

Iwona Różyk-Rozbicka\*

## Możliwości kwestionowania decyzji regulacyjnych Prezesa UKE na gruncie prawa ochrony konkurencji

Spis treści:

- I. Uwagi wstępne
- II. Analiza prawna
  1. Obowiązki kontroli cen (MTR) przewidziane w projektach decyzji SMP
  2. Możliwości kwestionowania stawek MTR w świetle prawa konkurencji
    - 2.1. Możliwość stosowania prawa konkurencji w sektorach regulowanych
      - 2.1.1. Na gruncie wewnątrzunijnym
      - 2.1.2. Na gruncie krajowym
    - 2.2. Symetria wysokich MTR jako przejaw nadużycia pozycji dominującej
      - 2.2.1. Stosowanie cen zawyżonych (*excessive pricing*)
      - 2.2.2. Stosowanie zacieśniania marży (*margin squeeze*)
  3. Kwestionowanie stawek MTR – zagadnienia proceduralne
- III. Podsumowanie

### Streszczenie:

W artykule poddano ocenie możliwość kwestionowania na gruncie prawa ochrony konkurencji decyzji Prezesa UKE nakładających na poszczególnych operatorów telekomunikacyjnych obowiązek pobierania stawek MTR w określonej regulacyjnie wysokości. W ocenie autorki stosowanie przez operatorów stawek wynikających z takich decyzji może być poddane analizie w kategoriach nadużycia pozycji dominującej, poprzez stosowanie cen zawyżonych (*excessive pricing*) albo praktyki zawężania marży (*margin squeeze*). Porównano zakres równoległego stosowania prawa konkurencji i regulacji sektorowych do oceny tego typu zachowań w polskim i unijnym porządku prawnym, odwołując się zarówno do uregulowań prawnych, jak i praktyki decyzyjnej organów ochrony konkurencji oraz do robku judykatury. W artykule omówiono również aspekty proceduralne postępowań prowadzonych w tym zakresie przez Prezesa UOKiK oraz przez Komisję Europejską.

**Słowa kluczowe:** MTR, decyzje SMP, Prezes UKE, nadużycie pozycji dominującej, stosowanie cen zawyżonych, praktyka zawężania marży, Komisja Europejska.

### I. Uwagi wstępne

W artykule zaprezentowano i poddano krytycznej analizie możliwość kwestionowania na gruncie prawa konkurencji decyzji regulacyjnych Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”), ustalających dopuszczalne poziomy cen hurtowych pobieranych przez operatorów ruchomych

\* Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz Wydziału Stosunków Międzynarodowych w Szkole Głównej Handlowej w Warszawie. Obecnie aplikantka III roku aplikacji radcowskiej przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie. Prawnik w kancelarii Łabudzka Legal.

publicznych sieci telekomunikacyjnych (dalej „operatorzy” lub „MNO”) od innych operatorów za zakańczanie połączeń głosowych w ich sieciach, czyli tzw. stawki *Mobile Termination Rates* albo w skrócie stawki MTR.

Asumpt do podjęcia rozważań nad powyższym zagadnieniem dała trwająca od dłuższego czasu dyskusja wokół toczących się przed Prezesem UKE postępowań administracyjnych w przedmiocie III rundy analiz rynków 16.<sup>1</sup>, w rezultacie których mają zostać wydane – odrębnie dla każdego z infrastrukturalnych MNO działających na polskim rynku – decyzje ustalające ich pozycję znaczącą na rynkach 16. odpowiadających ich sieciom, a także nakładające, zmieniające i uchylające obowiązki regulacyjne nałożone na te podmioty na powyższych rynkach właściwych (tzw. decyzje SMP). W dniu 2 października 2012 r. Prezes UKE notyfikował Komisji Europejskiej projekty decyzji SMP dla P4 Sp. z o.o. (dalej „P4”)<sup>2</sup>, Polskiej Telefonii Cyfrowej S.A. (dalej „PTC”)<sup>3</sup>, Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel Sp. z o.o. (dalej „PTK Centertel”)<sup>4</sup>, Aero2 Sp. z o.o. (dalej „Aero2”)<sup>5</sup>, Mobyland Sp. z o.o. (dalej „Mobyland”)<sup>6</sup>, CenterNet Sp. z o.o. (dalej „CenterNet”)<sup>7</sup> oraz Polkomtel Sp. z o.o. (dalej „Polkomtel”)<sup>8</sup>, rozpoczynając tym samym trwający 30 dni proces konsolidacji tych rozstrzygnięć.

Rozpoczęcie procedury konsolidacji projektów decyzji SMP otwiera kolejny etap – skądinąd dość burzliwej – drogi ku przeprowadzeniu III rundy analiz rynków 16. na polskim rynku telekomunikacyjnym. Pierwsze wersje projektów decyzji SMP zostały opublikowane i notyfikowane Komisji Europejskiej w ramach procedury konsolidacji jeszcze w 2011 r. Jednak w związku z zastrzeżeniami Komisji, która wszczęła tzw. II etap dochodzenia w sprawie notyfikacji powyższych decyzji<sup>9</sup>, popartymi następnie przez BEREC (Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (z ang. *Body of European Regulators for Electronic Communications*)<sup>10</sup>, Prezes UKE zdecydował się je wycofać z procedury notyfikacyjnej. W styczniu 2012 r. w wyniku kompromisowych uzgodnień między polskim organem regulacyjnym, BEREC i Komisją doszło do wydania wspólnego oświadczenia<sup>11</sup>, w którym znalazła się zapowiedź opublikowania przez Prezesa UKE nowych projektów decyzji SMP w połowie 2012 r., i wydania finalnych decyzji w końcu 2012 r. Ponieważ jednym z głównych zastrzeżeń Komisji i BEREC wobec wcześniejszych projektów decyzji SMP był brak określenia w nich wysokości stawek MTR, jakie MNO zobowiązane będą stosować (konkretne poziomy stawek Prezes UKE zamierzał opublikować w przyszłości w odrębnym stanowisku), w aktualnie notyfikowanych projektach decyzji SMP – zgodnie z oczekiwaniem organów unijnych – znalazły się postanowienia dotyczące ustalonych poziomów MTR, do których stosowania MNO zostaną zobligowani.

<sup>1</sup> Według nomenklatury z Zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 17.12.2007 r. C(2007) 5406 w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* są to rynki 7. Niezależnie od numeracji każdorazowo chodzi jednak o rynki zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej poszczególnych operatorów.

<sup>2</sup> [http://www.uke.gov.pl/\\_gAllery/57/81/57815/Rynek\\_16\(7\)\\_P4\\_do\\_konsolidacji\\_jawna.pdf](http://www.uke.gov.pl/_gAllery/57/81/57815/Rynek_16(7)_P4_do_konsolidacji_jawna.pdf).

<sup>3</sup> [http://www.uke.gov.pl/\\_gAllery/57/81/57817/Rynek\\_16\(7\)\\_PTC\\_do\\_konsolidacji\\_jawna.pdf](http://www.uke.gov.pl/_gAllery/57/81/57817/Rynek_16(7)_PTC_do_konsolidacji_jawna.pdf).

<sup>4</sup> [http://www.uke.gov.pl/\\_gAllery/57/81/57818/Rynek\\_16\(7\)\\_PTK\\_do\\_konsolidacji\\_jawna.pdf](http://www.uke.gov.pl/_gAllery/57/81/57818/Rynek_16(7)_PTK_do_konsolidacji_jawna.pdf).

<sup>5</sup> [http://www.uke.gov.pl/\\_gAllery/57/81/57812/Rynek\\_16\(7\)\\_Aero2\\_do\\_konsolidacji\\_jawna.pdf](http://www.uke.gov.pl/_gAllery/57/81/57812/Rynek_16(7)_Aero2_do_konsolidacji_jawna.pdf).

<sup>6</sup> [http://www.uke.gov.pl/\\_gAllery/57/81/57814/Rynek\\_16\(7\)\\_Mobyland\\_do\\_konsolidacji\\_jawna.pdf](http://www.uke.gov.pl/_gAllery/57/81/57814/Rynek_16(7)_Mobyland_do_konsolidacji_jawna.pdf).

<sup>7</sup> [http://www.uke.gov.pl/\\_gAllery/57/81/57813/Rynek\\_16\(7\)\\_CenterNet\\_do\\_konsolidacji\\_jawna.pdf](http://www.uke.gov.pl/_gAllery/57/81/57813/Rynek_16(7)_CenterNet_do_konsolidacji_jawna.pdf).

<sup>8</sup> [http://www.uke.gov.pl/\\_gAllery/57/81/57816/Rynek\\_16\(7\)\\_Polkomtel\\_do\\_konsolidacji\\_jawna.pdf](http://www.uke.gov.pl/_gAllery/57/81/57816/Rynek_16(7)_Polkomtel_do_konsolidacji_jawna.pdf).

<sup>9</sup> Decyzja Komisji w sprawie wszczęcia II etapu dochodzenia jest dostępna pod linkiem: [http://circabc.europa.eu/d/d/workspace/SpacesStore/18137e37-c160-4751-8757-c75cc4ef99dc/PL-2011-1255-1258%20Acte\(9\)\\_PL%252bdate%20et%20nr.pdf](http://circabc.europa.eu/d/d/workspace/SpacesStore/18137e37-c160-4751-8757-c75cc4ef99dc/PL-2011-1255-1258%20Acte(9)_PL%252bdate%20et%20nr.pdf).

<sup>10</sup> Opinia BEREC w sprawie wydana na podstawie art. 7a Dyrektywy 2002/21/WE jest dostępna pod linkiem: [http://www.erg.eu.int/doc/berec/opinion\\_pl\\_pha-sell.pdf](http://www.erg.eu.int/doc/berec/opinion_pl_pha-sell.pdf).

<sup>11</sup> Oświadczenie to jest dostępne na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej pod linkiem: [http://www.uke.gov.pl/\\_gAllery/50/39/50398/Common\\_statement\\_\\_KE\\_BEREC\\_UKE.pdf](http://www.uke.gov.pl/_gAllery/50/39/50398/Common_statement__KE_BEREC_UKE.pdf).

Docelowo poziom stawek MTR w Polsce ma być wynikiem zastosowania opracowanego przez Prezesa UKE modelu kalkulacji kosztów operatorów w zakresie zakańczania połączeń głosowych w ich sieciach ruchomych według metody długookresowych przyszłościowo zorientowanych kosztów przyrostowych (*bottom-up long run incremental costs, BU-LRIC*). Taka metoda kalkulacji kosztów wynika z Zalecenia Komisji Europejskiej z 7 maja 2009 r. 2009/396/WE w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (dalej „Zalecenie Komisji FTR/MTR”), zgodnie z którym europejscy regulatorzy powinni co do zasady najpóźniej do dnia 31 grudnia 2012 r.<sup>12</sup> nałożyć na krajowych operatorów obowiązek kalkulacji stawek MTR według kosztów efektywnego operatora, prowadzący do symetrii stawek. Zgodnie jednak z projektami decyzji SMP polski regulator planuje wprowadzenie docelowego modelu BU-LRIC dopiero od połowy 2013 r., z symetrycznymi MTR wynoszącymi 4,29 gr/min, zaś do tego momentu miałyby trwać okres przejściowy, ze znacząco wyższym poziomem stawek (8,26 gr/min).

Publikacja projektów decyzji SMP nasiliła dyskusje uczestników rynku na temat pożądaney wysokości wynikających z nich stawek. Dość jasno zarysowują się przy tym interesy poszczególnych graczy rynkowych – operatorzy wciąż dysponujący mniejszą bazą klientów, a w konsekwencji odnotowujący niekorzystną dla nich asymetrię ruchu głosowego, opowiadają się za symetrią niskich MTR; ich więksi konkurenci zwracają natomiast uwagę na konieczność ustalenia stawek na wyższym poziomie ze względu na potrzebę złagodzenia skali redukcji stawek z aktualnego poziomu 12,23 gr/min i utrzymania zachęt inwestycyjnych dla operatorów.

W świetle rozbieżnych oczekiwań rynku należy się spodziewać, że notyfikowane Komisji wyniki modelu oraz treść projektów decyzji SMP nie zadowolą wszystkich ich adresatów. W szczególności istnieje ryzyko, że część uczestników rynku będzie uważać ustalone w nich stawki za zawyżone w stosunku do faktycznych kosztów hipotetycznego efektywnego operatora, jakim mają one zgodnie z Zaleceniem Komisji w sprawie MTR odpowiadać. Biorąc przy tym pod uwagę, że poziom stawek MTR, do jakich stosowania będą zobligowani operatorzy mocą decyzji SMP, będzie miał dla nich istotne konsekwencje finansowe, należy spodziewać się ze strony niektórych z nich prób kwestionowania decyzji SMP na drodze prawnej.

Wymaga zaznaczenia, że podstawowym i najbardziej naturalnym sposobem zakwestionowania modelu regulacyjnego z wysokimi symetrycznymi MTR jest oczywiście wniesienie do sądu odwołania od decyzji SMP wprowadzającej taki poziom stawek MTR dla danego operatora. Przedmiotem niniejszego artykułu jest jednak alternatywna i daleko mniej oczywista droga podważenia powyższego scenariusza regulacyjnego, polegająca na kwestionowaniu nie tyle samych decyzji SMP, ile wynikających z nich poziomów stawek MTR jako niezgodnych z prawem konkurencji.

## II. Analiza prawna

### 1. Obowiązki kontroli cen (MTR) przewidziane w projektach decyzji SMP

W zakresie kontroli cen (MTR) przekazane do konsolidacji projekty decyzji SMP nakładają, począwszy od dnia doręczenia decyzji, jednak nie wcześniej niż od 1 stycznia 2013 r., na wszystkich siedmiu operatorów MNO (tj. Polkomtel, PTK oraz PTC, P4, Aero2, CenterNet i Mobyland), na podstawie art. 44 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. 04.171.1800,

<sup>12</sup> Komisja dopuszcza jednak pod ścisłymi warunkami przesunięcie tego terminu do 1 lipca 2014 r., lub nawet na okres późniejszy.

z późn. zm.) (dalej „pt”), obowiązek polegający na ustalaniu i stosowaniu stawek MTR w wysokości określonej przez Prezesa UKE w harmonogramie (z ang. *glide-path*), wyliczonej w oparciu o wyniki modelu bottom-up operatora efektywnego (LRIC). Docelowo, tj. od 1 lipca 2013 r., stawka ta ma wynieść 4,29 gr/min, zaś w okresie przejściowym 8,26 gr/min.

Należy zakładać, że obowiązki cenowe finalnie nałożone na operatorów MNO nie będą odbiegać od powyższej, zaproponowanej w projektach decyzji SMP formuły, tj. docelowo będą wymagały od operatorów ustalania stawek MTR w oparciu o koszty efektywnego operatora, kalkulowane według metodologii *bottom up Forward Looking Long-Run Incremental Costs (FL-LRIC)*. Jest to założenie graniczące z pewnością, ponieważ zarówno z Zalecenia Komisji FTR/MTR, jak i z aktualnych zapowiedzi regulatora oraz jego uzgodnień z organami unijnymi wynika jasno, że wprowadzenie modelu BU-LRIC do kalkulacji stawek MTR jest w Polsce przesądzone. Natomiast co do sposobu określenia w finalnych decyzjach SMP stawek MTR wynikających z tego modelu, możliwe są dwa warianty rozwiązań. Z jednej strony obowiązek cenowy nałożony w decyzjach SMP mógłby być rozumiany jako maksymalny poziom stawki MTR, jaką hipotetyczny efektywny operator, a zatem i każdy z czterech MNO, powinien stosować. W świetle notyfikowanych projektów decyzji SMP wydaje się jednak, że zastosowany przez Prezesa UKE model kosztów efektywnego operatora będzie wymagał od operatorów stosowania jednolitej stawki w konkretnie oznaczonej wysokości, bez możliwości traktowania jej jako stawki maksymalnej.

O ile dla racjonalnego przedsiębiorstwa kwestia, czy stawki MTR w decyzjach SMP będą ustalone jako ceny maksymalne, czy też sztywne, nie gra większej roli (w systemie rozliczeń *Calling Party Pays* i przy braku zagrożenia utraty pozycji monopolistycznej na rynku zakańczania połączeń w swojej sieci operator nie ma zasadniczo powodów, aby stosować stawki MTR niższe niż maksymalne dopuszczone przez regulatora), o tyle dla przedmiotu niniejszych rozważań może mieć ona dość istotne znaczenie. Dlatego też w toku dalszych wywodów konieczne będzie niekiedy zaznaczenie odrębnych wniosków płynących z zastosowania jednej bądź drugiej metody kontroli kosztów.

## 2. Możliwości kwestionowania stawek MTR w świetle prawa konkurencji

Rozpatrywany scenariusz regulacyjny zakłada, że w ramach obowiązku ustalania MTR w oparciu o koszty efektywnego operatora MNO zostaną zobowiązani do stosowania symetrycznej stawki MTR ustalonej przez regulatora na wysokim (tj. zbyt wysokim w stosunku do oczekiwań części operatorów) poziomie. Wydaje się, że w takiej sytuacji najbardziej zasadną merytorycznie i możliwą do przeprowadzenia proceduralnie drogą zakwestionowania takiej regulacji jest poddanie jej kontroli prawa ochrony konkurencji. Okoliczność, że niektórzy MNO, stosując maksymalną dopuszczalną przez Prezesa UKE stawkę MTR (względnie stosując sztywną stawkę MTR ustaloną przez Prezesa UKE na wysokim poziomie), pobierają opłaty hurtowe za zakańczanie połączeń w swojej sieci znacznie powyżej własnych kosztów świadczenia tej usługi, może być pod pewnymi warunkami uznana za nadużycie pozycji dominującej na właściwym Rynku 16. i jako taka podlegać sankcjom na gruncie prawa konkurencji.

Nadużywanie pozycji dominującej stanowi rodzaj praktyki ograniczającej konkurencję zakazanej na gruncie przepisów prawa pierwotnego Unii Europejskiej. Przepisy te mogą przy tym znajdować bezpośrednie zastosowanie w praktyce decyzyjnej i orzeczniczej właściwych krajowych organów

administracji i sądownictwa<sup>13</sup>. Praktyka ta jest także zakazana na gruncie polskiego ustawodawstwa krajowego. Art. 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. 04.90.864/2, z późn. zm.) (dalej „TFUE”)<sup>14</sup> stanowi bowiem, że:

„Niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi.

Nadużywanie takie może polegać w szczególności na:

a) narzucaniu w sposób bezpośredni lub pośredni niesłusznym cen zakupu lub sprzedaży albo innych niesłusznym warunków transakcji (...).”

## 2.1. Możliwość stosowania prawa konkurencji w sektorach regulowanych

W doktrynie prawa oraz w orzecznictwie brak jest jednolitego stanowiska w zakresie możliwości stosowania prawa konkurencji do stanów faktycznych, które podlegają regulacji sektorowej. W przypadku rynku telekomunikacyjnego organem właściwym ds. regulacji sektorowej jest Prezes UKE, działający na podstawie ustawy Prawo telekomunikacyjne. Należy przy tym rozróżnić stanowiska sformułowane na gruncie wewnątrzunijnej i polskiej praktyki stosowania prawa.

### 2.1.1. Na gruncie wewnątrzunijnym

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jak również praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej zdają się jednolicie stać na stanowisku, że możliwe jest równoległe stosowanie prawa konkurencji i regulacji sektorowych dla oceny tych samych stanów faktycznych, tj. konkretnych zachowań przedsiębiorców na rynku właściwym. Ściśle rzecz biorąc, organy unijne mają możliwość oceny konkretnych praktyk stosowanych przez przedsiębiorstwo pod kątem wystąpienia nadużycia pozycji dominującej niezależnie od tego, czy zachowanie to było już przedmiotem interwencji regulacyjnej właściwego organu krajowego (*National Regulatory Authority, NRA*), czy też nie. W przypadku, gdy określone zachowanie przedsiębiorstwa było już poddane środkom regulacyjnym zastosowanym przez NRA, wtórne zastosowanie doń oceny na gruncie art. 102 TFUE zależy od tego, czy w ramach zastosowanego środka regulacyjnego przedsiębiorstwo to dysponowało swobodą działania, pozwalającą na podjęcie z jego własnej inicjatywy praktyk stanowiących nadużycie jego pozycji dominującej. Innymi słowy, jeśli nawet sektorowy organ regulacyjny nałożył na przedsiębiorstwo określony obowiązek, albo też zatwierdził jako zgodne z prawem sektorowym jego określone działania, i tym samym umożliwił, ułatwił lub zachęcił przedsiębiorcę do podjęcia lub kontynuacji praktyk niezgodnych z prawem konkurencji, to nadal przedsiębiorstwo to będzie ponosić odpowiedzialność za naruszenie traktowych reguł prawa konkurencji (w tym za nadużycie pozycji dominującej), o ile zostanie wykazane, że, działając w ramach nałożonego przez krajowy organ obowiązku regulacyjnego, dysponowało ono swobodą działania umożliwiającą mu autonomiczne i samodzielne działanie w zgodzie z regułami prawa konkurencji lub ich naruszenie. Jedynie wówczas, gdy obowiązek regulacyjny nałożony przez NRA wprost nakazuje przedsiębiorstwu działanie antykonkurencyjne, eliminując po jego stronie wszelkie możliwości działania zgodnie z regułami konkurencji, przedsiębiorstwo to będzie zwolnione

<sup>13</sup> Por. art. 3 oraz art. 5 i 6 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U.UE.L.03.1.1., z późn. zm.) (dalej „Rozporządzenie nr 1/2003”).

<sup>14</sup> Jego niemal wiernym odwzorowaniem jest art. 9 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 07.50.331, z późn. zm., dalej „uokik”).

z odpowiedzialności za nadużycie pozycji dominującej. Prawo traktatowe wymaga bowiem dla zaistnienia naruszenia art. 102 TFUE, aby działania antykonkurencyjne były podjęte przez przedsiębiorstwo z jego własnej inicjatywy, a nie w rezultacie przymusu ustawodawczego lub administracyjnego zastosowanego przez organ państwa członkowskiego<sup>15</sup>.

Odnośząc powyższe do analizowanego tu scenariusza regulacyjnego, należy dojść do wniosku, że ewentualne ustalenie przez polskiego regulatora maksymalnej stawki MTR odpowiadającej kosztom efektywnego operatora należy uznać za środek regulacyjny pozostawiający po stronie polskich MNO wymagany przez prawodawstwo unijne margines swobody decyzyjnej, której wykorzystanie niezgodnie z regułami prawa konkurencji mogłoby skutkować stwierdzeniem nadużycia przez te podmioty ich pozycji dominującej na właściwych Rynkach 16. Można bowiem argumentować, że jeśli w ramach decyzji SMP na określonego MNO zostaje nałożony obowiązek regulacyjny polegający na nakazie stosowania niezawyżonych cen za dostęp (*non-excessive pricing*), przez który to zakaz regulator rozumie stosowanie stawek MTR w oparciu o koszty efektywnego operatora, a przy tym w decyzji tej ustala jedynie maksymalną wysokość takiej stawki, to operator ten, działając przez cały czas w zgodzie z decyzją regulatora, ma możliwość w ramach swojej swobody decyzyjnej wyznaczać swoje stawki MTR na każdym poziomie nie wyższym niż maksymalnie dopuszczony. Jeśli następnie zostanie wykazane, że w ramach powyższej swobody decyzyjnej ustala on swoje stawki na poziomie znacznie przewyższającym faktycznie ponoszone przez siebie koszty zakańczania połączeń głosowych w swojej sieci (liczone z zastosowaniem metody LRIC), możliwe będzie uznanie takiej praktyki za nadużycie przez ten podmiot swojej pozycji dominującej na własnym Rynku 16., zwłaszcza przy uwzględnieniu przywołanej powyżej skłonności organów unijnych do całkowitego przerzucania ryzyka antymonopolowego z krajowego regulatora na przedsiębiorcę.

Natomiast w sytuacji, gdy ostateczny kształt obowiązków regulacyjnych nałożonych na operatorów w decyzjach SMP będzie wymagał od nich dostosowania swoich stawek MTR do konkretnej, sztywno ustalonej wartości odzwierciedlającej koszty ponoszone przez hipotetycznego operatora efektywnego, możliwość zarzucenia nadużycia pozycji dominującej operatorom, stosującym te stawki nawet przy dużo niższych własnych kosztach, będzie ze względu na brak po ich stronie jakiegokolwiek swobody decyzyjnej znacznie ograniczona, choć, jak się wydaje, nie całkiem wykluczona<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Taki zdecydowany pogląd na gruncie zbiegu prawa konkurencji i niemieckiego krajowego prawa telekomunikacyjnego wyraziła Komisja Europejska w decyzji z dnia 21 maja 2005 r. (2003-707-EC) stwierdzającej naruszenie przez Deutsche Telekom pozycji dominującej poprzez praktykę zacieśniania marży (ang. *margin squeeze*), zaś stanowisko to w całej rozciągłości poparty Sąd Pierwszej Instancji w wyroku z dnia 10 kwietnia 2008 r. o sygn. T-271/03 oddalającym odwołanie Deutsche Telekom od tej decyzji, jak również w drugiej instancji Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 14 października 2010 r. o sygn. C-280/08 P (por. zwłaszcza wywoły Trybunału Sprawiedliwości zawarte w punktach 80-85 oraz 91 wyroku z odwołaniem do licznych wyroków Trybunału wspierających to stanowisko). Warto przy tym nadmienić, że powołane stanowisko Komisji oraz sądów UE zostało wyrażone w sytuacji, gdy praktyki Deutsche Telekom, ostatecznie uznane przez organy unijne za antykonkurencyjne zacieśnianie marży, zostały na mocy kilku wcześniejszych decyzji wydanych przez niemieckiego regulatora wprost uznane za nie kwalifikujące się jako zacieśnianie marży, a decyzje te podtrzymywał niejednokrotnie również sąd niemiecki (!) (por. zwłaszcza punkty 78 (uwaga na błąd w tłumaczeniu) i 79 wyroku SPI, który następnie w pkt 113-120 wyroku tłumaczy swoje stanowisko tym, że (i) krajowy regulator działa według celów polityki telekomunikacyjnej, które nie muszą być zawsze zbieżne z celami unijnej polityki konkurencji, a ponadto (ii) Komisja nie może być związana decyzją krajowego organu administracji).

Powołane powyżej, niesłuchanie restrykcyjne wobec przedsiębiorstw oraz liberalne dla krajowych regulatorów, stanowisko Komisja powieliła następnie w decyzji wydanej w dniu 4 lipca 2007 r. COMP/38.784 przeciwko hiszpańskiemu operatorowi Telefonica na gruncie podobnego stanu faktycznego, uznając, że decyzja hiszpańskiego regulatora stwierdzająca, że praktyki rynkowe Telefonica nie wyczerpują znamion *margin squeeze*, nie stanowi przeszkody dla Komisji do wydania decyzji stwierdzającej nadużycie przez operatora pozycji dominującej i nakładającej nań karę, zaś rozbieżność między decyzją własną a krajowego regulatora tłumacząc innym charakterem stosowanych do oceny danych (hiszpański regulator działał *ex ante* i stosował prognozy kosztowe, zaś Komisja w ramach kontroli *ex post* mogła już posłużyć się wiarygodnymi danymi historycznymi).

<sup>16</sup> Taka sytuacja regulacyjna co prawda znacznie ograniczy katalog antykonkurencyjnych praktyk, jakie można by zarzucić takiemu operatorowi, jednak nie spowoduje całkowitego wyłączenia zachowania tego MNO spod oceny jako praktyki potencjalnie naruszającej reguły prawa konkurencji. Będzie o tym mowa w dalszej części opracowania.

### 2.1.2. Na gruncie krajowym

O ile w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej oraz orzecznictwie sądów unijnych możliwość podwójnej kontroli zachowań przedsiębiorcy dominującego na rynku właściwym (w drodze decyzji regulacyjnych wydawanych przez NRA oraz decyzji stwierdzających naruszenie pozycji dominującej wydawanych przez krajowe organy ds. ochrony konkurencji (NCA) lub Komisję Europejską) wydaje się być przesądzona, o tyle w polskim orzecznictwie, a zwłaszcza w doktrynie, spotkać się można z różnymi poglądami na tę kwestię. Część autorów ze względną aprobatą, acz nie bez pewnych zastrzeżeń, odnosi się do stanowiska Komisji Europejskiej i sądów unijnych dopuszczającego następczą kontrolę zachowań przedsiębiorców zgodnych z decyzjami regulacyjnymi NRA przez krajowe lub unijne organy ds. ochrony konkurencji<sup>17</sup>. Inni z kolei, uważając prawo sektorowe, takie jak pt, za *lex specialis* w stosunku do prawa ochrony konkurencji odrzucają możliwość stosowania prawa konkurencji do stanów faktycznych podlegających zgodnie z ustawami sektorowymi kompetencji organów regulacyjnych, i to niezależnie od tego, czy stany te zostały już poddane kontroli regulatora, czy też nie<sup>18</sup>. Uznanie pt za *lex specialis* do uokik nie ma przy tym charakteru generalnego, ale dotyczy tylko tych kwestii, w których z uwagi na szczegółową regulację w pt wyposażono Prezesa UKE w konkretne uprawnienia decyzyjne,

Również stanowisko orzecznictwa krajowego trudno uznać za jednolite, przy czym do pewnego momentu Sąd Najwyższy zdawał się wspierać wyrażony przez część doktryny pogląd o konieczności traktowania regulacji sektorowych jako swego rodzaju *lex specialis* w stosunku do prawa konkurencji. W uchwale z dnia 7 grudnia 2005 r. o sygn. III SZP 3/05 Sąd Najwyższy, odpowiadając na pytanie prawne zadane przez Sąd Apelacyjny orzekający w sprawie antymonopolowej, stwierdził, że „...w takim zakresie, w jakim przedmiotem regulacji Prawa telekomunikacyjnego jest problematyka prawa ochrony konkurencji, a więc regulacja prawna rynków telekomunikacyjnych, która ma na celu

<sup>17</sup> I tak np. Konrad Kohutek w częściowo krytycznej glosie do wyroku SPI w powołanej już sprawie Deutsche Telekom co do zasady godzi się z równoległym stosowaniem prawa antymonopolowego i regulacji sektorowych do tych samych stanów faktycznych, jednak uważa, że przedsiębiorstwo powinno mieć większe możliwości w zakresie powołania się na zatwierdzającą jego praktyki decyzyjną regulację (ang. *regulatory conduct defense*) i postuluje szerszą współpracę organów regulacyjnych i antymonopolowych w toku wydawanych rozstrzygnięć tak, by ograniczyć niepewność przedsiębiorców co do zgodności swych zachowań rynkowych z prawem. Podobnie umiarkowaną aprobatę dla rozwiązań unijnych wyraża Marek Szydło w pracy pt. *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, str. 221-224 oraz str. 229-230, postulując jednakże, aby przed wszczęciem postępowania unijne lub krajowe organy ds. ochrony konkurencji dały możliwość krajowym regulatorom uprzedniej naprawy sytuacji, niezależnie od tego, czy określone antykonkurencyjne zachowanie przedsiębiorcy już podlegało interwencji regulacyjnej, czy też nie. Trudno jednak oczekiwać, aby ten ostatni postulat, ze względu na brak oparcia w przepisach oraz niebezpieczeństwo spowodowania rozwlekłości postępowań mógł się przyjąć w polskiej praktyce stosowania prawa. Nie wiadomo bowiem, dlaczego ani w jakim trybie Komisja lub NCA miałyby dawać NRA szansę na wykorzystanie własnych narzędzi regulacyjnych, ani jak długo miałyby czekać na ich efekty. Również Tadeusz Skoczny (por. *Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa* [w:] Problemy Zarządzania, nr 3/2004 (5), Wydział Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, s. 7-34) opowiada się za koncepcją rozgraniczenia kompetencji organów ochrony konkurencji i organów regulacyjnych jako wzajemnie od siebie niezależnych, z uwagi na różny charakter ich interwencji, związany przede wszystkim z faktem, że prokonkurencyjna regulacja sektorowa ma co do zasady charakter prewencyjny (*ex ante*), podczas gdy organy ochrony konkurencji interweniują następczo (*ex post*), tj. w związku z już zaistniałymi naruszeniami.

<sup>18</sup> Koncepcję taką, skądinąd dość klarowną i niewątpliwie korzystną dla przedsiębiorców poddanych reżimowi działania dwóch ustaw: uokik i pt, zdecydowanie lansują Aleksander Stawicki i Jerzy Baehr, którzy z powołaniem się na art. 3 uokik („Przepisów ustawy nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw”) wywodzą, że tam, gdzie regulacja sektorowa przewiduje dla organu regulacyjnego szczegółowe kompetencje i narzędzia działania, pozwalając mu realizować przypisane mu cele, wśród których jedynie jednym z wielu jest promocja konkurencji, interwencja organów ochrony konkurencji powinna być wyłączona: por. komentarz do art. 3 uokik [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, A. Stawicki, E. Stawicki (red.), Warszawa 2011, a także J. Baehr, A. Stawicki, *Rozważania wokół równoległego stosowania prawa konkurencji i instrumentów regulacyjnych* [w:] *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej*, C. Banasiński (red.), publikacja jubileuszowa z okazji piętnastolecia UOKiK, Warszawa 2006. Argumentacja autorów ma jednak tę wadę, że od czasu wejścia Polski do Unii Europejskiej konkurencja dwóch reżimów prawnych trwa nie tyle (a przynajmniej nie tylko) pomiędzy polskim ustawodawstwem z zakresu ochrony konkurencji i regulacji sektorowych (tu: uokik i pt), ale między polskim ustawodawstwem sektorowym wydanym na podstawie przepisów stosownych dyrektyw unijnych a przepisami rangi traktatowej (102 TFUE), mającymi w polskim porządku prawnym bezpośrednie zastosowanie. Ta zaś okoliczność, bez względu na rozgraniczenie z art. 3 uokik mające zastosowanie do ustaw krajowych, pozostawia otwartą kwestię wzajemnego stosunku unijnego prawa konkurencji mającego swe źródło w prawie pierwotnym i polskich regulacji sektorowych wzorowanych na prawie wtórnym UE, przy czym hierarchia norm prawa nakazywałaby raczej przyznanie prymatu tym pierwszym. Analogiczne stanowisko prezentuje również Piotr Lissoń (por. *Kompetencje organu antymonopolowego a kompetencje organów regulacyjnych w Polsce* [w:] *Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji*, C. Banasiński (red.), publikacja pokonferencyjna UOKiK, Warszawa 2006. Co do zasady podobnie, choć ze wskazaniem na pewne trudności w zakresie dokonania ścisłego podziału kompetencji między Prezesa UKE i Prezesa UOKiK, na to zagadnienie zapatruje się Cezary Banasiński: por. *Równoległe stosowanie instrumentów prawa konkurencji i instrumentów regulacyjnych w Polsce (na przykładzie telekomunikacji energetyki)* [w:] *Prawo konkurencji – stan obecny oraz przewidywane kierunki zmian*, C. Banasiński (red.), publikacja pokonferencyjna UOKiK, Warszawa 2006.

wspieranie równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych, na gruncie systemu prawa polskiego przepisy prawa telekomunikacyjnego mają charakter regulacji ustawowej szczególnej (*lex specialis*) względem ogólnych zasad dotyczących problematyki ochrony konkurencji, które określone zostały przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (*lex generalis*)”. Podobne zapatrywanie, acz na gruncie kolizji prawa konkurencji z prawem energetycznym, wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 kwietnia 2004 r. o sygn. III SK 27/04, a także w wyroku z dnia 25 maja 2004 r. o sygn. III SK 48/04.

Jednakże już w kolejnym orzeczeniu, wydanym w dniu 19 października 2006 r. w sprawie o sygn. III SK 15/06, Sąd Najwyższy orzekł odmiennie, zbliżając zasadniczo swoje stanowisko do zapatrywań wyrażanych zgodnie przez Komisję Europejską i sądy unijne w powoływanej wyżej sprawie *Deutsche Telekom*, do której to sprawy SN zresztą *explicite* w wyroku się odwołał. Podtrzymując swój dotychczasowy pogląd o tym, że przepisy pt oraz uokik częściowo się nakładają, kolizję tę SN rozstrzygnął nie za pomocą zastosowania reguły *lex specialis derogat legi generali*, która zdaniem Sądu w tym przypadku w swej klasycznej postaci nie występuje, ale z powołaniem na art. 3 uokik oraz art. 1 ust. 3 pt (ten ostatni *explicite* wskazuje, że przepisy pt nie naruszają przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów). Analiza tych przepisów przywiodła SN do wniosku, że „przepisy uokik znajdują zastosowanie do wszystkich rynków w tym do rynku telekomunikacyjnego, chyba że ustawa szczególna wyłącza w sposób generalny zastosowanie przepisów uokik lub nakazuje zachowania, które z punktu widzenia przepisów uokik należałoby uznać za praktyki ograniczające konkurencję. W braku wyraźnych uregulowań w przepisach ustawowych, stosowanie przepisów uokik nie jest wyłączone, jeśli przepisy innej ustawy normują zachowania przedsiębiorców lub ustanawiają określone procedury dla rozpoznawania sporów” Dodatkowo zaś Sąd wskazał, że: „podziela w pełni pogląd, zgodnie z którym przepisy prawa antymonopolowego znajdują zastosowanie do działalności przedsiębiorstw objętych regulacją we wszystkich tych przypadkach, w których przepisy regulacyjne pozostawiają margines swobody działania (decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *Deutsche Telekom*, Dz.Urz. UE z 2003 r., L 263/9). Zastosowanie reguł konkurencji zostaje wyłączone tylko wówczas, gdy skutek interwencji państwa reprezentowanego przez regulatora rynkowego przedsiębiorstwa działające na określonym rynku nie mają żadnej innej możliwości zachowania się, poza sposobem narzuconym przez regulatora”.

Rozumowanie Sądu Najwyższego odwołujące się do orzecznictwa unijnego znalazło również wyraz w wyroku z dnia 17 marca 2010 r. o sygn. III SK 41/09, co można uznać za początek kształtowania się pewnej linii orzeczniczej w tym zakresie. Sprawa dotyczyła stwierdzenia przez Prezesa UOKiK stosowania przez Telekomunikację Polską S.A. praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji na krajowym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej, poprzez utrudnianie indywidualnym użytkownikom końcowym korzystania z usług świadczonych przez innych operatorów, w wyniku oferowania wyłącznie planów telefonicznych, w których cenę w kalkulowana została opłata za połączenia telefoniczne. Podtrzymując tę decyzję, Sąd Najwyższy stwierdził, że: „w świetle wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06 uprzednie działanie regulatora wyłącza możliwość podjęcia interwencji przez Prezesa Urzędu, w zakresie w jakim interwencja ta dotyczyłaby kwestii będących przedmiotem decyzji Prezesa UKE. W stanie faktycznym niniejszej sprawy oznacza to, że niedopuszczalne byłoby zakwalifikowanie



przez Prezesa Urzędu (poprzez uznanie za praktykę ograniczającą konkurencję) zatwierdzonych przez Prezesa UKE cenników (taryf), analogicznie jak w przypadku taryf stosowanych przez przedsiębiorstwa energetyczne. Natomiast w niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny nie uznał za praktykę ograniczającą konkurencję sprzedaży przez powódkę poszczególnych planów taryfowych, lecz brak w ofercie powódki planu obejmującego wyłącznie dostęp telekomunikacyjny. W sytuacji, gdy tylko do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego należy przedstawienie regulaminu oraz cennika, organ regulacyjny nie może – w procedurze zatwierdzania cenników – żądać od przedsiębiorcy przedstawienia propozycji ofert, których przedsiębiorca nie uwzględnił w przedłożonym do zatwierdzenia projekcie. Zatem zatwierdzenie przez Prezesa UKE przedłożonego przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego cennika świadczonych usług nie wyłącza możliwości interwencji Prezesa Urzędu”. W omawianym stanie faktycznym chodziło co prawda o sytuację, w której sektorowy organ regulacyjny nie miał w ogóle kompetencji do regulacji, czy też nawet weryfikacji zachowania przedsiębiorcy w określonej sferze, co zdaniem Sądu implikuje możliwość następczej kontroli ze strony organu ochrony konkurencji. Jednak logika rozumowania Sądu, a także odwołanie się do poprzedniego wyroku, nakazują przyjęcie, że również pozostawienie przedsiębiorcy wystarczającego marginesu swobody w obszarze podlegającym co do zasady kompetencji Prezesa UKE nie wyłącza uprawnień Prezesa UOKiK.

Podsumowując powyższe uwagi, należy wskazać, że podjęcie przez MNO niezadowolonego ze sposobu kalkulacji MTR w decyzjach SMP przed polskimi organami (sądowymi lub administracyjnymi) działań mających na celu wykazanie, że praktyka pobierania przez MNO wysokich symetrycznych MTR, usankcjonowana decyzjami Prezesa UKE, stanowi nadużycie pozycji dominującej, jest – jak się wydaje, w przeciwieństwie do podjęcia analogicznych działań przed organami unijnymi – obciążone pewnym ryzykiem prawnym, polegającym na możliwości uznania przez te organy, że prawo konkurencji nie znajduje zastosowania do stanów faktycznych uregulowanych już przez organ sektorowy. Niemniej jednak należy nadmienić, że ryzyko to aktualnie wydaje się być mniejsze niż jeszcze kilka lat temu. Wynika to z faktu, że wspomniane wyżej wyroki SN opowiadające się za uznaniem pt za *lex specialis* do prawa ochrony konkurencji, zapadły na tle stanów faktycznych istniejących przed wejściem Polski do Unii Europejskiej. W chwili obecnej można przypuszczać (choć jest to przypuszczenie dalekie od pewności), że polskie sądy będą się w większej mierze wzorować na orzecznictwie sądów unijnych dotyczącym wzajemnej relacji prawa konkurencji i regulacji sektorowych, jak również że wezmą pod uwagę kwestię uprawnienia (a pod pewnymi warunkami obowiązku) do bezpośredniego stosowania traktatowych norm art. 101 i 102 TFUE.

## 2.2. Symetria wysokich MTR jako przejaw nadużycia pozycji dominującej

Art. 102 TFUE, podobnie jak art. 9 uokik, nie przewidują zamkniętego katalogu zachowań rynkowych stanowiących przejaw nadużycia przez przedsiębiorstwo jego pozycji dominującej, jedynie tytułem przykładu wymieniając określone praktyki przedsiębiorstw jako mieszczące się w tym pojęciu. Wobec tego, zarzucając w odpowiednim postępowaniu określone MNO nadużywanie pozycji dominującej poprzez ustalanie stawek MTR na poziomie znacząco wyższym od jego kosztów świadczenia usługi VMT (tj. usługi zakańczania połączeń głosowych, ang. *Voice Mobile Termination*), nie trzeba co do zasady kwalifikować tej praktyki jako jednej z form zakazanych explicite przez art. 102 TFUE (względnie art. 9 uokik), ani też jako żadnej innej praktyki nazwanej i opisanej w dotychczasowym orzecznictwie Komisji Europejskiej lub UOKiK. Niemniej jednak przyporządkowanie zachowań

danego MNO do konkretnych, funkcjonujących już w obrocie prawnym pojęć kwalifikowanych jako naruszenie reguł prawa konkurencji wydaje się pożądane. Po pierwsze, zwalniałoby to podmiot dążący do stwierdzenia antykonkurencyjnej praktyki (a co najmniej znakomicie ułatwiało) ze żmudnego procesu przekonywania właściwego organu, że kwestionowane przezeń zachowanie jako takie może być uznane za nadużycie pozycji dominującej, pozwalając skoncentrować się raczej na wykazaniu, że zachowanie to, kwalifikowane już w dotychczasowym dorobku orzeczniczym jako antykonkurencyjne, faktycznie miało miejsce. Po drugie, pozwalałoby zawczasu, na bazie analizy dotychczasowych rozstrzygnięć właściwych organów, ocenić powodzenie stawianych zarzutów oraz przygotować się do ich właściwego uzasadnienia.

Wydaje się, że działania MNO polegające na pobieraniu od innych MNO opłat hurtowych za zakańczanie połączeń głosowych w ich sieciach znacznie przewyższających koszty świadczenia tej usługi może być zakwalifikowane jako:

- 1) stosowanie cen zawyżonych / nadmiernie wygórowanych (ang. *excessive pricing*)
- 2) stosowanie zacieśniania (ścieśniania, zawężania) marży (ang. *margin squeeze*).

#### 2.2.1. Stosowanie cen zawyżonych (*excessive pricing*)

Zakaz pobierania cen nadmiernie wygórowanych wynika niemal *explicite* z art. 102 (a) TFUE, bowiem mieści się w pojęciu cen nieuczciwych (*unfair prices*). Brak jest jednak ustawowej definicji tego pojęcia tak w prawie krajowym, jak i wewnątrzunijnym. Trybunał Sprawiedliwości UE wskazuje jedynie, że jest to cena „wygórowana w stosunku do wartości oferowanej usługi (the economic value of the product service)”<sup>19</sup>.

W scenariuszu analizowanym w niniejszym artykule zarzut stosowania przez określonych MNO cen zawyżonych dotyczyłby nadużycia pozycji dominujących na każdym z właściwych Rynków 16. i polegałby na wykazaniu, że stawka MTR pobierana przez tych operatorów znacząco przewyższa koszty wytworzenia usługi VMT.

Korzyścią z zastosowania tego zarzutu wydaje się być fakt, że w doktrynie i orzecznictwie, tak krajowym, jak i zagranicznym, stosowanie zawyżonych cen uznaje się za praktykę o charakterze eksploatacyjnym (*exploitative practice*) tj. nakierowaną na transfer wartości ekonomicznej od nabywców usługi dostarczanej przez przedsiębiorstwo dominujące na rynku hurtowym do tego właśnie przedsiębiorstwa, a nie wykluczającym (*exclusionary practice*), tj. nakierowanym na wykluczenie konkurentów z rynku<sup>20</sup>. Nie powinno się zatem wymagać w postępowaniu dotyczącym stosowania przez przedsiębiorstwo takiej praktyki wykazywania negatywnego, czy tym bardziej wykluczającego wpływu stosowania zawyżonych MTR na jego konkurentów.

Zarzut nadużycia pozycji dominującej niesie jednak również ze sobą określone trudności definicyjne, a w konsekwencji dowodowe. Brak jest bowiem jednolitej i powszechnie akceptowanej metody ustalenia, co należy rozumieć pod pojęciem ceny uczciwej (godziwej), a co należy już uznać za cenę nadmiernie wygórowaną. Problematyczność tej kwestii może dać o sobie znać zwłaszcza na tle rozpatrywanego tu scenariusza, w którym stawki MTR operatorów MNO będą przecież od pewnego

<sup>19</sup> Pkt 106 Obwieszczenia Komisji Europejskiej z 22.08.1998 r. o stosowaniu zasad konkurencji do porozumień o dostępie (98/C 265/02).

<sup>20</sup> M. Szydło, *Prawo konkurencji a regulacje sektorowe*, Warszawa 2010, str. 111-112. Podobnie również Damien Geradin, Robert O'Donoghue, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, [w:] *The Global Competition Law Centre Working Paper Series*, 2005, str. 13.

momentu, przynajmniej nominalnie, ustalane w oparciu o model kosztów efektywnego operatora. W orzecznictwie wewnątrzunijnym i krajowym można się spotkać z następującymi podejściami:

1) kryterium kosztowe, zgodnie z którym porównuje się koszty wytworzenia danego produktu (usługi) oraz jej ceny; o ile Komisja Europejska z umiarkowaną aprobatą odnosi się do tego kryterium<sup>21</sup>, to na gruncie krajowym można się spotkać z jego krytyką<sup>22</sup> ze względu na (i) trudności z rzetelnym i dokładnym ustaleniem kosztów dominującego przedsiębiorstwa (ii) pewną systemową niestosowność tego kryterium, związaną z faktem, że jeśli niskie koszty wynikają z efektywności przedsiębiorstwa, zasługuje ono na wynagrodzenie w postaci wyższej marży zysku, nawet jeśli miałyby to być niekorzystne dla konkurentów<sup>23</sup> (iii) trudności z ustaleniem, jaka powinna być godziwa wysokość marży, aby ceny nie były nadmiernie wygórowane. Tak więc oparcie się na kryterium kosztowym, mimo że najwłaściwsze metodologicznie, niesie ze sobą pewne ryzyko braku aprobaty ze strony organów ochrony konkurencji;

2) kryterium porównawcze cen na rynkach konkurencyjnych, zgodnie z którym porównuje się ceny stosowane przez dominujące przedsiębiorstwo z cenami pobieranymi przez innych przedsiębiorców na analogicznych, acz konkurencyjnych rynkach. Kryterium to jednak w analizowanym scenariuszu wydaje się nieprzydatne, gdyż (i) brak jest konkurencyjnych rynków zakańczania połączeń głosowych w sieciach MNO oraz (ii) nawet gdyby takie porównanie przeprowadzić, nie da ono zadowalających rezultatów z uwagi na to, że stawki MTR stosowane na wszystkich polskich Rynkach 16. najprawdopodobniej będą identyczne;

3) kryterium porównawcze cen na rynkach zagranicznych (*benchmarking*), zgodnie z którym porównuje się ceny analogicznych usług (tu: stawki MTR) na rynkach zagranicznych. Kryterium to potencjalnie mogłoby się okazać przydatne, jednak wymagałoby to rzetelnego ustalenia, jak poziom MTR w Polsce plasowałby się na tle rynków europejskich;

4) kryterium porównawcze marży zysku, zgodnie z którym porównuje się marżę zysku osiąganą przez przedsiębiorcę dominującego z marżą zysku osiąganą przez innych przedsiębiorców na innych, konkurencyjnych rynkach. To kryterium, aczkolwiek mogłoby posłużyć wsparciu tezy o stosowaniu nadmiernie wysokich MTR (zwłaszcza przy wykazaniu, że przy niższych kosztach określony MNO osiąga marżę, podczas gdy inni MNO przy tej samej stawce hurtowej w ogóle nie realizują zysków na rynku hurtowym), jednak obarczone jest podobnymi trudnościami jak wymienione w pkt a) powyżej.

Należy również wskazać, że skorzystanie z zarzutu stosowania zawyżonych cen będzie w zasadzie możliwe jedynie w razie, gdyby Prezes UKE w finalnie wydanych decyzjach SMP ustalił stawki MTR efektywnego operatora jako stawki maksymalne, których MNO nie mogą przekraczać. Jedynie wówczas bowiem argumentacja że określony MNO, mając niższe od innych MNO koszty, stosuje najwyższą dopuszczalną stawkę MTR, mimo że ma możliwość ustalenia jej na niższym, godziwym poziomie, miałaby rację bytu. Natomiast ustalenie przez regulatora stawek MTR na sztywnym poziomie uczyni powyższy zarzut bezskutecznym; trudno bowiem będzie któremukolwiek MNO czynić

<sup>21</sup> Pkt 106-107 Obwieszczenia Komisji Europejskiej z 22 sierpnia 1998 r. o stosowaniu zasad konkurencji do porozumień o dostępie (98/C 265/02).

<sup>22</sup> Za Markiem Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, s. 135-136.

<sup>23</sup> Takie podejście wynika z dość istotnej różnicy między prawem konkurencji a prawem telekomunikacyjnym. Prawo telekomunikacyjne, podobnie jak inne prawa sektorowe, oprócz promocji konkurencji dość często zmierza również do ochrony konkurentów, podczas gdy prawo konkurencji skupia się w większej mierze na promocji samej konkurencji w interesie publicznym, z którym wykluczenie z rynku przedsiębiorstw ponoszących wyższe koszty (nieefektywnych) zasadniczo nie koliduje.

zarzut z tego, że stosuje stawki MTR wynikające ze ścisłych nakazów regulatora, nawet jeśli są to stawki znacznie przewyższające jego koszty.

### 2.2.2. Stosowanie zacieśniania marży (*margin squeeze*)

Praktyka zacieśniania marży może być stosowana jedynie przez przedsiębiorstwa zintegrowane pionowo, tj. takie, które na rynku hurtowym (dostępowym, *upward market*) dostarcza produkt przedsiębiorcom, z którymi z kolei konkuruje na powiązanim rynku detalicznym (następującym, *downward market*). Praktyka ta w przypadku rynków telekomunikacyjnych polega na takim ustaleniu relacji między ceną hurtową za dostęp do sieci a ceną detaliczną usług świadczonych na bazie tego dostępu, która zmusza konkurentów przedsiębiorstwa dominującego do wyjścia z rynku detalicznego albo prowadzenia swojej działalności w sposób nieopłacalny. Praktyka ta należy zatem do praktyk o charakterze wyłączającym (*exclusionary practices*), które są uznawane przez Komisję Europejską za szczególnie szkodliwe dla konsumentów<sup>24</sup>. W analizowanym scenariuszu zacieśnianie marży może się odbywać przez (i) zawyżanie ceny za dostęp do sieci (stawki MTR), (ii) obniżanie ceny detalicznej za usługi zakańczania połączeń głosowych w sieci przedsiębiorstwa dominującego (*retail on-net price*) (iii) podejmowanie obydwu tych działań jednocześnie.

Główną zaletą tego rozwiązania jest fakt, że posłużenie się zarzutem zacieśniania przez MNO marży będzie mogło mieć zastosowanie zarówno w przypadku, gdy ostateczny obowiązek regulacyjny w zakresie kontroli kosztów nałożony na MNO w drodze decyzji SMP przybierze formę ustalenia maksymalnych MTR, jak i w przypadku, gdy MTR zostaną przez regulatora wyznaczone na konkretnym, sztywnym poziomie. Należy ponadto zauważyć, że *margin squeeze* jest praktyką, którą Komisja darzy dość dużym zainteresowaniem w swojej praktyce decyzyjnej na rynku telekomunikacyjnym i zalicza, pod pewnymi warunkami, o których niżej, do priorytetów swych działań naprawczych. W pierwszej sytuacji sprawa będzie o tyle ułatwiona, że w zarzucie naruszenia prawa konkurencji będzie można wykazywać zarówno praktykę wymienioną w pkt (i) jak i (ii) powyżej, jak również stosowanie obydwu (pkt (iii)). Nawet bowiem jeśli stawki hurtowe na Rynku 16. podlegają regulacji (w postaci cen maksymalnych) Prezesa UKE, to MNO zachowują margines swobody konieczny dla możliwości oceny ich zachowań w świetle prawa konkurencji. Z kolei swoboda zachowań na rynku detalicznym świadczenia usług zakańczania połączeń głosowych w sieciach poszczególnych MNO wynika z faktu, że jest to rynek nieregulowany (w domyśle konkurencyjny). Natomiast w drugiej sytuacji jedynym źródłem autonomii zachowań rynkowych dla MNO (i w konsekwencji jedyną szansą na postawienie mu zarzutu nadużywania pozycji dominującej) jest swoboda w takim ustalaniu cen połączeń wewnątrzsieciowych na rynku detalicznym, które w relacji do sztywno uregulowanej ceny hurtowej powodują nadmierne zaniżenie realizowanej marży (pkt (ii) powyżej)<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Por. pkt 5 Komunikatu Komisji z 24.02.2009 r. – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (2009/C 45/02) (dalej „Wytyczne Komisji w sprawie praktyk wyłączających”).

<sup>25</sup> Podobna sytuacja miała miejsce w powołanej już wyżej sprawie Deutsche Telekom (DT), w odniesieniu do której stwierdzono zacieśnianie marży na rynku hurtowego dostępu do pętli abonenckiej i rynku detalicznym świadczenia usług dostępu do Internetu. Ceny hurtowe DT podlegały zatwierdzeniu przez krajowego regulatora sektorowego i powinny odzwierciedlać koszty efektywnego operatora, dlatego DT w toku całego postępowania przed Komisją i Sądami broniła się przed zarzutami argumentem, że ściśle zatwierdzenie jej stawek hurtowych przez regulatora krajowego zwalnia ją z odpowiedzialności za ewentualne zacieśnianie marży. Komisja jednak, podobnie jak następnie sądy, nie negując braku możliwości manewru DT na rynku hurtowym (choć jej również nie potwierdzając) uznała ją za nieistotną dla celów postępowania, które zmierzają nie do ustalenia, czy stawki na rynku hurtowym są zawyżone, ale czy marża między rynkiem hurtowym a detalicznym jest zacieśniona. W tym celu dla skutecznego postawienia zarzutu *margin squeeze* wystarczyło zdaniem Komisji (i sądów) wykazanie, że DT miało określoną swobodę w dostosowaniu swoich cen na rynkach detalicznych tak, by uniknąć zacieśniania marży. Co ciekawe, rynek detaliczny również był regulowany, ale za pomocą modelu *price-cap* liczonego dla koszyków usług, co pozwalało DT na względną swobodę w zmianach cen. Por. zwłaszcza pkt 105 decyzji Komisji (...there can very well be a margin squeeze between regulated wholesale and retail prices. To show that there is a margin squeeze it is sufficient that there should be a disproportion between the two charges such that competition is restricted. Of course it has also to be

Inną kwestią jest natomiast wpływ skutecznego postawienia zarzutu nadużycia pozycji SMP i w konsekwencji stwierdzenia przez właściwy organ nadużycia przez MNO pozycji dominującej na osiągnięcie ostatecznego celu, jakim jest doprowadzenie do obniżenia przez MNO stawek MTR. Nakaz zaprzestania nadużywania pozycji dominującej wydany przez organ ochrony konkurencji w pierwszym przypadku (tj. w sytuacji obowiązywania maksymalnych stawek MTR) mógłby jednocześnie zobowiązywać naruszydca do obniżenia stawki hurtowej. Możliwość takich dostarczą art. 12 uokik w razie postępowania przed UOKiK oraz art. 9 Rozporządzenia nr 1/2003<sup>26</sup> w razie postępowania przed Komisją Europejską. Natomiast w drugiej sytuacji, gdy MTR są ustalone na sztywnym poziomie, istnienie wiążącej decyzji regulatora uniemożliwiającej MNO wszelkie manewry cenowe oraz brak możliwości władczego oddziaływania przez organ ochrony konkurencji w postępowaniu w przedmiocie stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej przez przedsiębiorstwo na organ regulacyjny, pozwoliłby co najwyżej na zobowiązanie MNO, za jego uprzednią zgodą do podniesienia cen detalicznych<sup>27</sup>.

W przypadku *margin squeeze* należy zwrócić uwagę na kwestie dowodowe, które, jak się wydaje, mogą być istotne w związku z podjęciem przez MNO kontestującego wysokość stosowanych przez MNO stawek MTR decyzji co do rodzaju zarzucanej im praktyki. Otóż przede wszystkim wskazać należy, że zgodnie z ugruntowaną praktyką Komisji oraz orzecznictwem sądów UE bezprawne zjawisko *margin squeeze* istnieje, gdy różnica pomiędzy cenami detalicznymi przedsiębiorstwa dominującego a ceną hurtową usług pośrednich, jaką przedsiębiorstwo to pobiera od swoich konkurentów na rynku dostępowym jest albo ujemna, albo co prawda dodatnia, ale niewystarczająca do pokrycia kosztów, jakie ów dominujący operator ponosi przy świadczeniu własnych usług detalicznych<sup>28</sup>. Z reguły chodzi tu o długookresowe przeciętne koszty przyrostowe, LRAIC<sup>29</sup>). Innymi słowy, bada się, czy gdyby przedsiębiorstwo, któremu zarzuca się nadużywanie pozycji dominującej (lub inny co najmniej równie efektywny przedsiębiorca), musiało samo płacić takie stawki hurtowe, jakie samo pobiera od swoich konkurentów detalicznych na rynku dostępowym, to byłoby w stanie prowadzić na rynku detalicznym trwale opłacalną działalność, pokrywając przynajmniej własne koszty świadczenia usług detalicznych<sup>30</sup>. Zatem dla wykazania szkodliwych praktyk *margin squeeze* nie wystarczy wskazanie, że mniej efektywny przedsiębiorca nie jest w stanie płacić operatorowi oskarżonemu o zacieśnianie marży tak wysokich MTR i jednocześnie móc bez straty, a także bez subsydiowania skrośnego, konkurować z nim na rynku detalicznym, mogąc pozwolić sobie na ustalanie cen za połączenia do jego sieci na poziomie porównywalnym do jego cen połączeń wewnątrzsieciowych<sup>31</sup>. Konieczne jest bowiem udowodnienie, że takiej opłacalnej działalności przy tych samych stawkach hurtowych nie

shown that the undertaking subject to price regulation has the commercial discretion to avoid or end the margin squeeze in its own initiative. If it has that discretion, as it has in the present case, the question which prices the undertaking can change without the intervention of the State is relevant only for purposes of the choice of remedies to bring the margin squeeze to an end.) oraz pkt 107 wyroku SPI.

<sup>26</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U.UE.L.03.1.1., z późn. zm.).

<sup>27</sup> Teoretycznie, w przypadku istnienia sztywnego obowiązku cenowego na rynku hurtowym MNO mógłby również – powołując się na decyzję Prezesa UOKiK – wystąpić do Prezesa UKE z wnioskiem o zatwierdzenie jego stawek MTR na niższym poziomie. Jednakże w warunkach rozważanego tu przypadku byłoby to niezwykle utrudnione. Oznaczałoby de facto uznanie przez regulatora, że albo błędnie ustalił on model kosztów efektywnego operatora, albo dane dostarczone przez operatorów jako wsad do tego modelu były błędne lub przekłamane. Byłoby to również brzemiennie w konsekwencje dla całego rynku. Model kosztów hipotetycznego efektywnego operatora wiązałby bowiem wspólnie więcej niż jednego MNO, zatem i jego zmiana musiałaby dotyczyć całej grupy. Dlatego należy sceptycznie ocenić szanse powodzenia takiego wniosku.

<sup>28</sup> Por. pkt 166 wyroku SPI w sprawie Deutsche Telekom, w którym Sąd powtarza motyw 107 decyzji Komisji w tej sprawie: „there is an abusive margin squeeze if the difference between the retail prices charged by a dominant undertaking and the wholesale prices it charges its competitors for comparable services is negative, or insufficient to cover the product-specific costs to the dominant operator of providing its own retail services on the downstream market”.

<sup>29</sup> Por. pkt 80 Wytycznych Komisji w sprawie praktyk wyłączających.

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> Por. pkt 102 Decyzji Komisji w sprawie Deutsche Telekom.

mógłby prowadzić sam ten MNO lub operator co najmniej równie jak on efektywny. Jest to niewątpliwie trudność dowodowa<sup>32</sup>.

Jednocześnie jednak w postępowaniu dotyczącym podejrzewanych praktyk zacieśniania marży ani organ ochrony konkurencji, ani podmiot składający zawiadomienie lub skargę, nie muszą prowadzić formalnego dowodu na to, że ceny hurtowe były zawyżone lub ceny detaliczne – drapieżne (*predatory pricing*), choć niewątpliwie z którejs z tych praktyk (albo z obu z nich) zacieśnianie marży musi wynikać. Istotą zarzucanego naruszenia nie jest bowiem bezprawność cen na którymkolwiek z rynków, gdyż te stanowią odrębny typ naruszenia, ale fakt, że różnica między nimi nie pozwala na pokrycie detalicznych kosztów, jakie przedsiębiorstwo równie efektywne jak dominant ponosi dla celów świadczenia usług detalicznych<sup>33</sup>.

Wreszcie wskazać należy na trudność dowodową wynikającą z tego, że wykluczający charakter praktyki zacieśniania marży wymaga wykazania, że praktyka faktycznie wywarła na konkurentów detalicznych przedsiębiorstwa dominującego na rynku hurtowym skutek antykonkurencyjny. Ten aspekt sprawy jest dość enigmatycznie komentowany przez Trybunał Sprawiedliwości UE, a i sama Komisja prezentuje dość niestabilne stanowisko<sup>34</sup>. Niemniej jednak wydaje się, że przeważa przekonanie wyrażone przez Trybunał w wyroku z dnia 17 lutego 2011 r. C-52/09 (pkt 64-65): „aby można było stwierdzić, że taka praktyka [tj. zacieśnianie marży – przyp. autora] stanowi nadużycie, konieczne jest istnienie jej antykonkurencyjnego wpływu na rynek, nie musi on jednak być rzeczywisty, wystarczy wykazanie potencjalnego skutku antykonkurencyjnego mogącego spowodować wykluczenie konkurentów co najmniej równie skutecznych jak przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą. Jeżeli bowiem przedsiębiorstwo dominujące rzeczywiście stosuje praktykę cenową, która przez zaniżanie marży jego co najmniej równie skutecznych konkurentów zmierza do wyparcia ich z rynku, którego dotyczy, wówczas okoliczność, że zakładany skutek, to znaczy wykluczenie tych konkurentów, ostatecznie nie zostaje osiągnięty, nie może wykluczyć zakwalifikowania tej praktyki na podstawie art. 102 TFUE jako nadużycia. Jednak w razie braku jakiegokolwiek wpływu na sytuację konkurencyjną konkurentów, praktyka cenowa taka jak rozpatrywana w postępowaniu przed sądem krajowym nie może zostać uznana za wypieranie, jeśli penetracja odnośnego rynku przez tych konkurentów nie jest w wyniku stosowania tej praktyki w żaden sposób utrudniona”.

### 3. Kwestionowanie stawek MTR – zagadnienia proceduralne

Postępowanie w przedmiocie stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej, jakiegokolwiek postaci by ono nie przybrało, co do zasady należy do właściwości wyspecjalizowanych organów powołanych do ochrony konkurencji. W Polsce, podobnie jak w pozostałych państwach członkowskich Unii Europejskiej, występuje dualizm tego typu organów: na szczeblu krajowym w tej roli występuje bowiem Prezes UOKiK, zaś na szczeblu unijnym – Komisja Europejska.

Podmiot zamierzający na gruncie prawa konkurencji kwestionować poziom stawek MTR stosowanych przez MNO w Polsce musi zatem podjąć decyzję, który z trybów postępowania w przedmiocie stwierdzenia nadużycia przez MNO pozycji dominującej – krajowy czy unijny – wybrać.

<sup>32</sup> W wyroku z 17.02.2011 r. o sygn. C-52/09 Sąd wskazał jednak, że w wyjątkowych okolicznościach mogą być brane pod uwagę również koszty konkurentów (por. pkt 45-46 Wyroku).

<sup>33</sup> Ibidem, pkt 34.

<sup>34</sup> Przykładowo w powoływanej sprawie Deutsche Telekom Komisja w ogóle stwierdziła, że zaniżanie marży samo w sobie stanowi praktykę zabronioną przez art. 102 TFUE, i nie jest konieczne dodatkowe wykazywanie jej wykluczającego wpływu na konkurentów, za co została skarcona przez Sąd Pierwszej Instancji (por. pkt 234-244 wyroku) i Trybunał Sprawiedliwości (pkt 250-254 wyroku).

Wydaje się, że w istotnej części oba tryby postępowania wykazują daleko idące podobieństwa. I tak:

a) niemal<sup>35</sup> identyczne są przesłanki nadużycia i merytoryczne kwestie, które będą podlegać rozstrzygnięciu przed każdym z tych organów; wynika to nie tylko z materialnoprawnego podobieństwa art. 102 TFUE do art. 9 uokik, ale również z faktu, że krajowe organy ochrony konkurencji, podobnie jak sądy, mogą (a w razie wpływu określonej praktyki na handel wewnątrz UE muszą) orzekać bezpośrednio na podstawie art. 102 TFUE art. 10 ust. 1 uokik, art. 3, 5 oraz 6 Rozporządzenia nr 1/2003);

b) oba postępowania mogą być wszczęte zarówno z inicjatywy podmiotu prywatnego<sup>36</sup>, którą organ nie jest jednak związany (co prawda art. 105 TFUE nazywa taką inicjatywę wnioskiem, zaś art. 86 ust. 1 uokik mówi o zawiadomieniu, jednak charakter i przede wszystkim moc sprawcza obu tych środków są analogiczne), jak i z urzędu;

c) w obu postępowaniach występuje możliwość wydania rozstrzygnięcia nie tylko penalizującego dane zachowanie za pomocą kary pieniężnej i nakazującego jego zaniechanie, ale i nakładającego na przedsiębiorstwo, z jego inicjatywy i za jego zgodą, określone pozytywne zobowiązania zmierzające do zaniechania naruszeń<sup>37</sup> (art. 12 uokik oraz art. 9 Rozporządzenia nr 1/2003);

d) oba organy mają możliwość wydania rozstrzygnięć tymczasowych, tj. obowiązujących maksymalnie do czasu wydania decyzji w przedmiocie stwierdzenia nadużywania pozycji dominującej i nakazujących w tym okresie natychmiastowe zaniechanie określonych praktyk (art. 89 uokik i art. 8 Rozporządzenia nr 1/2003);

e) rozstrzygnięcia wydane w obu postępowaniach podlegają dwuinстанcyjnej kontroli sądowej (w Polsce SOKiK i następnie Sąd Apelacyjny, w UE – Sąd i Trybunał Sprawiedliwości).

Dodatkowym warunkiem, koniecznym do wykazania w razie wyboru przez przedsiębiorcę wewnątrzunijnego trybu kontroli stawek MTR, jest wskazany w art. 102 TFUE wpływ zarzucanego nadużycia na handel między państwami członkowskim UE oraz nadużywanie pozycji na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części. Na bazie przeglądu dotychczasowej praktyki decyzyjnej Komisji można jednak przyjąć, że organy unijne dość liberalnie podchodzą do tego kryterium. Przede wszystkim wpływ na handel nie musi być rzeczywisty, wystarczy bowiem, aby określona praktyka mogła potencjalnie zakłócić swobodną wymianę usług wewnątrz Unii. Wydaje się, że zdecydowanie najłatwiej jest wykazać wpływ zarzucanego nadużycia na handel wewnątrz UE w postępowaniach podejmowanych przeciwko byłym narodowym monopolistom sieciowym, utrudniającym dostęp operatorom alternatywnym do własnej infrastruktury sieciowej. W powołanej już sprawie Deutsche Telekom Komisja (pkt 185 decyzji) dopatrzyła się wpływu stwierdzonych naruszeń na handel wewnątrz UE w tym, że DT jest dużym przedsiębiorstwem i prowadzi działalność na całym terytorium Niemiec, co stanowi znaczną część rynku wewnętrznego, oraz że utrudnia dostęp do rynku innym operatorom, z których część, nawet jeśli działają jedynie na terytorium Niemiec, należy do międzynarodowych grup kapitałowych. Warto też przywołać w tym kontekście fragment głośnej decyzji Komisji wydanej

<sup>35</sup> Art. 102 TFUE wymaga dodatkowo, aby zarzucane nadużycie miało wpływ na handel wewnątrz UE, o czym w dalszej części artykułu.

<sup>36</sup> Przy czym warto wskazać, że o ile art. 86 uokik stanowi, że „każdy” może złożyć stosowne zawiadomienie, o tyle art. 6 ust. 2 Rozporządzenia nr 1/2003 wymaga już w tym zakresie wykazania interesu prawnego. Jest to jedynie uwaga o charakterze informacyjnym, bowiem konkurencyjny względem naruszydźciela MNO, jak się wydaje, nie miałby problemów z ewentualnym wykazaniem swojego interesu prawnego w złożeniu stosownego wniosku do Komisji.

<sup>37</sup> Należy jednak podkreślić, że decyzja zobowiązująca do podjęcia konkretnych działań (np. zmiany stawek hurtowych) może zostać wydana tylko wówczas, gdy MNO wyrazi dobrowolną chęć realizacji tych zobowiązań. W braku przejawu takiej woli współpracy ze strony przedsiębiorcy Prezes UOKiK – zgodnie z przeważającym stanowiskiem doktryny – może jedynie wydać decyzję negatywną, tj. zakazującą stosowania przez niego określonych praktyk jako naruszających konkurencję, bez możliwości wskazania mu wiążącej drogi dostosowania swego postępowania do rygorów prawa konkurencji.

przeciwko Telekomunikacji Polskiej S.A. w czerwcu 2011 r. za nadużycie pozycji dominującej na polskim rynku hurtowego dostępu szerokopasmowego do Internetu<sup>38</sup>:

„Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że „Artykuł 82 [obecnie art. 102 TFUE] nie wymaga by wykazano, że zachowanie mające znamiona nadużycia miało znaczący wpływ na handel między państwami członkowskimi, a jedynie że zachowanie to mogło mieć taki skutek”.

I dalej:

„Wpływ na handel między państwami członkowskimi zasadniczo mają warunki udzielania dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej i świadczenia usług hurtowych przez dominujących operatorów sieci, w szczególności zasiedziały operatorów sieci stacjonarnych i ruchomych, którzy dawniej zajmowali pozycje monopolistów państwowych na geograficznie zdefiniowanych i podzielonych rynkach. Warunki udzielania dostępu do infrastruktury i świadczenia usług hurtowych decydują bowiem o możliwościach konkurentów, w tym nowych operatorów z innych państw członkowskich, którzy potrzebują takiego dostępu, aby oferować własne usługi. W niniejszej sprawie zachowanie o znamionach nadużycia ma wpływ na handel między państwami członkowskimi, ponieważ odnosi się ono do usług świadczonych przez operatora dominującego na całym terytorium Polski, stanowiącym istotną część rynku wewnętrznego. Takie praktyki wpływają na strukturę rynku stwarzając bariery wejścia dla operatorów telekomunikacyjnych w Polsce. Z definicji, ograniczenie przedsiębiorstwom prowadzącym działalność w innych państwach członkowskich możliwości podjęcia działalności w Polsce wpływa na handel między państwami członkowskimi”. Wydaje się, że takie rozumienie przez Komisję obu wskazanych wyżej kryteriów mogłoby pozwolić również na kwalifikację sprawy analizowanej w niniejszym artykule jako podlegającej rozstrzygnięciu przez Komisję, mimo że nawet zasiedziali MNO na mobilnym rynku telefonicznym mają nieco inną pozycję niż Telekomunikacja Polska S.A. na rynku stacjonarnym.

Trudno jednoznacznie ocenić, która z dróg postępowania, czyli przed Komisją lub przed Prezesem UOKiK jest korzystniejsza. Z pewnością postępowanie przed polskim organem angażuje mniej zasobów. Na korzyść wystąpienia z odpowiednim wnioskiem do Komisji przemawia natomiast okoliczność, że w praktyce decyzyjnej i orzecznictwie sądów unijnych jest co do zasady przesądzone, iż organ ochrony konkurencji może orzekać w stanach faktycznych uregulowanych przez NRA, podczas gdy, jak była mowa wyżej, na polskim gruncie teza ta nie jest jeszcze ostatecznie ugruntowana. Trudno w tej sytuacji przewidzieć, jak zachowa się UOKiK, zaś niepewność co do prezentowanych przez Urząd przekonań może wzbudzać zwłaszcza fakt, że w dostępnych na stronie UOKiK i wydanych pod auspicjami Prezesa Urzędu publikacjach naukowych na ten temat spotyka się w zasadzie wyłącznie głosy doktryny sceptyczne wobec unijnego podejścia<sup>39</sup>. Dodatkową okolicznością mogącą mieć wpływ na decyzję dotyczącą wyboru organu prowadzącego postępowanie jest fakt, że postępowanie przed Komisją zapewnia wnioskodawcy, tj. podmiotowi występującemu do Komisji z wnioskiem o wszczęcie postępowania w przedmiocie stwierdzenia nadużycia SMP, większą możliwość brania aktywnego udziału w postępowaniu niż to miałyby miejsce w postępowaniu przed UOKiK.

<sup>38</sup> [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39525/39525\\_1878\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39525/39525_1878_3.pdf)

<sup>39</sup> Wydaje się przy tym (choć jest to argument natury pozaprawnej), że większej skłonności do krytycznej analizy poczynań krajowego regulatora na gruncie prawa konkurencji (nawet gdy jest to krytyka pośrednia) będzie można spodziewać się po Komisji, która jest organem zewnętrznym i w pewnym sensie nadrzędnym jednocześnie nad NRA i NCA, niż po krajowym organie ochrony konkurencji, hierarchicznie usytuowanym na tym samym co NRA poziomie.



Przepis art. 6 Rozporządzenia nr 773/2004<sup>40</sup> przewiduje np. obowiązek Komisji przekazania wnioskodawcy odpisu niejawną wersję przedstawienia zarzutów i wyznaczenia terminu przedstawienia przez wnioskodawcę opinii. Natomiast art. 88 ust. 1 uokik, odmiennie niż to miało miejsce za rządów poprzedniej ustawy antymonopolowej, status strony przyznaje tylko podmiotowi, przeciw któremu toczy się postępowanie, a nie również podmiotowi, który złożył zawiadomienie; dopuszczenie tego podmiotu do postępowania, jak się wydaje, miałyby zatem ograniczony charakter i byłoby wyrazem dobrej woli Urzędu.

Należy dodatkowo nadmienić, że decyzja dotycząca wyboru krajowego lub unijnego trybu postępowania może nie mieć charakteru przesądającego. Zgodnie z art. 11 ust. 6 Rozporządzenia nr 1/2003 wszczęcie postępowania przez krajowy organ ochrony konkurencji nie pozbawia Komisji prawa przejścia sprawy do dalszego prowadzenia, choć należy pamiętać, że z kolei art. 13 tego Rozporządzenia uprawnia Komisję do odmowy wszczęcia postępowania, jeśli toczy się ono przez NCA. Natomiast już wszczęcie sprawy przez Komisję, względnie jej przejście do rozpoznania, skutkuje zakazem wszczęcia lub kontynuacji postępowania w tej samej sprawie przez organ krajowy (art. 11 ust. 6 Rozporządzenia nr 1/2003 i odpowiadający mu art. 87 ust. 1 uokik).

### III. Podsumowanie

1) Możliwość równoległego stosowania reżimu prawa konkurencji do zachowań rynkowych przedsiębiorców poddanych regulacji sektorowej wydaje się być przesądzona w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej oraz orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Warunkiem zastosowania wobec konkretnych praktyk rynkowych przedsiębiorcy takiej podwójnej oceny jest ustalenie, że w ramach zastosowanego środka regulacyjnego przedsiębiorstwo dysponowało swobodą działania, pozwalającą na podjęcie z jego własnej inicjatywy praktyk mogących stanowić nadużycie pozycji dominującej.

2) Na gruncie prawa polskiego brak jest jednolitego stanowiska judykatury i doktryny wobec kwestii równoległego stosowania prawa konkurencji i regulacji sektorowych do tych samych stanów faktycznych. Wprawdzie ostatnio polska judykatura zdaje się podzielać stanowisko organów unijnych, zaś tendencji tej dodatkowo sprzyja związana z wejściem Polski do UE potrzeba prounijnej wykładni przepisów prawa, jednak nie da się wykluczyć ryzyka odmowy wszczęcia postępowania antymonopolowego wobec MNO z uwagi na ich działanie w granicach decyzji regulatora.

3) Scenariusz regulacyjny, w którym w ramach wdrożenia modelu LRIC Prezes UKE zobowiązałby infrastrukturalnych operatorów do stosowania symetrycznych wysokich stawek MTR, poszczególni MNO mogliby kwestionować poprzez zarzut nadużycia pozycji dominującej przez operatorów stosujących te stawki (tj. złamanie reguł prawa konkurencji). Zarzut nadużycia przez MNO pozycji dominującej może przybrać formę zarzutu stosowania cen zawyżonych (*excessive pricing*) na właściwych Rynkach 16. (rynkach hurtowych) lub zacieśniania marży (*margin squeeze*) w relacji między stawkami hurtowymi pobieranymi na właściwych Rynkach 16. a stawkami detalicznymi za połączenia wewnątrzsieciowe pobieranymi na rynku świadczenia użytkownikom końcowym usług głosowych w odpowiednich ruchomych publicznych sieciach telekomunikacyjnych. Wydaje się, że zarzut stosowania cen zawyżonych mógłby być skutecznie postawiony tylko w przypadku ustalenia

<sup>40</sup> Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 773/2004 z dnia 7.04.2004 r. odnoszące się do prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. 81 i art. 82 Traktatu WE (Dz.U.UE. L. 04.123.18, z późn. zm.).

w decyzjach SMP stawek MTR na poziomie maksymalnym, natomiast zarzut stosowania zacieśniania marży można próbować uzasadnić również w razie ustalenia przez regulatora sztywnych stawek hurtowych. Jednocześnie jednak w przypadku ustalenia przez regulatora stawek MTR na sztywnym poziomie, a następnie stwierdzenia w decyzji odpowiedniego organu nadużycia pozycji dominującej przez zacieśnianie marży, MNO będzie miał co do zasady możliwość zastosowania się do nakazu zaniechania tej praktyki jedynie poprzez podniesienie cen na rynku detalicznym, a nie ich obniżkę na rynku hurtowym (brak pola do manewru w warunkach sztywnej regulacji cen na rynku hurtowym).

4) Podstawową drogą postępowania w przedmiocie stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę pozycji dominującej jest droga administracyjna, do której uruchomienia można by dążyć poprzez zawiadomienie odpowiedniego organu ochrony konkurencji. Takie zawiadomienie nie obliguje jednak organu do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Wymagałoby to od MNO składającego takie zawiadomienie uprzedniego wyboru trybu postępowania: krajowego (przed Prezesem UOKiK) lub unijnego (przed Komisją Europejską). Materialnoprawne i proceduralne ramy postępowania przed oboma organami nie różnią się zasadniczo, z wyjątkiem konieczności wykazania przed Komisją Europejską dodatkowej przesłanki wpływu na handel wewnątrzunijny oraz istnienia interesu Unii w zajęciu się sprawą. Za wyborem trybu krajowego przemawia jego większa dostępność i mniejsze zaangażowane zasobów. Z kolei Komisja Europejska wydaje się być lepiej przygotowana do krytycznej analizy praktyk rynkowych usankcjonowanych przez krajowego regulatora, ze względu na bardziej jednolicznie zaaprobowaną na gruncie unijnym możliwość kontroli regulowanych zachowań rynkowych z wykorzystaniem prawa konkurencji oraz instytucjonalną nadrzędność wobec krajowych NRA i NCA. Ponadto wewnątrzunijny tryb postępowania oferuje większe możliwości aktywnego uczestnictwa podmiotu składającego zawiadomienie w postępowaniu wyjaśniającym.