

TADEUSZ SKOCZNY

## REGUŁY OCHRONY KONKURENCJI W SEKTORZE MEDIÓW AUDIOWIZUALNYCH WE WSPÓLNOCIE EUROPEJSKIEJ\*

### I. WPROWADZENIE

1. U progu wspólnotowej integracji europejskiej media, w tym głównie media elektroniczne, a zwłaszcza naziemna radiofonia i telewizja (*broadcasting*), były ograniczone do terytoriów (rynków) poszczególnych krajów i – dość często – zmonopolizowane przez stacje publiczne; w konsekwencji do organów krajowych należała regulacja tego, kto, co i jak może nadawać (emitować). Nie może więc dziwić, że pierwotne prawo wspólnotowe o nich nawet nie wspominało<sup>1</sup>. Wraz z rozwojem technicznych możliwości transmisji sygnałów radiowych i telewizyjnych (np. drogą kablową lub satelitarną), radiowe i telewizyjne usługi nadawcze stawały się w coraz szerszym zakresie transgraniczne<sup>2</sup>, możliwa więc stała się także europejska integracja tego sektora gospodarki<sup>3</sup>.

2. Już w 1974 r. rozwiane zostały wszelkie wątpliwości co do tego, czy radiofonia i telewizja stanowią element generalnego systemu integracji rynkowej (negatywnej), tj. czy podlegają regułom wspólnego rynku (swobodnego przepływu towarów, osób, usług i kapitału). W sprawie *Sacchi* ETS, analizując po raz pierwszy miejsce radiofonii i telewizji w prawie wspólnotowym, stwierdził, że z uwagi na brak wyraźnego, mówiącego co innego przepisu Traktatu: „[...] sygnał telewizyjny, z istoty swej, musi być traktowany jako świadczenie usług”, a w konsekwencji „transmisja sygnału telewizyjnego [...] podlega, jako taka, regułom Traktatu odnoszącym się do usług”<sup>4</sup>. Usługi audiowizualne podlegają

\* Niniejszy artykuł stanowi skróconą wersję fragmentu opracowania pt. *Reguły konkurencji w mediach audiowizualnych we Wspólnocie Europejskiej*. Raport z badań w temacie badań statutowych „Generalne i sektorowe reguły konkurencji”, Warszawa 2005, finansowanych ze środków KBN.

<sup>1</sup> Pierwsze odniesienie do mediów pojawiło się dopiero w art. 151 TWE, wprowadzonym do Traktatu przez Traktat o Unii Europejskiej (Traktat z Maastricht).

<sup>2</sup> Zwłaszcza na obszarach państw całkowicie (np. kraj państw niemieckojęzycznych) lub częściowo (np. pogranicza Szwajcarii, północna Francja i części krajów Beneluksu) tożsamych językowo.

<sup>3</sup> Transgraniczność radiofonii i telewizji sprawiła także, że znalazły do niej zastosowanie także normy europejskiego prawa międzynarodowego, w tym w szczególności Europejska Konwencja Praw Człowieka (art. 10 – swoboda wypowiedzi) oraz Europejska Konwencja w sprawie telewizji bez granic (konwencja Rady Europy) z 5 maja 1989 r., zmieniona w październiku 1998 r.; por. E. Barendt, L. Hitchens, *Media Law. Cases and Materials*, Harlow 2000, s. 163 i n.; por. także R. Craufurd Smith, *Broadcasting Law and Fundamental Rights*, Oxford 1997; R. Craufurd Smith, *Rethinking European Union competence in the field of media ownership: the internal market, fundamental rights and European citizenship*, „European Law Review” 2004, nr 29(10), s. 652-672; C. Mik, *Media masowe w europejskim prawie wspólnotowym*, Toruń 1999; E. D. Sage, *Usługi audiowizualne, w: Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, red. J. Barcz, wyd. 2, Warszawa 2005, s. 739-758.

<sup>4</sup> Por. orzeczenie ETS w sprawie 155/73 *Sacchi* (Zb. Orz. 1974, 427); por. także E. Barendt, L. Hitchens, op. cit., s. 168-169.

więc regułom swobodnego przepływu usług; nie stoi temu na przeszkodzie także art. 86 TWE. Do świadczenia usług nadawczych radiofonii i telewizji stosują się więc przepisy art. 49 i art. 50 oraz art. 46 ust. 1 w związku z art. 55 TWE, zakazujące ustanawiania przez państwa członkowskie jakichkolwiek ograniczeń w swobodnym świadczeniu usług (tu: usług nadawczych), chyba że ograniczenia takie są uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego<sup>5</sup>. Ostatni monopol państwowej (szwedzkiej) spółki Teracom AB – w zakresie usług nadawczych i przesyłowych analogowej telewizji naziemnej – Komisja Europejska (KE) zamierza wyeliminować w trybie art. 226 TWE<sup>6</sup>.

3. Co do zasady, od początku nie było natomiast wątpliwości, że wewnątrz-wspólnotowy obrót programami radiowymi i telewizyjnymi (prawami autorskimi do nich), stanowiącymi przedmiot działalności nadawczej, oraz urządzeniami infrastruktury, które ją technicznie umożliwiały, dokonywany jest na zasadach swobody przepływu towarów (art. 28-31 TWE)<sup>7</sup>.

4. Wraz z rozwojem telewizji transgranicznej, kształtowanie się rzeczywistego rynku wspólnego (a potem – rynku wewnętrznego) w sektorze audiowizualnym wymagało harmonizacji prawa krajowego państw członkowskich Wspólnoty Europejskiej (WE). W zakresie telewizji dokonano jej Dyrektywą w sprawie telewizji bez granic z 1989 r.<sup>8</sup>, znowelizowaną w 1997 r.<sup>9</sup>; w międzyczasie w drodze orzecznictwa rozstrzygnięto spory dotyczące właściwości i zakresu obowiązywania Dyrektywy 89/552/EWG<sup>10</sup> oraz niektóre problemy terminologiczne<sup>11</sup>.

W drodze harmonizacji i liberalizacji dokonanej na podstawie tej Dyrektywy, wyznaczono granice wspólnego (wewnętrznego) rynku usług audiowizualnych przede wszystkim w zakresie: promocji programów europejskich i niezależnych (art. 4 ust. 1, art. 6-7)<sup>12</sup>, świadczenia telewizyjnych usług handlowych (reklama-

<sup>5</sup> Zakres zakazu i dopuszczalnych usprawiedliwień w okresie poprzedzającym wydanie Dyrektywy o telewizji bez granic wynikają m.in. z orzeczeń w sprawach: 52/79 *Procureur du Roi v. Marc JVC Debaue and Others* (Zb. Orz. 1980, 833), 62/79 *S.A. Compagnie Générale pour la Diffusion de la Télévision, Coditel, and Others v. S.A. Ciné Vog Films and Others* (Zb. Orz. 1980, 881) oraz 352/85 *Bond van Adverteerders and Others v. Holandii* (Zb. Orz. 1988, 2085); por. ibidem, s. 170-172.

<sup>6</sup> Por. Press Release IP/05/343 z 21 marca 2005 r.

<sup>7</sup> Por. cytowane wyżej orzeczenia w sprawach *Sacchi* oraz *Debaue*.

<sup>8</sup> Por. Dyrektywę 89/552/EWG Rady z 3 października 1989 r. w sprawie koordynacji określonych przepisów ustalonych w ustawach, rozporządzeniach i zarządzeniach administracyjnych państw członkowskich dotyczących telewizyjnej działalności nadawczej (Dz. Urz. WE 1989, L 298/23). Polskie tłumaczenie tej Dyrektywy zostało wykonane w ramach programu PHARE „Harmonizacja polskiego prawa antymonopolowego z regułami konkurencji Unii Europejskiej” i opublikowane w: *Konkurencja a regulacja w dziedzinie środków masowego przekazu*, red. S. Piątek, Seria: „Konkurencja a regulacja w wybranych dziedzinach”, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 255 i n.

<sup>9</sup> Por. Dyrektywę 97/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 30 czerwca 1997 r. zmieniającą Dyrektywę Rady 89/552/EWG (Dz. Urz. WE 1997, L 202/60). Polskie tłumaczenie tej Dyrektywy zostało wykonane w ramach programu PHARE-SIERRA „Harmonizacja prawa polskiego z prawem Wspólnot Europejskich i opublikowane w: *Przedsiębiorstwa publiczne II*. Seria: Prawo Przedsiębiorstw Publicznych, Warszawa 1998, s. 281 i n.

<sup>10</sup> Por. wyroki ETS w sprawach C-222/94 *Komisja v. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Północnej Irlandii* (Zb. Orz. 1996, I-4025); C-11/95 *Komisja v. Belgia* (Zb. Orz. ETS 1996, I-4115) i C-56/96 *VT4 Ltd v. Vlaamse Gemeenschap* (Zb. Orz. 1997, I-3143); por. także E. Barendt, L. Hitchens, op. cit., s. 176-181.

<sup>11</sup> Wg orzeczenia ETS z 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-89/04 *Mediababel v. Commissariaat voor de Media* (niepublikowane): „nadawanie programów telewizyjnych wg art. 1a Dyrektywy nie określa sposobu dotarcia do widzów; telewizja jest też *per-per-view television service*”; por. Case Comment, „EC Focus” 2005, nr 168, s. 23-25.

<sup>12</sup> Kwoty europejskie są wszakże niekiedy kontestowane; por. T. Kotsirea, *Why the European Broadcasting Quota should be abolished*, „European Law Review” 2003, nr 28(2), s. 190-209.

my, teleshopingu i sponsoringu) (art. 10-21)<sup>13</sup>, ochrony małoletnich i porządku publicznego (art. 2a, 22 i 22a) oraz prawa do odpowiedzi (art. 23 ust. 1)<sup>14</sup>.

5. Od Traktatu amsterdamskiego, do którego załączono specjalny Protokół w sprawie systemu publicznych usług radiowych i telewizyjnych w państwach członkowskich (dalej: Protokół amsterdamski)<sup>15</sup>, opublikowane zostały liczne dokumenty polityczne, które określały i podkreślały rolę radia i telewizji publicznej we współczesnym świecie w dobie ich digitalizacji<sup>16</sup> i konwergencji z usługami komunikacji elektronicznej<sup>17</sup>.

W 2003 r. Komunikat KE w sprawie przyszłości europejskiej polityki regulacyjnej<sup>18</sup> przewidywał powołanie grupy ekspertów, która złożyła przedstawić pierwsze opinie, w tym dotyczące uwzględnienia rozwoju technologicznego i zmian w strukturze rynku audiowizualnego<sup>19</sup>. Aktualnie trwają prace w celu dostosowania Dyrektywy w sprawie telewizji bez granic do tzw. nowych mediów (*New Media*)<sup>20</sup>.

6. Na podstawie innych dyrektyw dokonano harmonizacji prawa krajowego państw członkowskich WE w kilku dalszych obszarach regulacji dotyczących radiofonii i telewizji, w tym w zakresie usług dostępu warunkowego<sup>21</sup> oraz praw autorskich i pokrewnych<sup>22</sup>. W dobie konwergencji usług społeczeństwa informacyjnego radiofonii i telewizji dotyczą także (przynajmniej pośrednio) niektóre regulacje należące przede wszystkim do wspólnotowego prawa telekomunikacyjnego<sup>23</sup>.

<sup>13</sup> Por. J. Snell, *De Agostini and the Regulation of Television Broadcasting*, „European Business Law Review” 1997, nr 10, s. 222-227; por. także *Commission interpretive communication on certain aspects of the provision on televised advertising in the Television without Frontiers Directive* (Dz. Urz. WE 2004, C102/2).

<sup>14</sup> Por. także S. Piątek, *Dostosowanie prawa polskiego do prawa wspólnotowego w zakresie usług audiowizualnych*, w: *Wybrane problemy i obszary dostosowania prawa polskiego do prawa Unii Europejskiej*, red. P. Saganek, T. Skoczny, Centrum Europejskie UW, Warszawa 1999, s. 401-412; s. 401 i n.

<sup>15</sup> Por. *Protocol on the system of public broadcasting in the Member States*, 1997.

<sup>16</sup> Por. Raport specjalnej grupy politycznej, kierowanej przez członka Komisji Oreja (*The digital age European Audiovisual Policy. Report from the high level group on audiovisual policy*, 1998); uchwała Rady i Przedstawicieli Rządów Państw Członkowskich, podjęta na posiedzeniu Rady UE w 25 stycznia 1999 r. poświęcona systemowi publicznych usług nadawczych w UE (*Resolution of the Council and of the Representatives of the Governments of the Member States. Meeting within the Council of 25 January 1999 concerning public broadcasting system*, 1999); informacja Komisji w sprawie stosowania reguł pomocy publicznej do publicznych usług nadawczych (*Communication from the Commission on the Application of State Aids Rules to Public Service Broadcasting*, 2001); komunikat w sprawie zasad i wytycznych wspólnotowej polityki audiowizualnej w dobie dygitalizacji (*Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Principles and Guidelines for the Community's Audiovisual Policy in the Digital Age*, Brussels, 14 grudnia 1999 r., COM(1999) 657 final).

<sup>17</sup> Por. np. R. Calleja, *Convergence: Gone Digital, Going Interactive – Markets and Regulation in Audiovisual Sector*, „Entertainment Law Review” 1999, nr 10(3), s. 64-70; por. także *EC Competition and Telecommunications Law*, red. Ch. Koenig, A. Bartosch, J.-D. Braun, International Competition Law Series, Kluwer International, The Hague-London-New York 2002.

<sup>18</sup> Por. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *The Future of European Regulatory Audiovisual Policy*, Brussels, 15 grudnia 2003 r., COM(2003)784 final.

<sup>19</sup> Por. Focus Group 1: *Regulation of Audiovisual Content*, September 2004 ([www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)).

<sup>20</sup> Projekt nowej dyrektywy – notabene mającej nowy tytuł („Audiovisual Media Service Directive”) – został już opublikowany na [www.europa.eu.int/comm/avpolicy/reul/regul\\_en.htm](http://www.europa.eu.int/comm/avpolicy/reul/regul_en.htm) i poddany dyskusji publicznej.

<sup>21</sup> Por. Dyrektywę 95/47/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie używania standardów transmisji sygnałów telewizyjnych (Dz. Urz. WE 1995, L 281/51).

<sup>22</sup> Por. Dyrektywę 93/552/EWG Rady z 27 września 1993 r. w sprawie koordynacji pewnych reguł dotyczących praw autorskich i praw pokrewnych do praw autorskich mających zastosowanie do nadań satelitarnych i retransmisji kablowych (Dz. Urz. WE 1993, L 248/15).

<sup>23</sup> Por. Faull, Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford 1999, s. 753 i n. Warto zwrócić uwagę, że – po raz pierwszy w podstawowej literaturze przedmiotu – książka ta zawiera rozdział poświęcony wszelkim usługom komunikacji elektronicznej (telekomunikacji, mediom i Internetowi).

7. Przedmiotem niniejszego artykułu nie są jednak ani reguły swobodnego przepływu usług audiowizualnych, ani podstawy i instrumenty polityki audiowizualnej WE. Są nimi natomiast wspólnotowe reguły ochrony konkurencji w mediach audiowizualnych (reguły antymonopolowe) (II), tj. względny zakaz porozumień ograniczających konkurencję (III) i bezwzględny zakaz nadużywania pozycji dominującej (IV) oraz prewencyjna kontrola koncentracji (V); reguły te nie znajdują natomiast zastosowania w przypadku usług w ogólnym interesie gospodarczym (VI).

U podstaw badań, których wyniki prezentują w niniejszym artykule, leży twierdzenie, że wspólnotowe reguły ochrony konkurencji mają – co do zasady – zastosowanie do sektora mediów audiowizualnych we WE; badania w pełni to potwierdziły. Wykazały one jednak także, że stosowanie reguł ochrony konkurencji do tego sektora wymaga równoczesnego uwzględnienia szczególnej roli, jaką media audiowizualne pełnią w państwach członkowskich UE (II). W podsumowaniu (VII) artykułu sformułowane zostaną przede wszystkim wnioski wynikające z zaprezentowanego w nim przeglądu dorobku orzeczniczego wstępne wnioski dla polskich organów ochrony konkurencji, które z całą pewnością będą w najbliższych latach konfrontowane coraz częściej z problemami stosowania generalnych reguł konkurencji do praktyk i zmian strukturalnych w sektorze mediów i multimediów.

## II. REGUŁY OCHRONY KONKURENCJI A SPECYFIKA USŁUG AUDIOWIZUALNYCH

1. Brak wyłączenia odnoszącego się do wszelkich mediów spod przepisów Traktatu oznacza oczywiście także, że mają do nich w całej pełni (potencjalnie) zastosowanie generalne reguły konkurencji, zarówno te skierowane do przedsiębiorstw (art. 81-86 TWE oraz przepisy prawa wtórnego tworzące podstawy kontroli koncentracji), jak i do państw członkowskich (art. 87-89 TWE)<sup>24</sup>.

2. Gdy chodzi o reguły konkurencji skierowane do przedsiębiorstw w sektorze mediów elektronicznych stosują się zarówno traktatowe zakazy praktyk ograniczających konkurencję (art. 81 i 82 TWE), jak i – co do zasady – reguły prewencyjnej kontroli koncentracji. W praktyce orzeczniczej służą one – jak dotychczas – przede wszystkim przeciwdziałaniu ograniczaniu konkurencji poprzez uniemożliwianie lub utrudnianie przez właścicieli praw autorskich i infrastruktury dostępu do chronionych prawami autorskimi programów lub do infrastruktury, niezbędnych do prowadzenia działalności nadawczej. Dla zakresu zastosowania generalnych reguł konkurencji w szczególności do publicznego finansowania audiowizualnych usług nadawczych istotne znaczenie ma jednak to, czy spełniają one przesłanki „usługi w ogólnym interesie gospodarczym” (art. 86 ust. 2 TWE).

3. Stosowanie reguł konkurencji w sektorze mediów audiowizualnych, szczególne w porównaniu do innych sektorów w sferze komunikacji i informacji,

<sup>24</sup> Ten drugi zestaw reguł konkurencji nie jest przedmiotem niniejszego artykułu; o stosowaniu wspólnotowych reguł pomocy publicznej piszę obszernie w artykule: *Reguły pomocy publicznej w mediach audiowizualnych w świetle prawa wspólnotowego*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2006, nr 2.

ma charakter szczególnie nie tylko dlatego, że sektor ten podlega (politycznie wrażliwej) regulacji (patrz wyżej), ale także dlatego, że znajduje się on aktualnie w okresie przemian (*transition*) między tradycyjnym a nowym światem usług polegających w coraz większym stopniu na transmisji przy pomocy tzw. szerokiego pasma (*broadband transmission*) zawartości „nowych mediów” (*New Media content*)<sup>25</sup>. Wskazują na to następujące czynniki<sup>26</sup>:

Po pierwsze, media (w tym media audiowizualne) są sektorem szczególnie wrażliwym politycznie, bo stanowią bazę dla realizacji fundamentalnych praw wolności słowa (ekspresji) i informacji (art. 11 Karty Praw Fundamentalnych i art. 10 EKPCz).

Po drugie, jest to sektor, w którym od końca lat osiemdziesiątych istnieje programowy dualizm nadawców publicznych, którzy realizują PSB, korzystając z opłat licencyjnych i środków budżetowych, oraz nadawców prywatnych, finansujących się z reklam i subskrypcji telewizji płatnej. Jest to sektor, w którym interwencja publiczna jest mocno i głęboko zinstytucjonalizowana i ciąży na szansach rozwoju sektora prywatnego.

Po trzecie, rynki tego sektora mają z reguły charakter szerokiego (np. internetowy rynek reklamy) lub wąskiego oligopolu, duopolu, a nawet monopolu (np. rynek telewizji płatnej), a wiadomo przecież, że ochrona konkurencji na takich rynkach jest trudniejsza niż na rynkach polipolistycznych. Tymczasem sądy wspólnotowe podniosły ostatnio KE poprzeczkę ciężaru dowodu w zakresie określania poziomu koncentracji na rynkach wysoce oligopolistycznych. W sektorze tym nie tak proste, jak np. w telekomunikacji, jest określenie pozycji rynkowych firm, trudniej więc jest także stosować art. 82 TWE; w konsekwencji do praktyk antykonkurencyjnych w mediach audiowizualnych trzeba częściej stosować art. 81 TWE.

Po czwarte, sektor ten przechodzi dramatyczne zmiany i rozwój; transmisja cyfrowa (multiplikacja kanałów i dystrybucji, nowe pakiety, specjalne kanały, *video-on-demand*) oraz pojawienie się „nowych mediów” (Internet wąsko- i szerokopasmowy, 3G, inne formy mediów interaktywnych, szerokopasmowa telefonia komórkowa itd.) stanowią swoistą (cichą) rewolucję; tradycyjna telewizja cyfrowa może zostać wyparta na skutek raptownego wzrostu szerokopasmowej penetracji internetowej (*interactive broadband Internet*). Ten szybki rozwój rynków nowych usług audiowizualnych rodzi problemy z wyznaczeniem rynków właściwych.

<sup>25</sup> Por. D. Geradin, *Access to content by New Media platforms: a review of the competition law problems*, „European Law Review” 2005, nr 30(1), s. 68-94; por. także C. Banasiński, R. Rittler, M. Kolasiński, *Prawo radiofonii i telewizji w Polsce w świetle standardów europejskich*, Warszawa 2001.

<sup>26</sup> Poniższa charakterystyka specyfiki sektora mediów audiowizualnych bazuje przede wszystkim na wystąpieniach jednego z ich najlepszych znawców – dyrektora Zespołu mediów w DG 4 Konkurencja KE dr Herberta Ungerera, publikowanych na [www.europa.eu.int/comm/competition/speeches](http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches); por. w szczególności: *Competition in the media sector – how long can the future be delayed?*, PCMLP 2005, Seminar Series „What's Wrong with Competition Policy in the media Sector?” Program in Comparative Media Law and Policy, Oxford University Centre for Socio-Legal Studies, 19 January 2005; *Impact of European Competition Policy on Media*, IESE Business School of Communication of the University of Navarra, Centre for Media Studies, 15 February 2005; *Competition Rules and the Media: Are they determinant or complementary?* European Union Media Law and Practice. Radio and Television Supreme Council and Association of Television Broadcasters, Istanbul, 1 April 2005; *Switchover or Catch-up? Applying the modernized EC Competition Regime in the New Media Sectors*, The Law Society's European Group, Brussels, 5 April 2005.

Po piąte, jest to sektor uzależniony od dostępu do zawartości (*content*), a zatem stosowanie w nim reguł konkurencji musi uwzględniać także wymogi ochrony praw własności intelektualnej; wiadomo, że szczególnie trudno stosować w nim reguły konkurencji.

Po szóste, w sektorze tym występuje i pogłębia się wertykalna integracja firm, a zatem ich pozycja zajmowana na jednym rynku przenosi się często na rynki wyższego lub niższego szczebla, powiązane lub sąsiednie (tzw. *spill-over effect*).

Po siódme, rośnie konkurencja na rynkach reklam.

4. Podstawowym wyzwaniem dla stosowania reguł konkurencji (głównie art. 81 TWE i Rozporządzenia nr 139/2004) w sektorze audiowizualnym jest utrzymanie otwartego dostępu do nowych rynków; w szczególności należy zapobiegać zamknięciu rynków (*market foreclosure*). Polityka konkurencji w tym sektorze musi zatem zapewnić<sup>27</sup>:

- otwarty dostęp do kluczowej zawartości (*premium/critical/must-stock content*) jako główną siłę motoryczną rozwoju rynków audiowizualnych;
- utrzymanie otwartości (*contestability*)<sup>28</sup> rynków na każdym szczeblu obrotu, gwarantowanej przez realne zagrożenie wejściem na dane rynki nowych firm, jednocześnie dopuszczając konieczną konsolidację i restrukturyzację;
- zachowanie pola działania (*level playing field*) zarówno dla nadawców publicznych, jak i prywatnych w okresie przemian;
- uniemożliwienie blokowania rozwoju nowych mediów; wszelka obrona tradycyjnych pozycji dominujących przekracza dopuszczalną linię swobody działania firm, stanowiąc tzw. czerwoną linię (*red line*), do której przekroczenia nie wolno dopuścić.

Dostęp do kluczowej zawartości (*premium content*) dla nowych platform, w szczególności do filmów hollywoodzkich i meczy piłkarskich, ma zasadnicze znaczenie dla nadawców audiowizualnych; w większości państw członkowskich tzw. kluczowa zawartość, dzięki długoterminowym klauzulom wyłączności w umowach jej sprzedaży, jest zmonopolizowana przez dominujących nadawców telewizyjnych, a więc nowe platformy medialne nie mają do niej dostępu. Decyzje KE przewidują środki zaradcze, ale są one niewystarczające dla stworzenia pola dla konkurencji na rynku zakupów takiej zawartości<sup>29</sup>. Polityka udzielania licencji na kluczową zawartość musi więc podlegać silnej kontroli KE<sup>30</sup>.

5. Poniżej prezentowana jest szczegółowa analiza dorobku Komisji i sądów wspólnotowych w zakresie stosowania: (a) zakazu porozumień ograniczających konkurencję (art. 81 TWE); (b) zakazu nadużywania pozycji dominującej na rynku (art. 82 TWE); (c) stworzonych przez prawo wtórne reguł prewencyjnej kontroli koncentracji; (d) zakresu wyłączenia spod tych reguł na podstawie art. 86 ust. 2 TWE, tj. z uwagi na wymogi usług w ogólnym interesie gospodarczym. Analiza ta obejmuje przede wszystkim decyzje i orzeczenia najnowsze

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> Teoretyczna koncepcja zmienności (braku zamknięcia) rynków znalazła ostatnio praktyczne zastosowanie w decyzji brytyjskiej Komisji Konkurencji w sprawie koncentracji CHC *Helicopter Corp v. Helicopter Services Group ASA*; por. A. Oldale, *Contestability: the Competition Commission Decision on North Sea Helicopter Services*, „European Competition Law Review” 2000, nr 21(8), s. 345-347.

<sup>29</sup> Por. D. Geradin, s. 68, 93.

<sup>30</sup> Por. także R. Subiotta, Th. Graf, *Analysis of Principles Applicable to the Review of Exclusive Broadcasting Licences Under EC Competition Law*, „World Competition” 2003, nr 26(4), s. 589-608.

(głównie z końca lat dziewięćdziesiątych poprzedniego i pierwszych lat obecnego stulecia), odsyłając w przypadku decyzji i orzeczeń starszych do wcześniejszego, także polskiego piśmiennictwa.

### III. ZAKAZ POROZUMIEŃ OGRANICZAJĄCYCH KONKURENCJĘ

#### 1. Uwagi ogólne

1.1. W przypadku zakazu praktyk ograniczających konkurencję, w sektorze usług audiowizualnych decydujące znaczenie ma względny zakaz porozumień ograniczających konkurencję (art. 81 TWE) między przedsiębiorstwami działającymi w tym sektorze<sup>31</sup>; zakaz ten (art. 81 ust. 1 TWE) zastosowano jednak tylko kilka razy i to na początku lat dziewięćdziesiątych<sup>32</sup>. Znacznie częściej, tak przed, jak i po wydaniu Dyrektywy w sprawie telewizji bez granic, porozumienia takie dopuszczono w trybie *comfort letters* lub atestów negatywnych (por. Rozporządzenia nr 17/62) oraz wyłączenia indywidualnego (art. 81 ust. 3 TWE). W zakresie radiofonii i telewizji nie wydano natomiast nigdy wyłączenia grupowego.

1.2. Przedmiotem akceptacji KE były m.in. porozumienia horyzontalne dotyczące kolektywnych zakupów praw do emisji filmów (w 1989 r.)<sup>33</sup> lub transmisji sportowych (z 1993 i 2000 r.)<sup>34</sup> oraz zapewnienia dostępu do praw do transmisji sportowych (w latach 1999-2005), a także liczne inne porozumienia kooperacyjne. KE dopuściła również porozumienia dystrybucyjne oraz porozumienia w zakresie zarządzania prawami własności intelektualnej.

#### 2. Wspólne zakupy praw do transmisji sportowych przez EBU

2.1. Pierwsza decyzja KE w sprawie EBU z 1993 r. została uchylona przez Sąd Pierwszej Instancji<sup>35</sup>. Problem jednak pozostał<sup>36</sup>. Nowa decyzja z 2000 r. wyłączyła spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję do 2005 r. tzw. system Eurovision, czyli zawarte i realizowane w ramach Europejskiej Unii Nadawców (*European Broadcasting Union*, EBU) porozumienie określające zasady wspólnych zakupów i rozdzielania między członków EBU (*joint*

<sup>31</sup> Por. szerzej w szczególności: C. Mik, op. cit., s. 360 i n.; *Konkurencja a regulacja w dziedzinie środków masowego przekazu*, op. cit., s. 31 i n.; A. Trafkowski, A. Trafkowski, *Medienkartellrecht. Die Sicherung des Wettbewerbs auf den Märkten der elektronischen Medien*, C.H.Beck, München 2002, s. 87 i n.; A. M. Wachmeister, *Broadcasting and sports events and competition law*, „EC Competition Policy Newsletter” 1998, nr 2.

<sup>32</sup> Por. np. decyzje KE z 19 lutego 1991 r., w sprawie *Screanspor v. EBU Members* (Dz. Urz. WE 1991, L 63/32) z 24 listopada 1993 r., w sprawie *Auditel* (Dz. Urz. WE 1993, L 306/50) z 23 grudnia 1993 r. i w sprawie *Astra* (Dz. Urz. WE 1993, L 20/23).

<sup>33</sup> Por. decyzję Komisji z 15 września 1989 r. w sprawie *Film purchases by German Television Stations* (Dz. Urz. WE 1989 L 284/36).

<sup>34</sup> W 2003 r. KE zamknęła postępowanie w sprawie wspólnych zakupów praw do transmisji meczów piłkarskich Ligi Hiszpańskiej przez spółki Sogecable i Via Digital, które zostały następnie połączone za zgodą hiszpańskich organów ochrony konkurencji; por. „Press Release” IP/03/655.

<sup>35</sup> Por. decyzję Komisji z 11 czerwca 1993 r. w sprawie *EBU v. Screensport* (Dz. Urz. WE 1993, L 221/34) i uchylający ją wyrok SPI z 11 lipca 1996 r. w połączonych sprawach T-528/93, T-542/93, T-543/93 i T-546/93 w sprawie *Métropole Télévision S.A. i in. v. Komisja* (Zb. Orz. ETS 1996, II-652); por. omówienie tego wyroku przez E. D. Sage w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo*, t. 2. *Orzeczenia Sądu Pierwszej Instancji z lat 1990-2004*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2005, s. 283-289.

<sup>36</sup> Por. H. Fleming, *Exclusive Rights to Broadcast Sporting Events in Europe*, „European Competition Law Review” 1999, 20(3), s. 143 i n.; S. Weatherill, „Fair Play Please!”, *Recent Developments in the Application of EC Law to Sport*, „Common Market Law Review” 2003, nr 40(1), s. 73 i n.

*acquisition and shering*) praw do transmisji telewizyjnych wydarzeń sportowych<sup>37</sup>. KE uznała więc, że chociaż porozumienie to spełnia kryteria art. 81 ust. 1 TWE, gdyż wspólne zakupy tych praw, ich podział i wymiana sygnałów telewizyjnych z wydarzeniami sportowymi ograniczają konkurencję między członkami EBU, to jednak kwalifikuje się ono do wyłączenia na gruncie art. 81 ust. 3 TWE, albowiem powoduje redukcję kosztów transakcyjnych, z czego korzystają zwłaszcza mniejsi nadawcy z mniejszych państw członkowskich UE, mając możliwość nadawania większej ilości i lepszej jakości programów sportowych. Ponadto, kooperacja ta zwiększa zakres telewizji transgranicznej i pogłębia jednolity rynek telewizyjny.

KE wyłączyła wszakże porozumienie EBU pod warunkiem, że nadawcy komercyjni nie będący członkami EBU będą mieli ograniczony dostęp do praw do transmisji sportowych nabywanych wspólnie w ramach systemu Eurovision, a operatorzy telewizji płatnej będą mogli uzyskać sublicencje na korzystanie z praw systemu Eurovision.

2.2. Decyzja ta została jednak uchylona przez SPI w 2002 r. na skutek odwołania kilku operatorów telewizyjnych<sup>38</sup>. SPI stwierdził mianowicie, że KE popełniła rażący błąd w ocenie spełnienia przesłanki zawartej w art. 81 ust. 3 lit. b TWE, albowiem ww. system sublicencjonowania nie gwarantuje konkurentom członków EBU wystarczającego dostępu do praw do transmisji na żywo wydarzeń sportowych objętych systemem Eurovision; wyłączenie musiało więc być unieważnione, jako że dla jego udzielenia muszą być zawsze spełnione kumulatywnie wszystkie cztery przesłanki art. 81 ust. 3 TWE.

### 3. Zapewnienie dostępu do praw do transmisji sportowych

3.1. Jak wskazano wyżej, zapewnienie dostępu do treści, w szczególności kluczowych praw do emisji filmów (*premium film rights*) i transmisji sportowych (*premium sport rights*), głównie w piłce nożnej, jest nieodzowne dla funkcjonowania różnych platform dystrybucyjnych (*distribution platforms*), w tym stacji telewizyjnych (*broadcasters*). Ostatnie lata przyniosły szerokie stosowanie zakazu horyzontalnych i wertykalnych porozumień ograniczających konkurencję (art. 81 TWE) do porozumień o wspólnej sprzedaży (*joint selling agreements*) praw do transmisji meczów piłkarskich przez UEFA i narodowe ligi piłkarskie<sup>39</sup>. Wiodące znaczenie ma w tym zakresie decyzja KE z 2003 r. w sprawie *UEFA*<sup>40</sup> i najnowsza decyzja KE w sprawie *Deutsche Bundesliga*<sup>41</sup>, wyłączające zgłoszone porozumienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję na gruncie art. 81 ust. 3 TWE; postępowanie w sprawie *English Premier League* jeszcze trwa, ale stanowisko KE wyrażone w tzw. *Carlsberg*

<sup>37</sup> Por. decyzję KE z 10.05.2000 r. odnoszącą się do postępowania na podstawie art. 81 TWE (sprawa IV/32.150 – *Eurovision*) (Dz. Urz. WE 2000, L 151/18).

<sup>38</sup> Por. orzeczenie SPI w sprawie T-185/00, T-216/00, T-2999/00 i T-300/00 *M6 i inni* (Zb. Orz. 2002, II-3805).

<sup>39</sup> Por. D. Henry, *Joint selling of football media rights – hale we reached a level playing field*, „EU Focus” 2004, 153, s. 2-4; S. Weatherill, op. cit., s. 77 i n.; R. Subiotto, Th. Graf, op. cit., s. 601 i d.; H. Fleming, op. cit., s. 143-148.

<sup>40</sup> Por. pierwotną i ostateczną wersję tzw. *Carlsberg Notice* z 1999 i 2002 r. (Dz. Urz. WE 1999, C 99/23 i 2002 C 196/3) oraz decyzję KE z 23 lipca 2003 r. w sprawie *UEFA* (Dz. Urz. UE 2003, L 291/25).

<sup>41</sup> Por. trzy kolejne wersje tzw. *Carlsberg Notice* z 1999, 2003 i 2004 r. (Dz. Urz. WE 1999, C 6/10 i Dz. Urz. UE 2003, C 261/13 i 2004, C 229/13); opinię Rzecznika Generalnego z 2005 r. (Dz. Urz. WE 2005, C 130/4); raport końcowy Oficera ds. Wysłuchań (Dz. Urz. WE 2005, C 130/2); streszczenie decyzji nakładającej zobowiązanie (Dz. Urz. WE 2005, L 134/46).

Notice pozwala stwierdzić, że decyzja KE w tej sprawie nie będzie odbiegać od dwóch wyżej wymienionych<sup>42</sup>.

**3.2.** UEFA, europejska organizacja zrzeszająca kluby piłkarskie, przedłożyła w 1999 r. porozumienie o wspólnej sprzedaży praw do transmisji telewizyjnej meczów piłkarskiej Ligi Mistrzów, nie różniące się zbyt wiele od wcześniejszych porozumień tego typu. Początkowo KE zakwestionowała to porozumienie, ponieważ przewidywało ono sprzedaż całego pakietu jednemu nadawcy – w praktyce operatorowi telewizji ogólnodostępnej – na zasadach wyłączności na okres do 4 lat. Porozumienie takie spełniało przesłanki art. 81 ust. 1 TWE, gdyż ogranicza sprzedaż i konkurencję cenową oraz wzmacnia pozycję rynkową „zasiadających” (*incumbent*) nadawców telewizyjnych, którzy jako jedyni są w stanie wygrać przetarg na te prawa, a to z kolei prowadzi do niezaspokojonego popytu po stronie innych nadawców i zmniejszenia ich zdolności do przedstawienia widzom atrakcyjnej oferty, czyli obniża poziom dobrobytu konsumentów (*consumer welfare*).

Pierwotna wersja porozumienia nie kwalifikowała się do wyłączenia na gruncie art. 81 ust. 3 TWE. W wyniku zgłoszonych przez KE zastrzeżeń, UEFA przedłożyła nowe porozumienie, które utrzymuje prawo UEFA do scentralizowanej sprzedaży praw do transmisji na żywo meczów piłkarskiej Ligi Mistrzów odbywanych we wtorkowe i środowe wieczory, przy czym prawa te będą sprzedawane w rozdzielnych pakietach: złotym i srebrnym (dającym prawo wyboru najlepszych meczów) oraz brązowym (pozostałe mecze); w tym ostatnim przypadku kluby będą mogły sprzedać te mecze same, jeżeli UEFA nie sprzeda ich w określonym czasie. Ponadto nowy system umożliwi UEFA i klubom sprzedaż praw do transmisji meczów piłkarskich operatorom Internetu i bezprzewodowej komunikacji 3G/UMTS. Kluby będą także mogły wykorzystywać prawa do transmisji telewizyjnych i zbiory archiwalne np. do produkcji kaset video. Prawa do transmisji telewizyjnych meczów Ligi Mistrzów będą oferowane w drodze publicznej procedury przetargowej i na maksimum 3 lata.

Ponieważ system ten umożliwi różnym mediom ubieganie się o te kluczowe prawa, otwiera możliwość ubiegania się o nie przez nowe media oraz zapobiega trwałemu związaniu treści i platformy dystrybucyjnej, KE mogła wydać decyzję o wyłączeniu indywidualnym.

**3.3.** Także w 1999 r. KE otrzymała zgłoszenie porozumienia Niemieckiej Federalnej Ligi Piłkarskiej (Deutsche Bundesliga), którego przedmiotem jest centralnie prowadzony handel prawami medialnymi do meczów męskiej piłki nożnej pierwszej i drugiej Bundesligi. Także w tym przypadku KE początkowo uznała, że wyłączna sprzedaż przez Związek Ligi praw do transmisji meczów mogła ograniczać konkurencję między klubami i spółkami kapitałowymi pierwszej i drugiej Bundesligi w rozumieniu art. 81 ust. 1 i 2 TWE. Wobec zgłoszonych przez KE zastrzeżeń, Związek Ligi przedstawił listę ośmiu szcze-

<sup>42</sup> Por. Notice published pursuant to Article 19(3) of Council Regulation No 17 concerning case COMP/C.38.173 and 38.453 – joint selling of the media rights of the FA Premier League on an exclusive basis (Dz. Urz. UE 2004 C 115/3); por. także: D. Grey, *Collectivity v. Exclusivity: Conflict in the Broadcasting Arena*, „Entertainment Law Review” 2004, nr 15(1), s. 7-11; D. Harbord, S. Szymanski, *Football trials*, „European Competition Law Review” 2004, nr 25(2), s. 117-122; D. McAuley, *Exclusivity for all and collectivity for none: referring broadcasting rights between the Premier League, European Commission and BSkyB*, „European Competition Law Review” 2004, nr 25(6), s. 370-379.

gółowych zobowiązań, które zapewniają konkurencję między ww. klubami, w tym spółkami piłkarskimi, oraz pozwalają im na wprowadzenie nowych produktów, w szczególności takich, które są bezpośrednio firmowane nazwą klubu. Zobowiązania te pozwalają także na zmniejszenie zakresu i okresu obowiązywania przyszłych umów sprzedaży praw medialnych oraz tworzą przejrzystą i niedyskryminacyjną procedurę wyłaniania ich nabywcy. W ostateczności, formalnie poprawiają one możliwości dostępu do telewizji, radia i operatorów nowych mediów.

W związku z tym, że zobowiązania Związku Niemieckiej Federalnej Ligi Piłkarskiej spełniają przesłanki art. 9 ust. 1 Rozporządzenia nr 1/2003<sup>43</sup>, KE wydała 19 stycznia 2005 r. decyzję nadającą im wiążący charakter do 30 czerwca 2009 r. Poszerzenie dostępu do objętych tym porozumieniem praw w najbliższej przyszłości będzie więc zależeć przede wszystkim od tego, czy zobowiązania te będą w praktyce dotrzymanywane.

3.4. Znaczenie, jakie Komisja przywiązuje do dostępności kluczowej zawartości sportowej dla Nowych Mediów, znalazło swój wyraz z przeprowadzeniu badania sektorowego dotyczącego dostępności tej zawartości dla sieci komórkowych trzeciej generacji (3G). Badanie nie wykazało istotnych ograniczeń konkurencji w tym sektorze, ale KE postanowiła monitorować takie praktyki, jak: wiązanie platform (*cross-platform bundling*), narzucanie bardzo restryktywnych warunków dostępu (*overly restrictive conditions*), wspólna sprzedaż (*joint selling*) i wyłączny dostęp (*exclusive access*)<sup>44</sup>.

#### 4. Inne porozumienia kooperacyjne

W ostatnich latach KE zaakceptowała także liczne porozumienia kooperacyjne w drodze tzw. *comfort letter*<sup>45</sup>, atestu negatywnego lub wyłączenia indywidualnego. I tak np. w 1999 r.:

a) zaakceptowała – częściowo w drodze atestu negatywnego, częściowo decyzją o wyłączeniu indywidualnym – porozumienie zawarte między TF1, M6, France 2, France 3, FT i Suez Lyonnaise des Eaux, ustanawiające cyfrową platformę satelitarną *Télévision Par Satellite (TPS)*; zawarte w porozumieniu klauzule ograniczające konkurencję (np. prawa wyłączne do cyfrowej dystrybucji programów czterech zaangażowanych nadawców telewizyjnych) zostały wyłączone z uwagi na tylko 3-letni okres ich obowiązywania oraz fakt, że TPS wchodzi na rynek, na którym działają już trzej konkurenci, w tym Canal+ i CanalSatellite<sup>46</sup>;

b) wyłączyła na 7 lat porozumienie zawarte między BSkyB, BT, Midland Bank i Matsushita, ustanawiające wspólne przedsiębiorstwo (*joint venture*) *British Interactive Broadcasting* (obecnie: *Open*), a także inne związane z tym

<sup>43</sup> Warto zauważyć, że decyzja ta jest pierwszym w ogóle przypadkiem zastosowaniem art. 9 ust. 1 ww. Rozporządzenia.

<sup>44</sup> Por. *Concluding report on the Sector inquiry into the provision of sports content over third generation mobile networks*, published in accordance with Article 17(1) of Regulation 1/2003, Brussels, 21 września 2005 r.

<sup>45</sup> W drodze *comfort letter* KE dopuściła porozumienie między dwoma szwedzkimi spółkami nadawczymi, *Nornic Satellite AB* i *Modern Times Group*, w sprawie przedstawienia analogowego nadawania satelitarnego MTG na nadawanie cyfrowe.

<sup>46</sup> Por. decyzję KE z 3 marca 1999 r. w sprawie IV/36.237 – *TPS* (Dz. Urz. WE 1999, L 90/6); odwołanie kilku uczestników tego porozumienia zostało oddalone przez SPI orzeczeniem w sprawie *T-112/99 M6 i inni v. KE* (Zb. Orz. 2001, II-2459); por. także: N. Th. Nikolinos, *Mergers and Strategic Alliances in the Emerging Multi-Media Sektor: The EU Competition Policy*, „European Competition Law Review” 2004, nr 25(10), s. 629-631.

zgodzone porozumienia. Celem wyłączenia jest świadczenie nowego typu usług nadawczych klientom w Wielkiej Brytanii, w tym budowę infrastruktury (w tym tzw. *digital set top box*, którego sprzedaż detaliczna Open będzie subsydiował), pozwalającej bankom, supermarketom czy agencjom turystycznym wchodzić w interaktywne kontakty z konsumentami. Wyłączenie uzależnione zostało od spełnienia licznych warunków, w tym prawnego rozdzielenia sprzedaży *top box* i usług BiB i usunięcia powiązania opłat za *top box* i usługi BiB<sup>47</sup>.

## 5. Porozumienia dystrybucyjne

W ostatnich latach KE wyłączyła spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję także liczne porozumienia wyłącznej dystrybucji<sup>48</sup>. Tak np. w 2003 r. wyłączyła indywidualnie szereg porozumień ustanawiających wyłączną kooperację między norweską spółką Telenor, jej satelitarną platformą telewizyjną Canal Digital oraz spółką Canal+ Nordic w zakresie satelitarnej dystrybucji należących do Canal+ kluczowych (filmowych i sportowych) kanałów telewizji płatnej w regionie nordyckim; wyłączenie było możliwe z uwagi na znaczne skrócenie okresu obowiązywania porozumienia oraz istnienie w tym regionie silnego konkurenta na rynku usług telewizji płatnej (MTG/Viaset)<sup>49</sup>.

## 6. Porozumienia wzajemne krajowych stowarzyszeń zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i pokrewnymi

6.1. W 2002 r. KE wyłączyła spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję na próbny okres prawie 3 lat porozumienie w sprawie wzajemnego przyznania sobie przez krajowe stowarzyszenia zarządzania prawami autorskimi w 18 państwach EOG prawa do udzielania spółkom radiowym i telewizyjnym pojedynczej (*one-stop shop*) licencji do równoczesnego nadania przez nie radiowych i telewizyjnych programów muzycznych przez Internet (tzw. *simulcasting*)<sup>50</sup>; w dotychczasowym systemie licencję taką trzeba było uzyskać w każdym państwie odrębnie. Tym samym KE dała wyraz stanowisku, że ograniczenia terytorialne nie mogą stać na drodze do tworzenia nowych regionalnych lub globalnych uzgodnień zmierzających do ujednoczenia licencji (*one-stop-shopping*), co jest konieczne dla osiągnięcia korzyści gospodarczych (*efficiencies*) z globalnego lub regionalnego licencjonowania na nowych rynkach muzycznych w UE<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Por. decyzję KE z 15 września 1999 r. w sprawie *British Interactive Broadcasting v. Open* (Dz. Urz. WE 1999, L 321/1).

<sup>48</sup> Wyrażając zgodę na ugodę między Ladbroke (brytyjskim bookmacherem) a PMU (francuską spółką organizującą wyścigi konne), na mocy której PMU udzieliła Ladbroke niewyłącznej licencji na satelitarną transmisję francuskich wyścigów konnych w punktach bookmacherskich Ladbroke w Belgii, w zamian za co Ladbroke wycofał wszelkie skargi, odwołania i rewizje do sądów wspólnotowych, KE zakończyła wieloletni spór między tymi firmami; por. Press Release IP/01.82 z 22 stycznia 2001 r.

<sup>49</sup> Por. decyzję KE z 29 grudnia 2003 r. w sprawie COMP/C.2-38.287 – *Telenor/Canal+ v. Canal Digital*, Brussels, 29 grudnia 2003 r., C(2003) 5192 final.

<sup>50</sup> Por. decyzję KE z 8 października 2002 r. w sprawie COMP/C2/38.01 – *IFPI „Simulcasting”* (Dz. Urz. UE 2003, L 107/58).

<sup>51</sup> Komisja wszczęła postępowanie w sprawie wyjaśnienia czy umowy zawierane między stowarzyszeniami zbiorowego zarządzania praw autorskich wchodzącymi w skład CISAC nie wprowadzają podziału terytorialnego (COMP/C2/38.698), następnie połączyła tę sprawę ze sprawą COMP/C2/38.026 – GEMA i wystosowała do firm pismo o postawieniu zarzutów (*Statement of Objections*).

Nowy system powinien też wzmocnić konkurencję między krajowymi stowarzyszeniami zarządzania prawami autorskimi w zakresie warunków, na jakich pobierają one opłaty licencyjne, a tym samym nie pozwolić na petryfikację struktur monopolistycznych z przeszłości tam, gdzie nie są one już niezbędne. Ma to, ponadto, umożliwić autorom tych praw określenie przez nich właściwych proporcji między indywidualnym a zbiorowym zarządzaniem nimi.

6.2. Na marginesie warto zauważyć, że w związku z problemami, jakie niosą ze sobą nowe usługi bazujące na Internecie (np. *webcasting* czy *on-demand music downloading*) Komisja przyjęła w 2005 r. „Zalecenie w sprawie zarządzania prawami do dostępnych online dzieł muzycznych”<sup>52</sup>. Wobec tego, że nie udało jej się przekonać zainteresowanych stron do przejścia na system ogólnounijnej licencji bezpośredniej (*EU-wide direct licence*), Zalecenie proponuje eliminację w istniejących umowach licencyjnych klauzul ograniczających licencję korzystania z dzieł muzycznych w Internecie co do terytorium i klientów, przyznając jednocześnie właścicielom praw, którzy nie chcą korzystać z tych umów, możliwość zaoferowania ich repertuaru w drodze ogólnounijnej licencji bezpośredniej stowarzyszeniu zarządzania prawami autorskimi, które wygra przetarg na zawarcie takiej licencji. Rozwiązania te mogą mieć istotny wpływ na przyszłe stosowanie reguł konkurencji do porozumień licencyjnych w mediach.

#### IV. ZAKAZ NADUŻYWANIA POZYCJI DOMINUJĄCEJ

Pomimo że w sektorze mediów istotną rolę odgrywają wciąż jednostki telewizji publicznej, mające niekiedy do dziś pozycję dominującą na niektórych rynkach, rzadka praktyka orzecznicza w zakresie zakazu nadużywania pozycji dominującej (art. 82 TWE) w mediach miała miejsce w latach osiemdziesiątych i w I połowie lat dziewięćdziesiątych<sup>53</sup>. W tzw. sprawach *Magill*, ważnych przede wszystkim w kontekście konfliktu między ochroną praw własności intelektualnej a ochroną konkurencji, SPI stwierdził nadużycie przez nadające w Irlandii stacje telewizyjne ich pozycji dominującej na irlandzkim rynku tygodników telewizyjnych poprzez odmowę udzielenia licencji ich programów telewizyjnych potencjalnemu konkurentowi (*Magill*)<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Por. Commission Recommendation on management of online rights in music works, Brussels, 12 października 2005 r.; [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/copyright/management/management\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/management/management_en.htm); por. także: M. M. Frabboni, *Online Music Licensing: The Calm After the Storm*, „Entertainment Law Review” 2006, nr 17(2), s. 65-69.

<sup>53</sup> Por. wyrok ETS w sprawie C-298/83 *CICCE v. Komisja* (Zb. Orz. 1985, 1117); wyrok ETS w sprawie 311/84 *CBEM/CLT i IPB S.A. (Télémarketing)* (Zb. Orz. ETS 1985, 3270) oraz wyrok SPI w sprawie T-504/93 *Tiercé Ladbroke v. Komisja* (Zb. Orz. ETS 1997, II-923); por. szerzej: C. Mik, op. cit., s. 446 i d.; *Konkurencja a regulacja w dziedzinie środków masowego przekazu*, s. 31 i n.; J. Smith, *Television Guides: The European Court Doesn't Know There's So Much In It*, „European Competition Law Review” 1992, 3, s. 135-138; A. Trafkowski, op. cit., s. 133 i n.

<sup>54</sup> Por. wyroki SPI w sprawach: T-69/89 *RTE v. KE*; *BBC v. KE*; *ITP v. KE*; por. wyrok ETS z 6 kwietnia 1995 r. w połączonych sprawach C-241/91 P i C-242/91 P *RTE i ITP (Magill)* (Zb. Orz. 1995, I-808).

## V. KONTROLA KONCENTRACJI

### 1. Uwagi ogólne

1.1. Także koncentracja w radiofonii i telewizji, o ile ma wymiar wspólnotowy, w pełni podlegała i podlega prewencyjnej kontroli koncentracji przedsiębiorstw na podstawie rozporządzeń – odpowiednio – nr 4064/89<sup>55</sup> i nr 139/2004<sup>56</sup>. Co więcej, w drodze stosowania tych przepisów<sup>57</sup>, KE rozpatrzyła łącznie ponad 110 zgłoszeń koncentracji w mediach audiowizualnych. Zdecydowana większość (ponad 80%) zgłoszonych koncentracji nie budziła od początku żadnych wątpliwości i została dopuszczona bezwarunkowo (głównie na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b Rozporządzenia nr 4064/89). Na tej podstawie dopuszczona została ostatecznie także dokonana wcześniej i najpierw zakazana koncentracja *RTL/Veronica/Endemol*<sup>58</sup>. Konieczność wyrażenia zgody na koncentrację w ostatnim okresie wynika także z podniesienia Komisji przez sądy wspólnotowe poprzeczki dowodowej antykonkurencyjnych skutków koncentracji dokonywanych na rynkach oligopolistycznych<sup>59</sup>; tak np. w sprawie koncentracji Sony/ /MGM, Komisja nie miała wystarczających dowodów, żeby nie dać jej „zielonego światła”, mimo że w wyniku tej koncentracji ilość głównych graczy zmniejszyła się z 5 do 4; w rezultacie KE mogła tylko poinformować, że będzie przyglądać się działaniom nowej firmy na gruncie reguł ochrony konkurencji (głównie art. 82 TWE).

1.2. Pod rządami Rozporządzenia 4064/89 bezwarunkowo zakazane zostały tylko cztery zamiary koncentracji na rynkach mediów elektronicznych<sup>60</sup>. Do dwóch „starych” (MSG i NSD)<sup>61</sup>, doszły dwa nowe z 1998 r. Za niezgodne ze wspólnym rynkiem uznane zostały mianowicie zamiary koncentracji polegającej na:

a) przejściu przez Deutsche Telekom (DT), CLT-UFA (wspólnie z Bertelsmannem) i BetaTechnik GmbH (z grupy Kirch) wspólnej kontroli nad BetaResearch GmbH, w wyniku której w dłuższej perspektywie czasowej DT uzyskałoby pozycję dominującą na rynku dostaw usług technicznych dla kablowej telewizji płatnej oraz wzmocniłoby swoją pozycję dominującą w sieciach kablowych ze szkodą dla prywatnych operatorów kablowych<sup>62</sup>;

<sup>55</sup> Rozporządzenie (EWG) nr 4064/89 Rady z 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, zmienione Rozporządzeniem (WE) nr 1310/97 Rady z 30 czerwca 1997 r. (Dz. Urz. WE 1990, L 257/13; zm. Dz. Urz. WE 1997, L 180/1).

<sup>56</sup> Rozporządzenie (WE) nr 139/2004 Rady z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE 2004, L 24/1).

<sup>57</sup> Por. szerzej: C. Mik, op. cit., s. 484 i n.; A. Trafkowski, op. cit., s. 111 i n.

<sup>58</sup> Por. decyzje KE z 20 września 1995 r. w sprawie IV/M.533 – *RTL/Veronica/Endemol* (Dz. Urz. WE 1996 L 134/32) oraz z 17 lipca 1996 r. w sprawie IV/M.533 – *RTL/Veronica/Endemol* (Dz. Urz. WE 1996, L 294/14); w tłumaczeniu polskim w: *Kontrola koncentracji przedsiębiorstw*, II, s. 95 i n. oraz 141 i n.; por. także N. Th. Nikolinos, *Mergers and Strategic Alliances...*, s. 625-637, głównie s. 626.

<sup>59</sup> Por. wyrok SPI w sprawie T-342/99 *Airtours v. First Choice* (zb. orz. 2002, II-2585). Piszę o tym szerzej w omówieniu tego wyroku w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo*, t. 2, s. 564-575.

<sup>60</sup> Trzeba jednak zauważyć, że było to 50% wszystkich zakazów wydanych do połowy lat dziewięćdziesiątych.

<sup>61</sup> Por. decyzje KE z 9 listopada 1994 r. w sprawie IV/M.469 *MSG* (Dz. Urz. WE 1994, L 364/1) i 19 lipca 1995 r. w sprawie IV/M.490 *NSD* (Dz. Urz. WE 1995, L 53/20); w tłumaczeniu polskim w: *PHARE SIERRA, Harmonizacja prawa polskiego z prawem Wspólnot Europejskich. Prawo konkurencji. Kontrola łączenia przedsiębiorstw*, II, Warszawa 1998, s. 9 i n. oraz 51 i n.; por. także: N. Th. Nikolinos, *Mergers and Strategic Alliances...*, s. 625-626.

<sup>62</sup> Por. decyzję KE z 27 maja 1998 r. w sprawie IV/M.1027 – *DT v. BetaResearch* (Dz. Urz. WE 1999, L 53/31); por. także N. Th. Nikolinos, *Mergers and Strategic Alliances...*, s. 627-629.

b) przejęciu przez CLT-UFA (wspólnależąca do Bertelsmanna) i Taurus Beteiligung GmbH (z grupy Kirch) kontroli nad BetaDigital GmbH, w wyniku której Premiere, operator telewizji płatnej, i BetaDigital – kontrolowane parytetowo przez Bertelsmanna i Kircha – długoterminowo dominowałyby na rynkach usług technicznych dla telewizji płatnej i sieci kablowych<sup>63</sup>.

1.3. W sprawie *Time Warner/EMI* do kolejnego zakazu koncentracji ostatecznie nie doszło (zgłoszenie zostało wycofane)<sup>64</sup>, albowiem strony nie zaakceptowały zobowiązań, jakie chciała im narzucić Komisja, warunkujących wydanie zgody; ponadto, koncernowi Time Warner zależało bardziej na zgodzie na fuzję z AOL (patrz niżej).

1.4. Po 1998 r. kilka dalszych zamiarów koncentracji, w tym medialne koncentracje globalne (Vivendi/Seagra, AOL/Time Warner), zostały dopuszczone warunkowo na podstawie art. 6 ust. 2<sup>65</sup> lub art. 8 ust. 2 Rozporządzenia nr 4064/89<sup>66</sup>. W drodze decyzji warunkowych, KE chce bowiem zapewnić konkurencję w ramach poszczególnych platform (*intra-platform competition*) i między tymi platformami (*inter-platform competition*), a więc pozostawić rynki otwarte, głównie poprzez zapewnienie dostępu do kluczowych zawartości; jednocześnie jednak stara się umożliwić konsolidację sektora i restrukturyzację różnych medialnych platform dystrybucyjnych.

1.5. W 2001 r. KE uznała za zgodną ze wspólnym rynkiem w świetle art. 8 ust. 2 Rozporządzenia nr 4064/89 fuzję AOL i Time Warner, pod warunkiem pełnej realizacji zobowiązań przyjętych na siebie przez strony zamierzonej koncentracji, w tym w szczególności wyjścia Bertelsmanna z AOL Europe i AOL France, przez co stosunki między Bertelsmannem i AOL pozostaną na wyciągnięcie ramienia (*at arm's length*), co uniemożliwi połączonej spółce dostęp do podstawowych źródeł praw do publikacji, koniecznych dla nadawanie muzyki on-line (przez Internet), a w konsekwencji zapobiegnie wzrostowi jej pozycji dominującej na rynkach muzyki on-line, odtwarzaczy muzycznych i Internetu *dial up*<sup>67</sup>.

1.6. W ostatnich latach, z uwagi na trudności w osiągnięciu efektywności działania różnych narodowych cyfrowych platform dystrybucyjnych, KE musiała też ustosunkować się do zamiarów koncentracji, służących ich restrukturyzacji. Zgłoszony jej zamiar połączenia dwóch cyfrowych platform satelitarnych działających w Hiszpanii (Via Digital i Sogecable), przekazała jednak, w trybie art. 9 Rozporządzenia nr 4064/89, na prośbę władz tego kraju

<sup>63</sup> Por. decyzję KE z 27 maja 1998 r. w sprawie IV/M.993 – *Bertelsmann/Kirch/Premiere* (Dz. Urz. WE 1998, L 53/1); por. także: N. Th. Nikolinakos, *Mergers and Strategic Alliances...*, s. 627-629.

<sup>64</sup> Por. decyzję Komisji z 5 października 2000 r. (Dz. Urz. WE 2000), wydaną na podstawie art. 6 ust. 1a w zw. z ust. 1 lit.c Rozporządzenia nr 4064/92.

<sup>65</sup> Por. decyzję KE z 20.07.2000 r. w sprawie COMP/JV.48 – *Vodafone/Vivendi/Canal+*, Brussels, 20.7.2000; decyzję KE z 21 marca 2000 r. w sprawie COMP/JV.37 – *BSkyB v. Kirch PayTV* i oddalające odwołanie od niej orzeczenie SPI w sprawie T-158/00 *ARD v. KE* (Zb. Orz. 2003, II-3825); por. także N. Th. Nikolinakos, *Mergers and Strategic Alliances...*, s. 633-634; idem, *EC Competition Law on Access to Premium Content: The Emergence of New Media*, „Computer and Telecommunications Law Review” 2005, nr 11(1), s. 13 i n.

<sup>66</sup> Por. np. decyzję KE z 13 października 2000 r. w sprawie *Vivendi/Canal+ v. Seagram* (Dz. Urz. WE 2000, C 311/3); 21 marca 2000 r. w sprawie *BSkyB v. Kirch Pay TV* (Dz. Urz. WE 2000, C 110/45); 30 kwietnia 2002 r. w sprawie *Tf1/M6 v. TPS* (Dz. Urz. WE 2002); por. także idem, *Mergers and Strategic Alliances...*, s. 632-633; idem, *EC Competition Law on Access to Premium Content...*, s. 13 i n.

<sup>67</sup> Por. decyzję KE z 11 października 2001 r. w sprawie COMP/M.1845 – *AOL v. Time Warner* (Dz. Urz. WE 2001, L 268/28); Por. także N. Th. Nikolinakos, *Mergers and Strategic Alliances...*, s. 633; idem, *EC Competition Law on Access to Premium Content...*, s. 13 i n.

do rozpatrzenia przez krajowe organy ochrony konkurencji tego kraju, jako że fuzyja ta groziła stworzeniem pozycji dominującej na hiszpańskich rynkach telewizji płatnej, zakupów praw wyłącznych do kluczowych zawartości filmowych i sportowych i innych<sup>68</sup>.

1.7. Przedstawioną jej koncentrację restrukturyzacyjną firm działających na rynku telewizji płatnej we Włoszech KE postanowiła już zbadać sama. Zgłoszona koncentracja polegała na przejęciu przez australijską grupę medialną NewsCorp kontroli nad włoskimi spółkami telewizji płatnej Telepiù (należącą do Vivendi) i Stream (kontrolowaną wspólnie przez NewsCorp i Telekom Italia), na bazie których powstała nowa spółka (Sky Italia), w której Telecom Italia mieć będzie udział mniejszościowy (19,9%). Operacja ta prowadziła do quasi-monopolu na włoskim rynku telewizji płatnej (spółka Telepiù miała już sama ponad 2/3 udziału w rynku). Mimo że żaden z operatorów nigdy nie był rentowny, KE nie zgodziła się na zastosowanie w tej sprawie tzw. doktryny upadającej firmy (*failing company defence*). Wyraziła natomiast warunkową zgodę na tę koncentrację<sup>69</sup>, gdyż uznała, że przyniesie ona konsumentom więcej korzyści niż prawdopodobna likwidacja firmy Stream, mniejszego i słabszego z dotychczasowych konkurentów.

U podstaw zgody warunkowej leżało nałożenie na firmy takich warunków, które w wystarczający sposób zapewnią, że włoski rynek telewizji płatnej pozostanie otwarty. Przede wszystkim, dla zapewnienia konkurencji między różnymi platformami dystrybucyjnymi (*inter-platform competition*), na strony nałożone zostały zobowiązania zagwarantowania dostępu do kluczowej zawartości sportowej (mecze piłkarskie) i filmowej (*blockbuster movies*), jako że zawartość ta stanowi główną atrakcję subskrybentów telewizji płatnej. Do warunków uzasadniających zgodę należało także skrócenie wyłączności dla sportu do lat dwóch, a dla filmów – do lat trzech, zredukowanie wyłączności do podstawowej platformy DTH oraz brak długoterminowego wiązania wyłącznego platformy i zawartości.

NewsCorp, jako tzw. bramkarz (*gatekeeper*) w zakresie dostępu do usług technicznych platformy satelitarnej i innych usług, zobowiązał się także do udzielenia aktualnym i potencjalnym konkurentom dostępu do połączonej platformy dystrybucyjnej w celu dania im możliwości osiągnięcia krytycznego rozmiaru dla ich własnych działań, a przez to zapewnienia konkurencji wewnątrz platformy dystrybucyjnej telewizji płatnej (*intra-platform competition*).

Po zaakceptowaniu szczegółowych warunków i zobowiązań, KE uznała, że zamierzona koncentracja nie spowoduje stworzenia lub wzmocnienia pozycji dominującej na żadnym z rynków nią dotkniętych (usług telewizji płatnej, za-

<sup>68</sup> Por. decyzję KE z 14 września 2002 r. w sprawie przekazania zbadania koncentracji Via Digital i Sogecable do hiszpańskich organów ochrony konkurencji zgodnie z art. 9 Rozporządzenia 4064/89 (Case COMP/M. – *Sogecable / Canalsatellite Digita v. Via Digital*); por. Press Release IP/02/1216 z 16 czerwca 2002 r.; SPI odrzucił odwołanie od tej decyzji złożone przez liczne firmy hiszpańskie orzeczeniem w sprawie T-346/02 i T-347/02 *Cableuropa i inni v. KE* (Zb. Orz. 2003, II-4251). W sprawie przekazywania zgłoszeń koncentracji o wymiarze wspólnotowym do organów krajowych piszę szerzej w: *Jurysdykcyjne dylematy prewencyjnej kontroli koncentracji w europejskiej przestrzeni prawnej, w: Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70-lecia urodzin Profesora Eugeniusza Pionka*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 351 i n.

<sup>69</sup> Por. decyzję KE z 2 kwietnia 2003 r. w sprawie COMP/M.2876 – *NewsCorp v. Telepiù* (Dz. Urz. WE 2003, L 110/73); por. także: N. Th. Nikolinos, *Mergers and Strategic Alliances...*, s. 634-635; idem, *EC Competition Law on Access to Premium Content...*, s. 13 i n.

kupów praw wyłącznych do kluczowych filmów, meczów piłkarskich z udziałem drużyny narodowej i innych wydarzeń sportowych oraz usług kanałów telewizyjnych).

## 2. Koncentracja a pluralizm medialny

Jak już wskazano wyżej, wspólnotowa kontrola koncentracji w mediach, służąca zapewnieniu konkurencji na rynkach w rozumieniu ekonomicznym, jest ograniczona politycznie w świetle traktatowej zasady prymatu krajowych reżimów własności (art. 295 TWE) oraz ustawodawstw krajowych służących zapewnieniu pluralizmu, różnorodności kulturowej i wyborów politycznych, co znajduje swój wyraz w licznych dokumentach instytucji wspólnotowych<sup>70</sup>.

Co więcej, nie naruszając wyłączności KE do wydawania decyzji wyrażających zgodę lub zakaz koncentracji o wymiarze wspólnotowym, państwa członkowskie mogą podjąć odpowiednie środki w celu ochrony innych uprawnionych interesów niż te, które są brane pod uwagę w Rozporządzeniu nr 4064/89, o ile interesy te są zgodne z ogólnymi zasadami oraz innymi postanowieniami prawa wspólnotowego. Jednym z takich interesów uprawnionych jest „pluralizm środków masowego przekazu” (art. 21 ust. 3 Rozporządzenia nr 4064/89 i Rozporządzenia nr 139/2004).

Fakt, iż jak dotychczas nie wystąpił ani jeden przypadek skorzystania przez państwo członkowskie z tego przepisu, może mieć swoje uzasadnienie w tym, że tak naprawdę pluralizm zapewnia tylko konkurencyjna struktura rynków.

## VI. ART. 86 UST. 2 TWE

Radiofonia i telewizja poddana jest w rzeczywistości równoczesnemu oddziaływaniu praw rynku i konkurencji oraz wymogów misji publicznej. Dotyczy to w szczególności radiowych i telewizyjnych nadawców publicznych, którzy mogą zarówno być uznani za „przedsiębiorstwa publiczne” w rozumieniu art. 86 ust. 1 TWE, jak i powołać się na wyłączenie spod reguł konkurencji z powodu realizacji powierzonych im „usług w ogólnym interesie gospodarczym” (art. 86 ust. 2 TWE). Tak np. na podstawie art. 86 ust. 1 oraz art. 52 TWE KE zażądała od rządu Flandrii (prowincji belgijskiej) uchylenia ugruntowanego ustawowo monopolu komercyjnej stacji VTM w zakresie nadawania reklam skierowanych do społeczności flandryjskiej<sup>71</sup>; KE nie stwierdziła, aby monopol ten uzasadniały np. względy polityki kulturalnej. Art. 86 ust. 2 TWE znalazł natomiast zastosowanie w orzecznictwie dotyczącym praktyk ograniczających konkurencję (głównie art. 82 TWE) na początku lat dziewięćdziesiątych w sprawach *Sacchi* oraz *Elliniki Radiophonia*<sup>72</sup>. Umożliwia on natomiast sku-

<sup>70</sup> Por. Report by the European Parliament on the risks of violations, In the EU and especially In Italy, of freedom of expression and information, by the Committee on Citizen's Freedom and Rights, Justice and Home Affairs. European Parliament, PE 339.618/DEF, 5 kwietnia 2004 r., dostępny na [www.europarl.eu.int](http://www.europarl.eu.int).

<sup>71</sup> Por. decyzję Komisji z 26.06.1997 r. w sprawie prawa wyłącznego nadawania reklam telewizyjnych we Flandrii (Dz. Urz. WE 1997, L 244/18) oraz wyrok SPI w sprawie T-266/97 *Vlamse/Komisji* (Zb. Orz. 1998).

<sup>72</sup> Por. cyt. wyżej wyrok w sprawie *Sacchi* oraz wyrok ETS w sprawie C-260/89 *Elliniki Radiophonia* (Zb. Orz. 1991, I-2951). Por. szerzej C. Mik, *Media masowe...*, s. 537 i n. oraz *Konkurencja a regulacja w dziedzinie środków masowego przekazu*, red. S. Piątek, op. cit., s. 31 i n.

tecznie wyłączenie publicznego finansowania telewizji publicznej spod zakazu antykonkurencyjnej pomocy publicznej (art. 87 ust. 1 TWE)<sup>73</sup>.

## VII. PODSUMOWANIE I WNIOSKI DLA POLSKI

Z zaprezentowanego wyżej przeglądu dorobku orzecznictwa wspólnotowego w sprawach ochrony konkurencji na rynkach mediów audiowizualnych wynika niezbicie, że z końcem ubiegłego stulecia skończył się też bezpowrotnie okres liniowego i odrębnego rozwoju klasycznych (głównie narodowych, analogowych, naziemnych i zorientowanych na typowego widza) mediów audiowizualnych. Niebywale intensywny i szybki rozwój elektronicznych technologii komunikacyjnych i informacyjnych radykalnie zmienił obraz współczesnej radiofonii i telewizji – coraz bardziej przekracza ona granice międzypaństwowe, jest w coraz większym zakresie cyfrowa i udostępniana przez różne platformy dystrybucyjne (sieci kablowe, platformy satelitarne i tzw. nowe media) oraz coraz bardziej zorientowana na widza mającego szczególne wymagania. Jest oczywiste, że musi to powodować zmiany we wzorach zachowań rynkowych oraz wywoływać przekształcenia strukturalne. Niektóre z tych zjawisk (np. wyłączenie lub ograniczanie dostępu do kluczowej zawartości, integracja wertykalna i oligopolizacja rynków) mogą zagrażać rozwojowi i konkurencji, zwłaszcza w obszarze tzw. nowych mediów (multimediów). Żeby sprostać podstawowemu zadaniu, jakim jest bez wątpienia konieczność zapewnienia otwartości najważniejszych rynków (rynków praw do kluczowych zawartości i rynków usług transmisyjnych), przy zachowaniu prawa firm do racjonalnej konsolidacji, zmianom podlegać muszą także ekonomiczne podstawy i prawne procedury stosowania wspólnotowych reguł konkurencji. Tradycyjnie stosowne (*ex post*) reguły konkurencji często już nie wystarczają; decyzje Komisji Europejskiej w obszarze multimediów (tak stosowane do 30 kwietnia 2004 r. wyłączenia indywidualne i od 1 maja 2005 r. decyzje akceptujące zobowiązania firm, jak i warunkowe zgody na koncentracje) zawierają więc często silne elementy regulacji (*ex ante*); rośnie rola tzw. badań sektorowych oraz konsultacji ze stronami trzecimi. W konsekwencji, Komisja staje się coraz bardziej aktywnym graczem na tych rozwijających się rynkach<sup>74</sup>.

Jeden element stosowania wspólnotowych reguł konkurencji w mediach i multimediach pozostaje jednak niezmiennie kluczowy, gdyż rozstrzyga o możliwościach ingerencji Komisji w zachowania i przekształcenia strukturalne w tym sektorze. Elementem tym jest wyznaczanie rynków właściwych, tak produktowych, jak i geograficznych. W orzecznictwie Komisji wciąż przeważa definiowanie rynków audiowizualnych na podstawie kryteriów zorientowanych podażowo; najszerszej akceptowany jest podział rynków wg źródeł finansowania działalności nadawczej na rynki telewizji ogólnodostępnej (finansowanej

<sup>73</sup> Leży jednak poza zakresem tematycznym niniejszego artykułu. Por. także T. Skoczny, *Zasada równego traktowania nadawców radiowo-telewizyjnych w świetle wspólnotowego i polskiego prawa o pomocy publicznej w: Księga Jubileuszowa z okazji 35-lecia Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego*, Wydawnictwa Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2002.

<sup>74</sup> Por. E. D. Sage, *Community Competition Law of Multimedia* (praca doktorska obroniona w 2006 r. na Uniwersytecie w Oksfordzie, w druku).

z reklam i środków publicznych) oraz płatnej (finansowanej z kontraktowych opłat abonamentowych)<sup>75</sup>. Wciąż nie jest akceptowane wyznaczenie jednego (jednolitego) rynku telewizyjnego, obejmującego wszelkie oferowane usługi nadawcze, niezależnie od sposobu ich finansowania, typu transmisji (naziemny, satelitarny czy kablowy) czy technologii odbioru (analogowej lub cyfrowej). Wiele przemawia za tym, że w niektórych krajach bardziej użyteczne może być podejście pośrednie do wyznaczania audiowizualnych rynków właściwych (np. wyróżnienie rynków kanałów ogólnych i wyspecjalizowanych (*channels offering generalist or thematic programmes*), bazujące w większym stopniu na kryteriach zorientowanych popytowo<sup>76</sup>.

Rynki audiowizualne w Polsce i konkurencja działających na nich różnych – publicznych i komercyjnych – nadawców są wciąż w fazie intensywnego rozwoju. Powoli kończy się okres dominacji tradycyjnej telewizji publicznej (TVP), bazującej na transmisji naziemnej i analogowej, masowej widowni zorientowanej generalnie, prawie nieograniczonym korzystaniu z dualnego finansowania i preferencyjnego dostępu do zasobów archiwalnych. TVP może jednak pozostać głównym konkurentem komercyjnych nadawców telewizyjnych (głównie TVN i Polsatu), jeżeli będzie dysponowała środkami na korzystanie z nowych technologii informacyjnych i wykorzysta szanse związane z konwergencją. Głównymi konkurentami komercyjnych nadawców telewizyjnych na tych rynkach (zwłaszcza w kontekście ekonomicznej walki o dochody z reklam) będą jednak w coraz większym stopniu media drukowane i firmy telekomunikacyjne; zwłaszcza te ostatnie, dysponując najnowszymi technologiami komunikacji elektronicznej i ogromnymi zasobami kapitałowymi, będą starały się zdominować tradycyjnych nadawców radiowych i telewizyjnych. Największym wyzwaniem będzie z pewnością kontrola koncentracji mediów<sup>77</sup>. Także w Polsce głównymi polami walki konkurencyjnej będą prawa dostępu do zawartości kluczowej (dzisiaj głównie sportowej<sup>78</sup> i filmowej<sup>79</sup>, w przyszłości zapewne także informacyjnej) oraz umiejętność dotarcia do zindywidualizowanego widza (*TV-on-demand*).

Także polskie organy ochrony konkurencji będą musiały zapewnić dostęp do praw do zawartości kluczowej oraz do platform dystrybucyjnych, zwłaszcza jeżeli będą one miały charakter urządzeń kluczowych (*essentials facilities*). Będą przy tym mogły, jak dotychczas, korzystać z dorobku orzecznictwa WE i jej bardziej rozwiniętych państw członkowskich, w szczególności w zakresie wyznaczania rynków właściwych. O ile bowiem ekonomiczne uwarunkowania rynków mogą być różne w skali całej Wspólnoty i pomiędzy poszczególnymi państwami, o tyle standardy wyznaczania rynków powinny być identyczne<sup>80</sup>.

<sup>75</sup> W niniejszym artykule nie ma miejsca na prezentację tego dorobku; por. wykonany na zlecenie KE przez firmę doradczą Bird & Bird raport pt. *Market definitions in the media sector C comparative Legal Analysis*, Brussels, December 2002.

<sup>76</sup> Por. E. Baranes, D. Encaoua, *The Relevant Market for Television: the French Case*, „Communications, Strategies” 47, 2002, 3rd quarter, s. 63.

<sup>77</sup> Por. M. Kolański, *Kontrola koncentracji mediów w dobie digitalizacji. Między regulacją a ochroną konkurencji*, w: *Ochrona konkurencji i niezależna regulacja sektorowa. W 5. rocznicę ustanowienia Jean Monet Chair on European Economic Law*, red. T. Skoczny, „Problemy Zarządzania” 2004(5), nr 3, s. 105 i n.

<sup>78</sup> Por. E. D. Sage, *Problemy stosowania...*, s. 71 i n.

<sup>79</sup> Por. E. D. Sage, *Series of Film-Licensing Agreements and the Application of Article 81 EC*, „European Competition Law Review” 2003, nr 24(9), s. 475 i n.

<sup>80</sup> Częściową odpowiedź na to pytanie daje wykonany na zlecenie KE przez Institute of European Media Law e.V. raport pt. *Media Market Definitions – Comparative Legal Analysis*, Final Report, 18 July 2005.

Czy i na ile w dotychczasowym stosowaniu polskich reguł ochrony konkurencji w sektorze mediów audiowizualnych wykorzystywany był dorobek orzecznictwa wspólnotowego, w jakim stopniu jest ono zgodne z aktualnym *aquis communautaire* oraz czy może stanowić wkład do tego dorobku dziś i w przyszłości, będzie już jednak przedmiotem innego artykułu.

*Dr hab. Tadeusz Skoczny jest profesorem  
Uniwersytetu Warszawskiego.*

## THE APPLICATION OF COMPETITION RULES TO THE AUDIOVISUAL MEDIA SECTOR IN THE EUROPEAN COMMUNITY

### Summary

The article characterises the new competition protection rules which have been recently applied to the overall audiovisual sector and focuses on actions against horizontal collusion in the sports rights. Also analysed are the most recent Community efforts to ensure the open character of online markets endangered by vertical agreements covering intellectual property rights and the ever-growing impact of merger control on the shape and function of the sector, and in particular the implications of such concentration on the media plurality. The article concludes that the Polish Competition Authority will also have to consider similar problems to those dealt with in the Community and especially the need to keep the access to premium content and proprietary infrastructure open.