



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

Warszawa, dnia 07 lipca 2008 r.

DKK2-421/24/08/AI

DECYZJA nr DKK - 53/08

Na podstawie art. 18 w związku z art. 13 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 oraz ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie, **wydaje zgodę** na dokonanie koncentracji, polegającej na przejęciu przez Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie kontroli nad Liberty Poland S.A. z siedzibą w Bytomiu.

UZASADNIENIE

W dniu 20 marca 2008 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwanego dalej „Prezesem Urzędu” lub „organem antymonopolowym”, wpłynęło zgłoszenie zamiaru koncentracji, polegającej na przejęciu przez Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie, zwaną dalej „Polkomtel”, kontroli nad Liberty Poland S.A. z siedzibą w Bytomiu, zwaną dalej „Liberty”.

W związku z tym, iż spełnione zostały niezbędne przesłanki uzasadniające zgłoszenie zamiaru koncentracji, tj.:

- łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekroczył zarówno równowartość 1 mld euro obrotu światowego, tj. kwotę określoną w art. 13 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), jak i równowartość 50 mln euro obrotu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, tj. kwotę określoną w art. 13 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy, zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji”,
- przejęcie – poprzez nabycie lub objęcie akcji, innych papierów wartościowych, udziałów lub w jakikolwiek inny sposób – bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad jednym lub więcej przedsiębiorcami przez jednego lub więcej przedsiębiorców, jest jednym ze sposobów koncentracji określonym w art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji,
- w przedmiotowej sprawie nie występuje żadna okoliczność z katalogu przesłanek egzoneracyjnych, wymienionych w art. 14 ustawy o ochronie konkurencji, powodująca odstępianie od konieczności zgłoszenia koncentracji,

zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe w przedmiotowej sprawie, o czym - zgodnie z art. 61 § 4 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.) - strona została powiadomiona pismem z dnia 8 kwietnia 2008 r.

W toku prowadzonego postępowania organ antymonopolowy zwrócił się do wybranych konkurentów uczestników koncentracji prowadzących działalność w zakresie dystrybucji usług telefonii ruchomej w Polsce (będących agentami Polkomtel) z prośbą o ich ocenę planowanej koncentracji. W odpowiedzi przedsiębiorcy ci wskazali, iż realizacja przedmiotowej koncentracji może w szczególności przyczynić się do nierównego traktowania (dyskryminowania) innych niezależnych dystrybutorów Polkomtel w stosunku do Liberty m.in. poprzez:

- preferencyjną politykę w zakresie autoryzacji punktów sprzedaży, zachodzi obawa, że po koncentracji Polkomtel nie będzie udzielał nowych autoryzacji lub będzie cofał dotychczasowe autoryzacje niezależnym dystrybutorom, by przeznaczyć je Liberty,
- zróżnicowanie upustów na kupowane towary,
- zróżnicowanie wynagrodzenia,
- zróżnicowanie terminów płatności i wysokości limitów kupieckich,
- zróżnicowanie budżetów marketingowych na działania reklamowe współfinansowane przez Polkomtel.

W trakcie postępowania organ antymonopolowy ustalił, co następuje:

Uczestnicy koncentracji

I Aktywny uczestnik koncentracji - **Polkomtel** prowadzi na terenie Polski działalność w zakresie usług telekomunikacyjnych, przeznaczonych zarówno dla klientów biznesowych, jak i indywidualnych. Obecny jest na następujących rynkach produktowych:

w ramach rynku detalicznego:

- na rynku usług połączeń telefonicznych świadczonych w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej,
- na rynku usług stacjonarnego dostępu do sieci Internet,
- na rynku usług telefonii ruchomej;

w ramach rynku hurtowego:

- na rynku rozliczeń głosowych usług międzyoperatorskich w telefonii stacjonarnej,
- na rynku rozliczeń głosowych usług międzyoperatorskich w telefonii ruchomej,
- na rynku SMS i MMS usług międzyoperatorskich w sieci ruchomej,
- na rynku usług tranzytu połączeń,
- na rynku dzierżawy łącz.

Podstawowym obszarem działalności Polkomtel (generującym ok. [tajemnica przedsiębiorstwa pkt 1 załącznika do decyzji] przychodu Spółki w 2007 r.) jest świadczenie usług telefonii ruchomej pod markami: PLUS, SIMPLUS, MixPlus, Sami Swoi, iPlus, w ramach których Polkomtel oferuje:

- voice – usługi głosowe;
- data – usługi transmisji danych;
- m2m – machine to machine – transfer danych pomiędzy urządzeniami;
- usługi konwergentne – połączenie usług sieci mobilnych i stacjonarnych;

- usługi dodane tj. SMS, MMS, wysyłanie i odbieranie faksów, poczta głosowa, roaming, e-rachunek w Plusie, dostęp do Internetu, tapety, muzyka, dzwonki.

Struktura akcjonariatu Polkomtel przedstawia się następująco:

- Polski Koncern Naftowy Orlen S.A. – 19,61 % głosów na WZA,
- KGHM Polska Miedź S.A. – 19,61 % głosów na WZA,
- Vodafone Americas Inc. – 19,61 % głosów na WZA,
- TDC Mobile International A/S – 19,61 % głosów na WZA,
- Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. – 17,56 % głosów na WZA,
- Węglokoks S.A. – 4,00 % głosów na WZA.

Polkomtel nie posiada podmiotów zależnych.

II. Pasywny uczestnik koncentracji - **Liberty** prowadzi na terenie Polski działalność w zakresie sprzedaży telefonów komórkowych i akcesoriów telefonicznych oraz dystrybucji usług telefonii ruchomej. Liberty jest autoryzowanym partnerem Polkomtel i jako jego agent świadczy usługi obejmujące w szczególności:

- zawieranie z klientami, bądź pośredniczenie w zawieraniu z klientami, umów o świadczenie przez Polkomtel usług post-paid,
- podejmowanie innych czynności związanych ze świadczeniem usług post-paid przez Polkomtel, szczególnie uzgodnionych z Polkomtel,
- prowadzenie autoryzowanych salonów sprzedaży usług Polkomtel,
- udostępnianie klientom bezabonamentowej usługi telekomunikacyjnej (tzw. „pre-paid” lub „telefon na kartę”) oferowanej przez Polkomtel.

Liberty nie posiada przedsiębiorców zależnych. Podmiotem dominującym Liberty, posiadającym 100% akcji, jest Telera Holding B.V. z siedzibą w Amsterdamie (dalej „Telera”). Spółka ta nie prowadzi żadnej działalności produkcyjnej, handlowej lub usługowej, a jej akcjonariuszami są pan Wiesław Wiśniewski (61,58% akcji) oraz fundusz private equity zarządzany przez Innova Capital LLC (38,42% akcji).

Opis i przyczyny koncentracji

Planowana koncentracja została zgłoszona w trybie art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i polega na przejęciu przez Polkomtel kontroli nad Liberty.

Jak wynika z informacji zawartych w zgłoszeniu Polkomtel oraz Telera zawarły w dniu 6 marca 2008 r. Umowę sprzedaży akcji, zgodnie z którą Telera zamierza sprzedać Polkomtel pakiet akcji Liberty uprawniających do 38,42% głosów na WZA tej Spółki, a Polkomtel zamierza nabyć te akcje od Telera. Zgodnie z zapisami ww. umowy, zamknięcie transakcji nastąpi m.in. pod warunkiem [tajemnica przedsiębiorstwa pkt 2 załącznika do decyzji].

Mając powyższe na względzie wskazać należy, iż mimo że Polkomtel dysponować będzie mniejszościowym pakietem akcji Liberty (38,42%), to dla ważności decyzji o zasadniczym znaczeniu dla strategicznych zachowań handlowych Liberty, konieczne będzie współdziałanie Polkomtel oraz Telera (posiadającego 61,58% akcji Liberty). Tym samym w wykonaniu Umowy sprzedaży akcji Polkomtel wspólnie z Telera przejmie kontrolę nad Liberty. Jednocześnie wskazać należy, iż w sytuacji [tajemnica przedsiębiorstwa pkt 3 załącznika do decyzji].

Jak wskazuje Polkomtel, bezpośrednią przyczyną zamierzonej koncentracji jest decyzja funduszu z grupy Innova Capital o wycofaniu się z inwestycji kapitałowej dokonanej w spółce Liberty. Biorąc powyższe pod uwagę Polkomtel podjął decyzję o zakupie akcji Liberty. Zakup akcji tej Spółki wpisuje się bowiem w prowadzoną przez Polkomtel politykę ścisłej współpracy z siecią dystrybucji, która to współpraca ma zagwarantować wysoką jakość świadczonych usług (pełna wiedza personelu o ofercie, przestrzeganie standardów obsługi klienta, odpowiedni wygląd punktów sprzedaży), bezpieczeństwo systemów informatycznych (w szczególności bezpieczeństwo danych osobowych klientów) oraz efektywne wykorzystanie know-how, nakładów finansowych i innych narzędzi wsparcia sprzedaży przekazywanych przez Polkomtel.

Organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Rynki właściwe, na które koncentracja wywiera wpływ

W myśl art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. A zatem rynek ten wyznaczają zasadniczo dwa elementy: towar (*rynek produktowy*) i terytorium (*rynek geograficzny*).

Mając na uwadze powyższą definicję oraz kryteria wyznaczania rynków właściwych, na które koncentracja wywiera wpływ, zawarte w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców (Dz. U. Nr 134, poz. 937), organ antymonopolowy uznał, iż:

a) przedmiotowa koncentracja nie wywiera wpływu na żaden rynek w układzie horyzontalnym

Wspólnym rynkiem, na którym zaangażowani są uczestnicy koncentracji jest rynek dystrybucji usług telefonii ruchomej. Polkomtel prowadzi działalność na szeroko rozumianym krajowym rynku usług telekomunikacyjnych, w tym poprzez sieć własną na rynku dystrybucji usług telefonii ruchomej. Liberty prowadzi natomiast wyłącznie działalność w zakresie dystrybucji usług telefonii ruchomej. Działalność w zakresie dystrybucji usług telefonii ruchomej jest ściśle powiązana z rynkiem usług telefonii ruchomej.

W aspekcie produktowym nie istnieją substytuty dla działalności polegającej na świadczeniu usług telefonii ruchomej. Ze względu na charakter tych usług (mobilny) w szczególności takim substytutem nie mogą być usługi telefonii stacjonarnej. Z uwagi na ścisłe powiązania rynku dystrybucji usług telefonii ruchomej z rynkiem usług telefonii ruchomej należy stwierdzić, iż od strony produktowej rynek ten także nie ma substytutów.

Biorąc pod uwagę, iż geograficzne granice rynku usług telefonii ruchomej obejmują terytorium całego kraju, co wynika z uregulowań prawnych dotyczących działalności w zakresie usług telekomunikacyjnych w Polsce oraz zasięgu sieci operatorów telefonii ruchomej – w szczególności na podmiotach chcących prowadzić działalność w zakresie usług

telekomunikacyjnych spoczywa obowiązek uzyskania stosownych zezwoleń, które uprawniają do podjęcia oraz prowadzenia działalności wyłącznie na terytorium Polski – rynek właściwy w aspekcie geograficznym dla usług dystrybucji telefonii ruchomej również nie może być szerszy niż krajowy. Jednocześnie, ponieważ dystrybutorzy usług telefonii ruchomej posiadają w swojej ofercie praktycznie identyczne produkty i usługi, oferowane po zbliżonych cenach, a w ramach jednej sieci po cenach ustalanych na poziomie krajowym (nie występują - zależne od obszaru - różnice w zakresie oferowanych usług/towarów i ich cen), brak jest podstaw do segmentacji tego rynku na rynki lokalne.

Jak wynika z informacji zgromadzonych w toku postępowania, udział Polkomtel i Liberty w krajowym rynku dystrybucji usług telefonii ruchomej, biorąc pod uwagę liczbę nowych użytkowników ogółem, kształtował się w 2007 r. na poziomie ok. [tajemnica przedsiębiorstwa pkt 4 załącznika do decyzji].

Biorąc pod uwagę, iż łączny udział uczestników koncentracji w krajowym rynku dystrybucji usług telefonii ruchomej nie przekracza poziomu 20% wskazać należy, iż rynek ten nie jest rynkiem właściwym, na który koncentracja wywiera wpływ w układzie horyzontalnym.

b) przedmiotowa koncentracja wywiera wpływ w układzie wertykalnym na krajowy rynek usług telefonii ruchomej

Jak wskazano powyżej Polkomtel prowadzi działalność na krajowym rynku usług telefonii ruchomej, a jego udział w tym rynku w 2007 r. szacowany jest na:

- ok. 33,1% biorąc pod uwagę wartość przychodów ze sprzedaży,
- ok. 32,5% biorąc pod uwagę liczbę użytkowników.

Udział Polkomtel w krajowym rynku usług telefonii ruchomej przekracza zatem próg 30% i jednocześnie na rynku tym występuje powiązanie typu dostawca-odbiorca między uczestnikami koncentracji (Liberty jest dystrybutorem usług telefonii ruchomej oferowanych klientom przez Polkomtel).

Jak wynika z opracowanego przez Urząd Komunikacji Elektronicznej *Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego 2007 r.*¹ z usług telefonii ruchomej w 2007 r. korzystało w Polsce ok. 41390 tys. użytkowników, a wartość tego rynku, mierzona przychodami netto operatorów z działalności telekomunikacyjnej, wyniosła 23122 mln zł. Jednocześnie rok 2007 mimo, iż na rynku tym wg stanu na dzień 31 grudnia 2007 roku działało 8 operatorów, nie przyniósł większych zmian w zakresie struktury rynku telefonii ruchomej. W dalszym ciągu na rynku tym, zarówno wg kryterium liczby użytkowników, jak również przychodów, zdecydowanie przewodzą doświadczeni operatorzy, tj. Polska Telefonia Komórkowa Centertel Sp. z o.o., dalej „PTK Centertel”, Polska Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o., dalej „PTC”, oraz Polkomtel. Jedynym nowym operatorem, który zaznaczył na tym rynku swoją obecność jest P4 Sp. z o.o., dalej „P4”. Udziały Polkomtel oraz wskazanych operatorów w krajowym rynku usług telefonii ruchomej w 2007 r. w ujęciu wartościowym (mierzonym wartością przychodów netto), jak i ilościowym (mierzonym liczbą użytkowników) przedstawia poniższa tabela.

¹ Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w 2007 roku, Urząd Komunikacji Elektronicznej, Warszawa, kwiecień 2008

Udział poszczególnych operatorów w krajowym rynku usług telefonii ruchomej w 2007 r.

operator telefonii ruchomej	Udział w rynku wg przychodów netto w %	Udział w rynku wg liczby użytkowników w %
Polkomtel	33,17	32,51
PTK Centertel	34,52	34,21
PTC	31,01	31,11
P4	1,28	2,05
inni	0,02	0,12

Źródło: Urząd Komunikacji Elektronicznej - Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w 2007 roku

c) w przedmiotowej sprawie brak jest rynków na które koncentracja wywiera wpływ w układzie konglomeratowym

Uzasadniając powyższe należy wskazać, iż w przedmiotowej sprawie brak jest rynków właściwych, na których którykolwiek z uczestników koncentracji posiadałby udział wyższy niż 40%.

Ocena skutków koncentracji

Przepis art. 18 ustawy o ochronie konkurencji stanowi, iż Prezes Urzędu wydaje zgodę, w drodze decyzji, na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Zgodnie z art. 4 pkt 10 tej ustawy przez pozycję dominującą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%.

Organ antymonopolowy dokonując oceny zasadności wyrażenia zgody na przeprowadzenie niniejszej koncentracji wziął pod uwagę następujące przesłanki:

- w przedmiotowej sprawie brak jest rynków właściwych, na które koncentracja wywierałaby wpływ w układzie horyzontalnym i konglomeratowym,
- istnieje wprawdzie rynek właściwy, na który koncentracja wywiera wpływ w układzie wertykalnym, tj. krajowy rynek usług telefonii ruchomej, lecz wpływ ten wynika głównie z dotychczasowego udziału rynkowego Polkomtel na tym rynku (ok. 33%) i nie ulegnie zmianie w wyniku realizacji przedmiotowej koncentracji. Polkomtel konkuruje i będzie nadal konkurowała z obecnymi, jak i wchodzącymi na ten rynek operatorami telefonii ruchomej,
- planowana koncentracja nie wpłynie na zmianę relacji typu dostawca-odbiorca, jakie już obecnie istnieją pomiędzy Polkomtel a Liberty. Liberty jest bowiem wyłącznie dystrybutorem usług Polkomtel. Z tego też powodu nie wpłynie na ograniczenie świadczenia usług telefonii ruchomej przez konkurentów Polkomtel (PTK Centertel, PTC i P4) oraz świadczenie i dystrybucję usług telefonii ruchomej dla odbiorców końcowych,
- wskazane przez konkurentów uczestników koncentracji zagrożenia mogą zaistnieć jedynie w przypadku nierównego traktowania przez Polkomtel dystrybutorów. Należy jednak zauważyć, iż ograniczenia te nie wynikają wprost z przeprowadzenia planowanej koncentracji. Polkomtel już obecnie dystrybuuje usługi telefonii ruchomej poprzez sieć własną, a zatem niepożądane przez jągo agentów postępowanie może wystąpić niezależnie od realizacji planowanej koncentracji.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że planowana koncentracja spełnia przesłanki określone w art. 18 ustawy o ochronie konkurencji. Postępowanie w sprawie wykazało, że w wyniku planowanej koncentracji nie dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji, w szczególności przez powstanie bądź wzmocnienie pozycji dominującej.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji oraz art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 ze zm.), od niniejszej decyzji stronie przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia.

Z upoważnienia Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów

DYREKTOR
Departamentu Kontroli Koncentracji
Robert Kamiński

Otrzymuje:

1) Polkomtel S.A., Warszawa
(Decyzja wraz z załącznikiem)

za pośrednictwem pełnomocnika:

Pana Krzysztofa Kowalczyka
Kancelaria Prawnicza
Domański Zakrzewski Palinka
spółka komandytowa
Rondo ONZ 1, XXI p.
00-124 Warszawa

2) a/a
(Decyzja wraz z załącznikiem)