

## I

*(Informacje)*

## EUROPEJSKI OBSZAR GOSPODARCZY

## URZĄD NADZORU EFTA

## URZĄD NADZORU EFTA WYTYCZNE

z dnia 14 lipca 2004 r.

**w sprawie analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej w związku z ramami regulacyjnymi sieci i usług łączności elektronicznej, o których mowa w załączniku XI Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym**

(2006/C 101/01)

- A. Niniejsze wytyczne publikuje Urząd Nadzoru EFTA (zwany dalej „organem nadzoru”) zgodnie z Porozumieniem o Europejskim Obszarze Gospodarczym (zwanym dalej „Porozumieniem EOG”) i Porozumieniem pomiędzy Państwami EFTA w sprawie utworzenia Urzędu Nadzoru oraz Trybunału Sprawiedliwości (zwanym dalej „Porozumieniem o Nadzorze i Trybunale”).
- B. Komisja Europejska (zwana dalej „Komisją”) w wyniku wspólnotowych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej przyjęła wytyczne na temat analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej<sup>(1)</sup>. Ten niewiążący akt stanowi wytyczne dla krajowych organów regulacyjnych w Państwach Członkowskich WE w zakresie stosowania nowych ram regulacyjnych dla łączności elektronicznej, w szczególności w zakresie definicji odnośnych rynków produktu i usług, określenia znaczącej pozycji rynkowej, jak i pewnych aspektów współpracy i koordynacji na poziomie krajowym i na poziomie WE.
- C. Dla zabezpieczenia jednolitego nadzoru i spójnego stosowania nowych zasad w całym Europejskim Obszarze Gospodarczym (zwanym dalej „EOG”), organ nadzoru przyjmuje niniejsze wytyczne na mocy uprawnień, jakie uzyskał w ramach art. 5 ust. 2 lit. b) Porozumienia o Nadzorze i Trybunale i art. 15 ust. 2 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej<sup>(2)</sup> (zwanej dalej „dyrektywą ramową”).

<sup>(1)</sup> Dz.U. C 165 z 11.7.2002, str. 6.

<sup>(2)</sup> Dz.U. L 108 z 24.4.2002, str. 33, o której mowa w pkt 5cl załącznika XI do Porozumienia EOG, przyjętej w Porozumieniu na podstawie protokołu 1 i dostosowań branżowych znajdujących się w załączniku XI do tego Porozumienia.

## 1. WSTĘP

### 1.1. Zakres i cel wytycznych

1. Niniejsze wytyczne określają zasady stosowane przez krajowe organy regulacyjne w Państwach EFTA podczas analizy rynków i efektywnej konkurencji zgodnie z nowymi ramami regulacyjnymi sieci i usług łączności elektronicznej<sup>(3)</sup>.
2. W skład nowych ram regulacyjnych wchodzi pięć dyrektyw: dyrektywa ramowa, dyrektywa 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej<sup>(4)</sup> (zwana dalej „dyrektywą o zezwoleniach”), dyrektywa 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń<sup>(5)</sup> (zwana dalej „dyrektywą o dostępie”), dyrektywa 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników<sup>(6)</sup> (zwana dalej „dyrektywą o usłudze powszechnej”), dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej<sup>(7)</sup> (zwana dalej „dyrektywą o prywatności i łączności elektronicznej”).
3. Zgodnie z ramami regulacyjnymi z roku 1998 te obszary rynku sektora telekomunikacji, które były przedmiotem regulacji *ex ante*, zostały ustalone we właściwych dyrektywach, lecz nie zostały określone w odniesieniu do rynków zgodnie z zasadami prawa konkurencji. W obszarach ustalonych w ramach regulacyjnych z roku 1998 krajowe organy regulacyjne

miały prawo wyznaczania przedsiębiorstw o znaczącej pozycji rynkowej w przypadku gdy te posiadały 25 % udziału w rynku, z możliwością odejścia od tego progu, biorąc pod uwagę siłę, z jaką dane przedsiębiorstwo może wpływać na rynek, jego wielkość w stosunku do rozmiarów rynku, kontrolowanie przez niego infrastruktury dostępowej dla użytkowników końcowych, jego dostęp do środków finansowych i doświadczenie w dostarczaniu produktów i usług na rynek.

4. Zgodnie z nowymi ramami regulacyjnymi rynki będące przedmiotem regulacji definiuje się zgodnie z zasadami prawa konkurencji EOG. Organ nadzoru określa je w swoim zaleceniu dotyczącym konkretnego rynku produktu i usług zgodnie z art. 15 ust. 1 dyrektywy ramowej (zwanej dalej „zaleceniem”). Jeśli sytuacja w danym kraju to uzasadnia, wówczas krajowe organy regulacyjne mogą określić również inne rynki, zgodnie z procedurami wyznaczonymi w art. 6 i 7 dyrektywy ramowej. W przypadku rynków ponadpaństwowych podatnych na regulacje *ex ante*, w miarę potrzeby organ nadzoru określi je w decyzji dotyczącej odnośnych rynków ponadpaństwowych zgodnie z art. 15 ust. 4 dyrektywy ramowej (zwanej dalej „decyzją w sprawie rynków ponadpaństwowych”). W przypadku rynku ponadpaństwowego mającego ujemny wpływ zarówno na Państwo EFTA, jak i Państwo Członkowskie WE, organ nadzoru i Komisja będą współpracowały w celu przyjęcia identycznych decyzji określających zintegrowane rynki ponadpaństwowe (zwanej dalej „Decyzją w sprawie zintegrowanych rynków ponadpaństwowych”).
5. Na wszystkich tych rynkach krajowe organy regulacyjne będą interweniowały w celu nałożenia na przedsiębiorstwa zobowiązań tylko wówczas, gdy uzna się, że na rynkach tych nie panuje efektywna konkurencja<sup>(8)</sup>, w wyniku czego przedsiębiorstwa mają pozycję odpowiadającą pozycji dominującej w znaczeniu art. 54 Porozumienia EOG<sup>(9)</sup>. Artykuł 54 EOG odpowiada art. 82 Traktatu WE. Pojęcie dominacji w art. 82 Traktatu WE zostało zdefiniowane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich jako pozycja, w której przedsiębiorstwo posiada tak silną pozycję ekonomiczną, że uprawnia go ona do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów. W związku z tym, zgodnie z nowymi ramami regulacyjnymi, w przeciwieństwie do ram z roku 1998, organ nadzoru i krajowe organy regulacyjne, oceniając rynki regulowane na zasadach *ex ante* i oceniając, czy przedsiębiorstwo posiada znaczącą pozycję rynkową w stosunku do tych rynków, będą opierały się na zasadach i metodologii prawa konkurencji EOG.

<sup>(3)</sup> Dołączone do Porozumienia EOG decyzją nr 11/2004 Wspólnego Komitetu EOG z dnia 6 lutego 2004 r. zmieniającą załącznik II (Przepisy techniczne, normy i certyfikacja), załącznik X (Usługi audiowizualne) i załącznik XI (Usługi telekomunikacyjne) Porozumienia.

<sup>(4)</sup> Dz.U. L 108 z 24.4.2002, str. 21, o której mowa w pkt 5c załącznika XI do Porozumienia EOG, przyjęta w Porozumieniu na podstawie protokołu 1 i dostosowań branżowych znajdujących się w załączniku XI do tego Porozumienia.

<sup>(5)</sup> Dz.U. L 108 z 24.4.2002, str. 7, o której mowa w pkt 5c załącznika XI do Porozumienia EOG, przyjęta w Porozumieniu na podstawie protokołu 1 i dostosowań branżowych znajdujących się w załączniku XI do tego Porozumienia.

<sup>(6)</sup> Dz.U. L 108 z 24.4.2002, str. 51, o której mowa w pkt 5cm załącznika XI do Porozumienia EOG, przyjęta w Porozumieniu na podstawie protokołu 1 i dostosowań branżowych znajdujących się w załączniku XI do tego Porozumienia.

<sup>(7)</sup> Dz.U. L 201 z 31.7.2002, str. 37, o której mowa w pkt 5ha załącznika XI do Porozumienia EOG, przyjęta w Porozumieniu na podstawie protokołu 1 i dostosowań branżowych znajdujących się w załączniku XI do tego Porozumienia.

<sup>(8)</sup> Za wyjątkiem sytuacji, kiedy nowe ramy regulacyjne wyraźnie zezwalają na nałożenie zobowiązań w sposób niezależny od warunków konkurencji na rynku.

<sup>(9)</sup> Artykuł 14 dyrektywy ramowej.

6. Niniejsze wytyczne mają na celu pomóc krajowym organom regulacyjnym w wykonywaniu swoich nowych obowiązków polegających na analizie rynków i ocenie znaczącej pozycji rynkowej. Organ nadzoru przyjął je zgodnie z art. 15 ust. 2 dyrektywy ramowej.
7. Zgodnie z art. 15 ust. 3 dyrektywy ramowej krajowe organy regulacyjne powinny w jak największym stopniu uwzględnić te wytyczne. Będą one stanowiły istotny czynnik przy ocenie przez te organy proporcjonalności i zgodności z prawem decyzji proponowanych przez krajowe organy regulacyjne, biorąc pod uwagę cele polityczne ustanowione w art. 8 dyrektywy ramowej.
8. Wytyczne te dotyczą w szczególności następujących tematów: a) definicji rynku, b) oceny znaczącej pozycji rynkowej, c) ustalenia znaczącej pozycji rynkowej oraz d) kwestii proceduralnych dotyczących wszystkich tych tematów.
9. Wytyczne są przeznaczone dla krajowych organów regulacyjnych, które mają z nich korzystać w sposób następujący:
- będą definiowały obszar geograficzny tych rynków produktów i usług, które zostały określone w zaleceniu. Krajowe organy regulacyjne nie będą definiowały obszaru geograficznego żadnych rynków ponadnarodowych, ponieważ będą one regulowane przez wszelkie decyzje dotyczące rynków ponadpaństwowych, niezależnie od tego, czy mają one wpływ na jedno lub więcej Państw EFTA lub zintegrowanych,
  - będą wykonywały, przy pomocy metodologii określonej w sekcji 3 wytycznych, analizę rynkową warunków konkurencji panujących na rynkach opisanych w zaleceniu i decyzji i opisanych przez krajowe organy regulacyjne,
  - będą określały konkretne krajowe lub lokalne rynki produktów i usług, których nie wymieniono w zaleceniu, jeśli uzasadniają to warunki krajowe i zgodnie z procedurami wyznaczonymi w art. 6 i 7 dyrektywy ramowej,
  - na podstawie wykonanej analizy rynku będą wyznaczały przedsiębiorstwa o znaczącej pozycji rynkowej na danym rynku i nakładały proporcjonalne środki *ex ante* zgodne z zasadami ram regulacyjnych opisanych w sekcjach 3 i 4 wytycznych,
  - będą pomagały Państwom EFTA i krajowym organom regulacyjnym w stosowaniu art. 11 ust. 1 lit. f) dyrektywy o zezwoleniach i art. 5 ust. 1 dyrektywy ramowej, wskutek czego będą zapewniały, że przedsiębiorstwa przestrzegają obowiązku udzielania informacji potrzebnych krajowym organom regulacyjnym dla określenia odnośnych rynków i oceny znaczącej pozycji rynkowej, jaka tam panuje,
  - będą pomagały krajowym organom regulacyjnym w zakresie informacji poufnych, które dostarczyć mogą:
    - przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 1 lit. f) dyrektywy o zezwoleniach i art. 5 ust. 1 dyrektywy ramowej;
    - krajowe organy ds. ochrony konkurencji w ramach współpracy przewidzianej w art. 3 ust. 5 dyrektywy ramowej;
    - organ nadzoru oraz krajowy organ regulacyjny w innym Państwie EFTA w ramach współpracy przewidzianej w art. 5 ust. 2 dyrektywy ramowej,
    - krajowe organy regulacyjne Państw EFTA poprzez organ nadzoru i komisja zintegrowana, zgodnie z art. 7 ust. 3 dyrektywy ramowej, oraz
    - krajowe organy regulacyjne Państw Członkowskich WE poprzez Komisję i organ zintegrowany, zgodnie z art. 7 ust. 3 dyrektywy ramowej.
10. Wytyczne te składają się z następujących części składowych:
- Sekcja 1** stanowi wprowadzenie i podsumowanie ogólnego zarysu, celu, zakresu i treści wytycznych. W **sekcji 2** opisano metody, jakie mają stosować krajowe organy regulacyjne w celu oceny obszaru geograficznego rynków określonych w zaleceniu, jak i oceny odnośnych rynków poza tą rekomendacją. W **sekcji 3** opisano kryteria oceny znaczącej pozycji rynkowej na konkretnym rynku. **Sekcja 4** przedstawia zarys ewentualnych wniosków, do jakich mogą dojść krajowe organy regulacyjne w trakcie wykonywania analiz rynkowych, i opisuje ewentualne działania, jakie mogą zostać w związku z tym podjęte. W **sekcji 5** opisano upoważnienia dochodzeniowe, jakie posiadają krajowe organy regulacyjne, zasugerowano procedury koordynacji pomiędzy krajowymi organami regulacyjnymi i pomiędzy krajowymi organami regulacyjnymi a krajowymi organami ds. ochrony konkurencji. W sekcji tej znajduje się również opis procedur koordynacji i współpracy pomiędzy krajowymi organami regulacyjnymi a organem nadzoru, jak i pomiędzy organem nadzoru i Komisją oraz pomiędzy krajowymi organami regulacyjnymi EFTA a krajowymi organami regulacyjnymi w zintegrowanych Państwach Członkowskich WE. Na zakończenie, w **sekcji 6**, opisano procedury konsultacji publicznych i publikacji decyzji proponowanych przez krajowe organy regulacyjne.
11. Jednym z głównych celów tych wytycznych jest zapewnienie tego, że krajowe organy regulacyjne używają spójnego podejścia w stosowaniu nowych ram regulacyjnych, a zwłaszcza jeśli chodzi o ocenę przedsiębiorstw posiadających znaczącą pozycję rynkową w stosowaniu przepisów ram regulacyjnych.

12. Publikując niniejsze wytyczne, organ nadzoru zamierza również wyjaśnić zainteresowanym stronom i przedsiębiorstwom działającym w sektorze łączności elektronicznej, jak krajowe organy regulacyjne w ramach dyrektywy ramowej powinny dokonywać oceny znaczącej pozycji rynkowej, tym samym maksymalizując przejrzystość i pewność prawną stosowania prawodawstwa sektorowego.
13. Organ nadzoru, w razie potrzeby, zmieni te wytyczne, uwzględniając przy tym doświadczenie w stosowaniu ram prawnych oraz przyszłą sytuacją panującą w orzecznictwie Trybunału EFTA i Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, jak i podejście, jakie przyjęła Komisja.
14. Wytyczne te w żaden sposób nie ograniczają praw przyznanych osobom fizycznym lub przedsiębiorstwom w ramach prawa EOG. W całej swojej rozciągłości pozostają bez uszczerbku dla stosowania prawa EOG przez organ nadzoru, Komisję i właściwe organy krajowe, w szczególności zasad konkurencji EOG i bez uszczerbku dla interpretacji przez Trybunał EFTA i Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Wytyczne te pozostają bez uszczerbku dla wszelkich działań, jakie organ nadzoru może podjąć lub wytycznych, które organ nadzoru może opublikować w przyszłości w związku ze stosowaniem prawa konkurencji EOG.
- 1.2. Zasady i cele polityczne dotyczące środków sektorowych**
15. Krajowe organy regulacyjne muszą starać się wypełniać cele polityczne opisane w art. 8 ust. 2, ust. 3 i ust. 4 dyrektywy ramowej. Cele te dzielą się na trzy kategorie:
- promowanie otwartego i konkurencyjnego rynku sieci łączności elektronicznej, sieci i urządzeń towarzyszących,
  - rozwój rynku wewnętrznego, oraz
  - promowanie interesu obywateli Europy.
16. Nałożenie zobowiązań *ex ante* na przedsiębiorstwa, które się uzna, że posiadają znaczącą pozycję rynkową, ma na celu zagwarantowanie, że przedsiębiorstwa te nie będą w stanie wykorzystać swojej pozycji rynkowej do ograniczenia lub wypaczenia konkurencji na danym rynku lub nie będą w stanie przenieść takiej pozycji rynkowej na rynki sąsiadujące.
17. Takie zobowiązania regulacyjne powinno nałożyć się jedynie na te rynki łączności elektronicznej, których charakterystyka uzasadnia regulacje sektorowe i na których właściwy krajowy organ regulacyjny uznał, że jedno lub więcej przedsiębiorstw posiada znaczącą pozycję rynkową.
18. Rynki produktów i usług, których charakterystyka uzasadnia regulację sektorową, organ określa w swoim zaleceniu i gdy sytuację w kraju uzasadnia definicja różnych odnośnych rynków przez krajowe organy regulacyjne zgodnie z procedurami wyznaczonymi w art. 6 i 7 dyrektywy ramowej<sup>(10)</sup>. Poza tym, niektóre inne rynki zostały szczegółowo opisane w art. 6 dyrektywy o dostępie oraz art. 18 i 19 dyrektywy o usłudze powszechnej.
19. W stosunku do każdego z tych odnośnych rynków, krajowe organy regulacyjne będą oceniać, czy panuje tam efektywna konkurencja. Ustalenie, że na danym rynku panuje efektywna konkurencja, jest równoznaczne z tym, że żadne z przedsiębiorstw nie posiada samodzielnie lub łącznie z innym podmiotem pozycji dominującej na danym rynku. W związku z tym, aby zastosować nowe ramy regulacyjne, efektywna konkurencja oznacza, że żadne przedsiębiorstwo na danym rynku nie posiada samodzielnie lub łącznie z innym przedsiębiorstwem pozycji dominującej. Jeśli krajowe organy regulacyjne uznają, że na danym rynku nie istnieje efektywna konkurencja, wówczas wyznaczają te przedsiębiorstwa, które posiadają znaczącą pozycję rynkową i nakładają właściwe obowiązki lub jeśli takowe już istnieją, zmieniają je, zgodnie z art. 16 ust. 4 dyrektywy ramowej.
20. Wykonując analizę rynku zgodnie z zasadami art. 16 dyrektywy ramowej, krajowe organy regulacyjne prowadzą perspektywiczne, strukturalne oszacowanie danego rynku, w oparciu o istniejące warunki rynkowe. Krajowe organy regulacyjne powinny ustalić, czy na rynku istnieją perspektywy dla konkurencji i czy brak efektywnej konkurencji ma charakter trwały<sup>(11)</sup>, uwzględniając przy tym przewidywaną lub spodziewaną sytuację na rynku w rozsądnym okresie czasu. Rzeczywisty okres, jaki zostanie użyty, będzie odzwierciedlał charakterystykę rynku i przewidywany okres przeglądu danego rynku przez krajowy organ regulacyjny. Krajowe

<sup>(10)</sup> Poza tym, Komisja może określić rynki ponadpaństwowe o cechach uzasadniających regulację sektorową w decyzji o rynkach ponadpaństwowych.

<sup>(11)</sup> Akapit 27 dyrektywy ramowej.

organy regulacyjne w trakcie analizy powinny wziąć pod uwagę dane z zeszłych okresów, jeśli dane takie mają znaczenie dla sytuacji, jaka będzie panowała na rynku w przyszłości.

21. Jeśli krajowe organy regulacyjne uznają, że przedsiębiorstwo posiada znaczącą pozycję rynkową, wówczas muszą nałożyć na nie jedno lub więcej zobowiązań regulacyjnych, zgodnie z odpowiednimi dyrektywami i z uwzględnieniem zasady proporcjonalności. W wyjątkowych przypadkach krajowe organy regulacyjne mogą nałożyć obowiązki dostępu i wzajemnych połączeń wykraczające poza te określone w dyrektywie o dostępie, pod warunkiem że zgodnie z art. 8 ust. 3 dyrektywy nastąpi to po uzyskaniu uprzedniej zgody organu nadzoru.
22. Wykonując swoje zadania regulacyjne zgodnie z art. 15 i 16 dyrektywy ramowej, krajowe organy regulacyjne podczas oceny odnośnego rynku i ustalania, czy występuje tam przedsiębiorstwo posiadające znaczącą pozycję rynkową, posiadają swobodę, która stanowi odzwierciedlenie złożoności wszystkich istotnych czynników, jakie należy poddać ocenie (ekonomicznych, rzeczywistych oraz prawnych). Swoboda ta podlega jednak procedurom przewidzianym w art. 6 i 7 dyrektywy ramowej.
23. Decyzje regulacyjne, jakie przyjmują krajowe organy regulacyjne zgodnie z dyrektywami, będą miały wpływ na rozwój EOG. Dla uniknięcia ujemnego wpływu na funkcjonowanie Porozumienia EOG, krajowe organy regulacyjne muszą zagwarantować, że w sposób spójny stosują postanowienia, których dotyczą niniejsze wytyczne. Taką spójność można uzyskać jedynie poprzez bliską koordynację i współpracę w innymi krajowymi organami regulacyjnymi, z krajowymi organami ds. ochrony konkurencji oraz organem nadzoru, zgodnie z dyrektywą ramową i zaleceniami sekcji 5.3 niniejszych wytycznych.

### 1.3. Związek z prawem konkurencji EOG

24. W wyniku ram regulacyjnych definiowanie rynków i występowanie znaczącej pozycji rynkowej ocenia się przy pomocy tych samych metod, które obowiązują w ramach prawa konkurencji EOG. W związku z tym, definicja geograficznego obszaru rynków opisana w zaleceniu oraz definicja, tam gdzie stosowne, danego rynku produktów/usług wykraczających poza zalecenie jak i ocena efektywnej konkurencji dokonywana przez krajowe organy regulacyjne, powinny być spójne z orzecznictwem EOG i praktyką. Dla zapewnienia takiej spójności, wytyczne te opierają się o 1) orzecznictwa Trybunału EFTA i Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich dotyczącego definicji rynku i pojęcia pozycji dominującej w znaczeniu art. 82 Traktatu WE i zasad kontrolnych

połączeń<sup>(12)</sup>, 2) „Wytyczne w sprawie stosowania zasad konkurencji EOG w sektorze telekomunikacji”<sup>(13)</sup> organu nadzoru, 3) „Obwieszczenie na temat definicji rynków odnośnych dla celów prawa konkurencji w EOG”<sup>(14)</sup> organu nadzoru, zwany dalej „obwieszczeniem w sprawie definicji rynku” oraz 4) „Obwieszczenia w sprawie stosowania zasad konkurencji w umowach o dostępie w sektorze telekomunikacji”<sup>(15)</sup> Komisji, zwany dalej „komunikatem o dostępie”.

25. Artykuł 54 Porozumienia EOG odpowiada art. 82 Traktatu WE. Artykuł 6 Porozumienia EOG stanowi, że postanowienia Porozumienia, w zakresie, w jakim są one co do istoty tożsame z odpowiednimi przepisami prawa wspólnotowego, podlegają w zakresie ich wykonania i stosowania wykładni zgodnej z odpowiednimi orzeczeniami Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich wydanymi przed datą podpisania niniejszego Porozumienia. Ponadto art. 3 ust. 2 Porozumienia o Nadzorze i Trybunale stanowi, że Trybunał EFTA i Urząd Nadzoru EFTA we właściwym stopniu uwzględniają zasady wyznaczone w odpowiednich orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości wydanych po dniu podpisania Porozumienia EOG, przy interpretacji i stosowaniu postanowień tego Porozumienia.
26. Stosowanie tych samych metod zapewnia, że rynek odnośny zdefiniowany dla celów regulacji sektorowej, w większości przypadków odpowiada definicjom rynku stosowanym w ramach prawa konkurencji. W niektórych przypadkach i z powodów określonych w sekcji 2 tych wytycznych, rynki zdefiniowane przez organ nadzoru i organy ds. konkurencji w sprawach

<sup>(12)</sup> Orzecznictwo opracowane w trakcie stosowania art. 2 rozporządzenia Rady (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. L 395 z 30.12.1989, str. 1), ostatnio zmienione rozporządzeniem (WE) nr 1310/97 z dnia 30 czerwca 1997 r. (Dz.U. L 180 z 9.7.1997, str. 1), dołączone do Porozumienia EOG załącznik XIV, rozdział A, pkt 1, zmieniony decyzją Wspólnego Komitetu EOG nr 27/98 (Dz.U. L 310 z 19.11.1998, str. 9) i Suplementem EOG nr 48, str. 190. Rozporządzenie (EWG) nr 4064/89 zastąpione rozporządzeniem Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie łączenia przedsiębiorstw) (Dz.U. L 24 z 29.1.2004, str. 1), o którym mowa w pkt 1 załącznika XIV do Porozumienia EOG i przyjęte w Porozumieniu na podstawie protokołu 1 i dostosowań branżowych znajdujących się w załączniku XIV do tego Porozumienia.

<sup>(13)</sup> Wytyczne w sprawie stosowania zasad konkurencji EOG w sektorze telekomunikacji (Dz.U. L 153 z 18.6.1994, str. 35 i Suplement EOG do Dz.U. nr 15 z 18.6.1994, str. 34).

<sup>(14)</sup> Obwieszczenie Organu Nadzoru EFTA w sprawie definicji rynku właściwego dla celów prawa konkurencji w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) (Dz.U. L 200 z 16.7.1998, str. 48, i Suplement EOG do Dz.U. nr 28 z 16.7.1998, str. 3).

<sup>(15)</sup> Obwieszczenie o stosowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym (Dz.U. C 265 z 22.8.1998, str. 2).

- konkurencji mogą różnić się od tych określonych w zaleceniu i decyzji, i/lub od rynków zdefiniowanych przez krajowe organy regulacyjne w ramach art. 15 ust. 3 dyrektywy ramowej. Artykuł 15 ust. 1 dyrektywy ramowej jasno stanowi, że rynki, jakie ma zdefiniować krajowy organ regulacyjny dla celów regulacji *ex ante*, pozostają bez uszczerbku dla tych zdefiniowanych przez krajowe organy ds. ochrony konkurencji i przez organ nadzoru w trakcie wykonywania swoich obowiązków w ramach prawa konkurencji we właściwym przypadku.
27. Dla celów stosowania prawa konkurencji EOG obwieszczenie organu w sprawie definicji rynku określa, że koncepcja rynku odnośnego jest blisko związana z celami realizowanymi w ramach obszarów polityki EOG. Rynki zdefiniowane w ramach art. 53 i 54 EOG są generalnie definiowane na zasadach *ex post*. W tych przypadkach w analizie pod uwagę brać się będzie zdarzenia, które już miały miejsce na rynku i na które wpływu nie będzie miała ewentualna przyszła sytuacja. I odwrotnie, w ramach przepisów kontroli połączeń prawa konkurencji EOG rynki generalnie definiuje się na zasadzie perspektywicznej.
28. Z drugiej strony, rynki odnośne zdefiniowane dla celów regulacji sektorowej będą zawsze oceniane na zasadzie perspektywicznej, ponieważ krajowy organ regulacyjny w swojej ocenie zawrze ocenę przyszłej sytuacji na rynku. Jednak analizy rynkowe krajowych organów regulacyjnych nie powinny pomijać przy ocenie przyszłej perspektywy rynku odnośnego, tam gdzie to stosowne, dowodów z okresów zeszłych (patrz również poniższa sekcja 2). Początkiem wykonywania analizy rynkowej dla celów art. 15 dyrektywy ramowej nie jest istnienie porozumienia lub praktyk uzgodnionych w znaczeniu art. 53 Porozumienia EOG ani koncentracja w znaczeniu regulacji o fuzjach, czy też domniemane nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 54 Porozumienia EOG, lecz opiera się to o całościową ocenę perspektywiczną struktury i funkcjonowania rynku w ramach badania. Choć krajowe organy regulacyjne i organy ds. ochrony konkurencji, badając te same kwestie w tych samych okolicznościach i mając ten sam cel, powinny zasadniczo uzyskać te same wnioski, nie da się wykluczyć, że biorąc pod uwagę wyżej opisane różnice, a zwłaszcza szerszy zakres oceny dokonywanej przez krajowe organy regulacyjne, rynki zdefiniowane dla celów prawa konkurencji i rynki zdefiniowane dla celów regulacji sektorowej, nie zawsze mogą być takie same.
29. Pomimo że analizę połączeń stosuje się zawsze na zasadzie *ex ante*, to nie jest ona wykonywana okresowo, jak w przypadku analizy krajowych organów regulacyjnych w ramach nowych ram regulacyjnych. Organ ds. ochrony konkurencji zasadniczo nie ma okazji do wykonywania okresowych przeglądów swojej decyzji w odniesieniu do sytuacji panującej na rynku, podczas gdy krajowe organy regulacyjne są zobowiązane do okresowego wykonywania przeglądów swoich decyzji w ramach art. 16 ust. 1 dyrektywy ramowej. Czynnikiem ten może mieć wpływ na zakres i rozmiar analizy rynkowej i ocenę konkurencji, wykonywanych przez krajowe organy regulacyjne i z tego powodu, definicje rynku w ramach nowych ram regulacyjnych, nawet w obszarach podobnych, mogą w niektórych przypadkach różnić się od rynków zdefiniowanych przez organy ds. ochrony konkurencji.
30. Uznaje się, że rynki, które nie zostały opisane w zaleceniu, nie gwarantują regulacji sektorowej *ex ante*, za wyjątkiem sytuacji, w której krajowy organ regulacyjny jest w stanie uzasadnić taką regulację dodatkowego lub innego rynku właściwego zgodnie z procedurą w art. 7 dyrektywy ramowej.
31. Ustalenie, że przedsiębiorstwo posiada znaczącą pozycję rynkową na rynku opisanym dla celów regulacji *ex ante*, nie oznacza automatycznie, że przedsiębiorstwo to posiada pozycję dominującą również w ramach art. 54 Porozumienia EOG lub podobnych przepisów krajowych. Poza tym, ustalenie, że istnieje znacząca pozycja rynkowa nie oznacza, że takie przedsiębiorstwo dopuściło się nadużyć swojej dominującej pozycji w znaczeniu art. 54 Porozumienia EOG lub krajowego prawa konkurencji. Oznacza to jedynie, że ze strukturalnego punktu widzenia i w okresie krótko- lub długofalowym, podmiot taki posiada tak silną pozycję ekonomiczną, że uprawnia go ona do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów wyłącznie dla celów art. 14 dyrektywy ramowej.
32. W praktyce nie da się wykluczyć, że w ramach regulacji *ex ante* i prawa konkurencji odnośnie do różnych rodzajów problemów na rynku odnośnym mogą wystąpić procedury równoległe<sup>(16)</sup>. Organ ds. ochrony konkurencji mogą więc prowadzić własne analizy rynku i nakładać odpowiednie środki prawne przewidziane w prawie konkurencji wraz ze środkami sektorowymi stosowanymi przez krajowe organy regulacyjne. Należy jednak zauważyć, że takie jednocześnie stosowanie środków prawnych przez różne podmioty regulacyjne odnosi się do różnych problemów występujących na takich rynkach. Obowiązki *ex ante*, nałożone przez krajowe organy regulacyjne na przedsiębiorstwa posiadające znaczącą pozycję rynkową, mają za zadanie spełnienie określonych celów wyznaczonych w stosownych dyrektywach, podczas gdy środki prawne przewidziane prawem konkurencji mają za zadanie sankcjonowanie porozumień lub zachowań gospodarczych ograniczających lub wypaczających konkurencję na rynku odnośnym.

<sup>(16)</sup> Oczekuje się, że efektywna współpraca pomiędzy krajowymi organami regulacyjnymi a krajowymi organami ds. ochrony konkurencji zapobiegnie powielaniu procedur dotyczących identycznych aspektów rynkowych.

33. Jeśli chodzi o rynki wschodzące, motyw 27 dyrektywy ramowej stanowi, że rynki wschodzące, na których faktycznie lider rynku prawdopodobnie będzie miał znaczny udział w rynku, nie powinny być przedmiotem nieodpowiednio nałożonej regulacji *ex ante*. Tak się dzieje, ponieważ przedwczesne nałożenie regulacji *ex ante* może mieć nieodpowiedni wpływ na warunki konkurencji, jakie kształtują się na nowym i wschodzącym rynku. Jednocześnie należy unikać zagarnięcia wschodzącego rynku przez takie przedsiębiorstwo wiodące. Bez uszczerbku dla tego, czy interwencja organów ds. ochrony konkurencji w indywidualnych przypadkach jest właściwa, krajowe organy regulacyjne powinny zapewnić, że są w stanie w pełni uzasadnić wszelkiego rodzaju wczesną interwencję *ex ante* na rynku wschodzącym, w szczególności, że są w stanie dokonać takiej interwencji w późniejszym okresie w kontekście okresowej, ponownej oceny odnośnych rynków.

## 2. DEFINIOWANIE RYNKU

### 2.1. Wprowadzenie

34. W wytycznych w sprawie konkurencji opublikowanych w 1994 r. <sup>(17)</sup> organ nadzoru uznawał trudności związane z definiowaniem rynku odnośnego w obszarze szybkich zmian technologicznych, takim jak sektor telekomunikacji. Mimo że stwierdzenie to jest nadal aktualne w zakresie, w jakim dotyczy ono łączności elektronicznej, od momentu opublikowania tych wytycznych organ nadzoru i Komisja w wyniku roli, jaką posiadały w kierowaniu przejściem od monopolu do konkurencji w tym sektorze, zdobyły doświadczenie w stosowaniu zasad konkurencji EOG w dynamicznym sektorze kształtowanym przez nieustanne zmiany technologiczne i innowacje. Należy jednak przypomnieć, że aktualne wytyczne nie mają na celu wyjaśnienie tego, jak stosuje się zasady konkurencji EOG ogólnie w sektorze łączności elektronicznej, lecz koncentrują się jedynie na zagadnieniach związanych z: i) definiowaniem rynku; i ii) oceną znaczącej pozycji rynkowej w rozumieniu art. 14 dyrektywy ramowej.

35. Ustalając, czy przedsiębiorstwo posiada znaczącą pozycję rynkową, tak więc czy „posiada tak silną pozycję ekonomiczną, że uprawnia go ona do postępowania według swojego uznania nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów” <sup>(18)</sup>, definicja rynku odnośnego ma podstawowe znaczenie, ponieważ efektywną konkurencję da się ustalić w odniesieniu do tak zdefiniowanego rynku <sup>(19)</sup>. Stosowanie wyrażenia „rynek odnośny” oznacza opisywanie produktów lub usług, z których

składa się taki rynek oraz ocenę obszaru geograficznego tego rynku (wyrażenia „produkty” i „usługi” są stosowane wymiennie w całym tekście). W tym względzie, należy przypomnieć, że odnośne rynki zdefiniowane w ramach regulacyjnych z roku 1998 różniły się od tych określonych dla celów prawa konkurencji, ponieważ opierały się o pewne specyficzne aspekty łączności końcowej, a nie o kryteria popytu i podaży stosowane w analizie prawa konkurencji <sup>(20)</sup>.

36. Definiowanie rynku nie jest procesem mechanicznym ani abstrakcyjnym, lecz wymaga analizy dostępnych dowodów na temat zachowania rynkowego z przeszłości i ogólnych mechanizmów panujących w danym sektorze. W szczególności, w trakcie wykonywania perspektywicznej analizy rynku, wymagane jest raczej podejście dynamiczne niż statyczne <sup>(21)</sup>. W tym kontekście doświadczenie zebrane przez krajowe organy regulacyjne, krajowe organy ds. ochrony konkurencji i Komisję w trakcie stosowania zasad konkurencji EOG w sektorze telekomunikacji będą miały szczególne znaczenie w stosowaniu art. 15 dyrektywy ramowej. Dlatego wszelkie zebrane informacje, poczynione ustalenia i badania lub raporty zlecone lub wykorzystywane przez krajowe organy

<sup>(20)</sup> Patrz: dyrektywa 97/33/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 czerwca 1997 r. w sprawie wzajemnych połączeń w telekomunikacji ze względu na zapewnienie usług powszechnych oraz interoperacyjności poprzez zastosowanie zasady otwartej sieci (ONP) (Dz.U. L 199 z 26.7.1997, str. 32), zmieniona dyrektywą 98/61/WE (Dz.U. L 268 z 3.10.1998, str. 37), („dyrektywa w sprawie wzajemnych połączeń”), o której mowa w punkcie 5cb załącznika XI do Porozumienia EOG; dyrektywa Rady 90/387/EWG z dnia 28 czerwca 1990 r. w sprawie ustanowienia rynku wewnętrznego dla usług telekomunikacyjnych poprzez wdrożenie zasady otwartej sieci (Dz.U. L 192 z 24.7.1990, str. 1) („dyrektywa ramowa ONP”), zmieniona dyrektywą 97/51/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. L 295 z 29.10.1997, str. 23), o której mowa w pkt 2 załącznika XI do Porozumienia EOG; dyrektywa Rady 92/44/EWG z dnia 5 czerwca 1992 r. w sprawie zastosowania zasady otwartej sieci do łączności dzierżawionych (Dz.U. L 165 z 19.6.1992, str. 27) („dyrektywa w sprawie łączności dzierżawionych”), ostatnio zmieniona dyrektywą Komisji 98/80/WE (Dz.U. L 14 z 20.1.1998, str. 27), o której mowa w pkt 5b załącznika XI do Porozumienia EOG; dyrektywa 95/62/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 grudnia 1995 r. w sprawie stosowania zasady otwartej sieci (ONP) odnośnie do telefonii głosowej (Dz.U. L 321 z 30.12.1995, str. 6), zmieniona dyrektywą 98/10/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 1998 r. w sprawie zastosowania zasady otwartej sieci (ONP) w telefonii głosowej oraz w sprawie usług powszechnych w telekomunikacji w konkurencyjnym środowisku, (Dz.U. L 101 z 1.4.1998, str. 24) („dyrektywa o telefonii głosowej ONP”), o której mowa w pkt 5c załącznika XI do Porozumienia EOG. Dyrektywy te, należące do pakietu regulacyjnego z roku 1998, zostaną uchylone z wejściem w życie dyrektywy ramowej dołączonej do Porozumienia EOG.

<sup>(21)</sup> Sprawy łączone C-68/94 i C-30/95, *Francja i inni kontra Komisja* [1998] Zb.Orz. I-1375. Patrz również: *Obwieszczenie w sprawie definicji rynku*, ust. 12.

<sup>(17)</sup> Wytyczne w sprawie stosowania zasad konkurencji EOG w sektorze telekomunikacji.

<sup>(18)</sup> Artykuł 14 ust.2 dyrektywy ramowej.

<sup>(19)</sup> Sprawa C-209/98, *Entreprenørforeningens Affalds* [2000] Zb. Orz. I-3743, ust. 57 i sprawa C-242/95 *GT-Link* [1997] Zb. Orz. I-4449, ust. 36. Należy uznać, że definicja rynku nie jest sama w sobie końcem, lecz częścią procesu oceny stopnia obecności firmy na danym rynku.

regulacyjne (lub krajowe organy ds. ochrony konkurencji) w trakcie wykonywania swoich zadań w związku z warunkami konkurencji na rynku telekomunikacji (oczywiście pod warunkiem, że warunki rynkowe od tego czasu nie uległy zmianie) powinny stanowić początek stosowania art. 15 dyrektywy ramowej i wykonywania perspektywicznej analizy rynku <sup>(22)</sup>.

37. Zalecenie, które organ nadzoru musi przyjąć, będzie określało takie główne rynki produktów i usług, których cechy mogą usprawiedliwiać nałożenie wymogów prawnych *ex ante* zgodnie z art. 15 ust. 1 dyrektywy ramowej, jak i wszelkie decyzje dotyczące rynków ponadpaństwowych, które organ nadzoru postanowi przyjąć zgodnie z art. 15 ust. 4 dyrektywy ramowej. W związku z tym w praktyce zadanie krajowych organów regulacyjnych będzie polegało zazwyczaj na określeniu obszaru geograficznego rynku odnośnego, choć krajowe organy regulacyjne w ramach art. 15 ust. 3 dyrektywy ramowej mają możliwość zdefiniowania rynków innych niż te wymienione w zaleceniu zgodnie z art. 7 dyrektywy ramowej (patrz: poniższa sekcja 6).
38. Choć analiza perspektywiczna warunków rynkowych może w niektórych przypadkach prowadzić do powstania definicji rynku odmiennej od tej uzyskanej w wyniku analizy rynku opartej o wcześniejsze zachowanie <sup>(23)</sup>, mimo to krajowe organy regulacyjne powinny jak najbardziej starać się zachować spójność w metodologii przyjętej, z jednej strony, w definicjach rynku opracowanych dla celów regulacji *ex ante*, a z drugiej strony, w definicjach rynku opracowanych dla celów stosowania zasad konkurencji. Niezależnie od tego, zgodnie z art. 15 ust. 1 dyrektywy ramowej i sekcją 1 wytycznych, rynki zdefiniowane w ramach regulacji sektorowej są definiowane bez uszczerbku dla rynków, które mogą zostać zdefiniowane w konkretnych przypadkach w ramach prawa konkurencji.

## 2.2. Główne kryteria definiowania rynku odnośnego

39. Stopień, w jakim podaż produktu lub świadczenie usług na danym obszarze geograficznym stanowi rynek odnośny, zależy od istnienia ograniczeń dla konkurencji dotyczących zachowań związanych z ustalaniem ceny odnośnego producenta(-ów) lub dostawcy(-ów) usług. Istnieją dwie główne bariery dla konkurencji, które należy uwzględnić oceniając zachowanie przedsiębiorstwa na rynku: i) zastępowalność po stronie popytu; oraz ii) zastępowalność po stronie podaży. Trzecim źródłem ograniczeń dla konkurencji wpływającym na zachowanie przedsiębiorstwa jest potencjalna konkurencja. Różnica pomiędzy potencjalną konkurencją a zastępowalnością podaży polega

na tym, że zastępowalność po stronie podaży szybko reaguje na podwyżkę cen, podczas gdy potencjalni kandydaci do rozpoczęcia działalności być może będą musieli mieć więcej czasu, zanim zaczną dostarczać swoje produkty lub usługi na rynek. Zastąpienie podaży nie pociąga za sobą żadnych dodatkowych, znacznych kosztów, podczas gdy potencjalne wejście na rynek odbywa się przy znacznych kosztach bezpowrotnie utraconych <sup>(24)</sup>. Powinno się więc przeanalizować istnienie potencjalnej konkurencji, aby ustalić, czy w znaczeniu dyrektywy ramowej na rynku istnieje efektywna konkurencja, to znaczy, czy istnieją przedsiębiorstwa posiadające znaczącą pozycję rynkową <sup>(25)</sup>.

40. Zastępowalność po stronie popytu wykorzystuje się do sprawdzenia, w jakim stopniu konsumenci są przygotowani do zastąpienia innych usług lub odpowiednich produktów usługami lub produktami <sup>(26)</sup>, podczas gdy zastępowalność po stronie podaży wskazuje, czy dostawcy inni niż oferujący dany produkt lub usługi zmieniliby w perspektywie krótkofalowej swój profil produkcji lub zaoferowałyby dane produkty lub usługi bez ponoszenia znacznych, dodatkowych kosztów.
41. Jednym ze sposobów na ustalenie tego, czy istnieje zastępowalność po stronie popytu i podaży jest użycie tak zwanego „badania monopolisty hipotetycznego” <sup>(27)</sup>. W badaniu tym krajowy organ regulacyjny pyta się, co by się stało, gdyby nastąpił niewielki, ale trwały wzrost cen na dany produkt lub usługę, zakładając, że ceny wszystkich innych produktów lub usług pozostałyby na tym samym poziomie (dalej

<sup>(24)</sup> Patrz również: Obwieszczenie w sprawie definicji rynku, ust. 20–23 oraz decyzja Komisji 1999/641/WE z dnia 25 listopada 1998 r. (sprawa nr IV/M.1225 – *Enso/Stora*) (Dz. U. L 254 z 29.9.1999, str. 9), motyw 40.

<sup>(25)</sup> Patrz: Obwieszczenie w sprawie definicji rynku, ust. 24. Odróżnienie zastępowalności po stronie podaży i potencjalnej konkurencji na rynkach łączności elektronicznej może być bardziej skomplikowane niż na innych rynkach, biorąc pod uwagę dynamiczny charakter tego rynku. Istotną rzeczą jest natomiast, że na pewnym etapie analizy rynku odnośnego, tzn. na wstępnym etapie definicji rynku lub na dalszym etapie oceny danego rynku, pod uwagę bierze się potencjalne wejście na rynek innych dostawców.

<sup>(26)</sup> Nie wszyscy konsumenci muszą wybrać produkt konkurencyjny, wystarczy, że kilku z nich tego dokona, aby relatywny wzrost ceny stał się nieopłacalny. Wymóg ten odpowiada zasadzie „wystarczającej wymienności” określonej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości; patrz poniżej, przypis 32.

<sup>(27)</sup> Patrz również: *Obwieszczenie o dostępie*, ust. 46 i sprawa T-83/91, *Tetra Pak przeciwko Komisji*, [1994] Zb.Orz. II-755, ust. 68. Test nazywany jest również „SSNIP” (niewielki, lecz trwały wzrost ceny). Choć test SSNIP jest tylko jednym z przykładów metod używanych do zdefiniowania rynku odnośnego i niezależnie od jego formalnego charakteru ekonometrycznego lub jego marginesu błędu (tak zwany „błąd celofanu”, patrz: poniżej), jego znaczenie polega przede wszystkim na wykorzystaniu go jako instrumentu koncepcyjnego do oceny dowodów na konkurencję pomiędzy różnymi produktami lub usługami.

<sup>(22)</sup> W zakresie, w jakim sektor łączności elektronicznej opiera się o rozwój technologiczny i innowacje, wszelkie poprzednie definicje rynku mogą okazać się w późniejszym czasie nieistotne.

<sup>(23)</sup> Obwieszczenie w sprawie definicji rynku, ust. 12.

zwane „relatywnym wzrostem ceny”). Choć znaczenie wzrostu ceny zależy od każdego indywidualnego przypadku, to w praktyce krajowe organy regulacyjne powinny zazwyczaj wziąć pod uwagę reakcje klientów (konsumentów lub przedsiębiorstw) na trwałą podwyżkę cen rzędu 5 do 10 %<sup>(28)</sup>. Reakcja, jaką uzyskają od odnośnych konsumentów lub przedsiębiorstw, pomoże w ocenie, czy naprawdę istnieją produkty, które stanowią substytut, a jeśli tak, gdzie należy określić istnienie granic odnośnego rynku produktów<sup>(29)</sup>.

42. Na początku krajowy organ regulacyjny powinien wykonać to badanie w ramach usług lub produktów łączności elektronicznej oferowanych na danym obszarze geograficznym, których cechy mogą uzasadniać nałożenie obowiązków regulacyjnych. Następnie należy dodać kolejne produkty lub obszary w zależności od tego, czy konkurencja ze strony tych produktów lub obszarów hamuje cenę właściwego produktu głównego lub usługi głównej. Jako że w wyniku relatywnej podwyżki cen grupy produktów<sup>(30)</sup> może dojść do utraty części sprzedaży, najważniejszą kwestią jest ocena, czy spadek sprzedaży będzie wystarczający dla zrekompensowania zwiększonego zysku, jaki pochodziłby ze sprzedaży mającej miejsce w wyniku podwyżki. Ocena substytucji po stronie popytu i podaży pozwala na sprawdzenie tego, jaka część sprzedaży zostanie stracona i wskutek tego pozwala ustalić wielkość rynku odnośnego.
43. Zasadniczo „test monopolisty hipotetycznego” ma znaczenie jedynie z punktu widzenia produktów lub usług, a jego cena jest określana swobodnie i nie podlega regulacji. Tak więc można przyjąć założenie, że aktualnie ustalone ceny znajdują się na poziomie konkurencyjnym. Jednak jeśli usługa lub produkt oferowane są po regulowanej cenie opartej o koszty, wówczas zakłada się, że cena taka, z braku przeciwnych przesłanek, będzie ustalana na poziomie, który w innej sytuacji byłby konkurencyjny i od tego

powinno się zacząć stosowanie „testu monopolisty hipotetycznego”<sup>(31)</sup>. Teoretycznie, jeśli elastyczność popytu na dany produkt lub usługę jest wysoka, nawet przy relatywnych cenach konkurencyjnych, dana firma nie posiada siły rynkowej. Jednak jeśli elastyczność jest wysoka nawet przy cenach bieżących, może to tylko oznaczać, że dana firma już skorzystała ze swojej siły rynkowej w stopniu, w jakim dalszy wzrost cen nie podwyższy jej rentowności. W tym przypadku, zastosowanie testu monopolisty hipotetycznego może prowadzić do uzyskania odmiennej definicji rynku w porównaniu z tą, jaką uzyskałoby się w przypadku, gdyby ceny były ustalone na poziomie konkurencyjnym<sup>(32)</sup>. Wszelkie ustalenia dotyczące definicji rynku muszą więc uwzględniać tę potencjalną trudność. Jednak krajowe organy regulacyjne powinny postępować w oparciu o założenie, że występujące poziomy cen stanowią racjonalną podstawę do rozpoczęcia odpowiedniej analizy, chyba że są dowody na to, że tak naprawdę nie jest.

44. Jeśli krajowy organ regulacyjny postanowi użyć testu monopolisty hipotetycznego, powinien wówczas z niego skorzystać do poziomu, przy którym można ustalić, że relatywny wzrost cen na rynku geograficznym i rynku produktu nie będzie powodował tego, że klienci przejdą na łatwo dostępne substytuty lub zwrócą się do dostawców znajdujących się na innych obszarach.

#### 2.2.1. Odnośny rynek produktu/usługi

45. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem w skład odnośnego rynku produktu/usługi wchodzi wszystkie produkty lub usługi, które charakteryzują wystarczająca wymiennosc lub zastępowalność, nie tylko w sensie ich cech obiektywnych, z racji których szczególnie nadają się, aby spełnić ciągle potrzeby klientów, z racji ich cen lub przeznaczenia, lecz

<sup>(28)</sup> Patrz: Obwieszczenie w sprawie definicji rynku, ust. 17–18.

<sup>(29)</sup> Innymi słowy, jeśli cenowa elastyczność popytu pomiędzy dwoma produktami jest wysoka, można uznać, że konsumenci postrzegają te produkty jako bliskie sobie substytuty. Jeśli na wybór klienta wpływ mają aspekty inne niż podwyżka ceny, wówczas test SSNIP nie jest odpowiednim wyznacznikiem zastępowalności produktu; patrz: sprawa T-25/99, *Colin Arthur Roberts i Valerie Ann Roberts przeciwko Komisji*, [2001] Zb.Orz. II-1881.

<sup>(30)</sup> W kontekście definicji rynku zgodnie z art. 54 Porozumienia EOG, organ ds. ochrony konkurencji lub sąd ustala „cenę początkową” dla stosowania SSNIP na bazie ceny, jaką pobierał domniemany monopolista. Podobnie, w perspektywicznej ocenie skutków, jakie połączenie może ze sobą nieść dla konkurencji, cena początkowa opierać się będzie o ceny występujące u łączących się stron. Jednak gdy krajowy organ regulacyjny wykonuje analizę rynku w celu stosowania art. 14 dyrektywy ramowej, rozważaną usługę lub produkt oferować może kilka firm. W takim wypadku cena początkowa powinna być „średnią ceną” występującą w danym sektorze.

<sup>(31)</sup> Warto zauważyć, że ceny wynikające z regulacji nie mającej na celu zapewnienia tego, że opierają się one o koszty, lecz raczej zapewnienie dostępnej cenowo oferty w kontekście świadczenia usług uniwersalnych, można nie uznać za ceny określone na poziomie konkurencyjnym. Nie powinny one również służyć za podstawę stosowania testu SSNIP.

<sup>(32)</sup> Jedną z wad stosowania testu SSNIP jest fakt, że w niektórych przypadkach elastyczność cenowa przy wysokim popycie może oznaczać, że firma na danym rynku doświadczyła już sytuacji znanej w prawie i praktyce konkurencji jako „błąd celofanu”. W takim przypadku cena obowiązująca nie odpowiada cenie konkurencyjnej. Jednym z najtrudniejszych aspektów testu SSNIP jest ustalenie, czy cena obowiązująca jest ustalona powyżej poziomu konkurencji. Krajowe organy regulacyjne, które zetkną się z takim problemem, mogą skorzystać z innych kryteriów oceny zastępowalności po stronie popytu i podaży, takich jak funkcjonalność usług, ich charakterystyka techniczna itp. Oczywiście jeżeli istnieją dowody świadczące o tym, że w przeszłości firma stosowała praktyki antykonkurencyjne (ustalenie cen) korzystała ze swojej pozycji na danym rynku, wówczas może to posłużyć za wskazówkę do tego, czy na ceny nie oddziałują ograniczenia konkurencyjne i w związku z tym są one wyznaczone powyżej poziomu konkurencyjnego.

- również z racji warunków konkurencji i/lub struktury popytu i podaży na danym rynku<sup>(33)</sup>. Produkty lub usługi, które są tylko w niewielkim lub relatywnym stopniu wymienne ze sobą, nie stanowią części tego samego rynku<sup>(34)</sup>. Krajowe organy regulacyjne powinny więc rozpocząć zadanie, jakim jest zdefiniowanie odnośnego rynku produktu lub usługi poprzez pogrupowanie produktów lub usług, z których korzystają konsumenci w tym samym celu (przeznaczenie).
46. Choć cel przeznaczenia produktu lub usługi wiąże się bezpośrednio z jego cechami fizycznymi, to do tego samego celu można użyć różnych rodzajów produktów lub usług. Przykładowo konsumenci po to, by korzystać z Internetu, mogą korzystać z różnych usług takich jak złącze kablowe lub satelitarne. W takim wypadku obydwie usługi (usługa dostępu satelitarnego i kablowego), mogą być częścią tego samego rynku produktu. I odwrotnie, usługi pagerów i telefonii komórkowej, które wydaje się, że mogą oferować te same usługi, tzn. obustronne wysyłanie krótkich wiadomości, mogą należeć do różnych rynków produktów z powodu różnego sposobu, w jaki postrzegają je klienci pod kątem ich funkcjonalności i funkcji końcowej.
47. Różnice pomiędzy modelami cen i ofert na dany produkt lub usługę mogą również oznaczać, że istnieją różne grupy konsumentów. Dlatego patrząc na ceny, krajowe organy regulacyjne mogą określić różne rynki na tę samą usługę dla klientów komercyjnych i gospodarstw domowych. Przykładowo podmioty świadczące międzynarodowe usługi detaliczne z zakresu łączności elektronicznej dzielą rynek na klientów komercyjnych i gospodarstwa domowe, stosując przy tym różne pułapy cenowe i rabaty. W wyniku tego organ nadzoru wraz z Komisją
- zdecydowały, że te dwie grupy, jeśli chodzi o tego typu usługi, stanowią odrębny rynek (patrz: poniżej). Jednak aby postrzegać produkty jako substytuty po stronie popytu, nie muszą one być oferowane po tej samej cenie. Niska jakość produktu lub usługi sprzedawanej po niskiej cenie może również dobrze stanowić substytut produktu o wysokiej jakości sprzedawanego po wyższej cenie. W tym przypadku istotna jest prawdopodobna reakcja klientów, jaka będzie miała miejsce w wyniku relatywnego wzrostu cen<sup>(35)</sup>.
48. Poza tym, w ramach konwergencji różnych technologii, zastępowalność produktu dla różnych usług łączności elektronicznej będzie wzrastać. Zastosowanie układów cyfrowych powoduje, że funkcjonalność i charakterystyka usług sieciowych wykorzystujących różne technologie jest coraz bardziej podobna. Przykładowo sieci pakietowych takich jak Internet można użyć do przesyłania cyfrowego sygnału głosowego, co stanowi metodę konkurencyjną w stosunku do tradycyjnej telefonii głosowej<sup>(36)</sup>.
49. Tak więc, aby analiza definicji rynku była kompletna, krajowy organ regulacyjny, uwzględniając produkty lub usługi, których cechy obiektywne, ceny i przeznaczenie powodują, że są one w znacznym stopniu wymienne, przy pomocy testu monopolisty hipotetycznego, powinien również zbadać, w miarę potrzeby, panujące warunki popytu i podaży oraz substytucję podaży.
- #### 2.2.1.1. Zastępowalność po stronie popytu
50. Zastępowalność po stronie popytu pozwala krajowym organom regulacyjnym ustalić produkty lub gamę produktów zastępowalnych, jakie klienci mogą łatwo wybrać w przypadku relatywnego wzrostu cen. Określając występowanie zastępowalności popytu, krajowe organy regulacyjne powinny wykorzystać poprzednie dowody dotyczące zachowań konsumentów. W miarę możliwości krajowy organ regulacyjny
- 
- <sup>(33)</sup> Sprawa C-333/94 P *Tetra Pak przeciwko Komisji* [1996] Zb.Orz. I-5951, ust. 13, sprawa 31/80 *L'Oréal* [1980] Zb.Orz. 3775, ust. 25, sprawa 322/81 *Michelin przeciwko Komisji* [1983] Zb.Orz. 3461, ust. 37, sprawa C-62/86 *AkzoChemie przeciwko Komisji* [1991] Zb.Orz. I-3359, sprawa T-504/93 *Tiercé Ladbrooke przeciwko Komisji* [1997] Zb.Orz. II-923, ust. 81, T-65/96, *Kish Glass przeciwko Komisji* [2000] Zb.Orz. II-1885, ust. 62, sprawa C-475/99, *Ambulanz Glöckner i Landkreis Südwestpfalz* [2001] Zb.Orz. I-8089, ust. 33. Test wystarczającej zastępowalności lub wymienialności został po raz pierwszy określony przez Trybunał Sprawiedliwości w sprawie 6/72, *Europemballage i Continental Can przeciwko Komisji*, [1973] Zb.Orz. 215, ust. 32 i sprawie 85/76, *Hoffmann La-Roche przeciwko Komisji* [1979] Zb.Orz. 461, ust. 23.
- <sup>(34)</sup> Sprawa C-333/94 P *Tetra Pak przeciwko Komisji* [1996] Zb.Orz. I-5951, ust. 13, sprawa 66/86, *Ahmed Saeed* [1989] Zb.Orz. 803, ust. 39 i 40, sprawa *United Brands przeciwko Komisji* [1978] Zb.Orz. 207, ust. 22 i 29 oraz 12; sprawa T-229/94, *Deutsche Bahn przeciwko Komisji* [1997] Zb.Orz. II-1689, ust. 54. W sprawie *Tetra Pak* Trybunał potwierdził, że fakt, iż popyt na aseptyczne i nieaseptyczne opakowania kartonowe używane do pakowania soku owocowego był marginalny i stabilny z czasem w stosunku do popytu na opakowania kartonowe używane do pakowania mleka, był dowodem na bardzo małą wymienialność sektora opakowań mlecznych i niemlecznych, tamże, ust. 13 i 15.
- 
- <sup>(35)</sup> Przykładowo w przypadku relatywnego wzrostu cen konsumenci usług o niższej jakości/cenie, mogą wybrać usługę o wyższej jakości/cenie, jeśli koszt takiej zmiany (poniesiona opłata) zwróci się z powodu wzrostu ceny. I odwrotnie, konsumenci usług o wyższej jakości mogą przestać akceptować wyższą opłatę i wybrać usługę o niższej jakości. W takim wypadku produkty o niskiej i wysokiej jakości wydają się być efektywnymi substytutami.
- <sup>(36)</sup> Komunikat Komisji – Status sygnału głosowego w Internecie w ramach prawa wspólnotowego, w szczególności w ramach dyrektywy 90/388/EWG – Dodatek do komunikatu Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie stanu i wdrożenia dyrektywy 90/388/EWG w zakresie konkurencji na rynkach usług telekomunikacyjnych (Dz. U. C 369 z 22.12.2000, str. 3). Podobnie, nie można wykluczyć, że w przyszłości technologia xDSL i wielopunktowe usługi dystrybucji wideo w oparciu o lokalne pętle bezprzewodowe mogą być wykorzystane do transmisji materiałów telewizyjnych w bezpośredniej konkurencji z innymi istniejącymi systemami dostarczania sygnału telewizyjnego w oparciu o systemy kablowe, transmisję satelitarną Direct-To-Home i naziemne platformy transmisji analogowej lub cyfrowej.

powinien zbadać historyczne wahania cen potencjalnie konkurujących ze sobą produktów, wszelkie dane dotyczące ruchów cen oraz istotne informacje na temat taryf. Wówczas należy wziąć we właściwym stopniu pod uwagę dowody wskazujące na to, że konsumenci w reakcji na zmiany cen mające miejsce w przeszłości, szybko wybierali inne produkty lub usługi. W przypadku braku takich danych i w miarę potrzeby krajowe organy regulacyjne będą musiały się starać zbadać sposób, w jaki konsumenci i dostawcy prawdopodobnie zareagują na wzrost cen danej usługi.

51. Ujemny wpływ na to, czy konsumenci wskutek niewielkiej, lecz trwałej podwyżki cen są w stanie zastąpić produkt lub usługę innym produktem lub usługą, mogą mieć jednak wysokie koszty związane z taką zmianą. Konsumenci, którzy zainwestowali w technologię i poczynili inne konieczne inwestycje, aby móc korzystać z usługi lub produktu, mogą nie chcieć ponosić dodatkowych kosztów koniecznych do wyboru zastępowalnej usługi lub produktu. Podobnie, klienci istniejących dostawców mogą być „związani” kontraktami długoterminowymi lub wysokimi kosztami zmiany dostawcy uniemożliwiającymi poczynienie takiego ruchu. Podobnie ma się sytuacja z użytkownikami końcowymi, którzy będą musieli ponieść wysokie koszty związane z zastąpieniem produktu A na produkt B i wówczas obydwa produkty nie powinny się umieszczać w ramach tego samego rynku właściwego<sup>(37)</sup>.
52. W zastępowalności popytu nacisk kładzie się na wymienny charakter produktów lub usług z punktu widzenia kupującego. Dla właściwego opisu rynku produktu konieczne może jednak okazać się wzięcie pod uwagę dalszej potencjalnej zastępowalności ze strony podaży.

#### 2.2.1.2. Zastępowalność po stronie podaży

53. Oceniając zakres zastępowalności podaży, krajowe organy regulacyjne pod uwagę mogą wziąć również prawdopodobieństwo tego, że przedsiębiorstwa, które aktualnie nie działają na odnośnym rynku produktu, mogą zdecydować o rozpoczęciu na nim działalności, w rozsądnym okresie czasu<sup>(38)</sup>, w wyniku wzrostu ceny relatywnej, tzn. wzrostu niewielkiego, lecz trwałego. Jeśli całkowite koszty zmiany profilu produkcji danego produktu są stosunkowo niewielkie, wówczas produkt ten może stać się częścią definicji rynku produktu. Fakt, że firma konkurująca posiada pewne zasoby potrzebne do świadczenia danej usługi nie ma znaczenia, jeśli dla wprowadzenia na rynek

i zapewnienia rentowności danej usługi konieczne są dodatkowe, znaczne inwestycje<sup>(39)</sup>. Poza tym, krajowe organy regulacyjne muszą się upewnić, czy dany dostawca faktycznie wykorzysta lub dokona zmiany profilu swojego majątku produkcyjnego na produkcję wyrobu właściwego lub zaoferuje usługę właściwą (przykładowo, czy jego moce wytwórcze nie są wykorzystane w ramach długoterminowych umów na dostawę, itp.). Jedynie hipotetyczne zastąpienie po stronie podaży nie jest wystarczające dla celów definicji rynku.

54. Należy uwzględnić wszelkie wymogi prawne, statutowe lub regulacyjne, które mogą uniemożliwić wejście na odnośny rynek w odpowiednim czasie i dlatego odwieść od zastępowalności po stronie podaży. Na przykład, opóźnienia i przeszkody związane z zawarciem umów o wzajemnym połączeniu lub kolokacji, negocjowanie innych form dostępu do sieci lub uzyskanie prawa do rozbudowy sieci<sup>(40)</sup>, mogą w okresie krótkofalowym uniemożliwić świadczenie nowych usług i uruchomienie nowych sieci przez potencjalnych konkurentów.
55. Powyższe rozważania wskazują, że zastępowalność podaży może służyć nie tylko do zdefiniowania rynku odnośnego, lecz również do ustalenia liczby uczestników rynku.

#### 2.2.2. Rynek geograficzny

56. Po ustaleniu rynku odnośnego produktu kolejnym krokiem jest zdefiniowanie obszaru geograficznego rynku. Krajowy organ regulacyjny dopiero po zdefiniowaniu geograficznego obszaru rynku produktu lub usługi może odpowiednio ocenić, czy na rynku odnośnym występują podmioty gospodarcze posiadające znaczącą pozycję rynkową czy nie.
57. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem odnośny rynek geograficzny obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa zajmują się dostawą produktów lub świadczeniem usług, na których warunki konkurencji są podobne lub wystarczająco jednorodne i które można odróżnić od obszarów sąsiednich, gdyż, w szczególności, warunki konkurencji są na nich znacznie odmienne<sup>(41)</sup>. Definicja rynku geograficznego nie wymaga, aby warunki konkurencji między handlowcami lub dostawcami usług były idealnie jednorodne. Wystarczy, że są podobne lub wystarczająco jednorodne i tylko te obszary, w których warunki konkurencji są „jednorodne”, nie mogą być uznane za rynek jednolity<sup>(42)</sup>.

<sup>(37)</sup> Na kolejnym etapie oceny znaczącej pozycji rynkowej należy uwzględnić koszty zmiany wynikające raczej z wyborów strategicznych dokonywanych przez przedsiębiorstwa niż z powodu czynników zewnętrznych, wraz z innymi rodzajami barier dla wejścia. Jeśli rynek wciąż rośnie, całkowite koszty zmiany już „przejętych” konsumentów mogą nie być znaczne i w związku z tym mogą nie ograniczać zastępowalności po stronie podaży i popytu.

<sup>(38)</sup> Okres potrzebny na ocenę prawdopodobnych reakcji innych dostawców w przypadku relatywnego wzrostu ceny niezmiennie zależy od cech każdego rynku i należy go określać w każdym indywidualnym przypadku.

<sup>(39)</sup> Patrz również: sprawa C-333/94, *Tetra Pak przeciwko Komisji*, cytowana w przypisie 19. Jak już wspomniano, wymagane inwestycje należy poczynić w rozsądnym okresie.

<sup>(40)</sup> Patrz również: sprawa nr COMP/M.2574 – *Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia*, motyw 58.

<sup>(41)</sup> *United Brands*, op.cit., ust. 44, *Michelin*, op.cit., ust. 26, sprawa 247/86 *Alsatel przeciwko Novasam* [1988] Zb.Orz. 5987, ust. 15; *Tiercé Ladbroke przeciwko Komisji*, op.cit., ust. 102.

<sup>(42)</sup> *Deutsche Bahn przeciwko Komisji*, op.cit., ust. 92. Sprawa T-139/98 *AAMS przeciwko Komisji*, [2001] Zb.Orz. II-3413, ust. 39.

58. Proces definiowania granic rynku geograficznego odbywa się według tych samych zasad, które zostały omówione powyżej w stosunku do oceny zastępowalności po stronie popytu i podaży w reakcji na relatywny wzrost ceny.
59. Analogicznie, jeśli chodzi o zastępowalność po stronie popytu, krajowe organy regulacyjne powinny ustalić głównie preferencje konsumentów, jak i ich aktualną geograficzną strukturę zakupów. W szczególności to, dlaczego pewne usługi nie są dostępne lub wprowadzane na rynek w innych obszarach językowych, można wyjaśnić na podstawie względów językowych. Jeśli chodzi o zastępowalność po stronie podaży, jeżeli można ustalić, że przedsiębiorstwa, które aktualnie nie są zaangażowane lub obecne na odnośnym rynku, ale mimo to decydują się wejść na ten rynek w okresie krótkoterminowym, jeśli nastąpi relatywny wzrost ceny, wówczas definicję rynku należy uzupełnić tak, aby obejmowała ona również takie podmioty „zewnętrzne”.
60. W przemyśle łączności elektronicznej obszar geograficzny rynku odnośnego tradycyjnie określa się w odniesieniu do dwóch głównych kryteriów<sup>(43)</sup>:
- obszaru pokrytego siecią<sup>(44)</sup>; oraz
  - istnienia prawnych i innych instrumentów regulacyjnych<sup>(45)</sup>.
61. Na podstawie powyższych kryteriów głównych<sup>(46)</sup> rynki geograficzne można podzielić na rynki lokalne, regionalne, krajowe lub obejmujące obszar dwóch lub więcej krajów (przykładowo rynek paneuropejski, rynek obejmujący EOG lub rynki globalne).

### 2.2.3. Inne aspekty związane z definiowaniem rynku

62. Dla celów regulacji *ex ante*, w pewnych wyjątkowych przypadkach odnośny rynek można zdefiniować na podstawie trasy. W szczególności, rozważając wielkość międzynarodowego rynku detalicznego lub hurtowego usług łączności elektronicznej, właściwym może być traktowanie państw lub miast razem jako rynki oddzielne<sup>(47)</sup>. Jasne jest, że po stronie popytu, dostarczenie rozmowy telefonicznej do jednego kraju nie stanowi substytutu tej samej rozmowy do innego kraju. Z drugiej strony, to, czy pośrednie usługi przesyłowe, to znaczy, ponowne trasowanie lub tranzyt tej samej rozmowy przez kraj trzeci, stanowi skuteczny substytut po stronie podaży, zależy od specyfiki rynku i powinno się o tym zdecydować w każdym indywidualnym przypadku<sup>(48)</sup>. Jednak rynek świadczenia usług dwustronnych powinien mieć zakres krajowy, ponieważ struktura podaży i popytu na obu końcach najprawdopodobniej odpowiada różnej strukturze rynkowej<sup>(49)</sup>.
63. W swym obwieszczeniu w sprawie definicji rynku organ nadzoru zwrócił uwagę na pewne przypadki, w których granice rynku odnośnego można rozszerzyć w taki sposób, aby objęły one produkty lub obszary geograficzne, które, choć nie są bezpośrednio zastępowalne, powinny stać się częścią definicji rynku z powodu tak zwanego „łańcucha zastępowalności”<sup>(50)</sup>. Ogólnie rzecz ujmując, łańcuch zastępowalności występuje wtedy, kiedy można wykazać, że choć produkty A i C nie są bezpośrednio zastępo-

<sup>(43)</sup> Patrz przykładowo: sprawa nr IV/M.1025 – *Mannesmann/Olivetti/Infostrada*, ust. 17 oraz sprawa nr COMP/JV.23 – *Telefónica Portugal Telecom/Médi Telecom*.

<sup>(44)</sup> W praktyce obszar ten odpowiada granicom terytorium, na którym operator jest upoważniony do działania. W sprawie nr COMP/M.1650 – *ACEA/Telefónica* Komisja wskazała, że w związku z tym, że licencja notyfikowanego łącznego przedsiębiorstwa ogranicza się do obszaru Rzymu, wówczas rynek geograficzny można było zdefiniować jako lokalny; w ust. 16.

<sup>(45)</sup> Fakt, że operatorzy telefonii ruchomej mogą świadczyć usługi jedynie na terenie, na który uzyskali zezwolenie i że architektura sieci odzwierciedla zasięg geograficzny licencji na telefonię ruchomą, wyjaśnia dlaczego rynki telefonii ruchomej uważa się za rynki o zasięgu krajowym. Definicję tę uzupełnia również fakt, że konsumenci muszą ponosić dodatkowe koszty połączeń i łączności przy korzystaniu z roamingu za granicą oraz że tracą pewne dodatkowe funkcje usługowe (tj. brak skrzynki głosowej za granicą); patrz: sprawa nr IV/M.1439 – *Telia/Telenor*, motyw 124, sprawa nr IV/M.1430 – *Vodafone/Airtouch*, motywy 13–17, sprawa nr COMP/JV.17 – *Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel*, motyw 15.

<sup>(46)</sup> Definiując obszar geograficzny rynku, pod uwagę można wziąć również fizyczne umowy o wzajemnym połączeniu, sprawa nr IV/M.570 – *TBT/BT/TeleDanmark/Telenor*, motywy 35.

<sup>(47)</sup> Sprawa nr IV/M.856 – *British Telecom/MCI (II)*, motyw 19s, sprawa nr IV/JV.15 – *BT/AT&T*, motywy 84 i 92, sprawa nr COMP/M.2257 – *France Telecom/Equant*, motyw 32. Istnieje małe prawdopodobieństwo, że świadczenie usług łączności elektronicznej można sklasyfikować ze względu na dwustronne trasy krajowe (lub lokalne).

<sup>(48)</sup> Przykładowo odniesienia do rynku dostarczania ruchu w trasowaniu międzynarodowym (tj. stacje kablowe obsługujące kraj A do kraju E), gdy potencjał zastąpienia stacji kablowych obsługujących różne kraje (tj. stacje kablowe łączące kraj A z B, A z C i A z D), można dokonać wtedy, gdy dostawcę dostarczania ruchu w stosunku do trasy A do E ogranicza lub ograniczałaby zdolność konsumentów zmiany dowolnej „trasy”, która również może obsłużyć ruch z kraju lub do kraju E.

<sup>(49)</sup> Jeśli rynek definiuje się na podstawie trasy dwustronnej, jego obszar geograficzny może być większy niż obszar kraju wtedy, gdy dostawcy występują na obydwu końcach rynku i mogą zaspokoić popyt po obu stronach danej trasy.

<sup>(50)</sup> Patrz: Obwieszczenie w sprawie definicji rynku, ust. 57 i 58. Przykładowo łańcuch zastępowalności może wystąpić wtedy, gdy przedsiębiorstwo świadczące usługi na poziomie kraju hamuje ceny, jakich żądają przedsiębiorstwa świadczące usługi na innych rynkach geograficznych. Tak się może stać, gdy ceny, jakich żądają przedsiębiorstwa udostępniające sieci kablowe w danym obszarze, ogranicza przedsiębiorstwo dominujące działające w skali kraju; patrz również: sprawa nr COMP/M.1628 – *TotalFina/Elf* (Dz. U. L 143 z 29.5.2001, str. 1), motyw 188.

walne, produkt B jest substytutem zarówno produktu A, jak i C, dlatego produkty A i C mogą występować na tym samym rynku produktu, ponieważ ich cenę może ograniczać zastępowalność produktu B. Ten sam tok rozumowania stosuje się przy definiowaniu rynku geograficznego. Zakładając istnienie ryzyka związanego z niewłaściwym poszerzeniem obszaru odnośnego rynku, należy odpowiednio uzasadnić ustalenia dotyczące istnienia łańcucha zastępowalności<sup>(51)</sup>.

### 2.3. Praktyka Komisji

64. Komisja przyjęła szereg decyzji w ramach rozporządzenia nr 17 i rozporządzenia o kontroli połączeń dotyczących sektora łączności elektronicznej. Decyzje te mogą być szczególnie istotne dla krajowych organów regulacyjnych w zakresie metodologii, jaką zastosowała Komisja przy definiowaniu rynku odnośnego<sup>(52)</sup>. Jednak zgodnie z powyższym, w sektorze

charakteryzującym się ciągłymi innowacjami i szybką konwergencją technologiczną, oczywiste jest, że w przypadku wszelkich aktualnych definicji rynku istnieje ryzyko tego, że w niedalekiej przyszłości staną się one nieprecyzyjne lub nieistotne<sup>(53)</sup>. Poza tym, rynki zdefiniowane w ramach prawa konkurencji EOG pozostają bez szkody dla rynków zdefiniowanych w ramach nowych ram regulacyjnych, ponieważ zarówno kontekst, jak i ramy czasowe, w których wykonano analizę rynku, mogą być różne<sup>(54)</sup>.

<sup>(51)</sup> Dowody powinny wykazać wyraźną zależność cenową po obu końcach łańcucha, a stopień zastępowalności pomiędzy produktami właściwymi lub obszarami geograficznymi powinien być wystarczająco wysoki.

<sup>(52)</sup> Komisja, w szczególności, odniosła się w swojej decyzji do występowania następujących rynków: międzynarodowych usług telefonii głosowej (sprawa nr IV/M.856 – *British Telecommunications/MCI (II)*, Dz.U. L 336 z 8.12.1997, str. 1), zaawansowanych usług telekomunikacyjnych dla przedsiębiorstw (sprawa nr IV/35.337 *Atlas* (Dz.U. L 239 z 19.9.1996, str. 23), motywy 5–7, sprawa nr IV/35617 *Phoenix/Global/One* (Dz.U. L 239 z 19.9.1996, str. 57), motyw 6, sprawa IV/34.857 *BT-MCI (I)* (Dz.U. L 223, z 27.8.1994, str. 36), standardowych usług pakietowej łączności danych niskiego poziomu, odsprzedaży międzynarodowych zdolności transmisji (sprawa nr IV/M.975 – *Albacom/BT/ENI*, motyw 24), audio-konferencji (*Albacom/BT/ENI*, motyw 17), usług satelitarnych (sprawa IV/350518 – *Iridium* (Dz.U. L 16, z 18.1.1997, str. 16), (zaawansowanych) globalnych usług telekomunikacyjnych (sprawa nr IV/JV.15 – *BT/AT&T*, sprawa nr COMP/M.1741 – *MCI WorldCom/Sprint*, motyw 84, sprawa nr COMP/M.2257 – *France Telecom/Equant*, motyw 18), usług wspomaganých katalogami (sprawa nr IV/M.2468 – *SEAT Pagine Gialle/ENIRO*, ust. 19, sprawa nr COMP/M.1957 – *VIAG Interkom/Telenor Media*, motyw 8), usług dostępu do Internetu – usług dostępu do użytkowników końcowych (sprawa nr IV/M.1439 – *Telia/Telenor*, sprawa nr COMP/JV.46 – *Blackstone/CDPQ/Kabel Nordrhein/Westfalen*, ust. 26, sprawa nr COMP/M.1838 – *BT/Esat*, motyw 7), podłączenia do Internetu najwyższej klasy lub uniwersalnego (sprawa nr COMP/M.1741 – *MCI WorldCom/Sprint*, motyw 52), jednolitych ruchomych usług telekomunikacyjnych w obszarze paneuropejskim dla międzynarodowych klientów ruchomych (sprawa nr COMP/M.1975 – *Vodafone Airtouch/Mannesmann*, sprawa nr COMP/M.2016 – *France Telecom/Orange*, motyw 15), hurtowych usług roamingowych (sprawa COMP/M.1863 – *Vodafone/Airtel*, motyw 17) oraz rynku połączeń z międzynarodowymi sieciami sygnalizującymi (sprawa nr COMP/2598 – *TDC/CMG/Migway JV*, motywy 17–18).

65. Zgodnie ze stwierdzeniem zawartym w komunikacie o dostępie, w sektorze łączności elektronicznej istnieją przynajmniej dwa główne rodzaje rynków odnośnych, jakie należy wziąć pod uwagę, tzn. rynek usług świadczonych dla użytkowników końcowych (usługi rynkowe) i rynek dostępu do urządzeń potrzebnych do świadczenia takich usług (rynek dostępu)<sup>(55)</sup>. W ramach tych dwóch szerokich definicji rynku można dokonać dalszych rozróżnień w zależności od struktury po stronie popytu i podaży.

66. Organ nadzoru i Komisja w swym orzecznictwie rozróżnia zazwyczaj świadczenie usług i będącą ich podstawą infrastrukturę sieciową. Przykładowo, jeśli chodzi o udostępnienie infrastruktury, Komisja określiła oddzielne rynki udostępnienia pętli lokalnej, infrastruktury krajowej oraz międzynarodowej<sup>(56)</sup>. Jeśli chodzi o usługi stacjonarne, Komisja rozróżnia dostęp abonamentowy (detailed) do usług komutowanej telefonii głosowej (lokalnych, krajowych i międzynarodowych), dostęp operatorski (hurtowy) do sieci (lokalnej, krajowej i międzynarodowej) oraz usługi związane z łącznością w zakresie danych handlowych<sup>(57)</sup>. Komisja na rynku usług detailed telefonii stacjonarnej wyróżnia również połączenie

<sup>(53)</sup> Patrz również: sprawy łączone T-125/97 i T-127/97 *Coca-Cola Company i inni przeciwko Komisji* [2000] Zb.Orz. II-1733, ust. 81 oraz 82.

<sup>(54)</sup> Patrz również: art. 15 dyrektywy ramowej.

<sup>(55)</sup> Obwieszczenie o dostępie, ust. 45.

<sup>(56)</sup> Patrz: sprawa nr COMP/M.1439 – *Telia/Telenor*.

<sup>(57)</sup> Patrz: *Telia/Telenor, BT/AT&T, France Télécom/Equant*, op.cit. Patrz również: decyzja Komisji 1999/573/WE z dnia 20 maja 1999 r., *Cégétel + 4* (Dz.U. L 218 z 18.8.1999, str. 14), motyw 22. Odnośnie do rynków wschodzących na „Globalne szerokopasmowe usługi łączności danych – GBDS”, Komisja uznała, że usługi takie mogą obsługiwać trzy główne architektury sieciowe: i) naziemne systemy przewodowe; ii) naziemne systemy bezprzewodowe; oraz iii) systemy satelitarne oraz że po stronie popytu satelitarne, globalne, szerokopasmowe usługi łączności danych można uznać za oddzielny rynek, sprawa nr COMP/M.1564 – *Astrolink*, ust. 20–23.

- początkowe i abonament miesięczny<sup>(58)</sup>. Usługi detaliczne oferowane są dla dwóch różnych grup konsumentów, tzn. gospodarstw domowych i podmiotów gospodarczych, przy czym podmioty gospodarcze dzieli się na rynek przedsiębiorstw jednoosobowych, małych i średnich oraz na rynek przedsiębiorstw dużych<sup>(59)</sup>. Jeśli chodzi o usługi detaliczne telefonii stacjonarnej oferowane gospodarstwom domowym, typy popytu i podaży wydają się wskazywać, że aktualnie oferowane są dwa główne rodzaje usług, usługi tradycyjnej telefonii stacjonarnej (transmisja głosowa i wąskopasmowa transmisja danych) z jednej strony oraz usługi łącznościowe o wysokiej prędkości (aktualnie w postaci usług xDSL) z drugiej strony<sup>(60)</sup>.
67. Jeśli chodzi o świadczenie usług łączności ruchomej, Komisja uznała, że z punktu widzenia strony popytu, usługi telefonii ruchomej i stacjonarnej stanowią oddzielne rynki<sup>(61)</sup>. Na rynku usług telefonii ruchomej, dowody zebrane przez Komisję wskazują, że rynek usług łączności ruchomej tworzą częstotliwości GSM 900 i GSM 1800 i ewentualnie platformy analogowe<sup>(62)</sup>.
68. Komisja uznała, że w przypadku rynku „dostępu”, w jego skład wchodzi wszystkie rodzaje infrastruktury, które można wykorzystać do świadczenia danej usługi<sup>(63)</sup>. To, czy rynek infrastruktury sieciowej powinno się podzielić na tyle oddzielnych podrynków, ile istnieje kategorii infrastruktury sieciowej, zależy głównie od stopnia w, jakim takie sieci (alternatywne), można zastąpić<sup>(64)</sup>. To zadanie powinno się wykonać w stosunku do kategorii użytkowników, którzy posiadają dostęp do sieci. Dlatego należy odróżnić udostępnianie infrastruktury innym podmiotom (hurtowe) i udostępnianie infrastruktury użytkownikom końcowym (detaliczne)<sup>(65)</sup>. W przypadku usług detalicznych, można dokonać kolejnych podziałów na klientów będących podmiotami gospodarczymi i na gospodarstwa domowe<sup>(66)</sup>.
- 
- <sup>(58)</sup> Dyrektywa Komisji 96/19/WE, (Dz.U. L 74 z 22.3.1996, str. 13), motyw 20. Patrz również: *Komunikat Komisji, Uwolniony dostęp do pętli lokalnej: umożliwiający świadczenie na warunkach konkurencyjnych pełnego zakresu usług w dziedzinie komunikacji elektronicznej, w tym również szerokopasmowych usług multimedialnych i szybkiego Internetu*, (Dz.U. C 272 z 23.9.2000, str. 55). Zgodnie z ust. 3.2 „Choć kategorie usług muszą być ściśle monitorowane, w szczególności w odniesieniu do prędkości zmian technologicznych oraz systematycznie, powtórnie oceniane w każdym indywidualnym przypadku, aktualnie usług tych nie da się zazwyczaj zastąpić inną i dlatego uznaje się je za usługi, które tworzą inne odnośne rynki”.
- <sup>(59)</sup> Komisja zidentyfikowała oddzielne rynki usług dla dużych międzynarodowych korporacji przy założeniu znacznych różnic w popycie (i podaży) usług dla tej grupy klientów w porównaniu z innymi klientami detalicznymi (komercyjnymi), patrz: sprawa nr IV/JV.15 – *BT/AT&T*, sprawa nr COMP/M.1741 – *MCI WorldCom/Sprint*, sprawa nr Comp/M.2257 – *France Télécom/Equant*.
- <sup>(60)</sup> Patrz: *Komunikat w sprawie uwolnionego dostępu do pętli lokalnej*, op.cit., pkt 3.2. Rynek usług łączności „o wysokiej prędkości” można prawdopodobnie dalej podzielić na różne segmenty w zależności od charakteru oferowanych usług (tzn. usług internetowych, wideo na żądanie itd.)
- <sup>(61)</sup> Sprawa nr Comp/M.2574 – *Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia*, motyw 33. Można również stwierdzić, że dostęp do Internetu typu dial-up poprzez telefony komórkowe 2G jest oddzielnym rynkiem w stosunku do dostępu typu dial-up poprzez publiczne sieci telekomunikacyjne. Według Komisji dostęp do Internetu poprzez telefon komórkowy prawdopodobnie nie zastąpi istniejących metod dostępu do Internetu przez komputer PC z powodu wielkości ekranu i formatu materiału, jaki można uzyskać przez inne platformy; patrz: sprawa nr COMP/M.1982 – *Telia/Oracle/Drutt*, motyw 15 oraz sprawa nr COMP/JV.48 *Vodafone/Vivendi/Canal+*.
- <sup>(62)</sup> Sprawa nr COMP/M.2469 – *Vodafone/Airtel*, motyw 7, sprawa nr IV/M.1430 – *Vodafone/Airtouch*, sprawa nr IV/M.1669, *Deutsche Telecom/One2One*, motyw 7. O tym, czy rynek ten można w dalszym stopniu podzielić na rynek dostawcy (operatora sieci) i rynek usług poniżej, należy zdecydować w każdym indywidualnym przypadku; patrz: sprawa nr IV/M.1760 – *Mannesmann/Orange*, motywy 8–10 oraz sprawa nr COMP/M.2053 – *Telenor/BellSouth/Sonofon*, motywy 9–10.
- 
- <sup>(63)</sup> Przykładowo w sprawie *British Interactive Broadcasting/Open*, Komisja zauważyła, że dla świadczenia konsumentom podstawowych usług głosowych, właściwy rynek infrastruktury obejmował nie tylko tradycyjną sieć miedzianą BT, lecz również sieci kablowe operatorów kablowych, które były w stanie świadczyć podstawowe usługi telefoniczne oraz ewentualnie bezprzewodowe sieci stacjonarne, sprawa nr IV/36.359 (Dz.U. L 312 z 6.12.1999, str. 1), motywy 33–38. W sprawie nr IV/M.1113 – *Nortel/Norweb*, Komisja uznała, że sieci elektryczne wykorzystujące technologię „Digital Power Line” mogły stanowić alternatywę dla istniejącej, tradycyjnej, lokalnej pętli telekomunikacyjnej dostępu, motywy 28–29.
- <sup>(64)</sup> Oceniając warunki konkurencji sieciowej na rynku irlandzkim, jaki wystąpiły w wyniku pełnej liberalizacji, Komisja bazowała na czymś, co wówczas postrzegane było jako potencjalni, alternatywni dostawcy infrastruktury, tj. sieci telewizyjnej kablowej i energetycznej, *Telecom Eireann*, cit., ust. 30. Komisja otwartym pozostawiła pytanie, czy udostępnienie zdolności transmisji siecią morską stanowi oddzielny rynek w odniesieniu do sieci naziemnej lub satelitarnej, sprawa nr COMP/M.1926 – *Telefonica/Tyco/JV*, motyw 8.
- <sup>(65)</sup> Sprawa nr COMP/M.1439, *Telia/Telenor*, motyw 79. Przykładowo wschodzący paneuropejski rynek dostępu hurtowego do infrastruktury ruchomej Komisja określiła w sprawie nr COMP/2598 – *TDC/CMG/Migway JV*, w motywach 28–29.
- <sup>(66)</sup> Komisja, stosując te kryteria, uznała, że jeśli chodzi o infrastrukturę stacjonarną, popyt na dzierżawę zdolności przesyłowych i świadczenie usług związanych innym operatorom występuje na poziomie hurtowym (rynek usług operatorów dla operatorów; patrz: sprawa nr IV/M.683 – *GTS-HERMES Inc./HIT Rail BV*, motyw 14, sprawa nr IV/M.1069 – *WorldCom/MCI* (Dz. U. L 116 z 4.5.1999, str. 1), sprawa nr IV/35.830 – *Unisource* (Dz. U. L 318 z 20.11.1997, str. 1), *Phoenix/Global One*, sprawa nr IV/JV.2 – *Enel/FT/DT*. W sprawie nr COMP/M.1439 – *Telia/Telenor* Komisja ustaliła różne typy popytu na hurtowy i detaliczny (abonenci) dostęp do infrastruktury sieciowej (udostępnienie lub dostęp do pętli lokalnej oraz udostępnienie lub dostęp do międzymiastowej lub międzynarodowej infrastruktury sieciowej), motywy 75–83.

69. Jeśli świadczona usługa dotyczy wyłącznie użytkowników końcowych będących abonamentami danej sieci, wówczas dostęp do zakończeń takiej sieci również może stanowić odnośny rynek produktu. Nie stanie się tak wówczas, jeśli ustali się, że ta sama usługa może być oferowana tej samej kategorii konsumentów przy pomocy alternatywnych, łatwo dostępnych konkurujących ze sobą sieci. Przykładowo Komisja w swym obwieszczeniu na temat rozdziału pętli lokalnej<sup>(67)</sup> stwierdziła, że choć istnieją alternatywy w stosunku do PSTN w zakresie świadczenia usług łączności o wysokiej szybkości dla gospodarstw domowych (sieci światłowodowe, bezprzewodowe pętle lokalne lub dające się rozbudować sieci telewizyjne), żadnej z tych alternatyw nie można uznać za substytut stacjonarnej infrastruktury pętli lokalnej<sup>(68)</sup>. Jednak pojawiające się w przyszłości zmiany w zakresie innowacji i technologii mogą dać podstawy do zmiany tych wniosków<sup>(69)</sup>.

70. Dostęp do sieci telefonii ruchomej można zdefiniować również poprzez odniesienie do dwóch potencjalnie oddzielnych rynków, jednego na rozpoczęcie rozmowy i jednego na zakończenie rozmowy. W tej sytuacji, na pytanie, czy rynek dostępu do infrastruktury telefonii ruchomej stanowi dostęp do jednej sieci telefonii ruchomej lub do wszystkich sieci telefonii ruchomej, można ogólnie odpowiedzieć na podstawie analizy struktury i funkcjonowania tego rynku<sup>(70)</sup>.

### 3. OCENA ZNACZĄCEJ POZYCJI RYNKOWEJ (DOMINACJI)

71. Zgodnie art. 14 dyrektywy ramowej „uznaje się, że przedsiębiorstwo posiada znaczącą pozycję rynkową, jeżeli samodzielnie lub wspólnie z innymi ma pozycję równoważną pozycji dominującej, tj. tak silną pozycję ekonomiczną, że uprawnia go ona do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów”. Taką definicją Trybunał Sprawiedliwości opisuje

koncepcję pozycji dominującej w art. 82 Traktatu<sup>(71)</sup>. W nowych ramach, definicję znaczącej pozycji rynkowej dostosowano do definicji dominacji Trybunału w znaczeniu art. 82 Traktatu<sup>(72)</sup>, odpowiednio art. 54 Porozumienia EOG. Wskutek tego, stosując nową definicję znaczącej pozycji rynkowej, krajowe organy regulacyjne będą musiały zapewnić, że ich decyzje są zgodne z właściwym orzecznictwem Trybunału EFTA i Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich na temat dominacji<sup>(73)</sup> i że uwzględniają praktykę Komisji. Jednak stosowanie nowej definicji znaczącej pozycji rynkowej, *ex ante*, wymaga wprowadzenia pewnych zmian metodologicznych dotyczących sposobu oceny pozycji rynkowej. W szczególności, oceniając *ex ante* czy jedno lub więcej przedsiębiorstw ma na odnośnym rynku pozycję dominującą, krajowe organy regulacyjne zasadniczo opierają się na różnych grupach założeń i oczekiwań w porównaniu z tymi, na których opierają się organy ds. ochrony konkurencji stosując art. 82 Traktatu oraz art. 54 Porozumienia EOG *ex post*, w kontekście domniemanego, popełnionego nadużycia<sup>(74)</sup>. Często brak dowodów lub informacji na temat zachowania lub postępowania w przeszłości oznacza, że analiza rynkowa musi się opierać w głównej mierze o ocenę perspektywiczną. Dokładność analizy rynku wykonanej przez krajowe organy regulacyjne zależy więc od informacji i danych dostępnych w momencie podjęcia właściwej decyzji.

72. Fakt, że wstępne przewidywania krajowego organu regulacyjnego dotyczące rynku nie do końca sprawdzają się w danym przypadku, nie koniecznie oznacza, że jego decyzja w momencie jej podjęcia nie była zgodna z dyrektywą ramową. Stosując *ex ante* koncepcję dominacji, krajowe organy regulacyjne muszą uzyskać swobodę uzależnioną od złożonego charakteru sytuacji ekonomicznej, faktycznej i prawnej podlegającej ocenie. Zgodnie z dyrektywą ramową, krajowe organy regulacyjne będą musiały systematycznie dokonywać oceny rynku. Z racji tego, krajowe organy regulacyjne będą miały możliwość reagowania w regularnych odstępach czasu na sytuację na rynku i podejmowania środków, jakie uznają za niezbędne.

<sup>(67)</sup> Patrz: przypis 58.

<sup>(68)</sup> Światłowody są aktualnie konkurencyjne jedynie na rynku transmisji powyżej, podczas gdy lokalne pętle bezprzewodowe, które dopiero mają zostać wprowadzone, będą przeznaczone głównie dla specjalistów i osób o szczególnych potrzebach z zakresu łączności. Za wyjątkiem niektórych rynków krajowych, istniejące sieci telewizji kablowej do obsługi dwustronnej komunikacji szerokopasmowej wymagają kosztownych modernizacji oraz, w porównaniu z technologiami xDSL, nie oferują gwarantowanej szerokości pasma, ponieważ klienci współdzielą ten sam kanał kablowy.

<sup>(69)</sup> Patrz również: sprawa nr IV/JV.11 – @Home Benelux B.V.

<sup>(70)</sup> Przykładowo jeżeli operator stacjonarny chce kończyć rozmowy dla abonentów danej sieci, zasadniczo nie będzie miał innego wyjścia jak wywołać lub połączyć się z siecią, do której podłączony jest abonent. Przykładowo, w przypadku zasady „płaci ten, kto dzwoni”, operatorzy ruchomi nie mają zachęt do konkurowania cenami przy kończeniu rozmów do własnych sieci. Patrz również: OECD, „Aspekty konkurencji w notatce na temat zarysu telekomunikacji dla Sekretariatu”, DAFNE/CLP/WP2(2001)3, oraz artykuł prasowy Komisji IP/02/483.

### 3.1. Kryteria oceny znaczącej pozycji rynkowej

73. Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich podkreślił, że ustalenie występowania na rynku pozycji dominującej nie oznacza, że nie może tam istnieć do pewnego stopnia konkurencja. Pozycja taka

<sup>(71)</sup> Sprawa 27/76 *United Brands przeciwko Komisji* [1978] Zb.Orz. 207, sprawa 85/76 *Hoffmann-La Roche* [1979] Zb.Orz. 461, potwierdzona w kolejnych orzeczeniach.

<sup>(72)</sup> Patrz również: motyw 25 dyrektywy ramowej.

<sup>(73)</sup> Patrz art. 14 ust. 2 oraz motyw 28 dyrektywy ramowej

<sup>(74)</sup> Należy zwrócić uwagę, że krajowe organy regulacyjne nie muszą stwierdzić nadużycia pozycji dominującej, aby uznać, że przedsiębiorstwo posiadała znaczącą pozycję rynkową.

- umożliwia jedynie przedsiębiorstwu ją posiadającą, jeśli nie ustalać, to mieć znaczny wpływ na warunki, w jakich konkurencja taka się rozwija i postępować, nie bacząc na ograniczenia konkurencji tak długo, jak postępowanie takie nie wyrządza jemu samemu szkody<sup>(75)</sup>.
74. W analizie *ex post* organ ds. ochrony konkurencji może uzyskać wiele różnych przykładów zachowania rynkowego, z którego każde jest przejawem pozycji rynkowej w znaczeniu art. 82 Traktatu i/lub art. 54 Porozumienia EOG. Jednak w środowisku *ex ante* siłę rynkową zasadniczo mierzy się w odniesieniu do siły, z jaką dane przedsiębiorstwo jest w stanie podnosić ceny ograniczając produkcję, bez ponoszenia znaczących strat z tytułu sprzedaży lub przychodów.
75. Siła rynkowa przedsiębiorstwa może ograniczać istnienie potencjalnych konkurentów<sup>(76)</sup>. Krajowy organ regulacyjny powinien zatem uwzględnić prawdopodobieństwo tego, że przedsiębiorstwa aktualnie nie działające na odnośnym rynku produktu mogą w perspektywie średnioterminowej postanowić o wejściu na ten rynek w wyniku niewielkiego, lecz trwałego wzrostu cen. Przedsiębiorstwa, które w przypadku takiego wzrostu są w stanie zmienić lub poszerzyć swój profil produkcji/zakres usług i wejść na dany rynek, krajowe organy regulacyjne powinny traktować jako potencjalnych uczestników rynku, nawet jeśli aktualnie nie produkują właściwego produktu lub nie oferują właściwej usługi.
76. Jak to wyjaśniono w poniższych akapitach, pozycję dominującą ustala się poprzez odniesienie do ilości kryteriów i zgodnie z powyższym ich ocena opiera się o perspektywiczną analizę rynku w oparciu o istniejące warunki rynkowe. Często jako odpowiednika pozycji rynkowej używa się udziału w rynku. Choć sam fakt posiadania dużego udziału w rynku nie wystarcza, aby stwierdzić, że podmiot posiada znaczącą pozycję rynkową (dominację), to jest mało prawdopodobne, że firma nie posiadająca znaczącego udziału w odnośnym rynku będzie posiadała pozycję dominującą. Dlatego przedsiębiorstwa, których udział w rynku wynosi nie więcej niż 25 %, prawdopodobnie nie zajmują (samodzielnie) pozycji dominującej na rynku odnośnym<sup>(77)</sup>.
- Z praktyki orzeczniczej Komisji wynika, że dominacja samodzielna zazwyczaj występuje w przypadku przedsiębiorstwa, którego udział w rynku przekracza 40 %, choć Komisja może w pewnych przypadkach się zastanawiać, czy dominacja nie występuje nawet przy mniejszym udziale w rynku<sup>(78)</sup>, ponieważ sama dominacja może pojawić się bez posiadania dużego udziału w rynku. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem bardzo duży udział w rynku – wynoszący ponad 50 % – jest sam w sobie, z pewnymi wyjątkami, dowodem na posiadanie pozycji dominującej<sup>(79)</sup>. Można przypuszczać, że przedsiębiorstwo mające duży udział w rynku, ma również znaczącą pozycję rynkową, to znaczy zajmuje pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku w okresie czasu był stabilny<sup>(80)</sup>. Fakt, że przedsiębiorstwo posiadające znaczącą pozycję na rynku z czasem traci swój udział w nim, może również oznaczać, że rynek staje się coraz bardziej konkurencyjny, lecz nie oznacza to, że nie posiada znaczącej pozycji rynkowej. Z drugiej strony, wahania w udziale w rynku w okresie czasu mogą wskazywać na brak siły rynkowej na rynku odnośnym.
77. Jeśli chodzi o metody, jakich używa się do pomiaru wielkości rynku i udziału w rynku, przydatnych informacji na temat rynku dostarczają zarówno dane dotyczące wielkości sprzedaży jak i jej wartości<sup>(81)</sup>.

<sup>(78)</sup> *United Brands przeciwko Komisji*, op.cit. Im większa różnica pomiędzy udziałem w rynku danego przedsiębiorstwa a jego konkurentami, tym większe prawdopodobieństwo, że dane przedsiębiorstwo zajmuje pozycję dominującą. Przykładowo, w sprawie nr COMP/M.1741 – *MCI WorldCom/Sprint* uznano, że połączony podmiot będzie posiadał na rynku wysokiej klasy połączeń z Internetem całkowity łączny udział powyżej [35–45] %, kilka razy więcej niż jego największy konkurent, co daje mu możliwość zachowywania się w sposób niezależny od swoich konkurentów i klientów (patrz: motywy 114, 123, 126, 146, 155 i 196).

<sup>(79)</sup> Sprawa C-62/86 *AKZO przeciwko Komisji*, [1991] Zb.Orz. I-3359, motyw 60; sprawa T-228/97, *Irish Sugar przeciwko Komisji*, [1999] Zb.Orz. II-2969, motyw 70, sprawa *Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji*, op.cit., motyw 41, sprawa T-139/98, *AAMS i inni przeciwko Komisji* [2001] Zb.Orz. II-0000, motyw 51. Duży udział w rynku może być jednak dokładnym wyznacznikiem tylko przy założeniu, że konkurenci nie są w stanie zwiększyć swej produkcji o ilość wystarczającą dla spełnienia zmiany popytu w wyniku wzrostu ceny rywała.

<sup>(80)</sup> Sprawa *Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji*, op.cit., ust. 41, sprawa C-62/86, *Akzo przeciwko Komisji* [1991] Zb.Orz. I-3359, ust. 56, 59. „Przedsiębiorstwo posiadające bardzo duży udział w rynku i utrzymujące go przez pewien czas przy pomocy wielkości produkcji i sprzedaży produktu – kiedy inne przedsiębiorstwa posiadające o wiele mniejszy udział w rynku nie są w stanie szybko wypełnić popytu tych, którzy chcieliby przestać korzystać z oferty przedsiębiorstwa posiadającego największy udział w rynku – dzięki temu udziałowi posiada pozycję powodującą, że staje się on nieodłącznym partnerem handlowym i które tylko z tego powodu zabezpiecza sobie, przynajmniej w stosunkowo długim okresie tę swobodę działania, która jest charakterystyczna dla pozycji dominującej”, sprawa *AAMS i inni przeciwko Komisji*, op.cit., ust. 51.

<sup>(81)</sup> Obwieszczenie o definicji rynku, op.cit., str. 5.

W przypadku produktów masowych, preferowana jest wielkość sprzedaży, natomiast w przypadku różnych produktów (tzn. produktów markowych), uznaje się, że pozycję relatywną i pozycję każdego dostawcy lepiej oddaje wartość sprzedaży i związany z nim udział w rynku. Na rynku przetargów, aby w przybliżeniu ustalić udział w rynku, można użyć również danych dotyczących ilości przetargów wygranych i przegranych<sup>(82)</sup>.

78. Kryteria, jakie się stosuje do zbadania udziału w rynku danego przedsiębiorstwa (przedsiębiorstw), zależą od charakterystyki rynku odnośnego. Krajowe organy regulacyjne muszą zdecydować, które kryteria są najważniejsze do zbadania udziału w rynku. Przykładowo, jednym z możliwych kryteriów ustalenia relatywnej pozycji na rynku dzierżawy łączy telefonicznych jest przychód z łączy telefonicznych, potencjał łączy telefonicznych oraz liczba zakończeń łączy telefonicznych. Jak wskazała Komisja, sama liczba zakończeń łączy telefonicznych nie uwzględnia różnych ich typów, jakie są dostępne na rynku – których gama zaczyna się od głosowych łączy analogowych do cyfrowych łączy telefonicznych o wysokiej prędkości, od lokalnych do międzynarodowych łączy telefonicznych. Spośród tych dwóch kryteriów, tym, które może być bardziej przejrzyste i które można łatwiej zbadać jest przychód z łączy telefonicznych. Podobnie, kryteriami, które można zastosować, aby zbadać udział w rynku przedsiębiorstwa na nim działającego, jest przychód detaliczny, ilość minut połączeń lub liczba stacjonarnych łączy telefonicznych lub abonentów operatorów publicznej sieci telefonicznej<sup>(83)</sup>. Jeśli definiowany jest rynek połączeń wzajemnych, parametrem, który jest bardziej realistyczny, są przychody uzyskane za zakończenie rozmów do klientów w sieciach telefonii stacjonarnej lub ruchomej. Dzieje się tak, ponieważ biorąc pod uwagę przychody, a nie przykładowo ilość minut, uwzględnia się to, że ilość minut może mieć różną wartość (tj. rozmowy lokalne, międzymiastowe i międzynarodowe) i stanowi odzwierciedlenie udziału w rynku obejmującego zarówno liczbę klientów jak i zasięg sieci<sup>(84)</sup>. Z tego samego powodu najlepszym sposobem na ustalenie udziału w rynku operatorów sieci telefonii ruchomej może być użycie przychodów

za rozmowy zakończone do klientów sieci telefonii ruchomej<sup>(85)</sup>.

79. Ważne jest, aby podkreślić, że istnienia pozycji dominującej nie da się ustalić jedynie na podstawie faktu posiadania dużego udziału w rynku. Jak już wspomniano, posiadanie dużego udziału w rynku oznacza jedynie, że dany operator może zajmować pozycję dominującą. W związku z tym krajowe organy regulacyjne przed wysunięciem wniosków na temat istnienia znaczącej pozycji rynkowej powinny przeprowadzić szczegółową i kompleksową analizę charakterystyki gospodarczej rynku właściwego. W związku z tym do zbadania siły, z jaką przedsiębiorstwo może postępować w znacznym stopniu, nie bacząc na swoich konkurentów, klientów i konsumentów, można przyjąć m.in. następujące kryteria:
- wielkość przedsiębiorstwa,
  - infrastruktura sterująca, której nie da się łatwo powielić,
  - zalety technologiczne lub przewaga technologiczna,
  - brak lub niska wyrównawcza siła nabywca,
  - łatwy lub uprzywilejowany dostęp do rynków kapitałowych/środków finansowych,
  - dywersyfikacja produktów/usług (np. łączenie produktów lub usług),
  - ekonomia skali,
  - ekonomia zakresu,
  - integracja wertykalna,
  - wysoko rozwinięta sieć dystrybucyjna i sprzedaży,
  - brak potencjalnej konkurencji,
  - przeszkody dla rozwoju.
80. Pozycja dominująca może być wynikiem połączenia powyższych kryteriów, które rozważane oddzielnie niekoniecznie muszą być rozstrzygające.
81. Ustalenie występowania dominacji zależy od oceny łatwości, z jaką można podjąć działalność na rynku. W rzeczywistości, brak przeszkód związanych z wejściem na rynek zasadniczo wywołuje obawę przed stosowaniem zachowań antykonkurencyjnych przez przedsiębiorstwo posiadające znaczący udział w rynku. W sektorze łączności elektronicznej, przeszkody związane z wejściem na rynek są często bardzo duże, ponieważ istnieją wymogi prawne i inne

<sup>(82)</sup> Patrz: sprawa nr COMP/M.1741 – MCI WorldCom/Sprint, motywy 239–240. Na rynku przetargów ważne jest jednak, aby nie polegać tylko na udziale w rynku, ponieważ ten może nie tworzyć obrazu faktycznej pozycji przedsiębiorstwa, do dalszej dyskusji, patrz: również sprawa nr COMP/M.2201 – MAN/Auwärter.

<sup>(83)</sup> Patrz: Określenie organizacji posiadających znaczącą pozycję rynkową dla stosowania dyrektywy ONP, DG XIII, 1 marca 1999 r., na <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/SMPdeter.pdf>, ust. 3.2.

<sup>(84)</sup> Jak w ust. 5.2.

<sup>(85)</sup> Jeśli chodzi o rynek wzajemnych połączeń sieci telefonii stacjonarnej i ruchomej, w ramach ruchu końcowego, który podlega badaniu, powinno się włączyć ruch w sieci własnej i ruch z wzajemnego połączenia uzyskany z innych sieci telefonii stacjonarnej i ruchomej, krajowych lub międzynarodowych.

wymogi regulacyjne mogące ograniczać liczbę dostępnych licencji lub ograniczać świadczenie pewnych usług (tzn. usług GSM/DCS lub 3G mobile). Poza tym bariery występują wówczas, gdy wejście na odnośny rynek wymaga znacznych inwestycji i dla uzyskania rentowności trzeba planować możliwości produkcyjne w długim okresie czasu<sup>(86)</sup>. Jednak duże bariery związane z wejściem na rynek mogą mieć mniejsze znaczenie w przypadku rynków charakteryzujących się nieustannym postępem technologicznym. Na rynkach łączności elektronicznej ograniczenia konkurencyjne mogą być spowodowane zagrożeniami związanymi z innowacyjnością ze strony potencjalnych konkurentów, którzy aktualnie nie działają na tym rynku. Na takich rynkach ocenę stopnia konkurencyjności powinno się wykonywać w oparciu o podejście perspektywiczne.

82. Jeśli chodzi o istotę pojęcia „urządzeń niezbędnych” dla stosowania nowej definicji znaczącej pozycji rynkowej, aktualnie brak jest orzecznictwa dotyczącego sektora łączności elektronicznej. Jednak pojęcie to, które dotyczy głównie tego, czy nastąpiło nadużycie pozycji dominującej w ramach art. 82 Traktatu WE i/lub art. 54 Porozumienia EOG, ma mniejsze znaczenie, jeśli chodzi o ocenę *ex ante* znaczącej pozycji rynkowej w znaczeniu art. 14 dyrektywy ramowej. W szczególności doktryna „urządzeń niezbędnych” stanowi uzupełnienie istniejących obowiązków ogólnych nałożonych na przedsiębiorstwo dominujące, takich jak obowiązek niedyskryminowania klientów. Doktryna ta stosowana była w wyjątkowych przypadkach w ramach art. 82 Traktatu WE i art. 54 Porozumienia EOG, przykładowo wtedy, gdy odmowa dostawy lub przyznania dostępu stronom trzecim ograniczyłaby lub uniemożliwiłaby powstanie nowego rynku lub nowego produktu, w przeciwieństwie do art. 82 lit. b) Traktatu i art. 54 lit. b) Porozumienia EOG. Wiązała się więc przede wszystkim z kwestiami dostępu lub przypadkami odmowy dostawy lub współpracy w ramach art. 82 Traktatu i art. 54 Porozumienia EOG, bez występowania traktowania dyskryminującego. W ramach istniejącego orzecznictwa, produktu lub usługi nie można uznać za „koniecznych” lub „niezbędnych”, chyba że istnieje prawdziwy lub potencjalnych ich substytut. Prawdą jest, że choć przedsiębiorstwo posiadające „urządzenia

niezbędne” z definicji zajmuje na rynku tego urządzenia pozycję dominującą, to nie zawsze występuje sytuacja przeciwna. Fakt, że dane urządzenie nie jest „niezbędne” lub „konieczne” do działalności gospodarczej na pewnym innym rynku, w świetle istniejącego orzecznictwa<sup>(87)</sup> nie oznacza, że właściciel tego urządzenia nie może zajmować pozycji dominującej. Przykładowo, operator sieciowy może zajmować pozycję dominującą pomimo istnienia alternatywnych sieci konkurujących, wówczas, gdy rozmiar lub znaczenie jego sieci daje mu możliwość postępowania w sposób niezależny od innych operatorów sieciowych<sup>(88)</sup>. Innymi słowy, ważne jest, aby ustalić, czy dane urządzenie daje jego właścicielowi znaczącą pozycję rynkową na danym rynku bez potrzeby dalszego ustalania, czy w znaczeniu istniejącego orzecznictwa urządzenia takie można również uznać za „niezbędne” lub „konieczne”.

83. Na podstawie powyższego widać, że doktryna „urządzeń niezbędnych” ma mniejsze znaczenie dla celów stosowania *ex ante* art. 14 dyrektywy ramowej niż stosowanie *ex post* art. 82 Traktatu WE i art. 54 Porozumienia EOG.

### 3.3.1. Przeniesienie pozycji rynkowej

84. Zgodnie z art. 14 ust. 3 dyrektywy ramowej „jeżeli przedsiębiorstwo posiada znaczącą pozycję na określonym rynku, można także przyjąć, iż posiada ono znaczącą pozycję na rynku blisko z nim związanym, w sytuacji, gdy powiązania między obydwojma rynkami pozwalają na przeniesienie pozycji rynkowej z jednego rynku na drugi rynek, tym samym zwiększając pozycję rynkową danego przedsiębiorstwa”.
85. Ten przepis opisuje sytuację rynkową porównywalną z sytuacją, która była podstawą orzeczenia Trybunału w sprawie *Tetra Pak II*<sup>(89)</sup>. W tym przypadku Trybunał uznał, że przedsiębiorstwo miało pozycję dominującą na jednym rynku i zajmowało wiodącą pozycję na innym, lecz blisko związanym rynku, wskutek czego znajdowało się w sytuacji porównywalnej do sytuacji, w której posiadało pozycję dominującą na określonym rynku jako całości. Dzięki swej pozycji dominującej na pierwszym rynku i obecności na drugim, pokrewnym rynku, przedsiębiorstwo mogło przenieść pozycję rynkową, jaką posiadało na pierwszym rynku i postępować w sposób niezależny od swoich klientów na drugim rynku<sup>(90)</sup>. Choć w przypadku *Tetra Pak*

<sup>(86)</sup> *Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji*, op.cit., ust. 48. Jednym z najważniejszych typów barier dla wejścia są koszty bezpowrotnie utracone. Koszty te mają szczególne znaczenie w sektorze łączności elektronicznej z uwagi na fakt, że aby stworzyć, przykładowo, wydajną sieć łączności elektronicznej w celu świadczenia usług dostępu, konieczne są znaczne inwestycje i jeśli nowy uczestnik zdecyduje się wyjść z rynku, będzie można odzyskać prawdopodobnie tylko niewielką ich część. Na bariery przy wejściu na rynek negatywny wpływ ma efekt zakresu i efekt gęstości zaludnienia, które są zasadniczo charakterystyczne dla takich sieci. Dlatego koszty w przypadku dużej sieci będą prawdopodobnie zawsze niższe od mniejszej sieci, wskutek czego nowa firma na rynku, aby przejąć duży udział w rynku i móc konkurować, musi ustalić ceny na poziomie niższym od firmy dominującej, co powoduje, że koszty te trudniej jest odzyskać.

<sup>(87)</sup> Sprawy łączone C-241/91 P i C-242/91 P, *RTE i ITP przeciwko Komisji*, [1995] Zb.Orz. I-743, sprawa C-7/97, *Oscar Bronner* [1998] Zb.Orz. I-7791 oraz sprawy łączone T-374/94, T-375/94, T-384/94 i T-388/94, *European Night Services i inni przeciwko Komisji* [1998] Zb.Orz. II-3141.

<sup>(88)</sup> Sprawa nr COMP/M.1741 – *MCI WorldCom/Sprint*, motyw 196.

<sup>(89)</sup> Sprawa C-333/94 P, *Tetra Pak przeciwko Komisji* [1996] Zb. Orz. I-5951.

<sup>(90)</sup> Patrz również: sprawa nr COMP/M.2146 – *Tetra Laval/Sidel*, motyw 325–389, *rozpatrywana przez sąd*, T-5/02.

rynki, które ujęto całościowo, na których Tetra Pak zajmował pozycję dominującą były rynkami horyzontalnymi, to ściśle związki, w znaczeniu orzecznictwa Trybunału, najczęściej występują na rynkach zintegrowanych wertykalnie. W sektorze telekomunikacyjnym częste jest, że dany operator ma wyjątkowo silną pozycję na rynku infrastruktury i na rynkach poniżej rynku infrastruktury<sup>(91)</sup>. W takiej sytuacji krajowy organ regulacyjny może uznać za stosowne, że operator taki ma znaczącą pozycję rynkową na obydwu rynkach razem wziętych. Jednak w praktyce, jeśli przedsiębiorstwo zostanie uznane za posiadające znaczącą pozycję rynkową na wcześniejszym rynku hurtowym lub rynku dostępu, krajowe organy regulacyjne będą zazwyczaj w stanie zapobiec ewentualnemu efektom ubocznym lub efektem dźwigni na dalszy rynek detaliczny lub rynek usług, nakładając na to przedsiębiorstwo któryś z obowiązków przewidzianych w dyrektywie o dostępie, które mogą być właściwe dla uniknięcia takich skutków. W związku z tym tylko wówczas jeśli nałożenie obowiązków *ex ante* na przedsiębiorstwo, które jest dominujące w rynku (dostępu) wcześniejszym nie prowadziłoby do efektywnej konkurencji na rynku (detalicznym) dalszym, krajowe organy regulacyjne powinny zbadać, czy zastosowanie ma art. 14 ust. 3 dyrektywy ramowej.

86. Powyższe rozważania mają również znacznie dla rynków horyzontalnych<sup>(92)</sup>. Poza tym, niezależnie od tego, czy badany rynek to rynek wertykalny czy horyzontalny, obydwa te rynki powinny być rynkami łączności elektronicznej w znaczeniu art. 2 dyrektywy ramowej i wykazywać takie cechy, które uzasadniałyby nałożenie obowiązków regulacyjnych *ex ante*<sup>(93)</sup>.

<sup>(91)</sup> Patrz: Obwieszczenie o dostępie, ust. 65.

<sup>(92)</sup> W przypadku rynków horyzontalnych, analiza rynku powinna się koncentrować na ustaleniu, czy istnieją bliskie więzi pozwalające przedsiębiorstwu dominującemu na jednym rynku zachowywać się w sposób niezależny od swoich konkurentów na rynku sąsiednim. Istnienie takich więzi można stwierdzić poprzez odniesienie do sposobu, w jaki zachowują się dostawcy i odbiorcy na rozważanym rynku (ci sami klienci i/lub dostawcy na obu rynkach, tzn., klienci kupujący zarówno detaliczne rozmowy głosowe, jak i detaliczny dostęp do Internetu) lub fakt, że produkt lub usługa wejściowa są w głównej mierze takie same (tzn. udostępnienie przez operatora stacjonarnej infrastruktury sieciowej dla ISPs dla hurtowego rozpoczęcia rozmów i hurtowego kończenia rozmów); patrz również: sprawa T-83/91, *Tetra Pak przeciwko Komisji*, op.cit., ust. 120 i sprawa nr COMP/M.2416 – *Tetra Laval/Sidel*.

<sup>(93)</sup> Artykuł 14 ust. 3 dyrektywy ramowej nie ma być stosowany w odniesieniu do danego rynku przeniesieniu siły rynkowej z rynku „regulowanego” na rynek wschodzący, „nieregulowany”. W takim wypadku wszelkie nadużycia na rynku „wschodzącym” będą zazwyczaj rozpatrywane w ramach art. 82 Traktatu WE.

### 3.1.2. Dominacja łączna

87. Zgodnie z art. 82 Traktatu WE i art. 54 Porozumienia EOG pozycję dominującą może posiadać jedno lub większa liczba przedsiębiorstw („dominacja łączna”). Artykuł 14 ust. 2 dyrektywy ramowej stanowi również, że przedsiębiorstwo może posiadać znaczącą pozycję rynkową, tj. zajmować taką pozycję samodzielnie lub wspólnie z innymi.

88. W obwieszczeniu o dostępie Komisja stwierdziła, że pomimo iż w chwili obecnej zarówno praktyka, jak i orzecznictwo Trybunału są wciąż opracowywane, to uznaje, że dwa lub większa liczba przedsiębiorstw posiadają pozycję dominującą, kiedy posiadają w znacznej mierze tę samą pozycję w stosunku do klientów i konkurentów, jaką posiada przedsiębiorstwo samodzielne, które zajmuje pozycję dominującą, pod warunkiem, że między nimi nie istniała efektywna konkurencja. W praktyce, brak konkurencji mógł być spowodowany istnieniem pomiędzy tymi przedsiębiorstwami pewnych więzi. Komisja jednak stwierdziła również, że istnienie takich więzi nie stanowi podstawowego warunku uznania ich dominacji łącznej<sup>(94)</sup>.

89. Od momentu opublikowania obwieszczenia o dostępie koncepcja dominacji łącznej była badana w wielu decyzjach, które podjęła Komisja w ramach rozporządzenia 17 i w ramach rozporządzenia o kontroli połączeń. Poza tym Sąd Pierwszej Instancji i Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich wydały orzeczenia, które miały dalszy wkład w wyjaśnienie dokładnego zakresu tej koncepcji.

#### 3.1.2.1. Orzecznictwo Sądu Pierwszej Instancji/ Trybunału Sprawiedliwości

90. Wyrażenie „jedno lub więcej przedsiębiorstw” w art. 82 Traktatu WE i art. 54 Porozumienia EOG oznacza, że pozycję dominującą może posiadać jeden lub większa liczba podmiotów gospodarczych niezależnych od siebie ekonomicznie<sup>(95)</sup>.

91. Aż do momentu orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Compagnie Maritime Belge*<sup>(96)</sup> i orzeczenia Sądu Pierwszej Instancji w sprawie *Gencor*<sup>(97)</sup> (patrz: poniżej), można było się spierać, czy stwierdzenie dominacji łącznej zależało od

<sup>(94)</sup> Obwieszczenie o dostępie, ust. 79.

<sup>(95)</sup> Sprawy łączone C-395/96 P i C-396/96 P, *Compagnie maritime Belge i inni przeciwko Komisji* [2000] Zb.Orz. I-1365.

<sup>(96)</sup> Jak w ust. 39.

<sup>(97)</sup> Sprawa T102/96, *Gencor przeciwko Komisji* [1999] Zb.Orz. II-753.

- istnienia więzi ekonomicznych w sensie więzi strukturalnych lub innych czynników, które mogły stanowić podstawę związku pomiędzy właściwymi przedsiębiorstwami<sup>(98)</sup>. Pytanie, czy dominacja łączna może dotyczyć również rynku na którym panuje oligopol, tzn. rynku, na którym jest niewielu sprzedawców, w przypadku braku jakichkolwiek więzi pomiędzy przedsiębiorstwami obecnymi na takim rynku, po raz pierwszy zadano w sprawie *Gencor*. Sprawa dotyczyła zgodności prawnej decyzji przyjętej przez Komisję w ramach rozporządzenia o kontroli połączeń zakazującej notyfikowanych transakcji na tej podstawie, że prowadziłyby to do duopolu na rynku podatnego na powstanie sytuacji dominacji oligopolistycznej<sup>(99)</sup>. Strony dowodziły przez Sądem Pierwszej Instancji, że Komisja w świetle istniejącego orzecznictwa nie udowodniła istnienia „więzi” pomiędzy członkami duopolu.
92. Sąd Pierwszej Instancji odrzucił wniosek stwierdzając, że, między innymi, brak było precedensu prawnego sugerującego, że pojęcie „więzi ekonomiczne” ogranicza się do pojęcia więzi strukturalnych pomiędzy właściwymi przedsiębiorstwami: według Sądu Pierwszej Instancji „brak jest podstaw prawnych lub ekonomicznych, aby wykluczyć z pojęcia więzi ekonomicznych stosunek wzajemnej zależności panujący pomiędzy stronami w stosunku do oligopolu, w ramach których, na rynku o odpowiedniej charakterystyce, w szczególności jeśli chodzi o koncentrację rynkową, przejrzystość i jednorodność produktu, strony takie są w stanie przewidzieć wzajemne zachowanie i dlatego istnieje dla nich mocna zachęta do tego, aby dostosowywać swoje zachowanie na rynku, w szczególności w sposób maksymalizujący ich wspólne zyski, ograniczając produkcję, celem podwyższenia cen. W takim kontekście każdy handlowiec jest świadomy, że prowadzone przez niego bardzo konkurencyjne działania mające na celu zwiększenie swojego udziału w rynku (przykładowo obniżka cen), spowodują identyczne działania ze strony innych, także ruch taki nie przyniesie mu żadnych korzyści. Dlatego obniżenie poziomu cen będzie miało wpływ na wszystkich handlowców”<sup>(100)</sup>. Sąd wykazał, że warunki rynkowe mogą być takie, że „każde przedsiębiorstwo może sobie uświadomić wspólny interes, a w szczególności podwyższyć ceny bez potrzeby zawierania porozumień lub stosowania praktyk uzgodnionych”<sup>(101)</sup>.
93. Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie *Gencor* potwierdził następnie Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Compagnie Maritime Belge*, gdy Trybunał wyjaśnił, jak powinno się rozumieć pojęcie dominacji łącznej i które warunki muszą być spełnione, zanim dokona się takiego ustalenia. Według Trybunału, aby wykazać, że dwa lub więcej przedsiębiorstwa zajmują łącznie pozycję dominującą, należy ustalić, czy dane przedsiębiorstwa wspólnie tworzą podmiot działający przeciwko swoim konkurentom, swoim partnerom handlowym lub konsumentom na danym rynku<sup>(102)</sup>. Tak się dzieje wówczas, gdy: i) brak jest efektywnej konkurencji pomiędzy danymi przedsiębiorstwami; oraz ii) przedsiębiorstwa takie przyjmują na odpowiednim rynku jednolity sposób postępowania lub wspólną politykę<sup>(103)</sup>. Tylko wówczas, gdy uzyska się twierdzącą odpowiedź na takie pytanie, można odpowiednio ustalić, czy taki wspólny podmiot faktycznie ma pozycję dominującą<sup>(104)</sup>. W szczególności trzeba określić, czy istnieją więzi ekonomiczne pomiędzy właściwymi przedsiębiorstwami, które umożliwiają im postępowanie w sposób niezależny od swoich konkurentów, klientów i konsumentów. Trybunał uznał, że stosowane porozumienie, decyzja lub praktyki uzgodnione (niezależnie od tego, czy podlegają zwolnieniom w ramach art. 81 ust. 3 Traktatu lub art. 53 ust. 3 Porozumienia EOG), mogą niewątpliwie spowodować to, że między rozważanymi przedsiębiorstwami istnieją więzi powodujące, że ich postępowanie na danym rynku, na którym działają, powoduje, że są postrzegani jako podmiot wspólny w stosunku do swoich konkurentów, partnerów handlowych i konsumentów<sup>(105)</sup>.
94. Jednak sam fakt, że dwa lub więcej przedsiębiorstwa łączy porozumienie, decyzja o stowarzyszeniu przedsiębiorstwa lub praktyki uzgodnione w znaczeniu art. 81 ust. 1 Traktatu lub art. 53 ust. 1 Porozumienia EOG nie stanowi niezbędnej podstawy do ustalenia takiego faktu. Trybunał stwierdził, „wspólną pozycję dominującą można ustalić również w oparciu o inne czynniki łączące i zależy ona od oceny ekonomicznej oraz, w szczególności, od oceny struktury rozważanego rynku”<sup>(106)</sup>.
95. Orzeczenia w sprawie *Gencor* i *Compagnie Maritime Belge* stanowią, że choć przy uzasadnianiu istnienia wspólnej pozycji dominującej można posłużyć się dodatkowo faktem istnienia powiązań strukturalnych, takie ustalenie można również poczynić w stosunku do rynku oligopolistycznego lub rynku o wysokiej koncentracji, którego sama struktura w szczególności

<sup>(98)</sup> Patrz sprawy łączone T-68/89, T-77/89 i T-78/89, *SIV i inni przeciwko Komisji* [1992] Zb.Orz. II-1403, ust. 358, sprawa C-393/92 *Almelo* [1994] Zb.Orz. I-1477, ust. 43, sprawa C-96/94, *Centro Servizi Spediporto* [1995] Zb.Orz. I-2883, ust. 33, sprawy łączone C-140/94, 141/94 oraz C-142/94, *DIP*, [1995] Zb.Orz. I-3257, ust. 62, sprawa C-70/95, *Sodemare* [1997] Zb.Orz. I-3395, ust. 46 oraz sprawy łączone C-68/94 i C-30/95 *France i inni przeciwko Komisji* [1998] Zb.Orz. I-1375, ust. 221.

<sup>(99)</sup> Sprawa nr IV/M.619 – *Gencor Lonhro* (Dz.U. L 11 z 14.1.1997, str. 30).

<sup>(100)</sup> *Gencor przeciwko Komisji*, op. cit., ust. 276.

<sup>(101)</sup> Jak w ust. 277.

<sup>(102)</sup> *Compagnie Maritime Belge transports i inni*, op. cit., ust. 39, patrz również sprawa T-342/99 *Airtours v. Commission* [2002] Zb.Orz. II-2585, ust. 76.

<sup>(103)</sup> Patrz w szczególności: *France i inni przeciwko Komisji*, op. cit., ust. 221.

<sup>(104)</sup> *Compagnie Maritime Belge*, ust. 39.

<sup>(105)</sup> Jak w ust. 44.

<sup>(106)</sup> Jak w ust. 45.

sprzyja skoordynowanemu działaniom na rynku odnośnym <sup>(107)</sup>.

### 3.1.2.2. Praktyka orzecznicza Komisji oraz załącznik II dyrektywy ramowej

96. Komisja rozważała koncepcję dominacji łącznej w wielu decyzjach przyjętych w ramach rozporządzenia o kontroli połączeń. W tych sprawach starała się upewnić, czy struktura rynków oligopolistycznych sprzyjała skoordynowanym działaniom na rynku odnośnym <sup>(108)</sup>.

97. Oceniając *ex ante* prawdopodobieństwo występowania lub pojawienia się rynku, który sprzyja lub mógłby sprzyjać dominacji łącznej pod postacią potajemnych działań, krajowe organy regulacyjne powinny przeanalizować:

- a) czy charakterystyka rynku powoduje, że sprzyja on takim działaniom potajemnym; oraz
- b) czy taka forma koordynacji ma charakter trwały, tj.: i) czy któryś z oligopolistów jest w stanie i chce odejść od skoordynowanego działania, biorąc pod uwagę, że podmioty, które tego nie uczynią, są w stanie i mają podstawy, aby na to zareagować; ii) czy kupujący/konkurenci marginalni/potencjalni uczestnicy rynku są w stanie i chcą stawić wyzwanie antykonkurencyjnemu, skoordynowanemu wynikowi działań <sup>(109)</sup>.

<sup>(107)</sup> Zastosowane tutaj wyrażenie „działania skoordynowane” nie różni się od wyrażenia „równoległe zachowanie antykonkurencyjne” również stosowane w decyzjach Komisji stosujących koncepcję dominacji łącznej (oligopolistycznej).

<sup>(108)</sup> Patrz w szczególności sprawy nr COMP/M.2498 – UPM-Kymmene/Haindl i COMP/M.2499 – Norske Skog/Parenco/Walsum, sprawa nr COMP/M.2201 – MAN/Auwärter, sprawa nr COMP/M.2097 – SCA/Matsä Tissue, sprawa nr COMP/M.1882 – Pirelli/BICC, sprawa nr COMP/M.1741 – MCI WorldCom/Sprint, rozpatrywana przez sąd, T-310/00 sprawa nr IV/M.1524 – Airtours/First Choice (Dz.U. L 93 z 13.4.2000, str. 1), rozpatrywana przez sąd T-342/99, sprawa nr IV/M.1383 – Exxon/Mobil, sprawa nr IV/M.1313 – Danish Crown/Vestjyske Slagterier (Dz.U. L 20 z 25.1.2000, str. 1), sprawa nr IV/M.1225 – Enso/Stora (Dz.U. L 254 z 29.9.1999, str. 9), sprawa nr IV/M.1016 – Price Waterhouse/Coopers & Lybrand (Dz.U. L 50 z 26.2.1999, str. 27), sprawa nr IV/M.619 – Gencor/Lonrho, cit., sprawa nr IV/M.308, Kali + Salz/MdK/Treuhand (Dz.U. L 186 z 21.7.1994, str. 38) i sprawa nr IV/M.190 – Nestlé/Perrier (Dz.U. L 356 z 5.12.1992, str. 1).

<sup>(109)</sup> Jest to w głównej mierze rodzaj analizy, jaką Komisja przeprowadzała w przeszłości w związku z dominacją łączną, patrz przykładowo: sprawa nr IV/M.190 – Nestlé/Perrier (Dz.U. L 356 z 5.12.1992, str. 1), Gencor/Lonrho, cit., sprawa nr IV/M.1383 – Exxon/Mobil, motyw 259, sprawa nr IV/M.1524 – Airtours/First Choice (Dz.U. L 93 z 13.4.2000, str. 1) oraz sprawa nr COMP/M.2499 – Norske Skog/Parenco/Walsum, motyw 76; patrz również: Airtours przeciwko Komisji, op.cit., ust. 62.

98. Analizę tę można ułatwić przy uwzględnieniu pewnej liczby kryteriów, których podsumowanie znajduje się w załączniku II dyrektywy ramowej, z których korzysta również Komisja stosując pojęcie dominacji łącznej w ramach rozporządzenia o kontroli połączeń. Zgodnie z tym Załącznikiem, „można uznać, że dwa lub większa liczba przedsiębiorstw mają łącznie pozycję dominującą w znaczeniu art. 14 nawet wówczas, gdy pomimo braku między nimi więzi strukturalnych i innych, działają na rynku, którego strukturę uznaje się za taką, która sprzyja prowadzeniu działań skoordynowanych” <sup>(110)</sup>. Bez uszczerbku dla orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości w sprawie dominacji łącznej, tak prawdopodobnie się stanie, gdy rynek spełnia pewną liczbę odpowiednich cech, w szczególności w kontekście koncentracji i przejrzystości rynku oraz innych cech podanych poniżej:

- rynek dojrzały,
- stagnacja lub umiarkowany wzrost po stronie popytu,
- niska elastyczność popytu,
- produkt jednorodny,
- podobna struktura kosztów,
- podobny udział w rynku,
- brak innowacji technicznych, dojrzała technologia,
- brak nadmiernych mocy,
- duże przeszkody dla rozpoczęcia działalności,
- brak wyrównawczej siły nabywczej,

<sup>(110)</sup> Patrz również: motyw 26 dyrektywy ramowej: „dwa lub więcej przedsiębiorstwa mogą korzystać ze wspólnej pozycji dominującej nie tylko wtedy, gdy występują pomiędzy nimi powiązania strukturalne lub inne powiązania, ale także wtedy, gdy struktura rynku właściwego sprzyja podejmowaniu skoordynowanych działań, tj. jeżeli sprzyja równoległym lub zbliżonym zachowaniom rynkowym godzącym w konkurencję’.

- brak potencjalnej konkurencji,
  - różne rodzaje więzi nieformalnych lub innych więzi pomiędzy rozważanymi przedsiębiorstwami,
  - mechanizmy odwetowe
  - brak lub mniejszy zakres konkurencji cenowej.
99. Załącznik II dyrektywy ramowej wyraźnie stwierdza, że nie jest to wykaz kompletny, ani też że kryteria te nie mają charakteru łącznego. Wykaz ten ma raczej za zadanie przedstawić rodzaje dowodów, jakich można użyć dla podparcia twierdzeń dotyczących łącznej (oligopolistycznej) dominacji pod postacią działań potajemnych<sup>(111)</sup>. Zgodnie z powyższym wykaz wskazuje również, że istnienie więzi strukturalnych pomiędzy przedsiębiorstwami nie jest warunkiem niezbędnym dla ustalenia faktu występowania łącznej pozycji dominującej. Jasne jest jednak, że gdy więzi takie istnieją, można je wykorzystać dla wyjaśnienia, w połączeniu z innymi przedstawionymi powyżej kryteriami, dlaczego jest prawdopodobne, że na danym rynku oligopolistycznym wystąpią działania skoordynowane. W przypadku braku takich więzi, aby ustalić, czy rynek sprzyja dominacji łącznej pod postacią potajemnych działań, konieczne trzeba rozważyć szereg cech tego rynku. Cechy te często przedstawia się w formie powyższego wykazu, dlatego trzeba zbadać je wszystkie i dokonać całościowej oceny, a nie mechanicznie stosować „listę kontrolną”. W zależności od okoliczności, jakie występują w danej sprawie, fakt, że w sposób wyraźny nie można ustalić występowania jednego lub innego elementu strukturalnego związanego zazwyczaj z dominacją łączną, sam w sobie nie decyduje o tym, czy należy wykluczyć prawdopodobieństwo działań skoordynowanych<sup>(112)</sup>.
100. W przypadku rynku oligopolistycznego, dla którego spełnionych zostaje większość, jeśli nie wszystkie powyższe kryteria, należy zbadać, czy w szczególności przedsiębiorstwa działające na rynku mają silną motywację do harmonizowania skoordynowanych działań rynkowych i powstrzymują się od stosowania praktyk konkurencyjnych. Tak się dzieje, gdy długoterminowe korzyści związane z postępowaniem antykonkurencyjnym przeważają nad korzyściami krótkoterminowymi związanymi ze stosowaniem zachowania konkurencyjnego.
101. Należy podkreślić, że samo stwierdzenie, iż rynek jest skoncentrowany, niekoniecznie oznacza, że jego struktura sprzyja dominacji łącznej pod postacią działań potajemnych<sup>(113)</sup>.
102. W końcu, stosując pojęcie dominacji łącznej pod postacią działań potajemnych, kryteria, które są wyznacznikiem, to takie, które są krytyczne dla skoordynowanych działań na danym rozważanym rynku. Przykładowo w sprawie nr COMP/M.2499 – *Norske Skog/Parenco/Walsum* Komisja uznała, że nawet jeśli rynki papieru gazetowego i papieru gazetowego zawierającego drewno były skoncentrowane, produkty były jednolite, popyt był wysoce nieelastyczny, siła nabywcza była ograniczona, a bariery dla wejścia były znaczne, mimo to ograniczona stabilność udziałów w rynku, brak symetrii struktury kosztów i brak przejrzystości decyzji inwestycyjnych oraz wiarygodnego mechanizmu odwetu spowodowały, że możliwość działań potajemnych pomiędzy oligopolistami była mało prawdopodobna i nietrwała<sup>(114)</sup>.

<sup>(113)</sup> Przykładowo, w sprawie nr COMP/M.2201 – *MAN/Auwärter*, mimo faktu, że obydwie strony występujące na niemieckim rynku autobusów miejskich, MAN/Auwärter i EvoBus, zaopatrywały niemal ponad połowę rynku, Komisja uznała, że istnieje ryzyko dominacji łącznej. Komisja w szczególności uznała, że istnieje małe prawdopodobieństwo cichego podziału rynku pomiędzy EvoBus a MAN/Auwärter, ponieważ brak byłoby realistycznego mechanizmu jego koordynacji. Po drugie, istotne rozbieżności pomiędzy EvoBus a MAN/Auwärter, takie jak struktury kosztów, prawdopodobnie spowodowałyby, że firmy raczej konkurowałyby ze sobą niż stosowały zmwę. Podobnie w sprawie *Alcoa/British Aluminium*, Komisja uznała, że choć obydwie strony występujące na rynku właściwym posiadały około 80 % sprzedaży, nie można było uznać, że rynek ten sprzyjał dominacji oligopolistycznej ponieważ: i) udział w rynku był chwiejny i niestabilny; oraz ii) popyt był dosyć nieregularny, wskutek czego strony miały trudności w reagowaniu na własne działania, aby potajemnie skoordynować swe zachowania. Poza tym rynek nie był przejrzysty w stosunku do cen, a kupujący posiadali znaczną siłę wyrównawczą. Wnioski Komisji zostały podparte brakiem wiarygodnego mechanizmu odwetowego, który utrzymywałby działania potajemne i fakt, że konkurencja na rynku nie opierała się jedynie o ceny, lecz zależała również w dużym stopniu od innowacyjności technologicznej i działalności posprzedażnej, sprawa nr COMP/M.2111 – *Alcoa/British Aluminium*.

<sup>(114)</sup> Podobnie w sprawie nr COMP/M.2348 – *Outokumpu/Norzink* Komisja uznała, że nawet jeśli rynek cynku składał się z niewielkiej ilości graczy, bariery dla wejścia były wysokie, a perspektywy dotyczące wzrostu popytu nie najlepsze, wskutek czego prawdopodobieństwo pojawienia się struktury rynku sprzyjającej skoordynowanym działaniom było niewielkie, jeśli można byłoby wykazać, że: i) strony nie mogły manipulować ustalaniem cen; ii) struktura kosztów producentów była asymetryczna i nie istniał żaden wiarygodny mechanizm odwetowy.

<sup>(111)</sup> Patrz: sprawa nr COMP/M.2498 – *UPM-Kymmene/Haindl* i sprawa nr COMP/M.2499 – *Norske Skog/Parenco/Walsum*, motyw 77.

<sup>(112)</sup> Patrz przykładowo: sprawa nr COMP/M.2097 – *SCA/Metsä Tissue*.

### 3.1.2.3. Dominacja łączna i sektor telekomunikacji

103. Używając pojęcia dominacji łącznej, krajowe organy regulacyjne mogą również wziąć pod uwagę decyzje podjęte w ramach rozporządzenia o kontroli połączeń w sektorze łączności elektronicznej, w ramach której Komisja zbadała, czy któraś z notyfikowanych transakcji mogła być podstawą do stwierdzenia dominacji łącznej.

104. W sprawie *MCI WorldCom/Sprint*, Komisja zbadała, czy połączony podmiot razem z Concert Alliance mogły łącznie zajmować pozycję dominującą na rynku globalnych usług telekomunikacyjnych. Biorąc pod uwagę, że operatorzy na tym rynku konkurowali ze sobą poprzez przetargi, w trakcie których oferenci byli głównie wybierani na pierwszych etapach procedury przetargowej w oparciu o możliwość świadczenia przez nich wysokiej jakości, zindywidualizowanych i wyszukanych usług, a nie na podstawie cen, w swoim dochodzeniu Komisji skoncentrowała się na zachętach dla uczestników rynku do zachowań równoważnych z zachowaniami zwycięzców danego rodzaju przetargów (i jakich zwycięzców jakich przetargów) <sup>(115)</sup>. Po szczegółowym zbadaniu struktury rynku (produkt jednorodny, wysokie bariery dla wejścia, siła wyrównawcza klientów itp). Komisja uznała, że nie była w stanie wykazać braku ograniczeń konkurencyjnych ze strony faktycznych konkurentów, co było podstawowym czynnikiem przy badaniu tego, czy zachowanie równoważne może być podtrzymane, w związku z czym postanowiła zaprzestać poszukiwania dalszych zastrzeżeń w stosunku do tego rynku <sup>(116)</sup>.

105. W sprawie *BT/Esat* <sup>(117)</sup> jednym z aspektów badanych przez Komisję było to, czy warunki rynkowe na irlandzkim rynku połączeń z Internetem typu dial-up powodowały powstawanie duopolu składającego się z operatora dominującego – Eircom – i podmiotu połączanego. Komisja uznała, że sytuacja taka nie miała miejsca z następujących powodów. Po pierwsze, udział w rynku nie był stabilny; po drugie, popyt co sześć miesięcy wzrastał podwójnie; po trzecie, produkty związane z dostępem do Internetu nie uznawano za produkty jednorodne i w końcu rozwój technologiczny był jedną z głównych cech tego rynku <sup>(118)</sup>.

106. W sprawie *Vodafone/Airtouch* <sup>(119)</sup> Komisja uznała, że połączony podmiot będzie miał łączną kontrolę nad dwoma z czterech operatorów telefonii ruchomej występujących na rynku niemieckim (tj. D2 i E-Plus, przy czym dwa pozostałe to T-Mobil i VIAG

Interkom). Biorąc pod uwagę, że wejście na ten rynek podlegało znacznej regulacji, ponieważ ilość pozwoleń była ograniczona ilością wolnych częstotliwości radiowych i że warunki rynkowe były przejrzyste, nie można było wykluczyć, że czynniki takie mogły prowadzić do pojawienia się duopolu sprzyjającego skutkom skoordynowanym <sup>(120)</sup>.

107. W sprawie *France Telecom/Orange* Komisja uznała, że przed wejściem Orange na belgijski rynek telefonii ruchomej, dwóch istniejących graczy, Proximus i Mobistar, mogło posiadać dominację łączną. Komisja zauważyła, że przez cztery lata przed wejściem Orange, obydwaj operatorzy mieli prawie podobne i przejrzyste ceny i kształtowały się one dokładnie tak samo <sup>(121)</sup>. W tej samej decyzji Komisja w dalszej części odrzuciła roszczenia osób trzecich mówiące o ryzyku wystąpienia łącznej pozycji dominującej Vodafone i France Telecom na rynku świadczenia paneuropejskich usług telefonii ruchomej międzynarodowym klientom. Inne niż istotne asymetrie pomiędzy udziałem w rynku dwóch operatorów, rynek uznano za wschodzący, charakteryzujący się rosnącym popytem i wieloma rodzajami różnych usług w zakresie oferty i ceny <sup>(122)</sup>.

#### 4. NAŁOŻENIE, UTRZYMANIE, ZMIANA LUB UCHYLENIE OBOWIĄZKÓW NA PODSTAWIE RAM REGULACYJNYCH

108. W sekcji 3 tych wytycznych, zajęto się analizą rynków odnośnych, jaką krajowe organy regulacyjne muszą wykonywać w ramach art. 16 dyrektywy ramowej dla określenia, czy na rynku występuje efektywna konkurencja, tzn. czy na rynku są przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą. Niniejsza sekcja wyjaśnia również, które krajowe organy regulacyjne powinny podjąć działania w wyniku takiej analizy, tzn. odpowiednio nałożyć, utrzymać, zmienić lub uchylić właściwe obowiązki regulacyjne w stosunku

<sup>(120)</sup> Jak w ust. 28. Prawdopodobieństwo powstania rynku duopolistycznego dotyczyło jedynie trzech największych operatorów telefonii ruchomej, tj. D2 i E-Plus, z jednej strony, oraz T-Mobil z drugiej strony, zakładając, że udział w rynku VIAG Interkom wynosił poniżej 5 %. Obawy Komisji zostały ostatecznie rozwiane po tym, jak strony zaproponowały zbycie całości udziałów Vodafone w E-Plus.

<sup>(121)</sup> Sprawa nr COMP/M.2016 – France Telecom/Orange, ust. 26.

<sup>(122)</sup> Jak w ust. 39–40. W dokumencie roboczym zatytułowanym „Wstępne ustalenia dochodzenia sektorowego na rynku opłat roamingowych w telefonii ruchomej”, Komisja odniosła się do i) prawdopodobieństwa istnienia wielu powiązań ekonomicznych pomiędzy operatorami telefonii ruchomej, przede wszystkim poprzez umowy o wzajemnym połączeniu, członkostwo w GSM Association, forum WAP i UMTS, fakt, że warunki umów roamingowych były prawie standardowe oraz ii) prawdopodobieństwa istnienia sporych barier dla wejścia na rynek. Komisja we wstępnym oszacowaniu podkreśliła również, że fakt, iż rynkiem telefonii ruchomej rządzi generalnie technologia, wydaje się nie mieć wpływu na warunki konkurencji panujące na międzynarodowym, hurtowym rynku roamingu, patrz: [http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/sector\\_inquiries/roaming/](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/roaming/), strona 24 i 25.

<sup>(115)</sup> Patrz: sprawa nr COMP/M.1741 – *MCI WorldCom/Sprint*, motyw 263.

<sup>(116)</sup> Jak w motywach 257–302.

<sup>(117)</sup> Sprawa nr COMP/M.1838 – *BT/Esat*.

<sup>(118)</sup> Jak w motywach 10–14.

<sup>(119)</sup> Sprawa nr IV/M.1430 – *Vodafone/Airtouch*.

do przedsiębiorstw, które uzna, że posiadają znaczącą pozycję rynkową. W sekcji tej opisano również okoliczności, w których wyjątkowo można nałożyć obowiązki podobne to tych, nakładanych w przypadku wystąpienia znaczącej pozycji rynkowej w stosunku do przedsiębiorstw, które uznano, że nie posiadają znaczącej pozycji rynkowej.

109. Konkretnie obowiązki regulacyjne, które można nałożyć na przedsiębiorstwo mające znaczącą pozycję rynkową, stosuje się zarówno na rynku hurtowym jak i detalicznym. Zasadniczo obowiązki dotyczące rynku hurtowego opisano w art. 9–13 dyrektywy o dostępie. Obowiązki odnoszące się do rynku detalicznego opisano w art. 17–19 dyrektywy o usłudze powszechnej.
110. Obowiązki określone w dyrektywie o dostępie to: przejrzystość (art. 9); obowiązek niedyskryminacji (art. 10); rozdzielność księgowa (art. 11), obowiązki związane z dostępem i użytkowaniem specyficznych urządzeń sieciowych (art. 12) oraz kontrola cen i obowiązki związane z systemem księgowania kosztów (art. 13). Poza tym w art. 8 dyrektywy o dostępie jest mowa o tym, że krajowe organy regulacyjne mogą nałożyć obowiązki spoza tego wykazu. W tym celu muszą przedstawić organowi nadzoru wniosek, a ten podejmie decyzję, po zasięgnięciu rady Komitetu ds. łączności EFTA, o tym, czy właściwy krajowy organ regulacyjny może nałożyć takie obowiązki.
111. Obowiązki ustalone w dyrektywie o usłudze powszechnej obejmują: kontrole regulacyjne w usługach detalicznych (art. 17), dostępność minimalnego zestawu łączy dzierżawionych (art. 18 i załącznik VII) i wyboru wstępnego dostawcy (art. 19).
112. Zgodnie z ramami regulacyjnymi, obowiązki te należą nakładać tylko na przedsiębiorstwa, w stosunku do których się uzna, że posiadają znaczącą pozycję rynkową na rynku odnośnym, za wyjątkiem pewnych określonych przypadków, podanych w sekcji 4.3 tych wytycznych.
- 4.1. **Nałożenie, utrzymanie, zmiana lub uchylenie obowiązków w stosunku do operatorów posiadających znaczącą pozycję rynkową**
113. Zgodnie z sekcją 1, pojęcie konkurencji efektywnej oznacza, że na rynku odnośnym nie ma przedsiębiorstwa dominującego (mającego znaczącą pozycję rynkową). Innymi słowy, uznanie, że na rynku odnośnym istnieje efektywna konkurencja oznacza, że na rynku nie występuje dominacja samodzielna lub łączna. I odwrotnie, jeśli się uzna, że na rynku odnośnym nie ma efektywnej konkurencji, oznacza to, że na rynku występuje dominacja samodzielna lub łączna.
114. Jeśli krajowy organ regulacyjny uzna, że na rynku odnośnym istnieje efektywna konkurencja, wówczas zgodnie z art. 16 dyrektywy ramowej nie, można nałożyć obowiązków na żadnego operatora na rynku odnośnym. Jeśli krajowy organ regulacyjny uprzednio nałożył obowiązki regulacyjne na przedsiębiorstwo (przedsiębiorstwa) na danym rynku, musi on takie obowiązki uchylić i nie może nałożyć na to przedsiębiorstwo (przedsiębiorstwa) żadnego nowego

obowiązku. Zgodnie z art. 16 ust. 3 dyrektywy ramowej, jeżeli krajowy organ regulacyjny zaproponuje uchylenie istniejących obowiązków regulacyjnych, wówczas musi dany podmiot odpowiednio wcześniej o tym zawiadomić.

115. Jeśli krajowy organ regulacyjny uzna, że na rynku odnośnym nie ma efektywnej konkurencji, ponieważ istnieje przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą, zgodnie z art. 16 ust. 4 dyrektywy ramowej musi określić odnośne przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa mające znaczącą pozycję rynkową i nałożyć na nie odpowiednie obowiązki regulacyjne. Jednak samo ustalenie, że przedsiębiorstwo ma znaczącą pozycję rynkową na danym rynku bez nałożenia odpowiednich obowiązków regulacyjnych jest niezgodne z przepisami nowych ram regulacyjnych, zwłaszcza art. 16 ust. 4 dyrektywy ramowej. Innymi słowy, krajowe organy regulacyjne muszą nałożyć przynajmniej jeden obowiązek regulacyjny na przedsiębiorstwo, w stosunku do którego uznano, że posiada znaczącą pozycję rynkową. Jeżeli krajowy organ regulacyjny uzna, że istnieje więcej niż jedno przedsiębiorstwo dominujące, tzn. że występuje dominacja łączna, wówczas również powinien określić najważniejsze obowiązki regulacyjne, jakie trzeba nałożyć w oparciu o zasadę proporcjonalności.
116. Jeśli przedsiębiorstwo uprzednio podlegało obowiązkowi w wyniku ram regulacyjnych z roku 1998, krajowy organ regulacyjny w oparciu o nową analizę rynku wykonaną zgodnie z art. 16 dyrektywy ramowej i te wytyczne musi ustalić, czy w ramach nowych ram regulacyjnych obowiązki takie nadal są stosowne. Jeśli organ uzna, że zgodnie z nowymi ramami, przedsiębiorstwo na odnośnym rynku ma znaczącą pozycję rynkową, wówczas można utrzymać obowiązki regulacyjne podobne do tych nałożonych w ramach ram regulacyjnych z roku 1998. Ewentualnie obowiązki takie można zmienić lub nałożyć nowe przewidziane nowymi ramami, w zależności od tego, co krajowy organ regulacyjny uzna za stosowne.
117. Za wyjątkiem przepisów dyrektywy nakazujących stosowanie określonych środków prawnych w ramach art. 18 i 19 dyrektyw o usłudze powszechnej, krajowe organy regulacyjne dla zaradzenia danemu problemowi na rynku, na którym występuje efektywna konkurencja, będą musiały wybrać obowiązki regulacyjne z zakresu ustalonego w dyrektywach. Jeżeli krajowe organy regulacyjne zamierzają nałożyć obowiązki w zakresie dostępu i wzajemnego połączenia inne od tych podanych w dyrektywie o dostępie, muszą przedstawić wniosek organowi nadzoru do zatwierdzenia z proponowanym zakresem działań. Organ nadzoru przed podjęciem decyzji musi zasięgnąć opinii EFTA.
118. Prawo EOG, a w szczególności art. 8 dyrektywy ramowej wymaga, aby krajowe organy regulacyjne zapewniły, że środki, jakie nakładają na operatorów posiadających znaczącą pozycję rynkową w ramach art. 16 dyrektywy ramowej, mają uzasadnienie w stosunku do celów określonych w art. 8 i są proporcjonalne do uzyskania tych celów. Dlatego obowiązki nałożone przez krajowe organy regulacyjne muszą być proporcjonalne do problemu, jaki ma być naprawiony. Artykuł 7 dyrektywy ramowej wymaga,

aby krajowe organy regulacyjne zawiadamiając krajowe organy regulacyjne i organ nadzoru o danym środku określiły tok rozumowania, na którym opierają się wszelkie proponowane środki. Dlatego poza analizą rynku wspierającą fakt stwierdzenia występowania znaczącej pozycji rynkowej, krajowe organy regulacyjne w ramach swych decyzji muszą podawać uzasadnienie proponowanych środków w odniesieniu do celów art. 8, jak i wyjaśnić dlaczego ich decyzję należy uznać za proporcjonalną.

119. Głównym kryterium, jakie stosuje organ nadzoru przy ocenie środków proponowanych przez krajowe organy regulacyjne w ramach procedury art. 7 dyrektywy ramowej, jest zasada proporcjonalności. Zasada proporcjonalności jest zakorzeniona w prawie EOG<sup>(123)</sup>. Zasadniczo, zasada proporcjonalności wymaga, aby środki stosowane dla uzyskania danego celu nie wykraczały ponad to, co jest właściwe i konieczne dla uzyskania takiego celu. Aby stwierdzić, że proponowany środek jest zgodny z zasadą proporcjonalności, działania, jakie trzeba podjąć, muszą być zgodne z prawnym celem, a środki użyte dla uzyskania celu, muszą być niezbędne i jak najmniej uciążliwe, tzn. musi być to minimum potrzebne dla uzyskania celu.

120. Jednak zwłaszcza we wczesnych etapach stosowania nowych ram, organ nadzoru nie oczekuje od krajowych organów regulacyjnych uchylenia istniejących obowiązków regulacyjnych dotyczących operatorów posiadających znaczącą pozycję rynkową, które zostały przyjęte w reakcji na potrzebę regulacji prawnych, które pozostaną odpowiednie, bez przedstawiania wyraźnych dowodów, że obowiązki osiągnęły swój cel i nie są potrzebne, ponieważ uważa się, że konkurencja na odnośnym rynku jest efektywna. W nowych ramach regulacyjnych, dla naprawy różnych zidentyfikowanych problemów dostępne są różne środki prawne i środki te powinno się dostosować do tych konkretnych problemów.

121. W przypadku konsultacji z organem nadzoru zgodnie z art. 7 ust. 3 dyrektywy ramowej, sprawdza on również, czy proponowane środki, jakie podejmują krajowe organy regulacyjne, są w całości zgodne z ramami regulacyjnymi i oceni wpływ proponowanego środka na funkcjonowanie Porozumienia EOG.

122. Jeśli w różnych Państwach EOG występują podobne sytuacje, organ nadzoru pomoże w jak największym zakresie krajowym organom regulacyjnym w zapewnieniu, że wybierając środki prawne, stosują one spójne podejście. Poza tym zgodnie z art. 7 ust. 2 dyrektywy ramowej, krajowe organy regulacyjne będą starały się uzgodnić rodzaj środków prawnych, które najlepiej odpowiadają konkretnej sytuacji na danym rynku.

#### 4.2. Rynki przejściowe: decyzje i wspólna analiza wykonywana przez krajowe organy regulacyjne

123. Artykuł 15 ust. 4 dyrektywy ramowej daje organowi nadzoru, po konsultacji z krajowymi organami regulacyjnymi i Komitetem ds. łączności EFTA, prawo podjęcia decyzji identyfikującej rynki ponadnarodowe pomiędzy dwoma lub większą liczbą Państw EFTA. Artykuł 15 ust. 4 dyrektywy ramowej zawarty w Porozumieniu EOG<sup>(124)</sup> przewiduje identyfikację takich rynków ponadnarodowych, które mają wpływ zarówno na Państwo EFTA i Państwo Członkowskie WE. W takim wypadku, organ nadzoru i Komisja współpracują w celu uzgodnienia identycznych decyzji mających za zadanie identyfikację zintegrowanego rynku przejściowego, który ma wpływ na Państwo EFTA i Państwo Członkowskie WE. Ogólne zasady współpracy w ramach art. 109 Porozumienia EOG stosuje się *mutatis mutandis*.

124. Zgodnie z zapisami art. 16 ust. 5 dyrektywy ramowej właściwe krajowe organy regulacyjne muszą wspólnie prowadzić analizę rynku i zdecydować, czy należy nałożyć obowiązki. W praktyce, oczekuje się, że Europejski Organ Nadzoru będzie stanowił właściwe forum takiej wspólnej analizy, lecz uznaje się, że konieczne będą również inne spotkania wielostronne i współpraca wielostronna.

125. Zasadniczo, wspólna analiza wykonywana przez krajowe organy regulacyjne będzie podlegała podobnej procedurze (np. konsultacjom publicznym), co procedury wymagane w przypadku prowadzenia analizy rynku przez krajowy organ regulacyjny samodzielnie. Należy opracować dokładne ustalenia dotyczące analizy wspólnej i podejmowania decyzji.

#### 4.3. Nałożenie pewnych określonych obowiązków regulacyjnych na operatorów nie mających znaczącej pozycji rynkowej

126. Poprzednie sekcje określały procedury w ramach których na przedsiębiorstwa mające znaczącą pozycję rynkową nakładało się pewne określone obowiązki w ramach art. 7 i 8 dyrektywy o dostępie i art. 16-19 dyrektywę o usłudze powszechnej. W wyjątkowych przypadkach, podobne obowiązki można nałożyć na operatorów innych niż ci, w stosunku do których uznano, że posiadają znaczącą pozycję rynkową. Dzieje się tak w następujących przypadkach podanych w art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie:

- obowiązki obejmujące w szczególności dostęp do systemów dostępu warunkowego, obowiązki wzajemnych połączeń dla zapewnienia interoperacyjności typu koniec-koniec oraz dostęp do

<sup>(123)</sup> Patrz przykładowo: sprawa E-3/00 Urzędu Nadzoru EFTA przeciwko Królestwu Norwegii [2001] Raporty sądowe EFTA, strona 73, ust. 27ff.

<sup>(124)</sup> Artykuł 1 ust. 1 lit. d) decyzji Komitetu Łącznego EOG nr 11/2004 z 6 lutego 2004 r. zmieniająca załącznik II (Rozporządzenia techniczne, standardy, testy i certyfikaty), załącznik X (Usługi audiowizualne) i załącznik XI (Usługi telekomunikacyjne) do Porozumienia EOG.

interfejsów programu aplikacyjnego i elektronicznych przewodników po programach dla zapewnienia dostępu do określonych szerokopasmowych usług telewizyj i radia cyfrowego (art. 5 ust. 1, 5 ust. 2 oraz 6 dyrektywy o dostępie),

- obowiązki, jakie krajowe organy regulacyjne mogą nałożyć w zakresie kolokacji, gdy zasady dotyczące ochrony środowiska, zdrowia, bezpieczeństwa lub urbanistyczne pozbawiają inne przedsiębiorstwa realnych alternatyw kolokacji (art. 12 dyrektywy ramowej),
- obowiązki rozdzielania księgowości dla przedsiębiorstw świadczących usługi łączności elektronicznej, które posiadają specjalne lub wyłączne prawa w innych sektorach (art. 13 dyrektywy ramowej),
- obowiązki związane ze zobowiązaniami, jakie czyni przedsiębiorstwo w trakcie konkurencyjnej lub porównawczej procedury selekcji na prawo do korzystania z częstotliwości radiowej (warunek B7 Załącznika do dyrektywy o pozwoleniach, stosowany w ramach art. 6 ust. 1 dyrektywy),
- obowiązki realizowania połączeń do abonentów korzystających z określonej przestrzeni numerowej i obowiązki konieczne dla stosowania przeniesienia numeru (art. 27, 28 i 30 dyrektywy o usłudze powszechnej),
- obowiązki wynikające z konkretnych przepisów dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej.

## 5. PRAWA WYNIKAJĄCE Z PROCEDUR BADANIA I WSPÓŁPRACY DLA CELÓW ANALIZY RYNKU

### 5.1. Podsumowanie

127. Ta sekcja wytycznych opisuje procedury dotyczące praw krajowego organu regulacyjnego w zakresie pozyskiwania informacji niezbędnych dla wykonania analizy rynku.
128. W ramach regulacyjnych znajdują się przepisy umożliwiające krajowym organom regulacyjnym żądanie od przedsiębiorstw udostępnienia sieci łączności cyfrowej i usług tak, aby uzyskać wszelkie informacje, łącznie z informacjami poufnymi, niezbędne im do oceny stanu konkurencji na rynku odnośnym i nałożenia *ex ante* odpowiednich obowiązków i zagwarantowania zgodności z ramami regulacyjnymi.
129. W tej sekcji wytycznych znajdują się również informacje na temat środków gwarantujących skuteczną współpracę pomiędzy krajowymi organami regulacyjnymi a krajowymi organami konkurencji na poziomie kraju oraz pomiędzy krajowymi organami regulacyjnymi oraz pomiędzy krajowymi organami regulacyjnymi i organem nadzoru na poziomie EOG, jak i zintegrowanym pomiędzy krajowymi organami regulacyjnymi z Państw EFTA a krajowymi organami regulacyjnymi w państwach WE poprzez organ

nadzoru i Komisję. W szczególności sekcja ta zajmuje się wymianą informacji pomiędzy tymi organami.

130. Na wielu rynkach łączności elektronicznej dokonuje się szybki postęp a ich struktura szybko ulega zmianie. Krajowe organy regulacyjne powinny zapewnić, że zarówno ocena efektywnej konkurencji, konsultacje publiczne oraz ustalenie operatorów posiadających znaczącą pozycję rynkową, odbywa się w rozsądnym okresie czasu. Wszelkie zbędne opóźnienia w wydaniu decyzji mogą mieć szkodliwy wpływ na zachęty inwestycyjne ze strony przedsiębiorstw na rynku odnośnym, a więc na interes konsumentów.

### 5.2. Analiza rynku i prawo do badania

131. Zgodnie z art. 16 ust. 1 dyrektywy ramowej krajowe organy regulacyjne muszą wykonywać analizę rynków odnośnych oznaczonych w zaleceniu i decyzji, tuż po ich przyjęciu lub przeglądzie. Wnioski analizy każdego z rynków odnośnym wraz z proponowanymi działaniami regulacyjnymi muszą zostać opublikowane i należy przeprowadzić konsultacje publiczne zgodnie z opisem znajdującym się w sekcji 6 tych wytycznych.
132. Aby przeprowadzić analizę rynku, krajowe organy regulacyjne najpierw muszą zabrać wszelkie informacje, jakie uznają za konieczne dla oceny pozycji rynkowej na danym rynku. W stopniu, w jakim informacje takie będą musiały zostać uzyskane bezpośrednio od przedsiębiorstw, art. 11 dyrektywy o zezwoleniach stanowi, że przedsiębiorstwa na podstawie warunków swoich uprawnień ogólnych muszą dostarczyć informacje niezbędne krajowym organom regulacyjnym do wykonywania analizy rynku w znaczeniu art. 16 ust. 2 dyrektywy ramowej. Sankcjonuje to bardziej ogólne zobowiązanie art. 5 ust. 1 dyrektywy ramowej, które stanowi, że Państwa EFTA zapewnią, iż przedsiębiorstwa udostępniające sieci i usługi łączności elektronicznej, dla zapewnienia zgodności z prawem EOG, przedstawiają wszelkie niezbędne informacje krajowym organom regulacyjnym.
133. Kiedy krajowe organy regulacyjne poproszą przedsiębiorstwo o informacje, powinny wówczas podać powody uzasadniające taki wniosek i termin w jakim należy je dostarczyć. Zgodnie z art. 10 ust. 4 dyrektywy o zezwoleniach, krajowe organy regulacyjne mogą być upoważnione do nakładania kar finansowych na przedsiębiorstwa za niedostarczenie informacji.
134. Zgodnie z art. 5 ust. 4 dyrektywy ramowej krajowe organy regulacyjne muszą opublikować wszelkie informacje mające wpływ na funkcjonowanie otwartego i konkurencyjnego rynku, działając zgodnie z krajowymi zasadami dostępu publicznego do informacji i zgodnie z zasadami EOG i zasadami krajowymi dotyczącymi tajemnicy handlowej.
135. Jednak jeśli chodzi o informacje, których charakter jest poufny, przepisy art. 5 ust. 3 dyrektywy ramowej wymagają, aby krajowe organy regulacyjne zagwarantowały ich poufność zgodnie z zasadami EOG

i zasadami krajowymi dotyczącymi tajemnicy handlowej. Obowiązek ten dotyczy również informacji uzyskanych z zachowaniem poufności od innego publicznego organu nadzoru.

### 5.3. Procedury współpracy

#### ***Pomiędzy krajowymi organami regulacyjnymi a krajowymi organami ds. ochrony konkurencji***

136. Artykuł 16 ust. 1 dyrektywy ramowej wymaga od krajowych organów regulacyjnych, aby w miarę potrzeby wiązały krajowe organy ds. ochrony konkurencji z analizami rynku. Państwa EFTA powinny wdrożyć procedury niezbędne dla zagwarantowania, że analiza w ramach art. 16 dyrektywy ramowej jest wykonywana skutecznie. W trakcie prowadzenia przez krajowe organy regulacyjne analiz rynku zgodnie z metodologią prawa konkurencji EOG, bardzo istotne są poglądy dotyczące oceny konkurencji krajowych organów ds. ochrony konkurencji. Bardzo istotną będzie współpraca pomiędzy krajowymi organami regulacyjnymi a krajowymi organami ds. ochrony konkurencji, lecz za prowadzenie właściwych analiz prawnie odpowiedzialne pozostają krajowe organy regulacyjne. Jeżeli w ramach prawa krajowego zadania przydzielone na podstawie art. 16 dyrektywy ramowej realizują dwa lub więcej oddzielne organy regulacyjne, dla zapewnienia spójnej analizy rynków odnośnych, Państwa EFTA powinny zagwarantować jasny podział zadań i stworzyć procedury konsultacji i współpracy pomiędzy tymi organami regulacyjnymi.

137. Artykuł 3 ust. 5 dyrektywy ramowej wymaga od krajowych organów regulacyjnych i krajowych organów ds. ochrony konkurencji, aby te dostarczały sobie wzajemnie informacje niezbędne do wdrażania ram prawnych, a uwzględniając charakter dostarczonej informacji, organ, który ją otrzymał, zapewni taki sam stopień poufności, jak organ, którą ją dostarczył. Tak więc krajowe organy ds. ochrony konkurencji powinny udzielać krajowym organom regulacyjnym wszelkich istotnych informacji uzyskanych przy pomocy swoich uprawnień badawczych i egzekucyjnych, wraz z informacjami poufnymi.

138. Informacje, jakie krajowy organ ds. ochrony konkurencji uzna za poufne, zgodnie z zasadami EOG i zasadami krajowymi dotyczącymi tajemnicy handlowej, powinno się wymieniać z krajowymi organami regulacyjnymi jedynie gdy jest to konieczne dla stosowania przepisów ram prawnych. Wymieniane informacje powinny ograniczać się do tych, które są istotne i właściwe dla celów takiej wymiany.

#### ***Pomiędzy organem nadzoru a krajowymi organami regulacyjnymi***

139. Aby ramy regulacyjne miały skuteczne i efektywne działanie, bardzo ważne jest, aby istniała bardzo intensywna współpraca pomiędzy organem nadzoru i krajowymi organami regulacyjnymi. Jest szczególnie ważne, aby odbywała się efektywna współpraca nieformalna. Współpraca ta będzie prawdopodobnie z obopólną korzyścią dzięki minimalizowaniu ewentualnych rozbieżności w podejściu, jakie przyjmują

różne krajowe organy regulacyjne, w szczególności rozbieżnych środków prawnych dla radzenia sobie z tym samym problemem<sup>(125)</sup>.

140. Zgodnie z art. 5 ust. 2 dyrektywy ramowej krajowe organy regulacyjne muszą dostarczyć organowi nadzoru informacje potrzebne do realizacji jej zadań wynikających z Porozumienia EOG. Informacje te obejmują informacje dotyczące ram regulacyjnych (wykorzystywane do kontroli zgodności z prawem działań krajowych organów regulacyjnych).

141. Krajowe organy regulacyjne muszą zapewnić, że dostarczając informacje organowi nadzoru, o które poproszono przedsiębiorstwa, informują te przedsiębiorstwa, że zostały one dostarczone organowi nadzoru.

142. Organ nadzoru również może udostępnić takie informacje innym krajowym organom regulacyjnym, chyba że krajowy organ regulacyjny, który takich informacji udziela, wyraźnie się temu sprzeciwił i przedstawił ku temu powody. Choć brak jest wymogów prawnych to nakazujących, organ nadzoru zazwyczaj informuje przedsiębiorstwo, które dostarczyło informacje, że zostały one przekazane innemu krajowemu organowi regulacyjnemu.

#### ***Pomiędzy krajowymi organami regulacyjnymi: pomiędzy krajowymi organami regulacyjnymi w Państwach EFTA a zintegrowanymi w EOG***

143. Niezwykle ważne jest, aby krajowe organy regulacyjne opracowały wspólne podejście regulacyjne na całym terytorium EOG, które pomoże w rozwoju EOG w dziedzinie łączności elektronicznej. W tym celu, krajowe organy regulacyjne muszą w ramach art. 7 ust. 2 dyrektywy ramowej współpracować ze sobą i z organem nadzoru w sposób przejrzysty dla zapewnienia spójnego stosowania nowych ram regulacyjnych we wszystkich Państwach EFTA. Organ nadzoru i Komisja będą ściśle współpracowały dla zabezpieczenia wymiany informacji zintegrowanych i jednorodnego stosowania nowych ram w całym EOG. Oczekuje się, że Europejski Organ Nadzoru będzie stanowił ważne forum współpracy.

144. Artykuł 5 ust. 2 dyrektywy ramowej przewiduje również, że krajowe organy regulacyjne będą wymieniały informacje bezpośrednio między sobą tak długo, jak jest ku temu uzasadniona przyczyna. Będzie to szczególnie istotne wówczas, gdy istnieje potrzeba przeanalizowania rynku ponadnarodowego, lecz również w ramach współpracy z Europejskim Organem Nadzoru. Krajowe organy regulacyjne muszą zachować poufność w przypadku wszystkich wymienianych informacji.

<sup>(125)</sup> Komitet ds. łączności EFTA zgodnie z dyrektywą ramową również ma na celu zapewnienie efektywnej współpracy pomiędzy organem nadzoru a Państwami EFTA.

## 6. PROCEDURY KONSULTACJI I PUBLIKACJI DECYZJI PROPONOWANYCH PRZEZ KRAJOWY ORGAN REGULACYJNY

### 6.1. Mechanizm konsultacji publicznych

145. Za wyjątkiem opisanych poniżej sytuacji pilnych, krajowy organ regulacyjny chcący podjąć środki, które będą miały znaczący wpływ na rynek odnośny, powinien dać zainteresowanym stronom możliwość skomentowania proponowanego środka. W tym celu krajowy organ regulacyjny musi przeprowadzić konsultacje publiczne dotyczące takiego środka. Jeżeli proponowany środek dotyczy decyzji związanej z określeniem znaczącej pozycji rynkowej lub jej brakiem, powinien obejmować:

- zastosowaną definicję rynku i jej uzasadnienie, za wyjątkiem informacji poufnych zgodnie z prawem EOG i prawem krajowym dotyczącym tajemnicy handlowej,
- dowody związane ze stwierdzeniem dominacji za wyjątkiem informacji zgodnie z prawem EOG i prawem krajowym dotyczącym tajemnicy handlowej wraz z określeniem zaproponowanego przedsiębiorstwa, w stosunku do którego uznaje się, że posiada ono znaczącą pozycję rynkową,
- szczegóły dotyczące obowiązków sektorowych, które krajowy organ regulacyjny proponuje nałożyć, utrzymać, zmienić lub uchylić w stosunku do powyższego przedsiębiorstwa wraz z oceną proporcjonalności proponowanego środka.

146. Okres konsultacji powinien być rozsądny. Jednak wydanie decyzji przez krajowe organy regulacyjne nie powinno się zbyt opóźniać, ponieważ może to zakłócać rozwój rynku. W przypadku decyzji dotyczących istnienia i stwierdzenia tego, że przedsiębiorstwo posiada znaczącą pozycję rynkową, organ nadzoru określa, czy okres dwóch miesięcy na konsultacje publiczne będzie rozsądny. W niektórych uzasadnionych przypadkach zastosować można inny okres. I odwrotnie, jeśli projekt decyzji dotyczącej znaczącej pozycji rynkowej proponuje się na podstawie wyników wcześniejszych konsultacji, długość okresu konsultacji w ramach tych decyzji można skrócić do poniżej dwóch miesięcy.

## 6.2. Mechanizmy konsolidacji rynku EOG w dziedzinie łączności elektronicznej

147. Jeśli krajowe organy regulacyjne zamierzają przedsięwziąć środek, który podlega zakresowi procedur definicji rynku lub analizy rynku art. 15 i 16 dyrektywy ramowej, i jeśli krajowe organy regulacyjne zastosują pewne inne określone artykuły z ram regulacyjnych<sup>(126)</sup> i gdy środki te mają wpływ na handel pomiędzy stronami Porozumienia EOG, zgodnie z art. 7 ust. 3 dyrektywy ramowej krajowy organ regulacyjny musi poinformować krajowe organy regulacyjne w innych Państwach EOG EFTA i organ nadzoru o środkach, podając ich uzasadnienie. Powinien to zrobić w momencie rozpoczęcia konsultacji publicznych. Krajowy organ regulacyjny przed podjęciem końcowej decyzji musi wówczas dać krajowym organom regulacyjnym i organowi nadzoru możliwość skomentowania proponowanych środków. Czas, jakim dysponują inne krajowe organy regulacyjne i organ nadzoru na komentarz, powinien być taki sam, jaki krajowy organ regulacyjny wyznaczył na krajowe konsultacje publiczne, chyba że jest to okres krótszy niż jeden miesiąc przewidziany w art. 7 ust. 3 dyrektywy ramowej.

148. Jeśli chodzi o środki mogące mieć wpływ na handel pomiędzy stronami Porozumienia EOG, należy to rozumieć jako środki mogące mieć wpływ, bezpośredni lub pośredni, rzeczywisty lub potencjalny, na strukturę handlu pomiędzy stronami Porozumienia EOG w sposób, który może tworzyć barierę dla funkcjonowania Porozumienia EOG<sup>(127)</sup>. W związku z tym pojęcie wpływu na handel pomiędzy stronami Porozumienia EOG może obejmować szeroki zakres środków<sup>(128)</sup>.

149. Krajowe organy regulacyjne muszą podać do publicznej wiadomości wyniki konsultacji publicznych, za wyjątkiem przypadku gdy informacje takie są poufne zgodnie z prawem EOG i prawem krajowym dotyczącym tajemnicy handlowej.

150. Za wyjątkiem dwóch przypadków szczególnych wyjaśnionych w poniższym ustępie, odnośny krajowy organ regulacyjny może przyjmując środek ostateczny po

<sup>(126)</sup> Artykuły specjalne obejmują: art. 15 i 16 dyrektywy ramowej (z czego drugi dotyczy art. 16–19 dyrektywy o usłudze powszechnej i art. 7 i 8 dyrektywy o dostępie), art. 5 i 8 dyrektywy o dostępie (z czego drugi dotyczy zobowiązań przewidzianych w art. 9–13 dyrektywy o dostępie) i art. 16 dyrektywy o usłudze powszechnej (dotyczącej art. 17–19 dyrektywy o usłudze powszechnej). Poza tym art. 6 dyrektywy o dostępie, choć nie ma o nim wyraźnej mowy w art. 7 dyrektywy ramowej, sam zawiera odnośnik do art. 7 dyrektywy ramowej, a zatem dotyczą go opisane tam procedury.

<sup>(127)</sup> Motyw 38 dyrektywy ramowej.

<sup>(128)</sup> Patrz przykładowo: sprawa E-7/01 Hegelstad [2002] Raporty sądowe EFTA, str. 322, ust. 40.

uwzględnieniu opinii wyrażonych w trakcie obowiązkowych konsultacji. Wówczas organowi należy bezwzględnie zakomunikować ostateczny środek.

### 6.3. Prawo organu nadzoru do zażądania uchylenia środków proponowanych przez krajowe organy regulacyjne

151. Zgodnie z warunkami art. 7 ust. 4 dyrektywy ramowej istnieją dwie szczególne sytuacje, w których organ nadzoru może zażądać od krajowego organu regulacyjnego uchylenia proponowanego środka, którego zakres obejmuje art. 7 ust. 3 dyrektywy ramowej:

- proponowany środek dotyczy definicji rynku odnośnego, która różni się od tej określonej w zaleceniu, lub
- proponowany środek dotyczy decyzji na temat tego, czy uznać czy nie, że przedsiębiorstwo, czy to samodzielnie lub łącznie z innymi, posiada znaczącą pozycję rynkową.

152. W przypadku obydwu powyższych sytuacji, gdy organ nadzoru wskazał krajowemu organowi regulacyjnemu w trakcie procesu konsultacji, że uważa, że proponowany środek stworzy barierę w funkcjonowaniu Porozumienia EOG lub gdy organ nadzoru ma poważne wątpliwości dotyczące zgodności proponowanego środka z prawem EOG, wówczas przyjęcie środka należy opóźnić o maksymalnie dwa dodatkowe miesiące.

153. W trakcie tego dwumiesięcznego okresu, organ nadzoru może, po konsultacji z Komitetem ds. łączności EFTA zgodnie z odnośną procedurą doradczą, podjąć decyzją zobowiązującą krajowy organ regulacyjny do uchylenia proponowanego środka. Do decyzji organu nadzoru dołączona zostanie szczegółowa i obiektywna analiza uzasadniająca, dlaczego organ uważa, że proponowanego środka nie powinno się przyjąć wraz z konkretnymi propozycjami zmiany proponowanego środka. Jeśli organ nadzoru nie podejmie decyzji w tym okresie, krajowy organ regulacyjny może przyjąć proponowany środek.

### 6.4. Sprawy pilne

154. W sytuacji wyjątkowej krajowe organy regulacyjne dla ochrony konkurencji i interesów odbiorców mogą

działać w trybie pilnym. Krajowy organ regulacyjny może więc, w wyjątkowych okolicznościach, przyjąć proporcjonalne i tymczasowe środki bez konsultacji ich z zainteresowanymi stronami, krajowymi organami regulacyjnymi z innych Państw EFTA lub organem nadzoru. Jeśli krajowy organ regulacyjny podjął takie pilne działania, wówczas bezwzględnie musi poinformować organ nadzoru i inne krajowe organy regulacyjne o tych środkach, podając pełne uzasadnienie. Organ nadzoru zweryfikuje zgodność tych środków z prawem EOG, a w szczególności oceni ich proporcjonalność w stosunku do celów politycznych art. 8 dyrektywy ramowej.

155. Jeśli krajowy organ regulacyjny chce, aby podjęte środki tymczasowe miały charakter trwały lub chce przedłużyć okres ich obowiązywania, wówczas musi przeprowadzić zwyczajową, opisaną powyżej procedurę konsultacji. Trudno jest przewidzieć okoliczności, które uzasadniałyby pilne działania w celu zdefiniowania rynku lub stwierdzenia występowania przedsiębiorstwa posiadającego znaczącą pozycję rynkową, ponieważ środków takich nie da się wprowadzić natychmiast. Dlatego organ nadzoru nie oczekuje od krajowych organów regulacyjnych, aby te w takich przypadkach stosowały procedury wyjątkowe.

### 6.5. Podjęcie decyzji ostatecznej

156. W momencie sfinalizowania decyzji krajowego organu regulacyjnego, krajowe organy regulacyjne powinny poinformować organ nadzoru o nazwach przedsiębiorstw, w przypadku których stwierdzono, że posiadają znaczącą pozycję rynkową i o nałożonych na nich obowiązkach, zgodnie z wymogami art. 36 ust. 2 dyrektywy o usłudze powszechnej oraz art. 15 ust. 2 i 16 ust. 2 dyrektywy o dostępie. Organ nadzoru udostępni wówczas te informacje w łatwo dostępnej formie i w miarę potrzeby przekaze je Komitetowi ds. łączności EFTA.

157. Podobnie, krajowe organy regulacyjne powinny opublikować nazwy przedsiębiorstw, w stosunku do których stwierdzono, że posiadają znaczącą pozycję rynkową i nałożone na nie obowiązki. Powinny zapewnić, że takie aktualne informacje zostaną upublicznione w sposób gwarantujący łatwy do nich dostęp wszystkim zainteresowanym stronom.