

Warszawa dnia 16 września 2013 r.

Szanowna Pani
Małgorzata Krasnodębska - Tomkiel
Prezes Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Plac Powstańców Warszawy 1
00-950 Warszawa

Zawiadamiający: Polkomtel Sp. z o.o.
ul. Postępu 3
02-676 Warszawa

reprezentowany przez

[]

adres do doręczeń:

ZAWIADOMIENIE

w sprawie podejrzenia naruszenia przez PTK Centertel Sp. z o.o. oraz spółkę T Mobile Polska S.A. (poprzednia firma spółki Polska Telefonia Cyfrowa S.A.) przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Działając na podstawie udzielonego pełnomocnictwa, załączonego do niniejszego zawiadomienie (załącznik nr 1) w imieniu spółki Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „**Zawiadamiający**”) niniejszym pragniemy zwrócić uwagę na nieprawidłowości, które mają miejsce na rynku wykorzystywania częstotliwości radiowych z zakresów od 800MHz do 2,1 GHz, kluczowych dla świadczenia usług dostępu do szerokopasmowego internetu w sieciach mobilnych przez PTK Centertel Sp. z o.o. (dalej „**PTK**”) i PTC S.A. – obecnie T Mobile Polska S.A. (dalej „**PTC**”) z wykorzystaniem przez tych operatorów wspólnego podmiotu Networks! Sp. z o.o.

Z uwagi na brak dostępu do szczegółowych danych i informacji dotyczących wniosku koncentracyjnego w sprawie utworzenia spółki pod firmą Networks! Sp. z o.o., jak i obecnej praktyki rynkowej wskazanych powyżej przedsiębiorców, Zawiadamiający nie jest w stanie

przeprowadzić jednoznacznego dowodu na naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: „Ustawa”), względnie ustawy – Prawo telekomunikacyjne (dalej: „PT”). Wiele istotnych okoliczności wskazuje jednak, że to takich naruszeń doszło. Poniżej przedstawiamy opis aktualnej sytuacji rynkowej i negatywnych skutków, które miały również swoje przyczyny w decyzjach właściwych organów (Prezesa UKE i Prezesa UOKiK) i którą pozostawiamy ocenie Prezesa UOKiK, wskazując jedynie na te regulacje, które w naszej ocenie mogły zostać naruszone przez PTK i PTC.

I Stan prawny i faktyczny.

W dniu 16 marca 2011 r. Prezes UOKiK wyraził w drodze decyzji nr DKK-31/11 zgodę na dokonanie koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnej spółki przez PTC, która obecnie działa pod nazwą T Mobile Polska S.A. oraz PTK. Obie spółki są krajowymi jednostkami globalnych koncernów telekomunikacyjnych Orange i T-Mobile zatrudniających w sumie kilkaset tysięcy pracowników i posiadających częstotliwości radiowe prawie w całej Europie, a także poza nią. Zgodnie z posiadanymi przez Zawiadamiającego informacjami, nowo utworzona spółka (dalej „**Networks! Sp. z o.o.**”) miała według wniosku prowadzić wyłącznie działalność polegającą na zarządzaniu infrastrukturą spółek założycieli, a współpraca PTK i PTC miała nie mieć wpływu na zachowanie warunków konkurencji w Polsce, w szczególności spółki te miały nie współpracować w zakresie wspólnego korzystania z częstotliwości lub koordynowania polityki sprzedaży usług telekomunikacyjnych. W 2011 r. przedstawiciele PTC i PTK informowali publicznie, że **umowa została zawarta na okres 15 lat, z możliwością przedłużenia. Współpraca PTC z PTK Centertel będzie ograniczona do aspektów technicznych. Każda ze stron pozostanie właścicielem swoich elementów sieci i częstotliwości. Operatorzy nadal będą konkurować na rynkach hurtowych i detalicznych usług telekomunikacyjnych pod dotychczasowymi markami**¹. Doniesienia prasowe wskazują, że do grudnia 2012 r., w ramach wspólnego przedsięwzięcia *zmodernizowano już 2 tys. stacji bazowych. Cały projekt ma zakończyć się w 2014 roku, kiedy obaj operatorzy będą mieli około 10 tys. wspólnie zmodernizowanych stacji. Do tej pory prace modernizacyjne zostały zakończone, m.in. w Szczecinie, Kielcach, Malborku, Zielonej Górze, Sanoku, Bielsko-Białej czy Lesznie, Przemyślu czy Rzeszowie. Obecnie prace modernizacyjne trwają, m.in. w Olsztynie, Lublinie, Ostródzie, Elblągu, Tarnowie, Tarnobrzegu, Sandomierzu, Polkowicach czy Ilawie. W najbliższych dniach rozpoczną się w Puławach, Dęblinie, Legnicy, Zambrowie, Żarach, Żaganiu i Kwidzynie. Nowa infrastruktura pozwala na oferowanie usług transmisji danych w technologii HSPA+ dual carrier. Testy prowadzone w zmodernizowanych klastrach wskazują, że średnie prędkości przesyłu danych wzrosły nawet kilkukrotnie, przy jednoczesnym wzroście liczby*

¹ <http://www.telix.pl/artukul/startuje-networks!--orange-i-t-mobile-lacza-sieci-3.42305.html>

przesyłanych danych przez użytkowników.²

Z publicznie dostępnych informacji jednoznacznie wynikało, że Networks! Sp. z o.o. nie będzie w żaden sposób działała na hurtowym ani detalicznym rynku świadczenia usług dostępu do szerokopasmowego internetu w sieciach mobilnych. Jak deklarowali sami zgłaszający, działalność wspólnej spółki miała ograniczyć się do aspektów technicznych, w tym w szczególności do modernizacji i zarządzania infrastrukturą sieciową, która jednak nadal miała pozostać własnością odpowiednio PTK i PTC. Zdaniem Zgłaszającego, powyższe deklaracje mijają się z stanem faktycznym.

Abstrahując od kwestii własności infrastruktury, Zawiadamiający pragnie podkreślić, że w chwili obecnej nie można jednoznacznie stwierdzić, czy Networks! Sp. z o.o. działa na rynku świadczenia usług dostępu do szerokopasmowego internetu w sieciach mobilnych albo czy jest platformą do wspólnego wykorzystywania częstotliwości przeznaczonych do świadczenia usług dostępu do szerokopasmowego internetu w sieciach mobilnych a pozostających w gestii odpowiednio PTC i PTK. Zdaniem Zgłaszającego ostatnie informacje publiczne potwierdzają, iż współpraca PTK i PTC od ponad dwóch lat związana jest ze współkorzystaniem w zakresie wspólnego wykorzystywania posiadanych zasobów częstotliwości, także zakładają, iż współpracą będą objęte także zasoby częstotliwości, które w przyszłości będą w posiadaniu PTC i PTK. Wykorzystując współpracę w zakresie zarządzania infrastrukturą, na którą PTK i PTC uzyskały zgodę Prezesa UOKiK, podmioty te współpracują tym samym w zakresie wspólnego wykorzystania częstotliwości do świadczenia usług dostępu do szerokopasmowego internetu w sieciach mobilnych, co najmniej na rynku detalicznym.

Zgodnie z komunikatem bieżącym nr 98/2013 z dnia 10 września 2013 r. spółki Telekomunikacja Polska S.A. – będącą podmiotem dominującym w stosunku do PTK **„10 września 2013r.: Po dwóch latach wzorcowej współpracy mobilnego ramienia Grupy - PTK Centertel z T-Mobile w zakresie wzajemnego korzystania z dostępowych sieci radiowych, strony rozszerzyły współpracę o technologię 4G. PTK Centertel sp. z o.o. podpisała z T-Mobile S.A. aneks do umowy o wzajemnym korzystaniu z mobilnych sieci dostępowych (umowa znacząca opisana w raporcie bieżącym nr 86/2011). Spółki będą współpracować przy budowie sieci w technologii 4G w modelu podobnym do obecnej współpracy w obszarze sieci mobilnych. Strony rozbudują sieci by zwiększyć zasięg usług 4G, a Orange Polska będzie mogła świadczyć usługi 4G korzystając z częstotliwości 1.800 MHz, także z częstotliwości posiadanych przez T-Mobile. Orange Polska będzie korzystała z częstotliwości 4G należących do T-Mobile za wynagrodzeniem płatym przez**

² <http://www.telepolis.pl/wiadomosci/networks-zmodernizowalo-juz-2-tys-stacji,2,3,26995.html>

14,5 lat. W przyszłości współpraca może także zostać rozszerzona na inne pasma częstotliwości.”

(raport dostępny na stronie: <http://www.bankier.pl/wiadomosc/TPSA-Orange-Polska-bedzie-moglo-oferowac-uslugi-4G-w-oparciu-o-czestotliwosci-1-800MHz-2934305.html>)

Zawiadamiający nie znając wniosku złożonego przez PTC i PTK w sprawie utworzenia Networks! nie jest w stanie stwierdzić, czy organ antymonopolowy był świadom, że tego rodzaju współpraca między operatorami będzie skutkiem wydania zgody na planowane utworzenie wspólnej spółki i czy w ogóle zgłaszający wspominali o takiej współpracy lub zamiarze jej podjęcia (wspomniane wyżej deklaracje PTK i PTC wskazywałyby, że te plany nie były ujawniane w trakcie postępowania przed Prezesem UOKiK). Wszystko wskazuje, że nawet jeśli zgłaszający przedstawili Prezesowi UOKiK informację o formach zamierzonej współpracy, ujawnionej w ramach wyżej cytowanego raportu bieżącego, to mogła ona być na tyle nieprecyzyjna, iż wykluczała możliwość właściwej oceny rzeczywistych skutków działań planowanych po dokonaniu transakcji koncentracyjnej.

Zgodnie z wiedzą Zawiadamiającego PTC i PTK, w ramach współpracy obejmującej rzekomo wyłącznie techniczną modernizację sieci infrastrukturalnej i zarządzania nią, ustaliły, że wspólnie wykorzystują swoje odrębnie przyznane częstotliwości, uzyskując tym samym, w sposób - jak się wydaje - nielegalny, znacznie wyższe przepustowości do świadczenia usługi dostępu do szerokopasmowego internetu w sieciach mobilnych, zagrażając w ten sposób konkurencji. Potwierdzenie tego faktu można znaleźć między innymi w informacjach prasowych z 30 sierpnia 2013 roku (dostępnych na <http://www.rp.pl/artukul/484991,1043215-Orange-tez-bedzie-mial-LTE.html> oraz <http://www.telix.pl/artukul/orange-tez-bedzie-miala-lte-3,56658.html>).

Upraszczając kwestie techniczne można w następujący sposób opisać, jak praktycznie się to odbywa. Możliwe są dwa modele współdzielenia LTE. Pierwszy to system MORAN (ang. *Multi-Operator RAN*), który polega na tym, że każdy z operatorów korzysta na wyłączność z oddzielnych częstotliwości z wykorzystaniem oddzielnych stacji bazowych na jednym maszcie. Drugi to MOCN (ang. *Multi-Operator Core Network*), który polega na tym, że operatorzy współdzielą posiadane częstotliwości z wykorzystaniem jednej stacji bazowej na maszcie. W modelu pierwszym, przez każdą ze stacji bazowej dochodzi do transmisji sygnału wskutek wykorzystania odrębnie przyznaczonych częstotliwości na rzecz odpowiednio klientów PTK i PTC. Ten model współdzielenia obniża w sposób uzasadniony koszty prowadzonej działalności operatorów poprzez obniżenie kosztów utrzymania masztów i - jak się wydaje - jest zgodny z założeniami decyzji DKK-31/11. Z kolei model MOCN zakłada *de facto* wykorzystanie „połączonych” częstotliwości zarezerwowanych przez Prezesa UKE odrębnie dla PTK i PTC. W modelu MOCN obie spółki

korzystają ze swoich częstotliwości wzajemnie. W konsekwencji nie można stwierdzić, że Networks! Sp. z o.o. działa na rynku wyłącznie w zakresie zarządzania siecią, ale również realizuje strategię PTK i PTC wspólnego wykorzystywania częstotliwości. Zauważyć należy, że w czasie kiedy toczyło się postępowanie przetargowe na pięć rezerwacji częstotliwości z zakresu 1729,9 – 1754,9 MHz oraz 1824,9 – 1849,9 MHz, współpraca PTK i PTC w ramach spółki Networks! Sp. z o.o. realizowana była wyłącznie w oparciu o model MORAN. Zdaniem Zawiadamiającego, wyłączenie systemu MOCN na czas przetargu miało na celu uzyskanie od Prezesa UOKiK pozytywnej oceny oferty pod względem zachowania warunków konkurencji. W chwili obecnej model MOCN jest wykorzystywany przez Networks! Sp. z o.o.

Należy też podkreślić, że agregowanie częstotliwości w celu ich późniejszego współdzielenia daje daleko większe możliwości w technologii LTE, niż GSM. Agregowanie w technologii GSM pozwala jedynie na obsługę większej liczby użytkowników, nie zmienia zaś jakości świadczonej usługi dla abonenta. Z kolei agregowanie częstotliwości w technologii LTE umożliwia obsługę większej liczby użytkowników, świadczenie usług o wyższej szybkości transmisji (lepszej jakości – w tym usług premium) poprzez łączenie wielu bloków częstotliwościowych w celu uzyskania jednego ciągłego bloku 1,4MHz, 3MHz, 5MHz, 10MHz lub 20MHz., a prędkość maksymalna uzyskiwana przez abonenta jest proporcjonalna do szerokości używanego bloku częstotliwości.

Zdaniem Zawiadamiającego, współdzielenie odrębnie przyznanych częstotliwości w modelu MOCN: po pierwsze, nie mieści się w zakresie zgody na koncentrację wydanej przez Prezesa UOKiK, a po drugie, prowadzi do nieuprawnionego uzyskania dużo większej przepustowości sieci w zakresie świadczenia usługi dostępu do szerokopasmowego internetu w sieciach mobilnych, niż posiadają konkurenci PTK i PTC. Powyższe prowadzi oczywiście do chwilowego poprawienia sytuacji abonentów, którzy niewątpliwie uzyskują lepszej jakości usługę, jednak pragniemy zwrócić uwagę, że prowadzi to również do szybkiego wzrostu wolumenu sprzedaży usług PTK i PTC, posiadających już ponad 60% udziału w rynku, kosztem istotnego spadku sprzedaży usług jego konkurentów. W konsekwencji skutkuje to możliwością wyeliminowania z rynku przedsiębiorców świadczących usługi dostępu do szerokopasmowego internetu w sieciach mobilnych i do uzyskania przez PTK i PTK takiej siły rynkowej, która pozwoli im na działania niezależne od konkurentów, kontrahentów i konsumentów (faktycznego monopolu).

W tym kontekście zwracamy uwagę, że współpraca stron już teraz zakłada uzyskiwanie pozwoleń radiowych pozwalających na łączne korzystanie z pasma radiowego PTK i PTC. W załączeniu (załącznik nr 2) przykładowe pozwolenie radiowe, które pozwala PTK i PTC na wspólne

korzystanie z częstotliwości bez zmiany treści posiadanych przez nie obecnie decyzji rezerwacyjnych, zwłaszcza w zakresie pasma 2,0GHz, które właściwościami odpowiada w zasadzie pasmu 1,8GHz oraz pasma 800 MHz, w którym podmioty te dysponując potężnym zapleczem finansowym koncernów i bazując na „administracyjnym” ograniczeniu konkurencji zdobędą zapewne częstotliwości o zakresie 2 x 20MHz. Zachodzi pytanie, czy takie wspólne korzystanie z częstotliwości zostało przez PTK i PTC zadeklarowane we wniosku o zgodę na utworzenie Networks! Sp. z o.o., ale także przy przetargu na częstotliwości radiowe z zakresu 1,8GHz. Brak takiej deklaracji oznaczałby próbę wprowadzenia w błąd UOKiK i Komisji przetargowej i próbę pozyskania nienależnych dodatkowych punktów w ramach kryterium zachowania przez uczestników przetargu warunków konkurencji (współczynnik „K” wyniósł w przypadku PTK i PTC po 10 punktów, gdy w przypadku Polkomtel „0” punktów). Zwracamy uwagę, że pozwolenia takie były wydawane jeszcze przed wydaniem decyzji rezerwacyjnych w przetargu na 1,8GHz w pierwszej instancji (14.06.2013r.)! oraz, że w ramach składanych wniosków o pozwolenia radiowe Polska podzielna została w ten sposób, że na połowie terytorium Polski pozwolenia wydawane są tylko na PTK, a na połowie terytorium Polski tylko na PTC.

Zwrócić uwagę należy na jeszcze jeden istotny aspekt przedstawianego stanu faktycznego. Częstotliwości jako dobro rzadkie rozdysponowywane są w drodze przetargów (konkursów). Prezes UKE oceniając oferty przedsiębiorców przystępujących do konkursów (przetargów) słusznie bierze pod uwagę ilość i jakość częstotliwości już będących w dyspozycji oferentów. Oczywiście podmioty, na rzecz których wcześniej zarezerwowano częstotliwości, są w gorszej sytuacji, niż te, które ich jeszcze nie posiadają albo posiadają w mniejszej ilości. Przypomnieć należy politykę regulacyjną Prezesa UKE, która jeszcze kilka lat temu zakładała, iż korzystniej będzie dla rynku, jeśli będzie na nim konkurowała większa liczba graczy z mniejszym zakresem przyznanych częstotliwości, niż mniejsza z zakresem większym. Oceniając oferty pod względem posiadanych już przez oferentów częstotliwości, Prezes UKE bierze pod uwagę całe grupy kapitałowe, a nie pojedynczych przedsiębiorców (konkretnych oferentów). Stąd też, jeśli grupa kapitałowa posiada znaczące zasoby zarezerwowanych częstotliwości, to nawet jeśli konkretny oferent z tej grupy w ogóle ich nie posiada, szanse na uzyskanie przez niego kolejnej rezerwacji są niewielkie. Założenie takie – mając na względzie doktrynę *single economic unit* – jest w pełni zasadne jednak tylko wtedy, kiedy na rynku nie dochodzi do obchodzenia ww. zasady przyznawania częstotliwości.

W omawianym w niniejszym Zawiadomieniu stanie faktycznym do takiego obchodzenia obowiązujących reguł może dochodzić. PTK i PTC utworzyły bowiem wspólną spółkę, obejmując w niej po 50% aktywów. Taka konfiguracja własnościowa nie pozwala stwierdzić, że PTK i PTC

należą do jednej grupy kapitałowej. W konsekwencji każdy z tych przedsiębiorców w konkretnym przetargu (konkursie) na rezerwację częstotliwości oceniany jest oddzielenie przez pryzmat posiadanych dotychczas częstotliwości, podczas gdy w praktyce wykorzystują je wspólnie tak, jakby należeli do jednej grupy kapitałowej. Prowadzi to do dyskryminowania ich konkurentów.

Zwracamy dodatkowo uwagę, na to, że podobnie jak samochód marki X może mieć wartość 10 lub nawet więcej samochodów marki Y, tak i 1 MHz i 1 MHz nie zawsze są sobie równe i porównując zasoby radiowe konkurencji należy mieć na uwadze zwłaszcza różnice w technicznej efektywności pasm. W szczególności należy mieć na względzie, że podstawowe dla operatorów częstotliwości radiowe mieszczą się na dziś w zakresie od 800 do 2100 MHz. Pozostałe częstotliwości, zwłaszcza w zakresie 2,6GHz z racji minimalnego zasięgu nie mają istotnego znaczenia, co potwierdzają wyniki przetargów w całej Europie i „sztuczne” pakietowanie przez regulatorów tych częstotliwości z częstotliwościami o większym zasięgu zwłaszcza z zakresu 800MHz. W załączeniu (załącznik nr 3) „mapa przydziału kluczowych częstotliwości” wskazująca absolutną dominację Networks! Sp. z o.o. w zakresie kluczowych częstotliwości przy przyjęciu, bardzo prawdopodobnej tezy, że spółki PTC i PTK pozyskają pasmo o szerokości 2x20 MHz w nadchodzącej „aukcji”. Teza ta w braku reakcji administracji (UOKiK oraz UKE) stanie się rzeczywistością w I-ym kwartale 2014r.

Co więcej w razie wspólnego wykorzystania częstotliwości, 1 MHz częstotliwości należący do Networks! Sp. z o.o. w zakresie 800 MHz lub 2,0GHz będą miały wartość dwukrotnie wyższą niż 1 MHz konkurencji, z uwagi na to, że najwyższa oferowana szybkość transmisji wyniesie 150 Mb/s przy najwyższej szybkości transmisji konkurencji wynoszącej 74 Mb/s lub nawet tylko 37Mb/s. Załączamy (załącznik nr 4) tabelę obrazującą różnice maksymalnych prędkości transmisji danych w zależności od szerokości posiadanego pasma.

Problem ten znany był organom zajmującym się ochroną konkurencji już w marcu 2010r. (Case No COMP/M.5650-T-Mobile/Orange”), o czym będzie mowa w dalszej części niniejszego Zawiadomienia.

Zdaniem Zamawiającego PTC i PTK zamierzają w pierwszym etapie uzyskać więcej od innych operatorów zasobów częstotliwości, a dopiero w drugim etapie ujawnić, że chcą współpracować w zakresie nieprzewidzianym w warunkach przetargów/aukcji częstotliwościowych i wymusić zgodę na połączenie częstotliwości argumentami o korzyściach dla abonentów. Zadaniem UOKiK i UKE jest w naszym przekonaniu niedopuszczenie do realizacji tak prostego, ale zarazem groźnego dla

rynku scenariusza działań.

Ze względu na brak dostępu do koniecznych danych i informacji, Zawiadamiającemu trudno jest jednoznacznie wskazać, które obowiązujące w zakresie ochrony konkurencji przepisy zostały w niniejszym stanie faktycznym naruszone. W naszej ocenie, jest prawdopodobne, że zgłaszający zamiar koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnej spółki (Networks! Sp. z o.o.), tj. PTK i PTC nie przedłożyli Prezesowi UOKiK wszystkich lub prawdziwych, a w szczególności kompletnych informacji na temat przyszłej działalności tworzonego przedsiębiorcy, intencji i celów współpracy oraz nie ujawnili rzeczywistego zakresu współpracy udziałowców Networks! Sp. z o.o., zarówno w ramach tworzonej spółki JV, jak i umów o współpracę dotyczących rynku polskiego zawartych bezpośrednio między PTK i PTC, lub między innymi podmiotami z Grupy Deutsche Telekom oraz z Grupy Orange (dawniej: France Telecom), zwłaszcza między T Mobile Deutschland oraz Orange S.A. lub akcjonariuszami PTK i PTC, tj. Telekomunikacją Polską S.A. i T-Mobile Poland Holding GmbH, które dopiero po zsumowaniu pozwoliłyby na prawidłową i kompletną ocenę planowanych działań. W takim przypadku zasadnym byłoby wzruszenie decyzji nr DKK-31/11 Prezesa UOKiK o wyrażeniu zgody na koncentrację na podstawie art. 21 Ustawy. Dyspozycja tego przepisu stanowi, że Prezes UOKiK może uchylić decyzję o zgodzie na koncentrację, jeśli została ona wydana na podstawie nierzetelnych informacji, za które odpowiedzialni są przedsiębiorcy uczestniczący w koncentracji.

Zdaniem Zawiadamiającego, w toku postępowania w sprawie koncentracji mogło dojść do sytuacji, w której PTK i PTC w ogóle nie poinformowały Prezesa UOKiK o dwóch wyżej wspomnianych modelach współpracy (MORAN i MOCN) oraz o tym, że oba modele będą stosowane przez nowo utworzonego przedsiębiorcę, względnie informując o tych modelach zgłaszający mogli nie wyjaśnić ich w sposób wystarczający, czym uniemożliwili organowi antymonopolowemu ocenę rzeczywistych skutków koncentracji.

Obie sytuacje można zakwalifikować jako przedłożenie nierzetelnych informacji, za które odpowiedzialni są uczestnicy koncentracji, a które miało wpływ na rozstrzygnięcie Prezesa UOKiK.

Przestawiony stan faktyczny należy również ocenić pod kątem naruszenia przepisów dotyczących zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję (art. 6 Ustawy). PTK i PTC swoim działaniem ograniczają dostęp do rynku przedsiębiorcom nieobjętym porozumieniem. Współpraca w ramach Networks! Sp. z o.o. z wykorzystaniem modelu MOCN idzie dalej niż tylko wspólne

zarządzanie infrastrukturą, które miało doprowadzić do obniżenia kosztów jej eksploatacji i miało zaowocować korzystniejszymi cenami dla abonentów. Model MOCN zakłada „łączenie” częstotliwości, a więc wykorzystanie go przez PTK i PTK jest – zdaniem Zawiadamiającego – nieuprawnione i prowadzi do nieuzasadnionego oraz niezgodnego z prawem ograniczania dostępu do rynku konkurentom PTK i PTC. Networks! Sp. z o.o. nie działa bowiem jedynie w zakresie zarządzania siecią PTK i PTC, ale – wykorzystując model MOCN – działa *de facto* na rynku świadczenia usług dostępu do szerokopasmowego internetu w sieciach mobilnych.

Należy zwrócić uwagę, że sytuacje takie są jednoznacznie oceniane w orzecznictwie organów antymonopolowych Unii Europejskiej. Wprawdzie dopuszcza się porozumienia o wspólnym wykorzystaniu infrastruktury, ale za niedopuszczalne uznaje się przenoszenie lub udostępnianie częstotliwości, jeżeli może to prowadzić do naruszenia konkurencji na rynku (por. wytyczne Belgian Institute for Postal Services and Telecommunications z 17 stycznia 2012 roku). Warto też zwrócić uwagę na Opinię nr 13-A-08 z dnia 11 marca 2013 r. w sprawie warunków współdzielenia zasobów oraz roamingu w sieciach komórkowych, sporządzoną przez francuski Urząd do spraw konkurencji, w którym stwierdza się, że *współdzielenie częstotliwości budzi zasadnicze zastrzeżenia niezależnie od tego, czy dotyczy stref „średnio”, „gęsto” czy też „bardzo gęsto zaludnionych”*. *Korzyści wynikające z dodatkowych częstotliwości uzyskane dzięki takiemu porozumieniu w porównaniu do korzyści płynących z rozwiązań mniej ograniczających konkurencję, jak przykładowo RAN sharing, nie wydają się równoważyć poważnych ograniczeń wynikających z natury, zakresu i częstotliwości wymiany informacji, ale też bardzo silnego wzajemnego uzależnienia powstającego w ten sposób między obydwoma partnerami.*

Zwracamy również uwagę na zbliżony casus utworzenia przez Grupę Deutsche Telekom oraz Grupę Orange wspólnej spółki JV o nazwie „Everything Everywhere” w Wielkiej Brytanii (Case No COMP/M.5650-T-Mobile/Orange). Podobnie jak w Polsce obie grupy objęły w niej po 50% udziałów. Pragniemy zwrócić uwagę zwłaszcza na następujące aspekty tej sprawy:

- a) Zgodę na połączenie wydała Komisja Europejska;
- b) Wydając zgodę na połączenie Komisja Europejska uznała, że utworzenie spółki stanowiłoby zagrożenie dla konkurencji na rynku usług komunikacji mobilnej w Wielkiej Brytanii („the proposed transaction threatened to significantly affect competition in UK mobile Communications markets”);
- c) Wydając zgodę na połączenie Komisja Europejska uznała także, że utworzenie spółki stanowiłoby istotne zagrożenie nadmiernej koncentracji spektrum radiowego, które strony

wspólnie posiadałyby po utworzeniu spółki („concentration of spectrum (...) that the parties will jointly hold after the creation of the JV”);

- d) Komisja Europejska wydała zgodę na połączenie pod warunkiem oddania („divestment”) przez T-Mobile i Orange pasma o szerokości 2*15MHz z zakresu 1800MHz;
- e) Grupy kapitałowe T-Mobile i Orange spotykają na rynku brytyjskim konkurencję nawet ostrzejszą niż w Polsce (światowe koncerny Vodafone, Telefonica i Hutchison, w odróżnieniu od rynku polskiego, gdzie konkurenci mają charakter lokalny).

Treść ww. decyzji KE wraz z uzasadnieniem (53 strony), wersji angielskiej (załącznik nr 5) do niniejszego Zawiadomienia.

II. Interes publiczny

Zdaniem Zawiadamiającego ze wskazanego wyżej stanu faktycznego wynika konieczność podjęcia działań przez Prezesa UOKiK, gdyż spełniona jest przesłanka ochrony interesu publicznego. Zgodnie z art. 1 ust. 1 Ustawy, określa ona warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.

Jak wskazuje się w dotychczasowym orzecznictwie, interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem stałym i jednolitym i w każdej sprawie powinien on być konkretyzowany. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów może mieć zastosowanie jedynie wtedy, gdy jest zagrożony lub naruszony interes publiczny, który powinien być rozumiany jako zapewnienie właściwych warunków funkcjonowania rynku. Istnienie interesu publicznego powinno być oceniane przez pryzmat szerszego spojrzenia, uwzględniającego całość skutków działań przedsiębiorców na określonym rynku. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni konkurencję jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym, które charakteryzuje funkcjonowanie całej gospodarki. Dobrem objętym ochroną antymonopolową jest samo istnienie konkurencji jako okoliczności, w jakich prowadzona jest działalność gospodarcza. Naruszenie interesu publicznego ma miejsce wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorcy wywarło lub mogło wywrzeć na rynku niekorzystne z punktu widzenia celów prawa antymonopolowego skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom. Z punktu widzenia dopuszczalności zastosowania Ustawy liczba podmiotów dotkniętych skutkami praktyki ograniczającej konkurencję jest nieistotna, wystarczającym jest bowiem, że zachowanie przedsiębiorcy wyczerpuje znamiona antykonkurencyjnej praktyki. (zob. decyzja z dnia 28 listopada 2011 r. DOK – 10/2011, a także wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 4 lipca 2001 r., sygn. akt: XVII Ama 108/00, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r., sygn. akt: I CKN

1217/98, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003 r., sygn. akt: I CKN 496/01, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt: III SK 40/07).

W świetle tych wskazówek należy uznać, że działania PTC i PTK naruszają skuteczną konkurencję w rozumieniu instytucjonalnym. Pokrzywdzeni tymi działaniami są wszyscy konkurenci PTC i PTK; aktualni i potencjalni, bowiem wszystkim, a nie tylko indywidualnym przedsiębiorcom i aktualnym konkurentom, został ograniczony dostęp do rynku poprzez nieuzasadnione ograniczenie możliwości konkurowania.

III. Wpływ na handel

Według Zawiadającego, w przedstawianym stanie faktycznym została również spełniona przesłanka wpływu działań PTC i PTK na handel między państwami członkowskimi, co implikowałoby konieczność wszczęcia postępowania w sprawie ewentualnego porozumienia równoległe - na podstawie prawnej krajowej (art. 6 Ustawy) oraz unijnej (art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej). W przypadku, gdy praktyka stosowana przez przedsiębiorcę lub przedsiębiorców wpływa na handel między państwami członkowskimi, postępowanie antymonopolowe powinno zostać wszczęte nie tylko na podstawie przepisów krajowych, lecz również na podstawie przepisów unijnych. Zgodnie z Wytycznymi Komisji Europejskiej w sprawie pojęcia wpływu na handel między państwami członkowskimi zawartego w art. 81 i 82 TWE (obecnie art. 101 i 102 TFUE) przesłanka wpływu na handel między państwami członkowskimi interpretowana powinna być szeroko. Oznacza ona, że handel nie ogranicza się jedynie do tradycyjnej wymiany towarowej ponad granicami, ale oznacza też przypadki, w których stosowana praktyka ograniczająca konkurencję wpływa na konkurencyjną strukturę rynku. Zdaniem Zawiadającego, działanie PTK i PTC swoimi skutkami dotknąć może nie tylko przedsiębiorców krajowych, ale też podmioty z innych państw członkowskich, chcące podjąć działalność w Polsce w zakresie świadczenia usług dostępu do szerokopasmowego internetu w sieciach mobilnych. Podmioty te również miałyby ograniczony, co najmniej potencjalnie, dostęp do rynku. Z tego wynika, że wskutek działania PTC i PTK ograniczona może być wymiana handlowa pomiędzy państwami członkowskimi UE.

IV. Przedsiębiorca

PTK i PTC są przedsiębiorcami w rozumieniu przepisów dotyczących ochrony konkurencji zarówno polskich, jak i unijnych, a zatem posiadają legitymację do pozostawiania stroną postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, a także w sprawach kontroli koncentracji na użytek wskazanego powyżej art. 21 Ustawy.

V. Podsumowanie

I. Istnieje bardzo wysokie prawdopodobieństwo, że rzeczywista współpraca PTK i PTC na podstawie umów zawartych przez PTK i PTC, ich akcjonariuszy lub inne podmioty z Grupy Deutsche Telekom oraz Grupy Orange (dawniej: France Telecom) sięga dalej niż to zostało zadeklarowane przez PTK i PTC przy składaniu wniosku do UOKiK o zgodę na utworzenie Networks! Sp. z o.o.

II. Bliższe współdziałanie PTK i PTC zwłaszcza w zakresie wspólnego wykorzystania częstotliwości radiowych bądź wspólnego tworzenia/koordynowania oferty dla abonentów byłoby ogromnym zagrożeniem dla rynku, zwłaszcza z uwagi na :

- a) wspólny udział w przychodach na rynku telekomunikacyjnym przekraczający 60%.
- b) niebezpieczny zakres koncentracji spektrum radiowego, pozyskanego w znacznej części w warunkach faworyzowania PTC i PTK wobec części konkurencji,
- c) porozumienia roamingowe zawarte w ramach Freemove Alliance, na podstawie których ruch roamingowy kierowany jest przez PTK i PTC nawzajem do swoich sieci.
- d) dysponowanie jako jedyny podmiot na rynku łącznym pasmem 30 MHz w zakresie 2,0GHz,
- e) duże prawdopodobieństwo, iż w wyniku rozstrzygnięcia aukcji na 800MHz (w którym znacząco została ograniczona rola Prezesa UOKiK) przeprowadzonej zgodnie z projektem dokumentacji aukcyjnej, najprawdopodobniej również 20 MHz z dostępnych 25 MHz w paśmie 800 MHz zostałyby przydzielone PTC i PTK (co w ocenie Zawiadamiającego nastąpi wskutek administracyjnych ograniczeń lub wykluczeń konkurentów rynkowych).

Dodatkowo Zawiadamiający przedkłada poglądowe opracowanie w formie prezentacji „Networks przewaga konkurencyjna duopolu” (załącznik nr 6).

III. Możliwość współdziałania przez PTK i PTC w zakresie, o którym mowa w pkt. II powinna zostać jednoznacznie wyjaśniona przed rozpoczęciem przetargu na częstotliwości z zakresu 800MHz.

IV. Brak jest podstaw do odmiennego traktowania współpracy Zawiadamiającego z podmiotami z grupy Midas, które w sumie mają znacznie mniejszy udział w rynku i mniej częstotliwości od bardzo zbliżonej współpracy PTK i PTC, zwłaszcza w ramach spółki Networks! Sp. z o.o.

W razie potrzeby Zawiadamiający gotowy jest do przedstawienia, w ramach swoich możliwości, wszelkich dalszych wyjaśnień w tej sprawie.

Załączniki do Zawiadomienia :

- załącznik nr 1 – pełnomocnictwa wraz z kopią KRS Zawiadamiającego
- załącznik nr 2 – przykładowe pozwolenie radiowe,
- załącznik nr 3 – mapa przydziału kluczowych częstotliwości,
- załącznik nr 4 – tabela obrazująca różnice maksymalnych prędkości transmisji danych w zależności od szerokości posiadanego pasma,
- załącznik nr 5 – kopia decyzji KE w sprawie nr COMP/M.5650-T-Mobile/Orange,
- załącznik nr 6 – Opracowanie „Przewaga konkurencyjna duopolu”.

[]

Pełnomocnik

Do wiadomości:

Szanowna Pani

Magdalena Gaj

Prezes Urzędu

Komunikacji Elektronicznej

ul. Kasprzaka 18/20

01-211 Warszawa