

II

(Komunikaty)

KOMUNIKATY INSTYTUCJI, ORGANÓW I JEDNOSTEK ORGANIZACYJNYCH
UNII EUROPEJSKIEJ

KOMISJA EUROPEJSKA

KOMUNIKAT KOMISJI

Wytyczne dotyczące analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej na podstawie unijnych
ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(2018/C 159/01)

1. WPROWADZENIE

1.1. Zakres i cel

1. Komisja przyjęła wytyczne dotyczące analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej („wytyczne ws. znaczącej pozycji rynkowej”) zgodnie z art. 15 ust. 2 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady⁽¹⁾ po przeprowadzeniu konsultacji publicznych, których wyniki zostały należycie uwzględnione. Do wytycznych ws. znaczącej pozycji rynkowej dołączono notę wyjaśniającą⁽²⁾ i należy je odczytywać w świetle dodatkowych informacji zawartych w nocie.
2. Wytyczne ws. znaczącej pozycji rynkowej są skierowane do krajowych organów regulacyjnych, aby wypełniały swoje obowiązki dotyczące analizy rynków podlegających regulacji *ex ante* oraz oceny znaczącej pozycji rynkowej na podstawie unijnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, na które składają się: dyrektywa 2002/21/WE, trzy dyrektywy szczegółowe 2002/19/WE⁽³⁾, 2002/20/WE⁽⁴⁾, 2002/22/WE⁽⁵⁾ oraz rozporządzenie (UE) nr 531/2012⁽⁶⁾ („ramy regulacyjne”). Zgodnie z art. 15 dyrektywy 2002/21/WE krajowe organy regulacyjne w jak największym stopniu uwzględniają zarówno zalecenie Komisji 2014/710/UE⁽⁷⁾, jak i niniejsze wytyczne ws. znaczącej pozycji rynkowej, w celu zdefiniowania rynków właściwych do celów regulacji *ex ante*.
3. Zgodnie z art. 8 dyrektywy 2002/21/WE wytyczne ws. znaczącej pozycji rynkowej mają przyczyniać się do rozwoju rynku wewnętrznego w sektorze łączności elektronicznej między innymi dzięki rozwijaniu spójnych praktyk regulacyjnych i spójnemu stosowaniu ram regulacyjnych.

⁽¹⁾ Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U. L 108 z 24.4.2002, s. 33).

⁽²⁾ Nota wyjaśniająca towarzysząca wytycznym dotyczącym analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej na podstawie unijnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, SWD(2018) 124.

⁽³⁾ 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 (dyrektywa o dostępie) (Dz.U. L 108 z 24.4.2002, s. 7).

⁽⁴⁾ Dyrektywa 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o zezwoleniach) (Dz.U. L 108 z 24.4.2002, s. 21).

⁽⁵⁾ 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 (dyrektywa o usłudze powszechnej) (Dz.U. L 108 z 24.4.2002, s. 51).

⁽⁶⁾ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 531/2012 z dnia 13 czerwca 2012 r. w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii, Dz.U. L 172 z 30.6.2012, s. 10, zmienione rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r., Dz.U. L 310 z 26.11.2015, s. 1, i rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/920 z dnia 17 maja 2017 r. (Dz.U. L 147 z 9.6.2017, s. 1).

⁽⁷⁾ Zalecenie Komisji 2014/710/UE z dnia 9 października 2014 r. w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U. L 295 z 11.10.2014, s. 79).

4. Wytyczne ws. znaczącej pozycji rynkowej w żaden sposób nie ograniczają praw przyznanych osobom lub przedsiębiorstwom przez prawo Unii. Nie naruszają one ogólnie stosowania prawa Unii, a w szczególności reguł konkurencji oraz ich wykładni dokonywanej przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wytyczne ws. znaczącej pozycji rynkowej pozostają bez uszczerbku dla wszelkich działań, które Komisja może podjąć, lub wszelkich wytycznych, jakie Komisja może opublikować w przyszłości w odniesieniu do stosowania unijnego prawa konkurencji.
5. W razie potrzeby Komisja zastąpi wytyczne ws. znaczącej pozycji rynkowej, biorąc pod uwagę zmieniające się orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, myślenie gospodarcze i rzeczywiste doświadczenie rynkowe w celu zapewnienia, by pozostały one odpowiednie na szybko rozwijających się rynkach.
6. Niniejsze wytyczne ws. znaczącej pozycji rynkowej odnoszą się szczególnie do problemów związanych z definicją rynku, a także do samodzielnej i zbiorowej znaczącej pozycji rynkowej.
7. Wytyczne ws. znaczącej pozycji rynkowej nie dotyczą koordynacji w kontekście uzgodnionych praktyk na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Traktatu). Nie odnoszą się również do struktur rynkowych z ograniczoną liczbą uczestników rynku, w przypadku których nie są spełnione kryteria wspólnej pozycji dominującej stosowane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

1.2. Uwagi wstępne

8. Zgodnie z art. 8 dyrektywy 2002/21/WE krajowe organy regulacyjne zapewniają, wypełniając swoje zadania wynikające z ram regulacyjnych, wprowadzenie stosownych środków zmierzających do realizacji celów określonych w ramach regulacyjnych, między innymi wspierając efektywne inwestowanie w nową i ulepszoną infrastrukturę oraz dostęp do niej.
9. Zgodnie z ramami regulacyjnymi definicja rynków właściwych i ocena znaczącej pozycji rynkowej powinna opierać się na tych samych metodach, jak to ma miejsce w przypadku unijnego prawa konkurencji. Zapewnia to odzwierciedlenie obowiązującego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i obwieszczenia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (obwieszczenie z 1997 r. w sprawie definicji rynku) ⁽⁸⁾ oraz uwzględnienie, w odpowiednim zakresie, praktyki decyzyjnej Komisji w egzekwowaniu art. 102 Traktatu i art. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 ⁽⁹⁾. Stosując konsekwentnie ustalone metody w celu zdefiniowania rynków i oceny znaczącej pozycji rynkowej, krajowe organy regulacyjne przyczyniają się do zapewnienia przewidywalności regulacji i ograniczają interwencję regulacyjną w przypadkach niedoskonałości rynku zidentyfikowanych za pomocą narzędzi analitycznych.
10. Badając podobne kwestie w podobnych okolicznościach i mając ten sam ogólny cel, krajowe organy regulacyjne i organy ds. ochrony konkurencji powinny zasadniczo dojść do tych samych wniosków. Biorąc jednak pod uwagę różnice w zakresie i celach ich interwencji, w szczególności wyraźne ukierunkowanie i okoliczności oceny krajowych organów regulacyjnych, jak określono poniżej, rynki zdefiniowane dla celów unijnego prawa konkurencji i rynki zdefiniowane dla celów regulacji sektorowej nie zawsze mogą być takie same.
11. Podobnie ustalenie, że przedsiębiorstwo posiada znaczącą pozycję rynkową na rynku opisanym do celów regulacji *ex ante*, nie oznacza automatycznie, że przedsiębiorstwo to posiada pozycję dominującą również do celów art. 102 Traktatu lub do celów stosowania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 ⁽¹⁰⁾ lub podobnych przepisów krajowych. Ponadto ustalenie, że istnieje znacząca pozycja rynkowa, nie oznacza bezpośrednio, że takie przedsiębiorstwo dopuściło się nadużyć swojej dominującej pozycji w znaczeniu art. 102 Traktatu. Oznacza to tylko, że w zakresie art. 14 dyrektywy 2002/21/WE, ze strukturalnego punktu widzenia i w perspektywie krótko- i średnioterminowej, na zidentyfikowanym rynku właściwym podmiot taki posiada i będzie posiadał tak silną pozycję ekonomiczną, że uprawnia go ona do postępowania w znacznym stopniu według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów, a w ostateczności – konsumentów.

⁽⁸⁾ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz.U. C 372 z 9.12.1997, s. 5) (obwieszczenie z 1997 r. w sprawie definicji rynku). Do celów stosowania prawa konkurencji w obwieszczeniu z 1997 r. w sprawie definicji rynku wyjaśnia się, że pojęcie rynku właściwego jest ściśle powiązane z celami wynikającymi z właściwej polityki, egzekwowaniem *ex post* zgodnie z art. 101 i 102 Traktatu lub oceną *ex ante* zgodnie z unijnym rozporządzeniem w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw.

⁽⁹⁾ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. L 24 z 29.1.2004, s. 1).

⁽¹⁰⁾ Dz.U. L 24 z 29.1.2004, s. 1.

12. W praktyce nie da się wykluczyć, że w ramach regulacji *ex ante* i unijnego prawa konkurencji w odniesieniu do różnych rodzajów problemów w zakresie konkurencji stwierdzonych na bazowych rynkach detalicznych mogą mieć zastosowanie procedury równoległe. W tej sytuacji obowiązki *ex ante* nałożone przez krajowe organy regulacyjne na przedsiębiorstwa, co do których stwierdzono, że posiadają znaczącą pozycję rynkową, mają na celu zaradzenie stwierdzonym niedoskonałościom rynku i realizację konkretnych celów określonych w ramach regulacyjnych. Z drugiej strony unijne instrumenty prawa konkurencji służą rozwiązywaniu i usuwaniu problemów związanych z nielegalnymi porozumieniami, uzgodnionymi praktykami lub jednostronnymi nadużyciami, które ograniczają lub zakłócają konkurencję na rynku właściwym.

1.3. Podejście regulacyjne do analizy rynku

13. Wykonując analizę rynku zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE, krajowe organy regulacyjne prowadzą perspektywiczne, strukturalne oszacowanie rynku właściwego w stosownym okresie.
14. Długość stosownego okresu (okresu kolejnego przeglądu) to okres między końcem trwającego przeglądu a zakończeniem kolejnego przeglądu rynku⁽¹¹⁾, w ramach którego krajowy organ regulacyjny powinien ocenić cechy i rozwój rynku.
15. Punkt wyjścia do identyfikacji rynków hurtowych podatnych na regulację *ex ante* powinna zawsze stanowić analiza analogicznego rynku lub rynków detalicznych.
16. Krajowe organy regulacyjne powinny ustalić, czy na bazowym rynku lub rynkach detalicznych istnieją perspektywy dla konkurencji w przypadku braku regulacji rynku hurtowego na podstawie ustalenia samodzielnej lub zbiorowej znaczącej pozycji rynkowej, a więc czy brak efektywnej konkurencji ma charakter trwały⁽¹²⁾.
17. W tym celu krajowe organy regulacyjne powinny wziąć pod uwagę istniejące warunki rynkowe, jak również spodziewane lub przewidywalne zmiany na rynku w ciągu kolejnego okresu przeglądu w przypadku braku regulacji opartej na znaczącej pozycji rynkowej; jest to znane jako Modified Greenfield Approach⁽¹³⁾. Z drugiej strony, analiza powinna uwzględniać skutki innych rodzajów (sektorowych) regulacji, decyzji lub przepisów mających zastosowanie do właściwego rynku detalicznego i powiązanych rynków hurtowych w całym stosownym okresie.
18. Jeśli na bazowych rynkach detalicznych istnieją perspektywy rozwoju konkurencyjności na podstawie Modified Greenfield Approach, krajowy organ regulacyjny powinien stwierdzić, że regulacja na poziomie hurtowym nie jest już wymagana.
19. Krajowe organy regulacyjne powinny uwzględnić historyczne i obecne dane w swoich analizach, w przypadku gdy takie dane dotyczą zmian na tym rynku na przestrzeni kolejnego okresu przeglądu. W związku z tym należy podkreślić, że wszelkie łatwo dostępne dowody wcześniejszej praktyki nie sugerują automatycznie, że taka praktyka prawdopodobnie będzie kontynuowana w kolejnym okresie przeglądu. Wcześniejsza praktyka jest jednak istotna, jeżeli cechy rynku nie uległy znaczącym zmianom lub jest mało prawdopodobne, aby to nastąpiło w kolejnym okresie przeglądu.
20. Z powyższego wynika, że krajowe organy regulacyjne powinny odzwierciedlać w analizie rynku zarówno kwestie statyczne, jak i dynamiczne, w celu wyeliminowania niedoskonałości rynku zidentyfikowanych na poziomie detalicznym poprzez nałożenie odpowiednich obowiązków regulacyjnych w odniesieniu do rynków hurtowych, co powinno między innymi wspierać konkurencję i przyczyniać się do rozwoju rynku wewnętrznego. Obowiązki te powinny być oparte na zasadach regulacyjnych określonych w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE, takich jak wspieranie przewidywalności regulacyjnej, efektywnych inwestycji i innowacji oraz konkurencji opartej na infrastrukturze.
21. Analiza powinna opierać się na funkcjonalnym rozumieniu powiązań pomiędzy właściwymi rynkami hurtowymi i bazowymi rynkami detalicznymi, a także na innych rynkach związanych, jeżeli krajowe organy regulacyjne uznają to za stosowne. W poprzednich decyzjach⁽¹⁴⁾ Komisja podkreśliła, że krajowe organy regulacyjne mogą wyciągnąć wnioski na temat struktury rynku hurtowego na podstawie warunków na rynku detalicznym, jednak nie są one decydujące w odniesieniu do ustalenia znaczącej pozycji rynkowej na rynku hurtowym. Jak ustalono w wielu decyzjach Komisji na podstawie art. 7 dyrektywy 2002/21/WE⁽¹⁵⁾, aby stwierdzić, że przedsiębiorstwa zajmują samodzielnie lub zbiorowo znaczącą pozycję rynkową na właściwym rynku hurtowym, nie jest konieczne udowodnienie zajmowania samodzielnej lub zbiorowej znaczącej pozycji rynkowej na rynku detalicznym. Zgodnie z motywem 18 zalecenia 2014/710/UE, regulację *ex ante* na poziomie hurtowym należy uznawać za wystarczającą do zlikwidowania ewentualnych problemów w zakresie konkurencji na powiązanych rynkach niższego szczebla.

⁽¹¹⁾ Art. 16 ust. 6 dyrektywy ramowej stanowi obecnie, że krajowe organy regulacyjne powiadamiają Komisję o nowych projektach środków w ciągu trzech lat od przyjęcia poprzedniego środka dotyczącego tego rynku.

⁽¹²⁾ Motyw 27 dyrektywy ramowej.

⁽¹³⁾ Nota wyjaśniająca towarzysząca zaleceniu Komisji 2014/710/UE, SWD(2014) 298, s. 8.

⁽¹⁴⁾ Sprawy FI/2004/0082, ES/2005/0330 i NL/2015/1727. Zob. również sprawa CZ/2012/1322.

⁽¹⁵⁾ Sprawy IE/2004/0121, ES/2005/0330, SI/2009/0913 i NL/2015/1727.

22. Analizując granice rynku i pozycję rynkową w obrębie powiązanych właściwych rynków hurtowych celem określenia, czy istnieje na nich efektywna konkurencja, należy uwzględnić bezpośrednią i pośrednią presję konkurencyjną, niezależnie od tego, czy jej źródłem są sieci łączności elektronicznej, usługi łączności elektronicznej bądź inne rodzaje usług lub zastosowań, które mają porównywalny charakter z punktu widzenia użytkowników końcowych⁽¹⁶⁾.
23. Zgodnie z motywem 27 dyrektywy 2002/21/WE rozwijające się rynki, na których faktycznie lider rynku prawdopodobnie będzie mieć znaczny udział w rynku, nie powinny być poddane nieodpowiedniej regulacji *ex ante*. Przedwczesne nałożenie regulacji *ex ante* może bowiem w niewłaściwy sposób wpłynąć na warunki rynkowe kształtujące się w ramach nowego i rozwijającego się rynku. Jednocześnie należy zapobiec zamknięciu dostępu do takich nowo powstających rynków przez przedsiębiorstwa zajmujące na nich wiodącą pozycję.

2. DEFINICJA RYNKU

2.1. Główne kryteria definiowania rynku właściwego

24. Przy ustalaniu, czy przedsiębiorstwo posiada znaczącą pozycję rynkową, tj. czy „ma tak silną pozycję ekonomiczną, że uprawnia go ona do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów”⁽¹⁷⁾, zdefiniowanie rynku właściwego⁽¹⁸⁾ ma podstawowe znaczenie, ponieważ efektywną konkurencję da się ustalić jedynie względem tej definicji⁽¹⁹⁾.
25. Jak wyjaśniono w pkt 9, rynek należy zdefiniować zgodnie z metodyką opisaną w obwieszczeniu z 1997 r. w sprawie definicji rynku. Definiowanie rynku nie jest procesem mechanicznym ani abstrakcyjnym, lecz wymaga analizy wszystkich 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⁽²⁰⁾.
26. Punktem wyjścia każdej analizy powinna być ocena właściwego rynku detalicznego (właściwych rynków detalicznych), uwzględniająca zastępowalność po stronie popytu i po stronie podaży z perspektywy użytkownika końcowego w następnym okresie podlegającym ocenie w oparciu o istniejące warunki rynkowe i ich prawdopodobną zmianę. Po określeniu właściwego rynku detalicznego (właściwych rynków detalicznych) i ustaleniu, czy na rynku wyższego szczebla brak interwencji regulacyjnej powoduje, że ryzyko szkody dla konsumenta spowodowanej brakiem konkurencji na rynku detalicznym (rynkach detalicznych) będzie się utrzymywać, krajowe organy regulacyjne powinny określić powiązany rynek hurtowy (powiązane rynki hurtowe), aby ocenić, czy podlega on (podlegają one) regulacji *ex ante* zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE⁽²¹⁾. W pierwszej kolejności powinny one określić i przeanalizować rynek hurtowy, który jest rynkiem najwyższego szczebla w stosunku do rynku detalicznego, na którym stwierdzono występowanie wspomnianych problemów w obszarze konkurencji, oraz zdefiniować granice rynku poprzez uwzględnienie zastępowalności produktów po stronie popytu oraz, w odpowiednim zakresie, po stronie podaży.
27. Stopień, w jakim oferowanie produktu lub świadczenie usług na danym obszarze geograficznym stanowi rynek właściwy, zależy od istnienia ograniczeń dla konkurencji dotyczących zachowań związanych z ustalaniem ceny przez odnośnego(-ych) dostawcę(-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⁽²²⁾. Trzecim źródłem ograniczeń dla konkurencji wpływających na zachowanie przedsiębiorstwa – które należy wziąć pod uwagę nie na etapie definiowania rynku, ale podczas oceniania, czy na rynku występuje efektywna konkurencja w rozumieniu dyrektywy 2002/21/WE – jest istnienie potencjalnej konkurencji⁽²³⁾.

⁽¹⁶⁾ Zob. pkt 4 zalecenia Komisji 2014/710/UE i towarzysząca zaleceniu nota wyjaśniająca oraz sprawa FR/2014/1670.

⁽¹⁷⁾ Art. 14 ust. 2 dyrektywy 2002/21/WE.

⁽¹⁸⁾ Stosowanie wyrażenia „rynek właściwy” oznacza opisywanie produktów lub usług, z których składa się taki rynek, oraz ocenę obszaru geograficznego tego rynku, a wyrażenia „produkty” i „usługi” są stosowane wymiennie w całym tekście. Zgodnie z pkt 7 obwieszczenia z 1997 r. w sprawie definicji rynku właściwy rynek produktowy „składa się z wszystkich tych produktów i/lub usług, które uważane są za zamienne lub za substytuty przez konsumenta, ze względu na właściwości produktów, ich ceny i ich zamierzone stosowanie”.

⁽¹⁹⁾ Sprawa C-209/98, *Entreprenørforeningens Affalds*, EU:C:2000:279, pkt 57 i sprawa C-242/95 *GT-Link*, EU:C:1997:376, pkt 36. Należy uznać, że definicja rynku nie jest sama w sobie celem, lecz częścią procesu oceny stopnia obecności firmy na danym rynku.

⁽²⁰⁾ Sprawy połączone C-68/94 i C-30/95, *Francia i inni przeciwko Komisji*, EU:C:1998:148. Zob. również obwieszczenie z 1997 r. w sprawie definicji rynku, pkt 12.

⁽²¹⁾ Główne rynki produktów i usług, których cechy mogą upoważniać do nałożenia obowiązków regulacyjnych *ex ante*, określono w zaleceniu 2014/710/UE, które krajowy organ regulacyjny jest zobowiązany wziąć w jak największym stopniu pod uwagę podczas definiowania rynków właściwych.

⁽²²⁾ Jak stwierdzono również w obwieszczeniu z 1997 r. w sprawie definicji rynku, z gospodarczego punktu widzenia, dla zdefiniowania rynku właściwego, zastępowalność po stronie popytu stanowi najbardziej bezpośrednią oraz skuteczną siłę dyscyplinującą działającą na dostawców danego produktu, w szczególności w odniesieniu do ich decyzji w sprawie ustalania cen.

⁽²³⁾ Zob. również obwieszczenie z 1997 r. w sprawie definicji rynku, pkt 24.

28. Zastępowalność po stronie popytu wykorzystuje się do sprawdzenia, w jakim stopniu konsumenci są przygotowani do zastąpienia innych usług lub odpowiednich produktów usługami lub produktami⁽²⁴⁾, natomiast zastępowalność po stronie podaży wskazuje, czy dostawcy inni niż oferujący dany produkt lub usługi zmieniliby swój profil produkcji w perspektywie krótkoterminowej⁽²⁵⁾ lub zaferowaliby dane produkty lub usługi bez ponoszenia znacznych, dodatkowych kosztów⁽²⁶⁾. Zastępowalność po stronie podaży jest w szczególności istotna dla sektorów sieciowych, takich jak łączność elektroniczna, gdyż ta sama sieć może być wykorzystywana do świadczenia różnych rodzajów usług⁽²⁷⁾. Różnica pomiędzy potencjalną konkurencją a zastępowalnością po stronie podaży polega na tym, że zastępowalność po stronie podaży szybko reaguje na podwyżkę cen, natomiast potencjalni kandydaci do rozpoczęcia działalności mogą potrzebować więcej czasu, zanim zaczną dostarczać swoje produkty lub usługi na rynek. Zastąpienie podaży pociąga za sobą żadnych dodatkowych, znacznych kosztów, podczas gdy potencjalne wejście na rynek może odbywać się przy znacznych kosztach utopionych⁽²⁸⁾ i z tego powodu nie uwzględnia się go na etapie definiowania rynku⁽²⁹⁾.
29. Jednym ze sposobów na ustalenie tego, czy istnieje zastępowalność po stronie popytu i podaży, jest użycie tak zwanego „testu hipotetycznego monopolisty” lub testu SSNIP⁽³⁰⁾. W teście tym krajowy organ regulacyjny pyta się, co by się stało, gdyby nastąpił niewielki, ale odczuwalny i trwały wzrost cen na dany produkt lub usługę, zakładając, że ceny wszystkich innych produktów lub usług pozostałyby na tym samym poziomie („wzrost ceny relatywnej”). Choć znaczenie wzrostu ceny relatywnej zależy od każdego indywidualnego przypadku, krajowe organy regulacyjne powinny wziąć pod uwagę reakcje klientów (konsumentów lub przedsiębiorstw) na niewielką, ale trwałą podwyżkę cen rzędu 5–10 %. Odpowiedzi klientów pomogą ocenić, czy istnieją produkty, które stanowią substytut, a jeśli tak, gdzie należy określić istnienie granic właściwego rynku produktowego⁽³¹⁾.
30. Na początku krajowy organ regulacyjny powinien określić usługę lub produkt łączności elektronicznej oferowane na danym obszarze geograficznym, które mogą podlegać nałożeniu obowiązków regulacyjnych. Następnie krajowy organ regulacyjny może dodać kolejne produkty lub obszary w zależności od tego, czy konkurencja z ich strony hamuje cenę właściwego produktu głównego lub usługi głównej. Ponieważ na skutek wzrostu cen relatywnych grupy produktów niektórzy klienci mogą wybrać alternatywne usługi lub produkty, co może doprowadzić do spadku sprzedaży, najważniejszą kwestią jest ocena, czy spadek sprzedaży odnotowany przez operatorów będzie wystarczający dla zrekompensowania ich zwiększonego zysku, jaki pochodziłby ze sprzedaży mającej miejsce w wyniku podwyżki. Ocena substytucji po stronie popytu i podaży pozwala na sprawdzenie „krytycznego spadku” sprzedaży (czyniącego wzrost cen relatywnych nieopłacalnym) i wskutek tego pozwala ustalić wielkość rynku właściwego. Krajowy organ regulacyjny powinien zatem stosować ten test do poziomu, przy którym można ustalić, że wzrost cen relatywnych na rynku geograficznym i rynku produktowym będzie opłacalny, tj. nie będzie już powodować „krytycznego spadku” sprzedaży względem łatwo dostępnych substytutów lub dostawców znajdujących się na innych obszarach.
31. W prawie konkurencji test hipotetycznego monopolisty stosuje się w odniesieniu do produktów lub usług, których cena jest określana swobodnie i nie podlega regulacji. W obszarze regulacji *ex ante*, tj. gdy produkt lub usługa są już oferowane po cenach będących przedmiotem regulacji opartych na kosztach, zakłada się, że cena będąca przedmiotem regulacji zostanie ustalona na poziomie konkurencyjnym⁽³²⁾ i należy ją uznać za punkt wyjścia do testu hipotetycznego monopolisty.

⁽²⁴⁾ Nie wszyscy konsumenci muszą wybrać produkt konkurencyjny; wystarczy, że dokona tego wystarczająca ich liczba, aby wzrost ceny relatywnej stał się nieopłacalny. Wymóg ten odpowiada zasadzie „wystarczającej wymienności” określonej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości; zob. przypis 27.

⁽²⁵⁾ Pojęcie „krótkiego czasu” zależy od cech rynku i okoliczności występujących w danym państwie. W pkt 580 decyzji w sprawie COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska Komisja określiła, że substytucyjność podaży występuje, gdy dostawcy są w stanie przestać produkować na odpowiednim poziomie produkty oraz wprowadzić je do obrotu w krótkim czasie, [...] w reakcji na niewielkie, ale stałe zmiany cen względnych”. Zgodnie z przypisem 4 do pkt 20 obwieszczenia z 1997 r. w sprawie definicji rynku właściwy okres „jest to taki okres czasu, który nie pociąga za sobą znaczących dostosowań istniejących aktywów materialnych i niematerialnych”.

⁽²⁶⁾ Zob. również obwieszczenie z 1997 r. w sprawie definicji rynku, pkt 20.

⁽²⁷⁾ Zob. COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, pkt 580.

⁽²⁸⁾ Zob. również obwieszczenie z 1997 r. w sprawie definicji rynku, pkt 20–23; sprawa nr IV/M.1225 – Enso/Stora (Dz.U. L 254 z 29.9.1999, pkt 39).

⁽²⁹⁾ Zob. również obwieszczenie z 1997 r. w sprawie definicji rynku, pkt 24.

⁽³⁰⁾ Zob. sprawa T-83/91, Tetra Pak przeciwko Komisji, EU:T:1994:246, pkt 68. Test znany jest również pod nazwą „SSNIP” (ang. *small but significant non transitory increase in price*, niewielki, lecz odczuwalny i trwały wzrost ceny). Choć test SSNIP jest tylko jednym z przykładów metod używanych do zdefiniowania rynku właściwego i niezależnie od jego formalnego charakteru ekonometrycznego lub jego marginesu błędu (tak zwany „błąd celofanu”), jego znaczenie polega przede wszystkim na wykorzystaniu go jako instrumentu koncepcyjnego do oceny dowodów na konkurencję pomiędzy różnymi produktami lub usługami.

⁽³¹⁾ 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; zob. sprawa T-25/99, Colin Arthur Roberts i Valérie Ann Roberts przeciwko Komisji, EU:T:2001:177. Zob. również obwieszczenie z 1997 r. w sprawie definicji rynku, pkt 17.

⁽³²⁾ Założenie to można odrzucić, jeżeli istnieją silne przesłanki wskazujące, że cena będąca wcześniej przedmiotem regulacji nie została ustalona na poziomie konkurencyjnym. W takich okolicznościach właściwe może być zastosowanie jako punktu wyjścia ceny wynikającej ze zaktualizowanego modelu opartego na cenie nabycia lub koszcie wytworzenia lub analizy porównawczej.

32. W przypadku braku łatwo dostępnego produktu i ceny, prawdopodobnie trudno będzie zastosować test SSNIP empirycznie. Jeżeli taki komercyjny lub podlegający regulacji produkt nie istnieje w sieci, ale z technicznego i komercyjnego punktu widzenia mógłby (potencjalnie) zostać zaoferowany, krajowe organy regulacyjne powinny rozważyć samozaopatrzenie w tej sieci w celu rozgraniczenia rynków i skonstruowania hipotetycznego rynku obejmującego samozaopatrzenie, w przypadku gdy na rynku detalicznym występuje szkoda dla konsumentów i istnieje potencjalny popyt na taki produkt ⁽³³⁾.

2.2. Definicja rynku produktowego

33. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem w skład właściwego rynku produktowego wchodzi wszystkie te produkty lub usługi, które charakteryzuje wystarczająca wymiennosc lub zastępowalność, nie tylko w sensie ich cech obiektywnych, ich cen lub przeznaczenia, lecz również z racji warunków konkurencji lub struktury popytu i podaży na danym rynku ⁽³⁴⁾. Produkty lub usługi, które są tylko w niewielkim lub relatywnym stopniu wymienne między sobą, nie stanowią części tego samego rynku ⁽³⁵⁾. Krajowe organy regulacyjne powinny więc rozpocząć zadanie, jakim jest zdefiniowanie właściwego rynku produktu lub usługi, od pogrupowania produktów lub usług, z których korzystają konsumenci w tym samym celu (przeznaczenie).
34. Choć przeznaczenie produktu lub usługi wiąże się bezpośrednio z jego cechami fizycznymi, to do tego samego celu można użyć różnych rodzajów produktów lub usług.
35. Zastępowalność produktu między różnymi usługami może pojawiać się w związku z coraz większą konwergencją różnorodnych technologii, co często umożliwia operatorom oferowanie podobnych pakietów produktów detalicznych. Na przykład zastosowanie cyfrowych systemów transmisji danych może sprawiać, że funkcjonalność i cechy usług sieciowych wykorzystujących różne technologie są coraz bardziej podobne.
36. Ponadto tak zwane usługi OTT (ang. *over-the-top*) lub inne ścieżki komunikacyjne związane z internetem okazały się potencjalną konkurencyjną siłą dla detalicznych usług komunikacyjnych o ustalonej pozycji. W związku z tym krajowe organy regulacyjne powinny ocenić, czy takie usługi mogą w przyszłości stanowić częściowe lub pełne substytuty tradycyjnych usług telekomunikacyjnych ⁽³⁶⁾.
37. W związku z tym, aby analiza definicji rynku była kompletna, krajowe organy regulacyjne, uwzględniając produkty lub usługi, których cechy obiektywne, ceny i przeznaczenie powodują, że są one w znacznym stopniu wymienne, powinny w stosownych przypadkach również zbadać przy pomocy testu hipotetycznego monopolisty lub testu SSNIP panujące warunki dotyczące zastępowalności popytu i – w razie potrzeby – podaży.

Zastępowalność po stronie popytu

38. Zastępowalność po stronie popytu pozwala krajowym organom regulacyjnym ustalić produkty lub gamę produktów zastępowalnych, na które klienci mogliby łatwo przestawić się w odpowiedzi na hipotetyczny, mały, ale odczuwalny i trwały wzrost cen relatywnych. Określając występowanie zastępowalności popytu, krajowe organy regulacyjne powinny wykorzystać poprzednie dowody dotyczące zachowań konsumentów, a także zbadać sposób, w jaki konsumenci i dostawcy prawdopodobnie zareagują na wzrost cen danej usługi.
39. Ujemny wpływ na to, czy klienci wskutek niewielkiego, lecz odczuwalnego i trwałego wzrostu cen relatywnych są w stanie zastąpić produkt lub usługę innym produktem lub usługą, mogą mieć jednak między innymi wysokie koszty związane z taką zmianą. Klienci, którzy zainwestowali w konkretną technologię lub poczynili inne konieczne inwestycje, aby móc korzystać z usługi lub produktu, mogą nie chcieć ponosić dodatkowych kosztów koniecznych do wyboru zastępowalnej usługi lub produktu lub mogą uznać koszty związane ze zmianą za zbyt wysokie. Podobnie klienci istniejących dostawców mogą być związani umowami długoterminowymi. Zatem w sytuacji, gdy klienci ponoszą wysokie koszty związane z zastąpieniem produktu A produktem B, oba te produkty mogą nie należeć do tego samego rynku właściwego.

⁽³³⁾ Nota wyjaśniająca do zalecenia 2014/710/UE, SWD(2014) 298, s. 18. Sprawa NL/2015/1727, C(2015) 3078. Zob. również sprawa CZ/2017/1985.

⁽³⁴⁾ Sprawa C-333/94 P, Tetra Pak przeciwko Komisji, EU:C:1996:436, pkt 13, sprawa 31/80 L'Oréal, EU:C:1980:289, pkt 25, sprawa 322/81, Michelin przeciwko Komisji, EU:C:1983:313, pkt 37, sprawa C-62/86, AkzoChemie przeciwko Komisji, EU:C:1991:286, pkt 51, sprawa T-504/93, Tiercé Ladbroke przeciwko Komisji, EU:T:1997:84, pkt 81, T-65/96, Kish Glass przeciwko Komisji, EU:T:2000:93, pkt 62, sprawa C-475/99, Ambulanz Glöckner i Landkreis Südwestpfalz, EU:C:2001:577, pkt 33. Test wystarczającej zastępowalności lub wymiennalności został po raz pierwszy określony przez Trybunał Sprawiedliwości w sprawie 6/72, Europemballage i Continental Can przeciwko Komisji, EU:C:1973:22, pkt 32 i w sprawie 85/76, Hoffmann La-Roche przeciwko Komisji, EU:C:1979:36, pkt 23.

⁽³⁵⁾ Sprawa C-333/94 P, Tetra Pak przeciwko Komisji, EU:C:1996:436, pkt 13, sprawa 66/86, Ahmed Saeed, EU:C:1989:140, pkt 39 i 40, sprawa 27/76, United Brands przeciwko Komisji, EU:C:1978:22, pkt 22, 29 i 12; sprawa T-229/94, Deutsche Bahn przeciwko Komisji, EU:T:1997:155, pkt 54. W sprawie Tetra Pak Trybunał potwierdził, że fakt, iż popyt na opakowania kartonowe używane do pakowania soku owocowego był marginalny i stabilny w czasie w stosunku do popytu na opakowania kartonowe używane do pakowania mleka, był dowodem na bardzo małą wymiennalność sektora opakowań mlecznych i niemlecznych, tamże pkt 13 i 15.

⁽³⁶⁾ Jeżeli nie można ustalić wystarczających wzorców zastępowalności, aby uzasadnić uwzględnienie takich usług OTT na właściwym rynku produktowym, krajowe organy regulacyjne powinny mimo to rozważyć potencjalne ograniczenia konkurencji wywołane przez te usługi na etapie oceny znaczącej pozycji rynkowej (zob. również sprawy CZ/2017/1985 oraz CZ/2012/1322 i tekst poniżej).

40. Na poziomie detalicznym rozwój technologiczny zasadniczo doprowadził do konkurencji między platformami, ponieważ usługi detaliczne okazały się równoważne i coraz częściej wymienne⁽³⁷⁾. W celu ustalenia, czy różne platformy hurtowe, takie jak kable miedziane, światłowód i połączenia kablowe, powinny zostać włączone do jednego rynku hurtowego, należy zastosować test SSNIP. Biorąc pod uwagę perspektywiczny charakter analizy, taka ocena powinna uwzględniać fakt, że potencjalne podmioty ubiegające się o dostęp, które jeszcze nie świadczą usług opartych na dostępie, nie muszą uwzględniać kosztów związanych ze zmianą przy wyborze swojej platformy dostępowej. W ocenie należy przeanalizować, indywidualnie dla każdego przypadku, znaczenie takiego wejścia na rynek, pamiętając, że skala przyszłego wejścia na rynek jest z natury rzeczy trudna do przewidzenia. Ponadto taka analiza powinna zakładać hipotetyczny konkurencyjny system dostępu, ułatwiony przez regulację, z pominięciem nieposiadających obiektywnego uzasadnienia przeszkód dla zmiany, które mogą być sztucznie powiększane przez operatorów sieci, aby zapobiec przejściu z danej platformy lub na daną platformę.

Zastępowalność po stronie podaży

41. Oceniając zakres zastępowalności podaży, krajowe organy regulacyjne mogą również brać pod uwagę prawdopodobieństwo, że przedsiębiorstwa, które aktualnie nie działają na właściwym rynku produktowym, mogą zdecydować o rozpoczęciu na nim działalności w krótkim terminie, w wyniku małego, ale odczuwalnego i trwałego wzrostu ceny relatywnej. Dokładny termin, jaki należy zastosować, aby ocenić prawdopodobne reakcje innych dostawców na wzrost cen relatywnych, będzie niewątpliwie zależał od cech każdego rynku i decyzję w jego sprawie należy podejmować indywidualnie w każdym przypadku. W przypadku stosunkowo niewielkich całkowitych kosztów przedstawienia produkcji na dany produkt, produkt może zostać włączony do definicji rynku produktowego. Krajowe organy regulacyjne muszą się upewnić, czy dany dostawca faktycznie wykorzysta lub przestawi profil swoich aktywów produkcyjnych na produkcję wyrobu właściwego lub zaoferuje usługę właściwą (przykładowo, czy ich przepustowość nie została przydzielona w ramach długoterminowych umów na dostawę itp.).
42. Należy uwzględnić wszelkie istniejące wymogi prawne lub regulacyjne, które mogą uniemożliwić wejście na rynek właściwy w odpowiednim czasie i dlatego odwieść od zastępowalności po stronie podaży.

Łańcuch zastępowalności

43. Granice rynku właściwego 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 łańcucha zastępowalności⁽³⁸⁾. Łańcuch zastępowalności występuje wtedy, kiedy można wykazać, że choć produkty A i C nie są bezpośrednio zastępowalne, produkt B jest substytutem zarówno produktu A, jak i C, dlatego produkty A i C mogą występować na tym samym rynku produktowym, ponieważ ich cenę może ograniczać zastępowalność produktu B. Ten sam tok rozumowania stosuje się przy definiowaniu rynku geograficznego. Zakładając istnienie ryzyka związanego z bezzasadnym poszerzeniem obszaru rynku właściwego, należy odpowiednio uzasadnić ustalenia dotyczące istnienia łańcucha zastępowalności⁽³⁹⁾.
44. W przypadku gdy ceny poprzednich lub obecnych generacji technologii mogą ograniczać ceny dla przyszłych generacji, jest prawdopodobne, że istnieje łańcuch zastępowalności, który uzasadniałby pogrupowanie wszystkich generacji technologii na tym samym właściwym rynku produktowym. W związku z tym, że takie ograniczenia cenowe będą zazwyczaj obserwowalne w odniesieniu do różnych generacji technologii, ogólnie uważa się, że znajdują się na tym samym rynku.
45. Gdy większość klientów przejdzie na korzystanie z infrastruktury o wyższej wydajności, grupa użytkowników może nadal używać dotychczasowej technologii. W takim przypadku krajowe organy regulacyjne powinny przyjąć podejście regulacyjne, które nie utrzyma bezzasadnie cyklu przymusu poprzez definiowanie zbyt wąskich rynków.

2.3. Definicja rynku geograficznego

46. Po ustaleniu właściwego rynku produktowego kolejnym krokiem jest zdefiniowanie jego obszaru geograficznego. Krajowy organ regulacyjny może odpowiednio ocenić warunki konkurencyjności na danym rynku dopiero po zdefiniowaniu geograficznego obszaru rynku produktu lub usługi.
47. Proces wyznaczania rynków geograficznych przebiega według tych samych zasad, które omówiono w sekcji powyżej, w odniesieniu do oceny zastępowalności po stronie popytu i podaży w odpowiedzi na wzrost cen relatywnych.

⁽³⁷⁾ Chociaż krajowe organy regulacyjne ogólnie stwierdziły, że usługi detaliczne są świadczone za pośrednictwem sieci stacjonarnych na tym samym rynku detalicznym niezależnie od platformy bazowej (tj. niezależnie od tego, czy usługa detaliczna była świadczona za pośrednictwem kabla koncentrycznego, światłowodu lub kabla miedzianego), to uznały ogólnie, że usługi detaliczne są świadczone za pośrednictwem sieci stacjonarnych i komórkowych na oddzielnych rynkach.

⁽³⁸⁾ Zob. również obwieszczenie z 1997 r. w sprawie definicji rynku, pkt 57 i 58. Przykładowo łańcuch zastępowalności może wystąpić w przypadku gdy przedsiębiorstwo świadczące usługi na poziomie kraju hamuje ceny, jakich żądają przedsiębiorstwa świadczące usługi na innych rynkach geograficznych. Taka sytuacja może mieć miejsce, gdy ceny, jakich żądają przedsiębiorstwa udostępniające sieci kablowe na danym obszarze, ogranicza przedsiębiorstwo dominujące działające w skali kraju. Zob. również sprawa COMP/M.1628 – TotalFina/Elf, pkt 188.

⁽³⁹⁾ Dowody powinny wykazać wyraźną zależność cenową na obu końcach łańcucha. Stopień zastępowalności pomiędzy produktami właściwymi lub obszarami geograficznymi powinien być wystarczająco wysoki.

48. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem właściwy rynek geograficzny obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa zajmują się zaspokajaniem popytu na produkty lub usługi, na którym warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne i który można odróżnić od obszarów sąsiednich, gdyż warunki konkurencji są na nich znacznie odmienne⁽⁴⁰⁾. Obszary, na których warunki konkurencji są niejednorodne, nie stanowią rynku jednolitego⁽⁴¹⁾.
49. Jeżeli chodzi o wybór jednostki geograficznej, od której krajowy organ regulacyjny powinien rozpocząć swoją ocenę, Komisja wielokrotnie stwierdziła⁽⁴²⁾, że krajowe organy regulacyjne powinny zapewnić, aby jednostki te: a) miały odpowiednią wielkość, tzn. były na tyle małe, aby uniknąć znacznych różnic w warunkach konkurencji w obrębie każdej jednostki, ale na tyle duże, aby uniknąć uciążliwej mikro-analazy wymagającej dużej ilości zasobów, która mogłaby doprowadzić do fragmentacji rynku, b) mogły odzwierciedlać strukturę sieci wszystkich istotnych operatorów oraz c) posiadały wyraźne i stabilne granice na przestrzeni czasu.
50. Jeżeli stwierdzone zostanie istnienie różnic regionalnych, ale nie uznaje się ich za wystarczające, aby uzasadniały występowanie różnych rynków geograficznych lub ustalenia znaczącej pozycji rynkowej, krajowe organy regulacyjne mogą wprowadzić geograficznie zróżnicowane środki zaradcze⁽⁴³⁾. Stabilność zróżnicowania – szczególnie stopień, w jakim granicę obszaru konkurencyjnego można wyraźnie określić i pozostaje ona jednolita na przestrzeni czasu – stanowi klucz do rozróżnienia między geograficzną segmentacją na poziomie określania rynku i segmentacją środka zaradczego.
51. Geograficzny zakres rynku właściwego w sektorze łączności elektronicznej zazwyczaj określano na podstawie dwóch głównych kryteriów⁽⁴⁴⁾:
- obszaru objętego siecią⁽⁴⁵⁾; oraz
 - istnienia instrumentów prawnych oraz innych instrumentów regulacyjnych⁽⁴⁶⁾.

3. OCENA ZNACZĄCEJ POZYCJI RYNKOWEJ

52. Zgodnie z art. 14 ust. 2 dyrektywy 2002/21/WE 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 konsumentów⁽⁴⁷⁾.
- #### 3.1. Samodzielna znacząca pozycja rynkowa
53. Samodzielną znaczącą pozycję rynkową ustala się w oparciu o szereg kryteriów, których ocenę w świetle wymogów określonych w art. 16 dyrektywy 2002/21/WE, o którym mowa w pkt 13 niniejszych wytycznych, przedstawiono poniżej.
54. Rozpatrując pozycję rynkową przedsiębiorstwa, ważne jest, aby uwzględnić jego udział w rynku⁽⁴⁸⁾ oraz jego konkurentów, jak również presję wywieraną przez konkurentów w perspektywie średnioterminowej. Udział w rynku może stanowić dla krajowych organów regulacyjnych pierwszą użyteczną informację na temat struktury rynku i względnego znaczenia różnych działających na nim przedsiębiorstw. Jednak Komisja będzie interpretować poziom udziału w rynku w świetle warunków panujących na rynku właściwym, a w szczególności dynamiki rynku i stopnia zróżnicowania produktów⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁰⁾ United Brands, op. cit., pkt 44, Michelin, op. cit., pkt 26, sprawa 247/86, Alsatel przeciwko Novasam, EU:C:1988:469, pkt 15; Tiercé Ladbroke przeciwko Komisji, op. cit., pkt 102.

⁽⁴¹⁾ Deutsche Bahn przeciwko Komisji, op. cit., pkt 92. Sprawa T-139/98, AAMS przeciwko Komisji, EU:T:2001:272, pkt 39.

⁽⁴²⁾ Zob. na przykład pkt 2.5 noty wyjaśniającej towarzyszącej zaleceniu 2014/710/UE, SWD(2014) 298.

⁽⁴³⁾ Nota wyjaśniająca do zalecenia 2014/710/UE, SWD(2014) 298, s. 14. Zob. również sprawa CZ/2012/1322.

⁽⁴⁴⁾ Zob. na przykład sprawa IV/M.1025 – Mannesmann/Olivetti/Infostrada, pkt 17, oraz sprawa COMP/JV.23 – Telefónica/Portugal Telecom/Médi Telecom.

⁽⁴⁵⁾ W praktyce obszar ten będzie odpowiadał granicom obszaru, w którym operator jest upoważniony do prowadzenia działalności. W sprawie COMP/M.1650 – ACEA/Telefónica, pkt 16, Komisja podkreśliła, że skoro powiadomiona spółka joint venture będzie posiadać licencję ograniczoną do obszaru Rzymu, rynek geograficzny można określić jako lokalny.

⁽⁴⁶⁾ Na przykład operatorzy sieci ruchomej mogą świadczyć usługi komórkowe jedynie na obszarach geograficznych, w odniesieniu do których otrzymali zezwolenie na korzystanie z widma radiowego, przyczyniając się w ten sposób do geograficznego wymiaru rynków właściwych; zob. sprawa IV/M.1439 – Telia/Telenor, pkt 124, sprawa IV/M.1430 – Vodafone/Airtouch, pkt 13–17, sprawa COMP/JV.17 – Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel, pkt 15.

⁽⁴⁷⁾ Definicja ta odpowiada definicji, którą w orzecznictwie przypisuje się pojęciu pozycji dominującej ujętemu w art. 102 Traktatu. Zob. United Brands, op. cit., pkt 65; Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, op. cit., pkt 38.

⁽⁴⁸⁾ Pod względem –odpowiednio –wartości, wielkości, łączny, liczby abonentów na danym rynku.

⁽⁴⁹⁾ Zob. pkt 13 komunikatu Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące.

55. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem bardzo duży udział w rynku utrzymywany przez przedsiębiorstwo przez jakiś czas – przekraczający 50 % – jest sam w sobie, z wyjątkiem nadzwyczajnych okoliczności, dowodem na istnienie pozycji dominującej⁽⁵⁰⁾. Na podstawie doświadczenia można przyjąć, że im większy jest udział przedsiębiorstwa w rynku i im dłuższy jest czas posiadania tego udziału, tym większe prawdopodobieństwo, że są to ważne wstępne wskazówki istnienia znaczącej pozycji rynkowej⁽⁵¹⁾.
56. Nawet przedsiębiorstwo posiadające duży udział w rynku może jednak nie być zdolne do prowadzenia działalności w znacznym zakresie niezależnie od odbiorców mających wystarczającą siłę przetargową⁽⁵²⁾. Ponadto fakt, że przedsiębiorstwo o silnej pozycji na rynku stopniowo traci udział w rynku, może również oznaczać, że rynek staje się bardziej konkurencyjny, ale nie wyklucza ustalenia znaczącej pozycji rynkowej. Znaczące wahania udziału w rynku na przestrzeni czasu mogą wskazywać na brak pozycji rynkowej na rynku właściwym. Zdolność nowego podmiotu do szybkiego zwiększenia swojego udziału w rynku może również odzwierciedlać fakt, że dany rynek właściwy jest bardziej konkurencyjny, oraz że bariery wejścia na rynek⁽⁵³⁾ można przewyciężyć w rozsądnym terminie⁽⁵⁴⁾.
57. Jeśli udział w rynku jest wysoki⁽⁵⁵⁾, ale nie przekracza progu 50 %, krajowe organy regulacyjne powinny polegać na innych kluczowych cechach strukturalnych rynku, aby ocenić znaczącą pozycję rynkową. Przed wyciągnięciem jakichkolwiek wniosków na temat istnienia znaczącej pozycji rynkowej, organy powinny przeprowadzić dokładną strukturalną ocenę cech ekonomicznych rynku właściwego.
58. Aby zmierzyć pozycję rynkową przedsiębiorstwa pozwalającą mu zachowywać się w znacznej mierze niezależnie od konkurentów, klientów i konsumentów, istotne są następujące niewyczerpujące kryteria⁽⁵⁶⁾:
- bariery wejścia na rynek,
 - bariery ograniczające ekspansję,
 - bezwzględna i względna wielkość przedsiębiorstwa,
 - kontrola infrastruktury, której nie da się łatwo powielić,
 - atuty technologiczne i handlowe lub przewaga technologiczna i handlowa,
 - brak wyrównawczej siły nabywczej lub jej niski poziom,
 - ułatwiony lub uprzywilejowany dostęp do rynków kapitałowych/zasobów finansowych,
 - zróżnicowanie produktów/usług (na przykład łączenie produktów lub usług w pakiety),
 - korzyści skali,
 - korzyści zakresu,
 - bezpośrednie i pośrednie efekty sieciowe⁽⁵⁷⁾,

⁽⁵⁰⁾ AKZO Chemie przeciwko Komisji, op. cit., pkt 60; sprawa T-228/97, Irish Sugar przeciwko Komisji, EU:T:1999:246, pkt 70; Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, op. cit., pkt 41; AAMS i inni przeciwko Komisji, op. cit., pkt 51. Duży udział w rynku może jednak służyć jako odpowiedni wskaźnik jedynie przy założeniu, że konkurenci nie są w stanie rozszerzyć swojej produkcji o wielkość wystarczającą, aby zaspokoić zmieniający się popyt wynikający ze wzrostu cen konkurenta. Irish Sugar przeciwko Komisji, op. cit., pkt 97–104.

⁽⁵¹⁾ Zob. pkt 15 komunikatu Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące.

⁽⁵²⁾ Zob. pkt 18 komunikatu Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące.

⁽⁵³⁾ Bariery wejścia na rynek w tym sektorze mogą mieć charakter strukturalny, prawny lub regulacyjny. Strukturalne bariery wejścia na rynek wynikają z początkowej sytuacji po stronie kosztów lub początkowych warunków po stronie popytu, prowadzących do asymetrycznych warunków wobec operatorów zasiedziałych i nowych podmiotów, utrudniając lub uniemożliwiając tym ostatnim wejście na rynek. Bariery prawne lub regulacyjne nie są uwarunkowane ekonomicznie, ale są wynikiem środków legislacyjnych lub administracyjnych bądź innych środków, które mają bezpośredni wpływ na warunki wejścia na rynek lub na pozycję operatorów na rynku właściwym. Zob. zalecenie Komisji 2014/710/UE.

⁽⁵⁴⁾ Sprawa COMP/M.5532 – Carphone Warehouse/TiscaliUK.

⁽⁵⁵⁾ Z doświadczenia Komisji wynika, że prawdopodobieństwo dominacji na rynku jest znikome, jeżeli udział przedsiębiorstwa w rynku właściwym jest niższy niż 40 %. Mogą jednak występować szczególne przypadki udziału poniżej tego progu, w których konkurenci nie są w stanie wyrzucić skutecznej presji na postępowanie przedsiębiorstwa dominującego. Zob. United Brands, op. cit. oraz sprawa COMP/M.1741 – MCI WorldCom/Sprint.

⁽⁵⁶⁾ Sprawa NL/2017/1958-59 i NL/2017/1960. Zob. sprawa PT/2017/2023.

⁽⁵⁷⁾ Bezpośrednie efekty sieciowe występują w przypadku gdy wartość, jaką dany towar lub usługa ma dla konsumenta, wynika ze zwiększenia wykorzystania tego towaru lub tej usługi przez innych. Pośrednie efekty sieciowe występują w przypadku gdy taki wzrost wartości wynika ze zwiększonego korzystania z komplementarnego towaru lub komplementarnej usługi.

- integracja pionowa,
- wysoko rozwinięta sieć dystrybucji i sprzedaży,
- zawarcie długoterminowych i trwałych porozumień o dostępie,
- nawiązanie stosunków umownych z innymi uczestnikami rynku, które mogą doprowadzić do zamknięcia dostępu do rynku ⁽⁵⁸⁾,
- brak potencjalnej konkurencji.

Jeśli powyższe kryteria uwzględnia się osobno, niekoniecznie muszą one decydować o ustaleniu znaczącej pozycji rynkowej. Takie ustalenie musi opierać się na kombinacji czynników.

59. Ustalenie znaczącej pozycji rynkowej zależy od oceny łatwości wejścia na rynek. Bariery wejścia na rynek w sektorze łączności elektronicznej są często znaczne, w szczególności ze względu na przeszkody techniczne, takie jak deficyt widma, który może prowadzić do ograniczenia zakresu dostępnego widma, lub na sytuacje, w których wejście na rynek właściwy wymaga dużych inwestycji w infrastrukturę i programowania przepustowości na długi okres, aby osiągnąć zyski ⁽⁵⁹⁾.
60. Znaczne bariery wejścia na rynek mogą jednak stać się mniej istotne na rynkach charakteryzujących się stałym postępem technologicznym, w szczególności ze względu na rozwój nowych technologii umożliwiających nowym podmiotom świadczenie usług różnych pod względem jakościowym, które mogą stanowić wyzwanie dla operatora o znaczącej pozycji rynkowej ⁽⁶⁰⁾. Na rynkach łączności elektronicznej presja konkurencyjna może wynikać z zagrożeń związanych z innowacyjnością potencjalnych konkurentów aktualnie nieobecnych na rynku.
61. W związku z tym krajowe organy regulacyjne powinny uwzględnić prawdopodobieństwo, że przedsiębiorstwa, które obecnie nie działają na właściwym rynku produktowym, mogą w średnioterminowej perspektywie podjąć decyzję o wejściu na rynek. Przedsiębiorstwa, które w przypadku wzrostu cen są w stanie zmienić lub poszerzyć swój profil produkcji/zakres usług i wejść na dany rynek, powinny być traktowane przez krajowe organy regulacyjne jako potencjalni uczestnicy rynku, nawet jeśli aktualnie nie produkują właściwego produktu lub nie oferują właściwej usługi.
62. Wejście na rynek jest bardziej prawdopodobne w przypadku gdy potencjalne nowe podmioty są już obecne na sąsiednich rynkach ⁽⁶¹⁾ lub świadczą usługi, które są istotne, aby świadczyć właściwe usługi detaliczne lub konkurować o ich świadczenie ⁽⁶²⁾. Możliwość osiągnięcia minimalnie opłacalnej skali operacji może mieć kluczowe znaczenie dla określenia, czy wejście na rynek jest prawdopodobne i długotrwałe ⁽⁶³⁾.
63. Krajowe organy regulacyjne powinny również starannie uwzględnić korzyści skali i zakresu, efekty sieciowe, znaczenie dostępu do ograniczonych zasobów oraz koszty utopione związane z budową sieci.
64. Krajowe organy regulacyjne powinny również rozważyć, czy produkty lub usługi spoza rynku właściwego oraz bazowych rynków detalicznych mogą (cenowo) ograniczyć pozycję rynkową operatora zasiedziałego, takiego jak działające na zasadzie świadczenia internetowych usług łączności podmioty oferujące usługi OTT. W związku z tym, nawet jeżeli krajowy organ regulacyjny stwierdził, że presja konkurencyjna wynikająca z tych produktów i usług na poziomie detalicznym nie jest wystarczająco silna, aby zapewnić skuteczną konkurencję na rynku detalicznym, lub nie jest wystarczająco silna, aby stanowiła pośrednią presję konkurencyjną wobec świadczenia usług hurtowych (do celów definicji rynku hurtowego), powinien jednak przeprowadzić ocenę potencjalnej presji konkurencyjnej na etapie oceny znaczącej pozycji rynkowej ⁽⁶⁴⁾. Ponieważ obecnie dostawcy usług OTT nie świadczą usług dostępu, zasadniczo nie wywierają oni presji konkurencyjnej na rynkach dostępu.

⁽⁵⁸⁾ W szczególności umowy roamingowe, umowy dotyczące wspólnego korzystania z sieci, jak również umowy o wspólnych inwestycjach niedostępne dla stron trzecich, które mogą między innymi wyeliminować niezależnego partnera handlowego, z którym mniejszy operator może współpracować. Zob. sprawa COMP/M.7612 – Hutchinson 3G UK/Telefónica UK.

⁽⁵⁹⁾ Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, op. cit., pkt 48. Najważniejsze rodzaje barier wejścia na rynek to korzyści skali i koszty utopione. Bariery te są szczególnie istotne dla sektora łączności elektronicznej z uwagi na fakt, że niezbędne są duże inwestycje, aby utworzyć na przykład efektywną sieć łączności elektronicznej w celu świadczenia usług dostępu i istnieje prawdopodobieństwo, że będzie można odzyskać tylko niewielką część inwestycji, jeżeli nowy podmiot podejmie decyzję o opuszczeniu rynku.

⁽⁶⁰⁾ Sprawa COMP/M.5532 – Carphone Warehouse/Tiscali UK, sprawa COMP/M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus oraz sprawa COMP/M.7612 – Hutchinson 3G UK/Telefónica UK.

⁽⁶¹⁾ Sprawa COMP/M.1564 – Astrolink JV.

⁽⁶²⁾ Sprawa COMP/M.1564 – Astrolink JV.

⁽⁶³⁾ Sprawa COMP/M.1741 – MCI WorldCom/Sprint.

⁽⁶⁴⁾ Sprawa FR/2014/1670.

3.2. Wspólna znacząca pozycja rynkowa

65. Definicja wspólnej pozycji dominującej w świetle prawa konkurencji została przedstawiona w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i z czasem ulegała zmianom. Pojęcie wspólnej znaczącej pozycji rynkowej należy oprzeć na tej samej podstawie. Pozycję dominującą może posiadać grupa przedsiębiorstw, które są od siebie wzajemnie niezależne prawnie i gospodarczo, pod warunkiem że z gospodarczego punktu widzenia przedstawiają się lub działają wspólnie na danym rynku jako podmiot zbiorowy⁽⁶⁵⁾. W sprawie Gencor⁽⁶⁶⁾ Trybunał zbadał sposób, w jaki odpowiednie cechy rynku mogą prowadzić do stosunków współzależności między stronami, umożliwiając im przewidywanie wzajemnych zachowań. Jak wyraźnie stwierdzono w sprawie *Airtours*⁽⁶⁷⁾, istnienie porozumienia lub innych powiązań prawnych nie jest niezbędne do ustalenia zbiorowej pozycji dominującej. Taka ocena może być oparta na innych czynnikach łączących i może zależeć od oceny gospodarczej, a w szczególności oceny struktury rynku⁽⁶⁸⁾.
66. Zbiorowa pozycja dominująca istnieje wówczas, gdy ze względu na same tylko cechy charakteryzujące rynek właściwy każdy z uczestników danego dominującego oligopolu, mając świadomość wspólnych interesów, będzie uważał za możliwe, ekonomicznie racjonalne, a zatem wskazane, przyjąć – w sposób trwały – jednakową linię postępowania na rynku, aby sprzedawać po cenach wyższych od cen konkurentów, bez konieczności zawierania porozumień lub stosowania uzgodnionych praktyk w rozumieniu art. 101 Traktatu w taki sposób, żeby konkurenci, obecni lub potencjalni, albo klienci i konsumenci nie mogli skutecznie zareagować⁽⁶⁹⁾.
67. Sąd uznał w sprawie *Airtours*, że do ustalenia zbiorowej pozycji dominującej niezbędne jest spełnienie następujących trzech łącznych warunków⁽⁷⁰⁾:
- po pierwsze, każdy z uczestników dominującego oligopolu musi mieć możliwość dowiedzenia się, w jaki sposób zachowują się pozostali członkowie, aby móc monitorować, czy przyjmują jednakową linię postępowania. Nie wystarczy, by wszyscy uczestnicy dominującego oligopolu byli świadomi tego, że współzależne zachowanie na rynku jest korzystne dla każdego z nich, ale każdy uczestnik musi również mieć możliwość dowiedzenia się, czy pozostali operatorzy przyjmują taką samą strategię i czy się jej trzymają. Zatem rynek powinien być dostatecznie przejrzysty dla wszystkich członków dominującego oligopolu, aby mogli oni dowiedzieć się wystarczająco dokładnie i szybko o zmianach w zachowaniach rynkowych każdego z pozostałych członków;
 - po drugie, sytuacja, w której ma miejsce cicha koordynacja, musi być stabilna na przestrzeni czasu, tj. musi istnieć bodziec do trwałego stosowania jednakowej linii postępowania na rynku. Wszyscy uczestnicy dominującego oligopolu mogą skorzystać tylko wówczas, gdy wszyscy postępują podobnie. Pojęcie odwetu za zachowania odbiegające od przyjętej jednakowej linii postępowania jest więc nierozzerwalnie związane z taką sytuacją. Aby zbiorowa pozycja dominująca była trwała, muszą istnieć odpowiednie środki zniechęcające, które zapewniają długoterminowy bodziec trwałego stosowania jednakowej linii postępowania, co oznacza, że każdy z uczestników dominującego oligopolu musi mieć świadomość, że każde jego działanie o charakterze ostro konkurencyjnym mające na celu zwiększenie udziału w rynku sprowokuje identyczne działania ze strony pozostałych, tak że nie odniesie żadnych korzyści ze swojego posunięcia;
 - po trzecie, aby wykazać istnienie pozycji dominującej w sposób wystarczający z prawnego punktu widzenia, należy również ustalić, że dające się przewidzieć reakcje obecnych i przyszłych konkurentów, a także klientów, nie zaszkodzą wynikom, których oczekuje się w ramach stosowania jednakowej linii postępowania.
68. W sprawie *Impala II*⁽⁷¹⁾ Trybunał Sprawiedliwości potwierdził, że te kryteria pozwalają wskazać warunki, w obecności których istnieje zwiększone prawdopodobieństwo wystąpienia cichej (milczącej) koordynacji. Według Trybunału Sprawiedliwości taka cicha zmowa jest bardziej prawdopodobna, jeżeli konkurenci mogą łatwo dojść do wspólnego rozumienia, w jaki sposób powinna funkcjonować koordynacja, w szczególności w zakresie elementów, które mogą stanowić centralny punkt⁽⁷²⁾ planowanej koordynacji. Jednocześnie Trybunał wskazał, że należy unikać mechanicznego działania polegającego na oddzielnym sprawdzaniu każdego kryterium z osobna, bez uwzględnienia ogólnego mechanizmu ekonomicznego hipotetycznej cichej koordynacji⁽⁷³⁾. Cechy rynku muszą zostać ocenione poprzez odniesienie się do tego mechanizmu hipotetycznej koordynacji.

⁽⁶⁵⁾ Sprawa C-395/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, EU:C:2000:132, pkt 35-36.

⁽⁶⁶⁾ Sprawa T-102/96, *Gencor Ltd przeciwko Komisji*, EU:T:1999:65, pkt 163.

⁽⁶⁷⁾ Sprawa T-342/99, *Airtours plc przeciwko Komisji*, UE:T:2002:146.

⁽⁶⁸⁾ Sprawa *Compagnie Maritime Belge*, pkt 45.

⁽⁶⁹⁾ Sprawa T-342/99, *Airtours plc przeciwko Komisji*, UE:T:2002:146, pkt 61; sprawa C-413/06, *Impala II*, UE:C:2008:392, pkt 122.

⁽⁷⁰⁾ Tamże, pkt 62.

⁽⁷¹⁾ *Impala II*, pkt 123.

⁽⁷²⁾ Rozumiany jako ciche porozumienie co do zasad koordynacji między wspólnie dominującymi przedsiębiorstwami, czyli rozwiązanie, które operatorzy w cichej zмовie będą zazwyczaj stosowali w określonych warunkach rynkowych i którego ustalenie wymaga przejrzystości rynku. Zob. pkt 123 wyroku w sprawie *Impala II*.

⁽⁷³⁾ Tamże, pkt 125.

69. W tym kontekście podczas ustalania, czy co najmniej dwa działające na rynku właściwym przedsiębiorstwa posiadają wspólną znaczącą pozycję rynkową, do celów ustalenia, czy należy nałożyć na nie obowiązki regulacyjne *ex ante*, krajowe organy regulacyjne muszą przeprowadzić analizę prawdopodobnego rozwoju wydarzeń podczas następnego okresu podlegającego ocenie⁽⁷⁴⁾. Muszą one rozważyć, czy w świetle wszystkich okoliczności warunki rynkowe sprzyjałyby prowadzeniu cichej koordynacji na podstawie testu ekonomicznego określonego przez Trybunał. Jak określono w motywie 26 dyrektywy 2002/21/WE, jedno lub więcej przedsiębiorstw może 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.
70. W celu ustalenia, czy sytuacja na rynku zmierza do powstania cichej zмовy, należy wziąć pod uwagę w ramach prognostycznej analizy spodziewane lub przewidywalne zmiany na rynku w trakcie kolejnego okresu przeglądu. Prawdopodobieństwo istnienia elementów zawartych w teście ekonomicznym określonym przez Trybunał musi być ustalone przy uwzględnieniu struktury rynku i wszelkich dostępnych dowodów na temat zachowania rynkowego, które sprzyja powstaniu hipotetycznego mechanizmu koordynacji i osiągnięciu stanu równowagi cechującego się cichą zmovą. Zakładany mechanizm należy zbadać jako część prawdopodobnej teorii cichej koordynacji⁽⁷⁵⁾, uwzględniając rozważania dotyczące dostępnych dowodów i danych, a także rozważania hipotetyczne. Jak można wywnioskować z wspomnianego wyżej orzecznictwa, należy unikać podejścia opartego na liście kontrolnej.
71. Podobnie jak określono w wytycznych Komisji w sprawie połączeń horyzontalnych⁽⁷⁶⁾, w ramach prognostycznej analizy należy wziąć pod uwagę w wszelkie dostępne stosowne informacje dotyczące charakterystyki odnośnych rynków, w tym zarówno cechy strukturalne, jak i historię działalności uczestników rynku.
72. Osiągnięcie wspólnego porozumienia w sprawie skoordynowanego działania jest na ogół łatwiejsze w mniej złożonych i stabilniejszych środowiskach gospodarczych. Ponieważ generalnie łatwiej jest osiągnąć koordynację wśród mniejszej liczby podmiotów, istotnym wydaje się być szczególnie zbadanie liczby uczestników rynku. Ponadto osiągnięcie wspólnego porozumienia na temat warunków koordynacji może być łatwiejsze, jeżeli można zaobserwować względną symetrię, szczególnie pod względem struktury kosztów, udziału w rynku, poziomów wydajności, w tym zasięgu, poziomów integracji pionowej oraz zdolności do powielania pakietów.
73. W przypadku masowych rynków detalicznych łatwiej założyć, że ceny są przejrzyste, a jednorodność produktów może ten poziom przejrzystości zwiększyć, ale nawet złożoność produktów i taryf na poziomie detalicznym może zostać zmniejszona dzięki ustanowieniu prostszych zasad ustalania cen, takich jak wskazanie niewielkiej liczby sztandarowych produktów, służących jako punkt odniesienia. Na rynkach łączności elektronicznej prawie całkowicie nasyconych usługami ruchomymi i stacjonarnymi niestabilność popytu jest zazwyczaj niska i nowych klientów można pozyskać tylko od innych uczestników rynku, zwiększając przejrzystość w kwestii udziałów w rynku⁽⁷⁷⁾.
74. Przygotowując prognozę na temat bieżących danych i najbardziej prawdopodobnych przyszłych wydarzeń, krajowe organy regulacyjne powinny zastosować metodę Modified Greenfield Approach, jak określono w pkt 17, zgodnie z którą z oceny należy wykluczyć skutki wszelkiej obowiązującej regulacji opartej na znaczącej pozycji rynkowej⁽⁷⁸⁾.
75. Rodzaj dowodów, do których krajowe organy regulacyjne mają dostęp na rynkach regulowanych podczas przeprowadzania analizy, będzie miał inny charakter w stosunku do dowodów dostępnych na rynkach, które nie podlegają regulacji. Krajowe organy regulacyjne mogą jednak wciąż być w stanie przedstawić dowody dotyczące struktury rynku i zachowań na nim, chociażby w przypadkach, w których obowiązujące regulacje mogły nie zlikwidować w pełni zaobserwowanych niedoskonałości rynku. Nie oznacza to, że standard dowodu powinien być niższy, lub że mechanizm cichej koordynacji, będący przedmiotem założenia, powinien wyglądać inaczej.
76. Uwzględniając pkt 15 podczas przeprowadzania oceny, czy ma miejsce sytuacja wspólnej znaczącej pozycji rynkowej i czy należy nałożyć regulacje *ex ante*, krajowe organy regulacyjne mogą w związku z tym wziąć pod uwagę wszelkie warunki rynkowe w celu ustalenia, że na rynku prawdopodobnie wystąpią – w sytuacji braku regulacji *ex ante* – zachowania prowadzące do powstania cichej zmovy, jeżeli (i) warunki te są zgodne z gospodarczymi aspektami teorii cichego porozumienia wysuniętej przez krajowy organ regulacyjny oraz (ii) po ich ocenie uznano je za istotne do celów wyjaśnienia, że sytuacja na rynku sprzyja opisanemu zakładanemu zachowaniu, które prowadzi do cichej współpracy – na podstawie zintegrowanej analizy opartej na kryteriach określonych w sprawie *Airtours* i później potwierdzonych i doprecyzowanych w sprawach *Impala*.

⁽⁷⁴⁾ Tamże, pkt 123.

⁽⁷⁵⁾ Tamże, pkt 130.

⁽⁷⁶⁾ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. C 31 z 5.2.2004, s. 5).

⁽⁷⁷⁾ W kontekście łączenia przedsiębiorstw; szczegółowo omówiono te kwestie w odniesieniu do rynku łączności elektronicznej na przykład w sprawie COMP M.7758 – HUTCHISON 3G ITALY/WIND/JV.

⁽⁷⁸⁾ Zob. sprawę SI/2009/0913, w której Komisja stwierdziła, że jest to odpowiednie podejście do przeprowadzenia oceny stopnia, w jakim sytuacja na rynku sprzyja powstaniu cichej zmovy w świetle obowiązującej regulacji opartej na samodzielnej znaczącej pozycji rynkowej, i oznajmiła, że „istotna tutaj jest sytuacja, która powstałaby, jeżeli nie istniałyby obowiązki regulacyjne nałożone na Mobitel na tym konkretnym rynku (modified greenfield approach)”.

77. Analiza wspólnej znaczącej pozycji rynkowej musi uwzględniać specyfikę sektora łączności elektronicznej, a w szczególności fakt, że ze względu na powiązania, które zazwyczaj istnieją między rynkiem hurtowym i detalicznym, ekonomiczny mechanizm cichej zмовy nie ogranicza się tylko do poziomu hurtowego, lecz powinien zostać poddany ocenie przy uwzględnieniu interakcji między tymi poziomami. W związku z tym można wskazać punkt lub punkty centralne albo na poziomie detalicznym, albo na poziomie hurtowym, a środki odwetowe mogą zostać zastosowane w ramach funkcjonalnie połączonych rynków hurtowych i rynków detalicznych niższego szczebla, a także powiązanych rynków detalicznych lub nawet poza tymi rynkami, jeżeli oligopolisci są tam obecni i wchodzą tam w interakcje.
78. Jak stwierdził Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Impala II*, struktura rynku sprzyjająca powstaniu cichej zмовy może się charakteryzować nie tylko przejrzystością rynku, ale także koncentracją na rynku i jednorodnością produktów⁽⁷⁹⁾. W drodze ekstrapolacji można na podstawie orzecznictwa lub wcześniejszych decyzji regulacyjnych ustalić inne cechy, które mogą prowadzić do tych samych wniosków. Niewyczerpujący wykaz cech rynku, które krajowe organy regulacyjne mogą wziąć pod uwagę podczas dokonywania oceny poszczególnych przypadków, zawiera przykładowo udziały w rynku, elastyczność popytu, integrację pionową, zgodność kosztów i wyników, całościowy zasięg sieci, rentowność oraz poziomy średniego przychodu na użytkownika, względną symetrię operatora i powiązane podobieństwo działalności detalicznej. Nie proponuje się jednak żadnego wyczerpującego wykazu. Znaczenie tych parametrów należy ponadto ustalić i ocenić indywidualnie dla każdego przypadku, uwzględniając okoliczności występujące w danym państwie. Jeżeli krajowe organy regulacyjne chcą wykorzystać pewne parametry, czerpiąc inspirację z wyników przeglądu *ex post* praktyk konkurencyjnych i połączeń, powinny to uczynić uwzględniając specyfikę regulacji *ex ante* w sektorze łączności elektronicznej⁽⁸⁰⁾ w celu określenia w danych okolicznościach, czy cechy charakterystyczne rynku właściwego są takie, że każdy z uczestników danego dominującego oligopolu będzie uważał za możliwe, ekonomicznie racjonalne, a zatem wskazane, przyjąć – w sposób trwały – jednakową linię postępowania na rynku⁽⁸¹⁾.

Przejrzystość

79. W oparciu o wytyczne określone w pkt 72, 73 i 77 punktem wyjścia dla wykrycia wspólnej znaczącej pozycji rynkowej jest ustalenie, czy przyjęto jednakową linię postępowania, do której dostosowane ma być przyszłe zachowanie.
80. Podczas badania, czy rynek jest wystarczająco przejrzysty, aby umożliwić cichą koordynację, należy zbadać, czy operatorzy rynku mają silną motywację do harmonizowania możliwych do określenia skoordynowanych działań rynkowych i powstrzymują się od stosowania praktyk konkurencyjnych. Dzieje się tak, gdy długoterminowe korzyści związane z postępowaniem antykonkurencyjnym przeważają nad korzyściami krótkoterminowymi związanymi ze stosowaniem zachowania konkurencyjnego. Jak określono w pkt 78, pewne cechy charakterystyczne rynku, mogące czynić dany rynek bardziej podatnym na koordynację, ułatwiają wdrożenie i utrzymywanie cichej koordynacji.
81. W szczególnych okolicznościach dotyczących łączności elektronicznej, która charakteryzuje się znacznymi barierami wejścia i wysokimi kosztami utopionymi, nowi operatorzy mają motywację do zwiększania swojego udziału w rynku, aby zapewnić sobie zwrot kosztów. Z drugiej strony, symetria udziałów w rynku nie jest niezbędna, aby wystąpiła motywacja do cichej zмовy, o ile osiągnięto minimalną skalę⁽⁸²⁾ lub struktury kosztów są porównywalne⁽⁸³⁾.
82. W kontekście oceny występowania zbiorowej znaczącej pozycji rynkowej i bez uszczerbku dla kryteriów opisanych powyżej w pkt 67, znaczne wyrównanie cen w długim czasie, zwłaszcza na poziomie wyższym niż ceny konkurentów, w połączeniu z innymi czynnikami typowymi dla zbiorowej pozycji dominującej, może – przy braku innego racjonalnego wyjaśnienia – wystarczyć do wykazania istnienia zbiorowej pozycji dominującej, nawet jeśli nie będzie solidnych dowodów bezpośrednich na wyraźną przejrzystość rynku, o ile w konkretnych okolicznościach sprawy istnieje domniemanie takiej przejrzystości⁽⁸⁴⁾. Badanie takich okoliczności musi być przeprowadzone z zachowaniem ostrożności oraz, przede wszystkim, z zastosowaniem podejścia opartego na analizie ewentualnych, prawdopodobnych strategii koordynacji⁽⁸⁵⁾. W szczególności, dla celów regulacji *ex ante* w sektorze łączności elektronicznej, stwierdzenie istniejącej wcześniej koordynacji opisanej powyżej nie jest dodatkową korzyścią, ale może mieć znaczenie, zwłaszcza jeżeli cechy rynku nie uległy znaczącej zmianie lub taka zmiana w następnym okresie podlegającym ocenie jest mało prawdopodobna.

⁽⁷⁹⁾ *Impala II*, pkt 121.

⁽⁸⁰⁾ Ocena przeprowadzona na potrzeby regulacji *ex ante* wymaga w pewnych aspektach szczególnych ram analizy, takich jak wymieniona wyżej konieczność nieuwzględniania obecnie obowiązującej regulacji, konieczność uwzględnienia określonych ram czasowych regulacji lub brak określonego podwójnego scenariusza alternatywnego, który występuje podczas analizy połączeń.

⁽⁸¹⁾ *Airtours plc przeciwko Komisji*, op. cit., pkt 61; sprawa C-413/06, *Impala II*, EU:C:2008:392, pkt 122.

⁽⁸²⁾ Należy to ocenić w kontekście okoliczności występujących w danym państwie i rynku właściwego, biorąc pod uwagę potrzebę promowania skutecznego wejścia na rynek. Zob. na przykład załącznik do zalecenia Komisji 2009/396/WE z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych w UE (Dz.U. L 124 z 20.5.2009, s. 67).

⁽⁸³⁾ Sprawa ES/2005/0330.

⁽⁸⁴⁾ Sprawa T-464/04, *Impala I*, UE:T:2006:216, pkt 252.

⁽⁸⁵⁾ *Impala II*, pkt 129.

83. W przypadku gdy wcześniejsze zachowania mogą stanowić źródło informacji potrzebnych krajowym organom regulacyjnym do przeprowadzenia perspektywicznej oceny prawdopodobnej dynamiki rynku w następnym okresie podlegającym przeglądowi, krajowe organy regulacyjne powinny zdawać sobie sprawę, że nawet w przypadku istnienia regulacji samo wprowadzenie produktów dostępu hurtowego o kontrolowanej cenie może nie stanowić wystarczającego wyjaśnienia obserwowanego wyrównania cen w długim czasie na poziomie detalicznym. Takie wyrównanie przy braku innego racjonalnego wyjaśnienia może być przejawem cichej zмовы, jeżeli występują także inne czynniki typowe dla zbiorowej pozycji dominującej. Poza obowiązkami regulacyjnymi ustalającymi poziomy cen inne racjonalne wyjaśnienia mogą na przykład mieć charakter gospodarczy, jeżeli poziomy cen można uzasadnić w świetle struktur kosztów na rynku konkurencyjnym.
84. Ponadto, do celów oceny kryterium przejrzystości, w szczególnych okolicznościach regulacji *ex ante* rynków łączności elektronicznej, na których bariery wejścia dla nowych podmiotów są zwykle wysokie, odmowa zapewnienia dostępu hurtowego na rozsądnych warunkach ze strony właścicieli sieci może stanowić potencjalny punkt centralny jednakowej linii postępowania przyjętej przez uczestników oligopolu. Taka odmowa operatorów sieci może zatem wskazywać na istnienie jednakowej linii postępowania, którą uwzględnia się wraz z innymi czynnikami podczas przeprowadzania analizy wspólnej znaczącej pozycji rynkowej. Punkt centralny oparty na odmowie dostępu można zaobserwować w przypadku operatorów, którzy nie podlegają obowiązkom *ex ante* w zakresie udzielenia dostępu, albo przewidzieć w przypadku operatorów, którzy podlegają takim obowiązkom w czasie analizy, o ile spełnione są pewne warunki. Takie warunki obejmują wspólną motywację do utrzymywania znacznych lub nienaturalnie wysokich opłat (zysków) na rynkach detalicznych niższego szczebla lub powiązanych, co krajowy organ regulacyjny uważa za nieproporcjonalne w stosunku do dokonanych inwestycji lub podjętego ryzyka⁽⁸⁶⁾, lub inne rodzaje jednakowej linii postępowania niezwiązane z ceną na rynku, prowadzące do cichej koordynacji niezgodnej z dobrze funkcjonującym rynkiem detalicznym, jak stwierdził Trybunał w wyroku w sprawie *Impala II*⁽⁸⁷⁾, co można także przedstawić jako dowód, że odmowa udzielenia dostępu jest wiarygodnym punktem centralnym. Istotna jest również ocena, czy dany operator posiada wystarczającą skalę, aby uzasadnić świadczenie usługi hurtowej na rzecz stron trzecich.

Trwały charakter

85. Aby zapewnić trwały charakter jednakowej linii postępowania, każdy uczestnik oligopolu musi mieć motywację, aby nie odstępować od warunków koordynacji. Wynika to z faktu, że uczestnicy dominującego oligopolu mogą odnieść korzyść tylko wtedy, gdy wszyscy postępują podobnie. Istnienie wiarygodnej groźby zastosowania środków odwetowych, odstrasżających od odstępowania, jest wymogiem koniecznym, aby zapewnić wiarygodność mechanizmu koordynacji.
86. Jeżeli chodzi o potrzebę stosowania sankcji, Sąd wyjaśnił, że samo istnienie skutecznych mechanizmów odstrasżających w zasadzie wystarcza, ponieważ jeśli członkowie oligopolu postępują zgodnie z jednakową linią postępowania, nie ma potrzeby stosowania sankcji. Najbardziej skuteczny środek odstrasżający to taki, który nie został użyty⁽⁸⁸⁾.
87. To wyjaśnienie ma szczególne znaczenie, przykładowo w przypadkach, gdy krajowy organ regulacyjny uważa, że punktem centralnym cichej zмовы na poziomie hurtowym jest (konstruktywna) odmowa udzielenia dostępu hurtowego⁽⁸⁹⁾, oraz gdy transakcje hurtowe są zazwyczaj rzadkie. W takich przypadkach krajowy organ regulacyjny nie musi ustalać, że środek odwetowy zakładałby zawarcie kolejnego porozumienia o dostępie z innymi operatorami działającymi w cichej zмовы, ale może określić inny⁽⁹⁰⁾ wiarygodny mechanizm odwetowy na bazowych lub powiązanych rynkach detalicznych (taki jak krótkoterminowe wojny cenowe)⁽⁹¹⁾. Aspekty związane z możliwością przenoszenia i rotacją⁽⁹²⁾ w szczególnych okolicznościach mogą dodatkowo uzasadniać przypuszczalną zdolność konsumentów do reagowania na zmiany cen i pomóc krajowemu organowi regulacyjnemu przewidzieć prawdopodobieństwo skuteczności odwetu na poziomie detalicznym⁽⁹³⁾.
88. Krajowy organ regulacyjny powinien uwzględnić w indywidualnej analizie każdego przypadku wiarygodność groźby (mechanizmu) sankcji lub jej zastosowania.

⁽⁸⁶⁾ Sprawa ES/2005/0330.

⁽⁸⁷⁾ *Impala II*, pkt 121. Zob. również niniejsza nota wyjaśniająca, sekcja o niedoskonałościach rynku na poziomie detalicznym.

⁽⁸⁸⁾ Sprawa *Impala I*, pkt 466.

⁽⁸⁹⁾ Dostęp, który umożliwiłby podmiotowi ubiegającemu się o dostęp skuteczne konkurowanie na poziomie detalicznym.

⁽⁹⁰⁾ Zgodnie z drugim kryterium testu *Airtours* wymagane jest „identyczne działanie ze strony innych”, należy to jednak rozumieć jako działanie o charakterze ostro konkurencyjnym ze strony jednego z członków dominującego oligopolu w odpowiedzi na działanie o charakterze ostro konkurencyjnym ze strony innego członka tego oligopolu, które może jednak przyjąć inną formę, zob. *Airtours*, op. cit., pkt 62.

⁽⁹¹⁾ Jest to ważne, ponieważ sankcja wobec oligopolisty 1 za zapewnienie dostępu konkurentowi dzięki zapewnieniu dostępu przez oligopolistę 2 innemu konkurentowi może mieć długotrwały wpływ na rynek, dodatkowo pogarszać zyski strony stosującej odwet, a zatem nie może być wiarygodnym środkiem odstrasżającym od zachowania oportunistycznego. Zob. również sprawa ES/2005/0330.

⁽⁹²⁾ Możliwość przeniesienia numeru daje użytkownikom końcowym możliwość zachowania numeru z krajowego planu numeracji telefonicznej niezależnie od przedsiębiorstwa świadczącego usługę, a rotacja obejmuje odsetek abonentów usługi, którzy po pewnym czasie zrywają umowę dotyczącą świadczenia tej usługi.

⁽⁹³⁾ Sprawa ES/2005/0330.

Czynniki zewnętrzne

89. Ocena czynników wyrównawczych w odniesieniu do teorii cichej zmowy uwzględnia aspekty gospodarcze, tj. czy operatorzy obecni na rynku poza oligopolem stosującym cichą znowę działają jako konkurenci marginalni lub mają potencjał do stania się „niezależnymi” konkurentami, lub czy klienci posiadają wystarczającą wyrównawczą siłę nabywczą, aby zagrozić mechanizmowi znowy.
90. W ramach regulacji *ex ante* sektora łączności elektronicznej, można przeprowadzić ocenę pozycji rynkowej i siły konkurentów na podstawie różnych czynników związanych z barierami wejścia dla potencjalnych konkurentów i ich konkurencyjną sytuacją oraz barierami ograniczającymi ekspansję obecnych uczestników rynku. Odpowiednie parametry tej oceny będą obejmować udział w rynku, który podlega ocenie, związane korzyści zakresu, potencjał do dostarczania informacji wyjściowych do wszystkich produktów wymaganych przez klientów na poziomie detalicznym, względną siłę w głównym obszarze działalności, istnienie marginalnych lub niezależnych konkurentów itd. W związku z tym krajowe organy regulacyjne powinny uwzględnić w swoich projektach środków ocenę sprawdzającą, czy konkurenci marginalni mają zdolność do przeciwdziałania skoordynowanym działaniom antykonkurencyjnym, czy też nie ⁽⁹⁴⁾.
91. Jak wspomniano w pkt 59, rynki świadczenia usług łączności elektronicznej charakteryzują się znacznymi barierami wejścia, zwłaszcza o charakterze gospodarczym, takimi jak budowa sieci, która w przypadku braku porozumienia o dostępie hurtowym jest kosztowna i czasochłonna, ale także barierami o charakterze prawnym, w szczególności polityka w zakresie widma radiowego może ograniczać liczbę operatorów sieci ruchomej ⁽⁹⁵⁾. W związku z tym hipotetyczny nowy podmiot, który mógłby zaburzyć stan równowagi cechujący się cichą znową, będzie prawdopodobnie musiał polegać, co najmniej częściowo, na infrastrukturze innych podmiotów. W przypadku braku interwencji regulacyjnej, trwałych porozumień handlowych lub przełomowej innowacji technologicznej można zwykle założyć, że prawdopodobieństwo zakłócającego wejścia na rynek jest zasadniczo niewielkie w perspektywie krótko- i średnioterminowej.
92. Jeżeli chodzi o klientów, na rynkach masowych konsumenci nie mają zazwyczaj indywidualnej zdolności do stosowania siły nabywczej, która miałaby jakiegokolwiek znaczenie. Z drugiej strony, niektórzy użytkownicy końcowi prowadzący działalność gospodarczą, którzy nabywają produkty przeznaczone i dostosowane do potrzeb przedsiębiorstw, mogą posiadać wyrównawczą siłę nabywczą i w stosownych przypadkach należy przeanalizować ich potencjalną reakcję na danym rynku.
93. Niniejszy komunikat skierowany jest do państw członkowskich.

W imieniu Komisji

Mariya GABRIEL

Członek Komisji

⁽⁹⁴⁾ Sprawa IE/2004/0121.

⁽⁹⁵⁾ Zob. przypis 52 i nota wyjaśniająca do zalecenia 2014/710/UE, SWD(2014) 298, s. 4.