

Separacja funkcjonalna jako środek regulacyjny w telekomunikacji

Stanisław Piątek

Artykuł przedstawia istotę i cechy obowiązku regulacyjnego stosowanego w sektorze telekomunikacyjnym w formie „separacji funkcjonalnej”. Ten obowiązek może być nakładany na pionowo zintegrowanych zasiedziałych operatorów telekomunikacyjnych stosujących praktyki dyskryminacyjne w stosunku do alternatywnych dostawców usług. Artykuł wskazuje główne powody zastosowania separacji części hurtowej przedsiębiorstwa od jednostki detalicznej, pokazuje główne oczekiwania i ryzyka związane z tym nowym narzędziem, w szczególności jego wpływ na proces inwestycyjny w telekomunikacji. Końcowa część artykułu jest poświęcona dopuszczalności zastosowania separacji funkcjonalnej na podstawie obecnych dyrektyw o łączności elektronicznej.

1. Od regulacji dostępu telekomunikacyjnego do separacji

W dyskusji nad skutecznością systemu regulacji rynków telekomunikacyjnych ukształtowanego dyrektywami Unii Europejskiej o łączności elektronicznej jednym z głównych zagadnień stało się rozszerzenie zestawu instrumentów regulacyjnych o obowiązki separacyjne w stosunku do operatorów trwale ograniczających rozwój konkurencji. Projekt wprowadzenia odpowiednich przepisów o separacji został ogłoszony przez Komisję Europejską w listopadzie 2007 r. i można przypuszczać, że odpowiednie zmiany zostaną wprowadzone do dyrektyw. W dyskusji nad obowiązkami separacyjnymi rozważane są głównie sprawy konstrukcji takich środków, celowości ich zastosowania, spodziewanych efektów oraz potencjalnych zagrożeń, z uwzględnieniem dotychczasowych doświadczeń wynikających z operacji tego typu. W Polsce najbardziej dotychczas dyskutowanym zagadnieniem jest dopuszczalność nałożenia obowiązków separacyjnych już na gruncie obowiązujących dyrektyw i odpowiadających im przepisów prawa krajowego.

Trwałym zjawiskiem na rynkach telekomunikacyjnych, szczególnie w zakresie telekomunikacji stacjonarnej, jest występowanie tzw. operatorów pionowo zintegrowanych, obsługujących samodzielnie cały proces świadczenia usługi telekomunikacyjnej, od podstawowych funkcji budowy i utrzymania

nia sieci, przez funkcje transmisyjne, konfigurowanie usług i ich sprzedaż końcowym użytkownikom. Prowadzenie działalności konkurencyjnej przez tzw. alternatywnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych w praktyce zawsze wymaga korzystania z usług operatora zintegrowanego i dostępu do jego sieci. Ponieważ operator taki jednocześnie sprzedaje usługi detaliczne użytkownikom końcowym oraz zapewnia usługi hurtowe swoim konkurentom, ma naturalną skłonność do preferencyjnego traktowania własnej działalności detalicznej w porównaniu ze świadczeniem usług hurtowych konkurencyjnym przedsiębiorcom. W rezultacie podejmuje on różnego rodzaju działania dyskryminujące przedsiębiorców alternatywnych w kwestiach cen i innych warunków świadczenia usług. Utrudnia to przedsiębiorcom alternatywnym funkcjonowanie na rynkach detalicznych, a tym samym ogranicza rozwój konkurencji. Odpowiedzią regulatora na te praktyki była dotychczas regulacja warunków dostępu do sieci operatora zintegrowanego oraz połączeń jego sieci z sieciami przedsiębiorców alternatywnych. Polegała ona na nakładaniu na operatorów pionowo zintegrowanych obowiązku łączenia sieci i zapewniania dostępu do własnej sieci i usług oraz ustalaniu warunków tego dostępu (cenowych, technicznych, informacyjnych). Obecnie rozwój konkurencji uzależniony jest głównie od równoprawnego dostępu przedsiębiorców alternatywnych do usług hurtowych w celu ich odsprzedaży oraz dostępu do uwolnionych elementów sieci (Spulber, Yoo 2005: 645). Szczególnie hurtowa usługa abonamentowa (*Wholesale Line Rental*), usługa dostępu do strumienia bitów oraz dostęp do uwolnionej pętli lokalnej decydują obecnie o postępach konkurencyjności.

Regulacja zmierzała dotychczas głównie do wymuszenia odpowiedniego zachowania operatora pionowo zintegrowanego w stosunku do operatorów alternatywnych (regulacja behawioralna). Kształtowała warunki kooperacji tego operatora z przedsiębiorcami alternatywnymi. Efekty tej regulacji są generalnie oceniane pozytywnie, ale w niektórych przypadkach regulacja okazuje się mało skuteczna w zapobieganiu praktykom dyskryminującym przedsiębiorców alternatywnych. Stąd też coraz szerzej zaczęto powracać do idei środków strukturalnych polegających na podziale operatora pionowo zintegrowanego. Powszechnie znana operacja tego typu została przeprowadzona w przeszłości w Standach Zjednoczonych w stosunku do AT&T (Huber, Kellog, Thorne 1999: 44). Środek o charakterze strukturalnym ma na celu prawny podział przedsiębiorcy na odrębne podmioty gospodarcze lub co najmniej podział funkcjonalny, prowadzący do przebudowy wewnętrznych struktur i zasad działania operatora w taki sposób, aby jednostki organizacyjne ukształtowane w wyniku podziału jego przedsiębiorstwa bardziej sprzyjały rozwojowi konkurencji. W Europie środki o takim charakterze zastosowano bez większych sukcesów w latach 90. w celu zapewnienia konkurencji między sieciami kablowymi oraz sieciami telefonii stacjonarnej (Cave 2006: 1). Wymagano własnościowego wydzielenia sieci kablowych z narodowych operatorów w celu pobudzenia konkurencyjnego wykorzysta-

nia tej infrastruktury do świadczenia usług. Obecnie podstawowym środkiem o charakterze separacyjnym jest obowiązek rozdzielności rachunkowości w zakresie różnych usług hurtowych i detalicznych. Celem rozdzielonej rachunkowości jest pogrupowanie kosztów i przychodów z tytułu różnych usług, tak jak gdyby były one świadczone przez odrębne jednostki gospodarcze. Ma to umożliwić ustalenie transferów wewnętrznych pomiędzy rodzajami działalności o różnym poziomie konkurencyjności oraz stworzyć wiarygodną podstawę do weryfikacji kosztów alokowanych przez operatora na poszczególne rodzaje działalności.

Od dwóch lat sektor telekomunikacyjny z zainteresowaniem obserwuje efekty wdrażania nowego rozwiązania określanego jako separacja funkcjonalna. Separacja funkcjonalna została zastosowana przez brytyjskiego regulatora OFCOM w stosunku do British Telecom (BT). Zainteresowanie wynikiem tego przedsięwzięcia wykazują organy UE, władze państw członkowskich (Informacja Prezesa 2007: 11), uczestnicy rynku oraz instytucje naukowe (Cave 2006: 9, Amendola 2007: 10) i środowiskowe (Opinia ERG 2007, 8). Przykład brytyjski ukierunkował poszukiwania nowych możliwości regulacyjnych nie tylko w Europie, lecz także w państwach pozostających pod wpływem brytyjskich wzorców prawnych i kulturowych, głównie w Nowej Zelandii i Australii (Cunliffe 2007).

2. Przyczyny stosowania środków separacyjnych

U źródeł poszukiwania nowych środków regulacyjnych leżą krytyczne oceny skuteczności środków stosowanych do regulowania dostępu telekomunikacyjnego, które ograniczają się do kształtowania warunków współpracy między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Podstawowym obowiązkiem regulacyjnym, nakładanym standardowo, jest obowiązek niedyskryminacji. Wymaga on równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowanie usług oraz udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa. Zachowanie identycznego standardu w ramach własnego przedsiębiorstwa (pomiędzy częścią hurtową i detaliczną) oraz w stosunkach zewnętrznych (pomiędzy częścią hurtową a przedsiębiorcami alternatywnymi) jest trudne do osiągnięcia. Dlatego powszechnie uznaje się, że to właśnie problem dyskryminacyjnego traktowania przedsiębiorców alternatywnych jest główną przyczyną poszukiwania nowych środków regulacyjnych (Cave 2006: 3). Oporne na regulację praktyki dyskryminacyjne dotyczą zwykle elementów pozacenowych, a głównie dystrybucji informacji, dostępności i jakości usługi (Antonelli, Banares 2007: 12). Dyskryminację cenową można skutecznie zwalczać za pomocą obowiązków dotyczących wydzielonej rachunkowości, kalkulacji kosztów i kontroli cen.

Obecnie regulator określa rodzaje usług i elementów sieci, do których operator pionowo zintegrowany musi zapewnić dostęp, a także ustala warunki cenowe tego dostępu. Skuteczność tej regulacji jest jednak uzależniona od zidentyfikowania i uregulowania wszystkich możliwych aspektów współpracy przedsiębiorców, które mogą mieć wpływ na końcową konkurencyjność oferty detalicznej operatora zintegrowanego oraz przedsiębiorców alternatywnych korzystających z jego usług hurtowych. Wprawdzie doświadczenie organów regulacyjnych w tej sprawie szybko wzrasta, to jednak na skutek dynamiki technicznej i usługowej sektora telekomunikacyjnego taka pełna identyfikacja zagrożeń rzadko jest możliwa. Operator dysponujący infrastrukturą podlega permanentnej pokusie, aby poprzez odpowiednie kształtowanie swojej oferty hurtowej utrudniać przedsiębiorcom alternatywnym konkurowanie na rynku detalicznym (Amenola, Castelli, Serdengecti 2007: 4). Wiele z tych praktyk zdiagnozowała Europejska Grupa Regulatorów zmierzając do rekomendowania doboru właściwych środków regulacyjnych (Revised ERG 2006: 28). Do praktyk dyskryminacyjnych należą przede wszystkim praktyki cenowe polegające na zawężaniu przedziału między ceną hurtową a cenami stosowanymi na rynku detalicznym (*margin squeeze*) oraz zaniżaniu cen w celu eliminacji konkurencji (*predatory pricing*). Występuje również klasyczna odmowa współdziałania z przedsiębiorcą alternatywnym, choć jest ona zjawiskiem coraz rzadszym. Większe znaczenie ma wstrzymywanie i ograniczanie informacji (np. w sprawie możliwości podłączenia linii DSL) w porównaniu z dostępnością tej informacji dla własnego działu detalicznego. Powszechnie stosowana jest taktyka opóźniania dostępu do nowych usług w celu przechwycenia korzyści pierwszego oferenta przez własne jednostki detaliczne. Wiązanie produktów ma szczególnie negatywne efekty, gdy alternatywny przedsiębiorca nie dysponuje wszystkimi tymi produktami. Inne praktyki to w szczególności nieuzasadnione wymagania (specjalne technologie, liczba punktów styku, wielkość ruchu), zaniżanie jakości (preferencyjne traktowanie własnego ruchu, blokowanie ruchu do urządzeń przedsiębiorcy konkurencyjnego), strategiczne projektowanie usług hurtowych w celu utrudnienia konkurencji (interfejsów, protokołów), niewłaściwe wykorzystanie informacji o konkurentach (np. w celu przejęcia jego klientów), subsydiowanie krzyżowe (na rynku zdominowanym ceny są ustalane powyżej kosztów, na rynku konkurencyjnym – poniżej kosztów). Obecnie uwaga jest skupiona głównie na tych przeszkodach, które hamują dostęp do uwolnionej pętli abonenckiej, usługi strumienia bitów oraz hurtowej usługi abonamentowej. Dostęp przedsiębiorców alternatywnych do tych usług i elementów sieciowych na takich samych warunkach, jakimi dysponuje operator pionowo zintegrowany przy oferowaniu swoich usług detalicznych, jest uważany na najpoważniejszy czynnik wzmagający konkurencję. Dotyczy to tzw. konkurencji usługowej, opartej na możliwie najpełniejszym wykorzystaniu istniejącej infrastruktury operatora zintegrowanego. Konkurencja infrastrukturalna, związana z tworzeniem nowych zasobów sieciowych przez

przedsiębiorców alternatywnych, nie znajduje się w polu oddziaływania środków regulacyjnych skierowanych na zwalczanie dyskryminacji. Podkreśla się w związku z tym, że powinny być one stosowane do zasobów infrastruktury, które w świetle przewidywalnych warunków rynkowych nie mogą być replikowane.

3. Wachlarz środków separacyjnych

Obecnie dyskutuje się głównie wariant tzw. separacji funkcjonalnej zastosowany wobec BT i proponowany przez Komisję Europejską. Jednak wachlarz środków separacyjnych jest znacznie szerszy. Z reguły wyróżnia się separację funkcjonalną, strukturalną i własnościową, choć w opracowaniach naukowych i urzędowych są stosowane różne określenia.

Komisja Europejska określa separację funkcjonalną jako usytuowanie działalności polegającej na hurtowej dostawie produktów dostępu telekomunikacyjnego w niezależnie działającej jednostce gospodarczej (*independently operating business unit*). Taka „jednostka gospodarcza” pozostaje w ramach macierzystej spółki. Konsekwencją wyodrębnienia „jednostki gospodarczej” do spraw hurtowych musi być odpowiednie ustalenie statusu innych jednostek w ramach spółki macierzystej. Dotyczy to w szczególności jednostki gospodarczej do spraw detalu. Regulator nakładając obowiązki związane z relacjami pomiędzy jednostką hurtową i innymi jednostkami w ramach spółki macierzystej pośrednio wywołuje zmianę sposobu działania całego przedsiębiorstwa należącego do spółki macierzystej. W świetle propozycji Komisji, materiałów dotyczących przekształceń BT oraz na podstawie dostępnych opracowań naukowych i urzędowych, m.in. opracowań przygotowanych przez UKE oraz ERG, można stwierdzić, iż separacja funkcjonalna polega na wydzieleniu w ramach operatora telekomunikacyjnego co najmniej dwóch jednostek organizacyjnych, z których jedna zajmuje się świadczeniem usług hurtowych, a druga świadczeniem usług detalicznych. Zakres rozdzielenia wewnętrznego następującego w wyniku separacji funkcjonalnej nie jest ustalony w sposób sztywny, gdyż jest to środek regulacyjny dostosowywany do konkretnej sytuacji. Przyjmuje się jednak, że środek ten powinien obejmować co najmniej: podział aktywów infrastruktury, podział produktów (usług), ścisłe rozdzielenie kadrowe, w tym odrębne zarządy jednostek gospodarczych poza zarządem spółki, odrębne lokalizacje miejsc wykonywania pracy, ścisłą kontrolę przepływu informacji między wyodrębnionymi jednostkami, wydzielenie finansowe w zakresie budżetu i rachunkowości, odrębne nazwy handlowe i odrębne systemy wsparcia operacyjnego (Opinia ERG 2007: 2–3, Informacja Prezesa 2007: 7–10). Przestrzeganie tego rozdzielenia w ramach organizacji operatora powinno być objęte ścisłym nadzorem, obowiązkiem sprawozdawczym, a naruszenia powinny być zagrożone sankcjami.

W sektorach sieciowych, a głównie z energetyce i transporcie, stosowana jest również separacja strukturalna. Separacja strukturalna jest rozumiana

jako podział pionowo zintegrowanego operatora na dwóch odrębnych przedsiębiorców, z których jeden świadczy usługi hurtowe, a drugi detaliczne. Separacja strukturalna prowadzi do powstania odrębnych majątkowo oraz prawnie jednostek, które jednak należą do tego samego właściciela. Szerszej oceny przydatności separacji strukturalnej w sektorze telekomunikacyjnym Komisja dokonała porównując potencjalne efekty różnych środków regulacyjnych (Komunikat dotyczący przeglądu ram regulacyjnych sieci... 2006: 11). Podkreślono, że separacja strukturalna jest zalecana jedynie w przypadku, gdy na terenach pozbawionych infrastruktury budowana jest sieć z wykorzystaniem funduszy infrastrukturalnych. Koszty strukturalnego rozdzielania w sektorze telekomunikacyjnym wydają się większe niż oczekiwane korzyści, zwłaszcza z uwagi na fakt, że nawet po strukturalnym rozdzieleniu konieczna jest regulacja pętli lokalnej, aby przeciwdziałać monopolistycznym praktykom przy ustalaniu cen. Inne wady tej opcji dotyczą obniżenia poziomu inwestycji w infrastrukturę sieciową z braku przychodów pochodzących z integracji wertykalnej oraz osłabienia koordynacji inwestycji na skutek rozdzielania infrastruktury oraz usług. Dlatego Komisja nie proponuje separacji strukturalnej narzucanej decyzją administracyjną, a jedynie separację dobrowolną tego rodzaju, przeprowadzaną pod kontrolą regulatora.

Wyróżnia się również separację własnościową, która podlega na przeniesieniu własności zorganizowanej części przedsiębiorstwa (lub wyodrębnionej spółki), świadczącej usługi hurtowe lub tylko dysponującej siecią dostępową, na inny podmiot. Komisja Europejska proponuje również wariant separacji własnościowej, dokonywanej dobrowolnie przez operatora zasiedziałego pod kontrolą regulatora. W wyniku takiej transakcji, przedsiębiorstwo świadczące usługi hurtowe lub dysponujące siecią dostępową oraz jednostka świadcząca usługi detaliczne będą należały do różnych właścicieli.

W literaturze analizuje się głównie intensywność i umiejscowienie barier organizacyjnych, informacyjnych, zasobowych i usługowych separujących poszczególne rodzaje działalności operatora zintegrowanego. Takie funkcjonalne podejście prezentuje M. Cave, który wyróżnia 6 poziomów separacji (Cave 2006: 6). Separacja rachunkowości oraz tworzenie wyodrębnionego działu hurtowego, korzystającego jednak ze wszystkich systemów informacyjnych wspólnie z działem detalicznym, to dwa poziomy separacji powszechnie stosowane przez europejskich operatorów zintegrowanych. Rozwiązania te w dość powszechnym przekonaniu nie znoszą jednak motywacji do dyskryminowania przedsiębiorców alternatywnych w porównaniu z własnymi pionami detalicznymi. Kolejny poziom to separacja wirtualna, która polega na wprowadzeniu identycznych procedur kontraktowania usług dla przedsiębiorców zewnętrznych i własnego działu detalicznego, ale bez rozdzielania całej bazy materialnej i informacyjnej służącej do ich wytwarzania i sprzedaży (Cave 2006: 7). Kolejny szczebel polega na fizycznej separacji biznesowej hurtu i detalu, wyrażającej się rozdzielaniem poszczególnych zasobów (biur, sieciowych i biznesowych systemów informacyjnych,

pracowników, oznaczeń handlowych). Ten poziom separacji może być intensyfikowany za pomocą odpowiedniego systemu motywacyjnego dla kadry zarządzającej częścią hurtową, tak aby koncentrowała się ona na maksymalizacji wartości wytwarzanej przez dział hurtowy, bez względu na efekty dla wyników całej spółki. Ostatni wyróżniony poziom separacji w ramach jednego przedsiębiorstwa polega na ustanowieniu odrębnego zarządu części hurtowej, z zagwarantowaniem mu odpowiedniej niezależności w ramach spółki. Te środki odpowiadają łącznie zakresowi zmian określanemu jako separacja funkcjonalna. Powyżej tego poziomu można wyróżnić już tylko separację prawną, polegającą na wydzieleniu odrębnych spółek kontrolowanych przez tego samego właściciela (model separacji strukturalnej) oraz separację własnościową, prowadzącą do sprzedaży hurtowej lub detalicznej części przedsiębiorstwa innemu inwestorowi.

4. Separacja funkcjonalna na tle innych środków regulacyjnych

Niektóre efekty separacji mogą być osiągnąć za pomocą dotychczasowych obowiązków regulacyjnych. Dotyczy to w szczególności obowiązku niedyskryminacji, obowiązku przejrzystości, który nakazuje udostępnianie przedsiębiorcom alternatywnym odpowiednich danych o dostępności i warunkach świadczenia usług, oraz przede wszystkim obowiązku zapewniania dostępu do usług i sieci. Zasadnicza różnica pomiędzy tymi obowiązkami a obowiązkiem separacji funkcjonalnej została jednoznacznie zdiagnozowana w literaturze. Obowiązki w zakresie niedyskryminacji, przejrzystości i dostępu są wykonywane i podlegają kontroli na styku pomiędzy operatorem i innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Dotyczą one kwestii technicznych, ekonomicznych, finansowych i informacyjnych tej współpracy, a w istocie warunków udostępniania usług i innych świadczeń zobowiązanego przedsiębiorcy. Natomiast obowiązki dotyczące separacji funkcjonalnej sięgają głęboko do wnętrza przedsiębiorstwa, dotyczą jego organizacji, sposobu zarządzania i spraw kadrowych. W konsekwencji kontrola organu regulacyjnego obejmuje procesy zarządzania w ramach przedsiębiorstwa.

Separacja funkcjonalna odbiega istotnie od niektórych założeń dotychczasowego systemu regulacji rynków telekomunikacyjnych. System ten jest oparty na założeniu, że regulacja jest ograniczona do rynków, które nie wykazują skutecznej konkurencji. Drugie podstawowe założenie dotyczy przejściowego charakteru regulacji, która zmierza do zastąpienia środków opartych na wyprzedzającej regulacji sektorowej mechanizmami prawa ochrony konkurencji (Piątek 2003: 44). Separację funkcjonalną trudno pogodzić z tymi zasadami. Dlatego jest ona określana jako środek nowego typu.

Obowiązki regulacyjne są nakładane na tzw. rynkach właściwych wytypowanych do regulacji. Selekcja rynków przewidzianych do analizy i ewentualnej regulacji obejmuje dwa etapy. W pierwszym etapie Komisja Europejska

przyjmuje zalecenie dotyczące właściwych rynków produktów i usług. W drugim etapie krajowe organy regulacyjne definiują rynki właściwe dla potrzeb regulacji, stosownie do okoliczności występujących w danym państwie. Analiza konkurencyjności jest przeprowadzana tylko w odniesieniu do wyznaczonych rynków. Tylko na tych rynkach, na których nie stwierdzono skutecznej konkurencji, można nakładać obowiązki regulacyjne na przedsiębiorców o pozycji znaczącej. Wyjątki od tej zasady są precyzyjnie określone. Obowiązków regulacyjnych nie można nakładać na rynkach, które nie są przewidziane do regulacji, oraz na rynkach wprawdzie przewidzianych do analizy wykazujących jednak odpowiedni poziom konkurencji. Wyjątki od tej zasady nie mają istotnego znaczenia dla sprawy separacji.

Tymczasem obowiązek separacji funkcjonalnej abstrahuje od układu rynków poddanych regulacji (Cave 2006: 13). Obowiązek separacji funkcjonalnej obejmuje całość infrastruktury dostępowej (i ewentualnie międzycentralowej) oraz pośrednio lub bezpośrednio wszelkie usługi hurtowe świadczone za pomocą tej sieci, a poprzez narzucenie wymogu rozdzielania części hurtowej oraz części detalicznej przedsiębiorstwa i ścisłą kontrolę warunków tego rozdzielania, obowiązki regulacyjne dotyczą w istocie całej działalności telekomunikacyjnej operatora. W przypadku zastosowania separacji funkcjonalnej nie ma bowiem możliwości utrzymania wcześniejszego statusu określonych elementów infrastruktury i usług hurtowych związanych z obszarami konkurencyjnymi. Dlatego nieuchronne jest objęcie separacją funkcjonalną usług hurtowych, które nie podlegają regulacji w ogóle, a także usług hurtowych świadczonych na rynkach efektywnie konkurencyjnych.

Drugie odstępstwo dotyczy wycofywania regulacji. W przypadku stwierdzenia efektywnej konkurencji na analizowanym rynku, organ regulacyjny powinien znieść obowiązki regulacyjne na właściwych rynkach. Charakter obowiązku separacji funkcjonalnej, który obejmuje całość hurtowej działalności operatora, powoduje, że zasada ta jest praktycznie niewykonalna. Tę cechę separacji funkcjonalnej trafnie dostrzeżono w literaturze, wskazując, że obowiązek separacji funkcjonalnej, w odróżnieniu od innych obowiązków, jest obowiązkiem nieodwracalnym (*irreversible*) (Waverman, Dasgupta 2007: 6). W praktyce jego skutki będą trwale obejmowały rynki hurtowe, na których powody zastosowania obowiązków regulacyjnych dawno ustały. Zdecydowanie odsuwa to perspektywę wycofania regulacji sektorowej z rynków telekomunikacyjnych.

5. Efekty zastosowania separacji

Ocena skutków zastosowania separacji wywołuje zasadnicze spory. Stosunkowo klarownie można zidentyfikować główne korzyści z zastosowania separacji typu funkcjonalnego. Umożliwia ona eliminację dyskryminacyjnych, pozacenowych praktyk w stosunku do konkurentów operatora zintegrowanego w zakresie dostępu do usług hurtowych i wzmaga konku-

rencję usługową na rynkach detalicznych. Dotychczasowy obowiązek niedyskryminacji jest wymogiem trudnym do przełożenia na konkretne sytuacje handlowe, techniczne i związane z przepływem informacji w warunkach zintegrowanego operatora, w ramach którego komórki hurtowe i detaliczne bezpośrednio współpracują. Separacja funkcjonalna kreuje przejrzystą sytuację zarówno dla jednostki hurtowej, jak i dla regulatora (Cave 2006: 11). Separacja pozwala odciążyć regulatora w zakresie nadzorowania wymogu niedyskryminacji i rozstrzygnięcia sporów między przedsiębiorcami, gdyż tworzy ona sytuację, w której jednostka hurtowa jest motywowana wewnętrznymi mechanizmami zarządzania do równego traktowania przedsiębiorców detalicznych i maksymalizacji sprzedaży usług hurtowych. Na podstawie pierwszych danych o rezultatach separacji w BT uznaje się, że sprzyja ona przyspieszeniu uwalniania pętli abonenckich i sprzedaży niektórych innych usług hurtowych na skutek silniejszych bodźców do intensyfikacji takiej sprzedaży w jednostce hurtowej.

Podstawowe ryzyka wskazywane w literaturze dotyczą zagrożeń dla koordynacji decyzji inwestycyjnych związanych z ilością i jakością nowej infrastruktury na skutek odcięcia decydentów jednostki hurtowej od wiarygodnych informacji o potrzebach rynku (Antonelli, Banares 2007: 13). Przepływ informacji o potrzebach inwestycyjnych zapewniają silne strukturalne powiązania pomiędzy decydentami na różnych szczeblach tworzenia łańcucha wartości w zintegrowanej pionowo strukturze, które zanikają w wyniku wdrożenia separacji funkcjonalnej. Taki efekt jest zaś szczególnie ryzykowny w okresie, w którym sektor telekomunikacyjny musi podejmować decyzje o zaangażowaniu w kolejny etap ewolucji technologicznej sieci stacjonarnych. Decyzje te dotyczą celowości i sposobu instalacji linii światłowodowych w miejsce dotychczasowych linii miedzianych. Trudności z podjęciem właściwych decyzji inwestycyjnych są związane z ryzykiem wynikającym z ogromnych kosztów, szacowanych na 300–1000 euro na jednego abonenta w zależności od przyjętego wariantu inwestycyjnego i warunków realizacji inwestycji. Właściwe oszacowanie możliwości zwrotu tych nakładów jest uzależnione od wiarygodnej oceny preferencji użytkowników końcowych związanych z wykorzystaniem szerokopasmowych form komunikacji. To zaś może być utrudnione na skutek separacji części hurtowej i detalicznej. Co więcej, poszczególne warianty inwestycyjne sieci światłowodowej (sieć światłowodowa do szafki ulicznej, pasywna sieć do budynku, sieć światłowodowa „punkt-punkt” do lokalu abonenta) mają zasadniczy wpływ na perspektywy rozwoju konkurencji i poziom kosztów zarówno po stronie operatora zintegrowanego, jak i operatorów alternatywnych (Reding 2008: 4). Paradoksalnie, model inwestycyjny „punkt – punkt”, najbardziej kosztowny dla operatora zintegrowanego, daje jednocześnie największe możliwości wykorzystania dokonanej inwestycji przez operatorów alternatywnych, stosunkowo niskim kosztem, poprzez odwołanie się do istniejących możliwości regulacyjnych. To zaś może zniechęcić nie tylko operatora poddanego sepa-

racji, ale także przedsiębiorców alternatywnych, przynajmniej w najbliższym czasie, do podejmowania inwestycji infrastrukturalnych (Amenola, Castelli, Serdengecti 2007: 19).

Z tych właśnie powodów, wpływ separacji na inwestycje w sektorze telekomunikacyjnym jest głównym punktem spornym. Kwestia zaangażowania operatora dominującego we wdrożenie separacji, zamiast w proces inwestycyjny jest tylko przejściową przeszkodą, choć istotną ze względu na szybkość zmian w zakresie dostępu szerokopasmowego w sektorze telekomunikacyjnym (Fransman 2006: 1).

Separacja jako środek regulacyjny, szczególnie głęboko ingerujący w mechanizmy decyzyjne przedsiębiorcy, prowadzi w oczywistych powodów do intensyfikacji dyskusji nad wpływem regulacji na stan sektora telekomunikacyjnego. Dominuje dotychczas pogląd, iż sprawne i terminowe wdrażanie regulacji wspólnotowych dotyczących sektora telekomunikacyjnego sprzyja wzrostowi tego sektora w poszczególnych państwach członkowskich (An Assessment 2006: 119). Pogląd ten będzie wymagał weryfikacji w związku z zastosowaniem środka istotnie odbiegającego od dotychczasowego zestawu instrumentów regulacyjnych. Dlatego doświadczenia dotyczące efektów regulacji na gruncie „pakietu regulacyjnego 1998” oraz pierwotnej wersji „Nowych Ram Regulacyjnych” z 2002 r. mogą mieć ograniczone znaczenie dla wyprzedzającej oceny korzyści i zagrożeń związanych z nałożeniem obowiązków separacyjnych.

Zainteresowanie regulatorów i analityków skierowane jest na środki, które mogą przeciwdziałać negatywnemu oddziaływaniu separacji na decyzje inwestycyjne w jednostce hurtowej. Główna nadzieja na wypracowanie efektywnego mechanizmu koordynowania decyzji inwestycyjnych jest związana z odpowiednimi rozwiązaniami kontraktowymi pomiędzy tą jednostką a pionem detalicznym operatora oraz przedsiębiorcami alternatywnymi. Rozwiązania te powinny zapewniać długoterminowe zobowiązania do korzystania z usług przez detalistów oraz odpowiedni rozkład ryzyka inwestycyjnego pomiędzy hurtowego inwestora i detalistów (Cave, Doyle 2007: 7). Koordynacja zewnętrzna inwestycji poprzez mechanizm kontraktowy może jednak znacznie zwiększać koszty prowadzenia działalności (Amenola, Castelli, Serdengecti 2007; 17). Ponieważ, jak dowodzi praktyka krajowa, rzadko dochodzi między przedsiębiorcami do uzgodnień umownych, konieczne będzie również odpowiednie doświadczenie regulatora przy rozstrzyganiu sporów co do warunków długoterminowej współpracy. Inny proponowany mechanizm dotyczy zastosowania „umów regulacyjnych” pomiędzy operatorem dokonującym inwestycji a regulatorem gwarantujących warunki regulacyjne umożliwiające uzyskanie zwrotu w rozsądnym okresie (Flacher, Jennequin, Lorenzi 2006: 120). W praktyce odrzucono natomiast model ustawowo gwarantowanych „wakacji regulacyjnych”, poddawanych okresowym przeglądom, jako model, który nie daje gwarancji, iż postępy konkurencji uzyskane w ostatnich latach nie zostaną utracone.

Nie jest kwestionowany niekorzystny efekt separacji związany z ograniczeniem ekonomii zakresu działalności, która jest zależna od różnorodności produktów oferowanych w ramach jednego przedsiębiorstwa (Amenola, Castelli, Serdengecti 2007: 13). Po separacji ekonomia zakresu działalności ulegnie niewątpliwie ograniczeniu. Można natomiast założyć wyższe efekty ekonomii skali działania w jednostce hurtowej, która uwolniona od antykonkurencyjnych motywacji wynikających z integracji pionowej może maksymalnie wykorzystać swoje zdolności usługowe.

Spór dotyczy również proporcji pomiędzy kosztami samej operacji separacyjnej po stronie operatora zobowiązanego oraz wartością korzyści z tej operacji. Ponieważ jednak w tym przypadku koszty są skoncentrowane i stosunkowo łatwe do obliczenia, natomiast korzyści są rozproszone w całym sektorze telekomunikacyjnym, brak jest wyraźnych dowodów za lub przeciw zastosowaniu separacji. Nie wydaje się, by dowodem w tym sporze mogło być porównanie kosztów operacji separacyjnej oraz wielkości inwestycji, jakie można zrealizować z wykorzystaniem tych środków w infrastrukturze operatora zintegrowanego.

Wstępne doświadczenia związane z wdrożeniem separacji w BT mogą wskazywać na przejściowe pogorszenie jakości usług hurtowych dla wszystkich odbiorców, nie tylko dla przedsiębiorców alternatywnych, choć można temu zjawisku skutecznie przeciwdziałać, jeżeli ryzyko takie zostanie odpowiednio wcześniej uwzględnione (Amenola, Castelli, Serdengecti 2007: 15, 17). Niejasny jest wpływ separacji na ceny dla użytkowników końcowych. Zwraca się bowiem z jednej strony uwagę na naliczanie marży zysku zarówno na etapie hurtowym, jak i w pionie detalicznym, ale jednocześnie trudno jest wyszacować ograniczający wpływ długotrwałej regulacji cenowej na poziomie hurtu.

Zalecenia formułowane w literaturze dotyczące zastosowania separacji są następujące. Zastosowanie tego środka powinno być uzależnione ściśle od lokalnych warunków, a szczególnie od stopnia rzeczywistych ograniczeń konkurencji w wyniku praktyk dyskryminacyjnych. Regulator powinien przede wszystkim sprawdzić, czy dostępne już oferty hurtowe umożliwiają skonstruowanie przedsiębiorcom alternatywnym konkurencyjnej, pełnej oferty z wykorzystaniem hurtowej usługi abonamentowej, uwolnionej pętli lokalnej i usługi strumienia bitów (Amenola, Castelli, Serdengecti 2007: 20). Konieczne jest również przeprowadzenie testu związanego z wyjątkowym charakterem separacji, opartego na wiarygodnej ocenie kosztów i korzyści związanych z jej wprowadzeniem. Starannie należy zbadać potencjalny wpływ separacji na skłonność regulowanego operatora do podejmowania inwestycji oraz potencjalny wpływ separacji na aktywność inwestycyjną przedsiębiorców alternatywnych. Dopiero wykluczenie możliwości osiągnięcia zadowalającego poziomu konkurencji za pomocą standardowych środków regulacyjnych powinno prowadzić do zastosowania separacji funkcjonalnej. Wydaje się, że zalecenia te są w znacznym stopniu zbieżne z wymaganiami, jakie Komisja Europejska zaproponowała w nowelizacji dyrektywy o dostępie.

6. Dopuszczalność separacji w obecnym systemie regulacji

W Polsce sprawą najbardziej dyskusyjną stała się nieoczekiwanie dopuszczalność zastosowania separacji już na gruncie obecnie obowiązujących dyrektyw i prawa krajowego.

W świetle prawa Unii Europejskiej nie ma przeszkód, aby separacja została przeprowadzona z wykorzystaniem prawa konkurencji. Analizy dopuszczalności różnych form separacji na gruncie prawa wspólnotowego nie pozostawiają wątpliwości, że dopuszcza ono podział przedsiębiorcy, w przypadku gdy narusza on zakazy dotyczące praktyk monopolistycznych, a także w sprawach związanych z kontrolą koncentracji. Komisja Europejska uznaje, że w obecnym stanie prawa wspólnotowego prawo konkurencji jest bezsporną podstawą do dokonywania separacji przez władze państw członkowskich. Separacja funkcjonalna British Telecom została przeprowadzona z pomocą takiego właśnie instrumentu. W polskim prawie konkurencji podział strukturalny nie jest obecnie przewidziany jako środek stosowany w związku z nadużywaniem pozycji dominującej, choć warto przypomnieć, że ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym w gospodarce narodowej z 1987 r. przewidywała taki środek, jeżeli mimo trzykrotnego ukarania za praktyki monopolistyczne, przedsiębiorstwo nadal stosowało praktyki monopolistyczne. Rozwiązania te utrzymano w ustawie o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów z 1990 r. Obecnie możliwość podziału przedsiębiorcy jest przewidziana tylko w przypadku, jeżeli w sprawie dotyczącej kontroli koncentracji wydano zgodę na koncentrację na podstawie nierzetelnych danych przedstawionych przez przedsiębiorcę ubiegającego się o zgodę, albo gdy przedsiębiorca nie wypełnia warunków zawartych w decyzji wyrażającej zgodę na koncentrację, a nie można przywrócić stanu konkurencji w inny sposób.

Z tego względu spór dotyczy możliwości zastosowania separacji na podstawie regulacji sektorowej. Dyrektywa o dostępie przewiduje w art. 8 ust. 3, że w wyjątkowych okolicznościach krajowy organ regulacyjny może nałożyć na operatorów posiadających znaczącą pozycję rynkową obowiązki w zakresie dostępu czy połączeń międzysieciowych, inne niż określone w tej dyrektywie za zgodą Komisji. Postanowienie to zostało odwzorowane w art. 44 Prawa telekomunikacyjnego. Dyskusja krajowa koncentruje się na zagadnieniu, czy przepis ten może być obecnie podstawą do nałożenia obowiązku separacji funkcjonalnej na Telekomunikację Polską (Informacja Prezesa UKE 2007: 18). W związku z tym powstaje pytanie, czy środkiem regulacyjnym innym niż wymienione w dyrektywie o dostępie może być środek polegający na nałożeniu obowiązku separacji. W przypadku złożenia wniosku w sprawie separacji przez krajowego regulatora, Komisja będzie rozpatrywać taki wniosek na podstawie właściwej dyrektywy. Przepis prawa krajowego nie wiąże Komisji przy rozpatrywaniu wniosku. Analiza aktual-

nego stanu prawnego musi uwzględniać okoliczność, iż w dniu 13 listopada 2007 r. ogłoszono projekt zmiany dyrektywy o dostępie przewidujący możliwość nałożenia obowiązku separacji funkcjonalnej (art. 13a), oraz przeprowadzenia separacji dobrowolnej (art. 13b) przez przedsiębiorcę pionowo zintegrowanego pod nadzorem regulatora. Dlatego kluczowe pytanie dotyczy tego, czy obowiązek separacji funkcjonalnej przewidziany dyrektywą zmieniającą jest nowym obowiązkiem regulacyjnym, czy też obowiązek ten już obecnie jest objęty dyrektywą o dostępie.

Krajowy organ regulacyjny może obecnie wnioskować do Komisji Europejskiej tylko o zgodę na nałożenie „obowiązków w zakresie dostępu czy połączeń międzysieciowych”. Pojęcie dostępu zostało zdefiniowane dyrektywy o dostępie (art. 2 lit. a), jako „udostępnianie urządzeń i/lub usług innemu przedsiębiorstwu, na ściśle określonych warunkach, na zasadzie wyłączności albo braku wyłączności, celem świadczenia usług łączności elektronicznej. Obejmuje to m.in.: dostęp do elementów sieci i urządzeń towarzyszących, co może wiązać się z podłączeniem wyposażenia, za pomocą stacjonarnych albo niestacjonarnych środków (w szczególności obejmuje to dostęp do pętli lokalnej oraz urządzeń i usług niezbędnych do obsługi pętli lokalnej), dostęp do fizycznej infrastruktury, w tym budynków, przewodów i masztów; dostęp do odpowiednich systemów oprogramowania, w tym do systemów wspomagania eksploatacji, dostęp do translacji numerów albo systemów zapewniających ekwiwalentną funkcjonalność, dostęp do stacjonarnych i ruchomych sieci, a w szczególności na potrzeby roamingu, dostęp do systemów warunkowego dostępu dla usług telewizji cyfrowej, dostęp do usług sieci wirtualnych”. Zdefiniowano również połączenia międzysieciowe jako „fizyczne i logiczne połączenia pomiędzy publicznymi sieciami łączności użytkowanymi przez jedno i to samo albo inne przedsiębiorstwo, celem umożliwienia użytkownikom jednego przedsiębiorstwa porozumiewania się z użytkownikami tego samego lub innego przedsiębiorstwa albo zapewnienia dostępu do usług innego przedsiębiorstwa”. Dyrektywa o dostępie wylicza również przykładowo obowiązki, jakie organ regulacyjny może nałożyć na przedsiębiorcę o pozycji znaczącej w zakresie dostępu. Dotyczy to dostępu do zasobów lub elementów sieci, prowadzenia negocjacji w sprawie dostępu, utrzymywania ustanowionego wcześniej dostępu, zapewniania dostępu do usług, interfejsów, protokołów, kluczowych technologii, przewodów, budynków, masztów, funkcji niezbędnych do interoperacyjności usług, systemów wsparcia operacyjnego i połączeń międzysieciowych. Podsumowując te ustalenia, można stwierdzić, że obowiązki w zakresie dostępu polegają na zapewnianiu i utrzymywaniu dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej, usług, systemów informacyjnych i funkcji sieciowych. Obowiązki dotyczące połączeń międzysieciowych są jeszcze precyzyjniej sformułowane i dotyczą połączenia infrastruktur należących do różnych operatorów lub tego samego operatora. Zastosowanie definicji powoduje, że pojęcia dostępu nie można interpretować w sposób dowolny. Nie wystarcza funkcjonalny związek nakładanego

obowiązku z dostępem. Przedmiot obowiązku regulacyjnego musi być ograniczony do zapewniania dostępu lub połączenia międzysieciowego. Ocena dopuszczalności nałożenia obowiązku separacji funkcjonalnej w aktualnym stanie prawnym opiera się zatem na porównaniu przedmiotu obowiązków składających się na separację funkcjonalną ze zdefiniowanym zakresem dostępu i połączenia międzysieciowego. Na obowiązek separacji funkcjonalnej składają się wymagania dotyczące wewnętrznej organizacji przedsiębiorstwa, podziału zasobów kadrowych oraz sposobu zarządzania kadrami i motywowania ich, ustalania lokalizacji jednostek gospodarczych do spraw hurtu i detalu (odrębne obiekty), struktury wykonywania zarządu tymi jednostkami organizacyjnymi, odrębności ich budżetów, nazw handlowych, podziału systemów informacyjnych. Obowiązki w zakresie dostępu i połączeń międzysieciowych dotyczą kwestii technicznych, ekonomicznych, finansowych i informacyjnych współpracy między przedsiębiorcami. Natomiast obowiązki składające się na separację funkcjonalną daleko wykraczają poza to, co w świetle definicji zawartych w dyrektywie o dostępie składa się na „dostęp” i „połączenia międzysieciowe”.

Powyższe wnioski potwierdza analiza stanowiska Komisji wyrażonego w związku z ogłoszeniem projektu dyrektywy zmieniającej dyrektywę o dostępie. Komisja ogłasza wprowadzenie separacji funkcjonalnej jako nowego środka regulacyjnego. Na taki charakter zmiany wskazuje również analiza przepisu 13a dyrektywy w nowym brzmieniu. Istota nowego obowiązku została określona jako „umieszczenie działalności związanej z hurtowym zapewnianiem produktów dostępu w niezależnie działającej jednostce organizacyjnej przedsiębiorstwa”. Wykracza to jednoznacznie poza zakres „obowiązków w zakresie dostępu czy połączeń międzysieciowych” w znaczeniu, jakie tym pojęciom nadaje dyrektywa o dostępie w odpowiednich definicjach.

Identyczne wnioski co do charakteru separacji funkcjonalnej wynikają z komunikatu Komisji kierowanego do pozostałych organów wspólnotowych (Komunikat Komisji 2007: 13), omawiającego wyniki przeglądu porządku regulacyjnego i podsumowującego projekt reform przygotowywanych przez Komisję. Dokument ten można traktować jako pochodzącą od Komisji wykładnię postanowień zawartych w projekcie dyrektywy zmieniającej. Komisja obwieszcza „wprowadzenie nowego środka naprawczego w postaci funkcjonalnego rozdziału”. Funkcjonalny rozdział jest oficjalnym określeniem separacji funkcjonalnej w propozycjach Komisji. Komisja w swoim komunikacie dla pozostałych organów wspólnotowych określa zatem separację funkcjonalną *expressis verbis* jako „nowy środek naprawczy”, który ma być dopiero wprowadzony. W całym pakiecie dokumentów opublikowanych przez Komisję w ramach reformy systemu regulacji nie ma ani jednego sformułowania, które wskazywałoby na to, że separacja funkcjonalna jest już przewidziana w dotychczasowym tekście dyrektywy o dostępie, a projekt dyrektywy zmieniającej jedynie doprecyzowuje warunki zastosowania tego

środka. Pogląd o braku separacji funkcjonalnej w obecnym zestawie instrumentów regulacyjnych i konieczności wprowadzenia tego środka do dyrektywy, aby jego zastosowanie było możliwe, potwierdza również literatura (Amenola, Castelli, Serdengecti 2007: 6; Cave 2006: 12; Waverman, Dasgupta 2007: 13–14).

7. Doświadczenia innych państw członkowskich UE

W dyskusji nad celowością zastosowania separacji funkcjonalnej lub strukturalnej bardzo często przywoływane są przykłady państw, w których taką operację przeprowadzono (Informacja Prezesa UKE 2007: 11–14). Niektóre informacje o sytuacji w innych państwach dotyczą również dopuszczalności przeprowadzenia separacji w aktualnym stanie prawa wspólnotowego.

Przypadek brytyjski, polegający na zastosowaniu separacji funkcjonalnej w stosunku do British Telecom, był wielokrotnie analizowany, głównie pod kątem celowości zastosowania takiego środka. W związku z dyskusją prowadzoną w Polsce kluczowe znaczenie ma podstawa prawna tej operacji. Separacja została przeprowadzona z wykorzystaniem Enterprise Act 2002, który zmienił brytyjskie prawo konkurencji. Zgodnie z tym aktem brytyjski regulator sektora komunikacji elektronicznej (OFCOM) może przedstawiać Komisji ds. konkurencji do rozpatrzenia sprawę praktyk monopolistycznych. Jednak OFCOM zamiast kierować sprawę do Komisji ds. konkurencji może zaakceptować propozycję przedsiębiorcy. BT uznając realność tego zagrożenia przedstawił propozycje w sprawie separacji funkcjonalnej, zaaprobowane następnie przez OFCOM. Regulator brytyjski nie zdecydował się na przeprowadzenie separacji na podstawie ustawy sektorowej. Przypadek separacji funkcjonalnej w ramach BT nie ma zatem związku ze stosowaniem dyrektyw o łączności elektronicznej. Z doświadczeń brytyjskich można wyciągnąć wniosek, iż w ocenie najbardziej doświadczonego regulatora telekomunikacyjnego w Europie, prawo sektora telekomunikacyjnego, oparte na wspólnym wzorze wspólnotowym, nie daje obecnie podstawy do narzucenia separacji funkcjonalnej operatorowi dominującemu.

W Szwecji rząd zobowiązał w kwietniu 2007 r. krajowy organ regulacyjny w sprawach łączności (PTS) do analizy celowości zmian prawa mających na celu przyspieszenie procesu uwalniania dostępu do lokalnej pętli abonenckiej. PTS miał zbadać możliwość przeprowadzenia separacji strukturalnej (własnościowej) lub funkcjonalnej oraz możliwości przyjęcia przez operatora dobrowolnych zobowiązań polegających na zastosowaniu odpowiednich środków separacyjnych. Środki te miały być zastosowane w odniesieniu do spółki TeliaSonera. W podstaw tej analizy i poszukiwania właściwych środków leżała konstatacja dokonana przez PTS, iż w szwedzkim stanie prawnym z początku 2007 r. nie było możliwości narzucenia operatorowi separacji funkcjonalnej środkami władczymi (Improved broadband

2007: 62 i 82). Raport w tej sprawie dopuszczał zastosowanie separacji funkcjonalnej już w warunkach obecnego prawa wspólnotowego, ale przewidywał wprowadzenie do prawa krajowego postanowień bardzo zbliżonych do proponowanych przepisów dyrektywy o dostępie w sprawie separacji funkcjonalnej. Wniosek o dopuszczalności przeprowadzenia separacji funkcjonalnej przed zmianą dyrektywy został jednak sformułowany w niezbyt przekonujący sposób, gdyż stwierdzono jedynie, że nie ma definitywnej przeszkody uniemożliwiającej organowi przedstawienie wniosku Komisji. W świetle późniejszych zdarzeń kluczową częścią raportu okazały się jednak analizy dotyczące możliwości przyjęcia przez PTS dobrowolnych zobowiązań operatora TeliaSonera dotyczących separacji. Istotną okolicznością przy ocenie wpływu stanowiska rządu na tę spółkę był znaczący udział państwa szwedzkiego w kapitale TeliaSonera (wówczas ok. 45%) oraz znaczący udział Finlandii (13,2%). W końcu września 2007 r. Telia Sonera ogłosiła, iż ustanawia odrębną spółkę, która będzie eksploatować całość sieci miedzianej i światłowodowej oraz system kanalizacji teletechnicznej i prowadzić sprzedaż usług wszystkim klientom hurtowym na identycznych warunkach

Włochy mają znaczące doświadczenie w zakresie separowania działalności hurtowej i detalicznej Telecom Italia (TI), gdyż w 2002 r. na mocy decyzji włoskiego regulatora AGCOM wprowadzono w odniesieniu do TI rozwiązania określane jako separacja operacyjna (Amenola, Castelli, Serdengecti 2007: 7). W 2007 r. rozpoczęto dyskusję nad pogłębieniem separacji, m.in. w związku z nieporozumieniami między głównymi inwestorami w TI a rządem włoskim na tle planów zmian kapitałowych w spółce, w której rząd włoski dysponuje tzw. złotą akcją. Rząd włoski zaproponował ustawowe wyposażenie AGCOM w kompetencję umożliwiającą narzucenie separacji funkcjonalnej TI. Jednocześnie doprowadzono do zmiany władz TI. Pod nowym kierownictwem TI zaproponował koncepcję separacji funkcjonalnej, zmierzającej do uwzględnienia żądań rządu włoskiego i regulatora. W związku z budową sieci nowej generacji, przewidziane jest wdrożenie operacji, uzgodnionej z AGCOM, polegającej na wydzieleniu z TI sieci dostępowej.

Wnioski z przeglądu sytuacji w innych państwach członkowskich UE, które przeprowadziły lub planują działania w zakresie separacji funkcjonalnej, są następujące. Jedyna skutecznie przeprowadzona operacja separacji funkcjonalnej dokonała się na gruncie prawa konkurencji, a nie prawa łączności elektronicznej. W żadnym państwie członkowskim UE nie sformułowano poglądu, aby prosta transpozycja obecnego przepisu art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie do prawa krajowego umożliwiała administracyjne przeprowadzenie separacji. Z działań władz publicznych w Szwecji i we Włoszech wynika, że uznają one za dopuszczalne wprowadzenie do prawa krajowego już obecnie przepisów ustawowych uprawniających regulatorów do zarządzania separacją funkcjonalnej. Jednak w praktyce separacji nie zarządzono, natomiast groźbę zmiany prawa krajowego w połączeniu z pre-

sją właścicielską (Szwecja) lub presją polityczną (Włochy) wykorzystano do skłonienia władz spółek do podjęcia negocjacji z regulatorem w sprawie przyjęcia dobrowolnych zobowiązań prowadzących do separacji funkcjonalnej. Żadne państwo członkowskie UE nie przedstawiło dotychczas wniosku do Komisji Europejskiej o wyrażenie zgody na nadzwyczajny środek prawny w postaci separacji funkcjonalnej. Należy jednak odnotować odpowiedź komisarz V. Reding na pytania włoskich deputowanych do Parlamentu Europejskiego z 15 stycznia 2008 r., w której zapowiedziano rozpatrzenie notyfikacji władz włoskich w sprawie wprowadzenia separacji funkcjonalnej do prawa krajowego już na gruncie obowiązujących dyrektyw. Z odpowiedzi wynika, że Komisja rozpatrzy wniosek o zgodę na separację w obecnym stanie prawa wspólnotowego, nie czekając na zmianę dyrektywy o dostępie.

8. Wnioski

Wyniki analizy dyrektyw o łączności elektronicznej, propozycji ich zmiany oraz obserwacja działań podejmowanych przez władze innych państw prowadzą do następujących scenariuszy dotyczących podstaw prawnych zastosowania separacji funkcjonalnej w Polsce. Przeprowadzenie separacji na podstawie prawa konkurencji jest dopuszczalne w świetle prawa wspólnotowego, ale nie ma obecnie żadnych podstaw do takiej operacji w prawie krajowym. Przeprowadzenie separacji funkcjonalnej w trybie decyzji regulacyjnej wydanej na podstawie obecnego prawa krajowego, wydaje się niedopuszczalne, choć ostatnie stanowisko V. Reding wskazuje na odmienny wniosek. Przeprowadzenie separacji funkcjonalnej na podstawie dobrowolnych zobowiązań operatora, akceptowanych przez regulatora, jest potencjalnie możliwe, choć kontrola i egzekwowanie takich zobowiązań wymagałyby specjalnych rozwiązań. Wariant polegający na uchwaleniu nowelizacji Prawa telekomunikacyjnego dopuszczającej w sposób wyraźny nałożenie obowiązku separacji funkcjonalnej byłby oparty na doświadczeniach innych państw wdrażających takie zmiany za aprobatą Komisji. Całkowicie bezsporny scenariusz dotyczy przyjęcia nowych rozwiązań dotyczących separacji w zmienionej dyrektywie o dostępie, a następnie implementacji ich w prawie krajowym. Stworzony zostanie wówczas stan jednoznacznie umożliwiający przeprowadzenie separacji funkcjonalnej.

Informacje o autorze

Dr hab. Stanisław Piątek, prof. UW – kierownik Zakładu Administracyjnego Prawa Gospodarczego Katedry Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, e-mail: piątek@supermedia.pl.

Bibliografia

- Amenola, G. B., Castelli, F. i P. Serdengecti. 2007. *Is really functional separation the next milestone in telecommunications (de)regulation*, 18th European Regional ITS Conference, Istanbuł, wrzesień 2007.
- Antonelli, C. i E. Banares. 2007. The Design of Communication Systems. *Communications & Strategies*, nr 68, s. 11-18.
- Cave, M. 2006. Six Degrees of Separation. Operational Separation as a Remedy in European Telecommunications Regulation. *Communications & Strategies*, nr 4, s. 1-15.
- Cave, M. i Ch. Doyle. 2007. *Network Separation and Investment Incentives in Telecommunications*, <http://www.thinktel.org>.
- Cunliffe, H. D. 2007. *Operational Separation of Telecom*, www.beehive.govt.nz.
- ERG. 2006. *Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework. Final Version*, ERG: Brussels.
- ERG. 2007. *Opinia ERG na temat podziału funkcjonalnego operatora (functional separation)*, www.uk.gov.pl.
- Flacher, D., Jennequin, H. i J.-H. Lorenzi. 2006. Innovation, Investment and Regulation: What are the Options for Regulation in the Near Future?. *Communications & Strategies*, nr 4, s. 105-123.
- Fransman, M. (red.) 2006. *Global Broadband Battles. Why the U.S. and Europe Lag While Asia Leads*, Stanford: Stanford Business Books.
- Huber, P. W., Kellog, M. K i J. Thorne. 1999. *Federal Telecommunications Law*, Gaithersburg: Aspen Law & Business.
- Komisja Europejska. 2006. *Komunikat dotyczący przeglądu ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej w Unii Europejskiej – Ocena oddziaływania*, COM(2006) 334 wersja ostateczna.
- Komisja Europejska. 2007. *Sprawozdanie na temat wyników przeglądu unijnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE oraz Streszczenie propozycji reform z 2007 r.*, KOM(2007) 696 wersja ostateczna.
- London Economics, PricewaterhouseCoopers. 2006. *An Assessment of the Regulatory Framework for Electronic Communications – Growth and Investment in the EU e-Communications Sector*, raport dla Komisji Europejskiej.
- Piątek, S. 2003. *Prawo telekomunikacyjne Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa: C.H. Beck.
- Prezes UKE. 2007. *Informacja Prezesa UKE w sprawie możliwości zastosowania funkcjonalnej separacji jako środka regulacyjnego w telekomunikacji*, www.uk.gov.pl.
- PTS. 2007. *Improved broadband competition through functional separation. Statutory proposal for non-discrimination and openness in the local loop*, <http://www.pts.se>.
- Reding, V. 2008. *The Access Revolution: an evolution of regulation for competition*, KPN Annual Event, http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/index_en.htm.
- Spulber, F. D. i Ch. S. Yoo. 2005. Network Regulation: The Many Faces of Access. *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 1, nr 4, s. 635-678.
- Waverman, L. i K. Dasgupta. 2007. *Mandated Functional Separation: Act in Haste, Repent at Leisure?*, www.etno.be.