴⁴ Zob. wypowiedź S. Piątka na posiedzeniu Sejmowej Komisji Infrastruktury dotyczącej środków zaradczych w sektorze telekomunikacji. Pobrano z: <http://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/0/7BF94FC06CCF2937C1256E990047FCF4?OpenDocument> (01.08.2014).

⁴⁵ T. Świderek, Konkurencja i konsolidacja – dwie strony medalu, „Obserwator finansowy”. Pobrano z: <http://www.obserwatorfinansowy.pl/forma/rotator/konkurencja-i-konsolidacja-dwie-strony-medalu/> (02.08.2014).

⁴⁶ TKK stwierdził, że koncentracja spowoduje ograniczenie konkurencji. Zdania były też podzielone wśród członków Komisji przygotowujących decyzję. Zob. Opinia Komitetu Doradczego ds. Koncentracji wydana na posiedzeniu w dniu 27.11.2012 w sprawie projektu decyzji dotyczącej sprawy COMP/M.6497 – *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, Dz. Urz. 2013, C 224/8.