Informacja Prezesa UKE

w sprawie możliwości zastosowania funkcjonalnej separacji jako środka regulacyjnego w telekomunikacji

Warszawa
wrzesień 2007r.

SPIS TREŚCI

1. Charakterystyka funkcjonalnej separacji.....4
1.1. Funkcjonalna separacja jako środek regulacyjny służący realizacji obowiązku niedyskryminacji.....4
1.2. Elementy funkcjonalnej separacji 7
1.2.1. Rozdzielenie działalności:.....7
1.2.1.1. Rozdzielenie personalne (kadrowe):.....8
1.2.1.2. Rozdzielenie dostępu do informacji:.....8
1.2.1.3. Rozdzielenie finansowe: 9
1.2.1.4. Rozdzielenie zarządzania:.....9
1.2.1.5. Nadzór nad przestrzeganiem obowiązków i wykonywaniem postanowień porozumień:.....9
2. Funkcjonalna separacja na gruncie prawa UE.....10
3. Funkcjonalna separacja w Unii Europejskiej.....11
3.1. Wielka Brytania 11
3.2. Włochy 13
3.3. Szwecja 14
3.4. Separacja strukturalna 14
4. Wdrożenie funkcjonalnej separacji na gruncie ustawy Prawo telekomunikacyjne 15
4.1. Obowiązujący stan prawny 15
4.2. Obowiązki regulacyjne powiązane z obowiązkiem funkcjonalnej separacji.....15
4.2.1. Obowiązek niedyskryminacji 15
4.2.2. Obowiązek uwzględniania uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny 15
4.2.3. Obowiązek udostępniania informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego oraz opracowania oferty ramowej ..16
4.2.4. Obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej.....16
4.3. Wdrożenie obowiązku funkcjonalnej separacji 16
4.3.1. Funkcjonalna separacja jako nietypowy obowiązek regulacyjny 16
4.3.1.1. Przesłanki nałożenia nietypowych obowiązków regulacyjnych 18
5. Podsumowanie.....19

Wstęp

Celem niniejszego opracowania jest dokonanie oceny możliwości wdrożenia w Polsce stosunkowo nowego w branży telekomunikacyjnej środka regulacyjnego jakim jest funkcjonalna separacja.

Zarówno przepisy prawa wspólnotowego, jak i prawa krajowego nie przewidują wprost możliwości wprowadzenia takiego obowiązku regulacyjnego. Ponieważ jednak w innych Państwach Członkowskich UE podejmowane są obecnie próby wdrożenia tego obowiązku na gruncie obecnie obowiązującego pakietu dyrektyw zasadnym jest rozważenie możliwości zastosowania go na rynku polskim.

Biorąc pod uwagę charakter funkcjonalnej separacji oraz istniejący stan prawny w ramach niniejszego opracowania w pierwszej kolejności dokonano szczegółowej analizy tego środka regulacyjnego i jego poszczególnych elementów. Następnie dokonano analizy przepisów dyrektywy dostępowej w celu znalezienia podstaw do nałożenia funkcjonalnej separacji.

W kolejnej części opracowania wskazano na przykłady wdrożenia funkcjonalnej separacji w Unii Europejskiej, a następnie przeglądowi poddano obowiązujące przepisy prawa polskiego w celu dokonania oceny możliwości wdrożenia obowiązku funkcjonalnej separacji na gruncie prawa polskiego.

1. Charakterystyka funkcjonalnej separacji

1.1. Funkcjonalna separacja jako środek regulacyjny służący realizacji obowiązku niedyskryminacji

Obowiązek niedyskryminacji jest jednym z kluczowych obowiązków regulacyjnych nakładanych na zintegrowanych pionowo przedsiębiorców o znaczącej pozycji rynkowej, którzy dostarczają usługi innym przedsiębiorcom, z którymi konkurują na rynkach detalicznych (tzw. downstream markets). Ma on na celu zapewnienie stosowania przez operatora o pozycji znaczącej ekwiwalentnych warunków w podobnych sytuacjach w stosunku do innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Przy czym istotne jest, aby równe traktowanie było zapewnione przez przedsiębiorcę o znaczącej pozycji rynkowej nie tylko w odniesieniu do innych przedsiębiorców, ale także w stosunku do własnej jednostki detalicznej.

Dyskryminacja może dotyczyć wielu płaszczyzn współpracy między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Najprostszym przykładem jest dyskryminacja cenowa, czyli nieuzasadnione różnicowanie cen tożsamych usług oferowanych różnym podmiotom, w tym samemu sobie lub członkom grupy kapitałowej. Jednakże dyskryminacja może dotyczyć również innych sfer i może polegać np. na opóźnieniu realizacji zamówień, stosowaniu różnych terminów realizacji usług, różnicowaniu dostępu do informacji istotnych dla świadczenia usług przez przedsiębiorcę zakupującego usługi od przedsiębiorcy zintegrowanego pionowo.

Zapobieganiu pierwszej z przedstawionych form dyskryminacji służy przede wszystkim rachunkowość regulacyjna i obowiązki w zakresie kalkulacji uzasadnionych kosztów i ustalania opłat w oparciu o uzasadnione koszty.

Niewątpliwie różnicowanie warunków oferowanych innym przedsiębiorcom w zakresie opłat jest bardzo istotnym czynnikiem utrudniającym skuteczną konkurencję. Jednak nawet wyeliminowanie tego zróżnicowania nie daje gwarancji zaistnienia dogodnych warunków dla zaistnienia skutecznej konkurencji. Działania dyskryminacyjne przedsiębiorcy zintegrowanego pionowo w zakresie jakości usług, opóźnień w realizacji zamówień, napraw mogą skutecznie zniechęcać użytkowników z korzystania z ofert przedsiębiorców alternatywnych.

Nałożenie na przedsiębiorcę o pozycji znaczącej ogólnie sformułowanego obowiązku niedyskryminacji daje organom regulacyjnym możliwość reagowania na zaistniałe nieprawidłowości i wyegzekwowania realizacji zasady równości. Z reguły jednak jest to reakcja na konkretne stwierdzone nieprawidłowości, prewencyjne oddziaływanie tego obowiązku jest ograniczone.

Doświadczenia w Państwach Członkowskich UE z egzekwowaniem obowiązku niedyskryminacji wskazują jednak, iż wprowadzenie tego obowiązku nie gwarantuje zapewnienia równego traktowania przedsiębiorców przez operatora zasiedziałego. Pomimo bowiem nałożenia obowiązków regulacyjnych, wprowadzenia odpowiednich zapisów do ofert ramowych, umów międzyoperatorskich nadal możliwe jest występowanie dyskryminacji. Jest to wynikiem powiązań personalnych, systemowych i właścicielskich pomiędzy komórkami odpowiedzialnymi za usługi hurtowe, a komórkami odpowiedzialnymi za usługi detaliczne. W ramach struktury organizacyjnej przedsiębiorcy zintegrowanego pionowo łatwiejszy jest też dostęp do cennych rynkowo informacji, systemów, co daje znaczną przewagę nad przedsiębiorcami konkurującymi na rynkach detalicznych.

W sytuacji, gdy nałożone obowiązki i stosowane środki są niewystarczające zasadnym jest rozważenie wprowadzenia dalej idących środków regulacyjnych takich jak funkcjonalna separacja. Wprowadzenie funkcjonalnej separacji polega na utworzeniu w ramach struktury organizacyjnej przedsiębiorcy zintegrowanego pionowo odrębnej jednostki odpowiedzialnej za sprzedaż usług i produktów hurtowych związanych z dostępem do infrastruktury telekomunikacyjnej, która zobowiązana jest do stosowania równych warunków w odniesieniu do własnej jednostki detalicznej i innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Przy czym samo formalne utworzenie odrębnej jednostki jest niewystarczające. Konieczne jest wprowadzenie szeregu zmian organizacyjnych gwarantujących rozdzielenie pracowników, systemów informatycznych, dostępu do informacji itp.

Podkreślenia wymaga fakt, iż funkcjonalna separacja nie wymaga wyodrębnienia prawnego struktur odpowiedzialnych za dostęp do infrastruktury. Podział prawny oznacza, iż utworzony zostaje odrębny podmiot prawny. Takie rozwiązanie określane jest jako separacja strukturalna.

Poniżej w tabeli przedstawiono wybrane środki regulacyjne służące efektywnej realizacji obowiązku niedyskryminacji.

Środek regulacyjny	**Wyjaśnienie pojęcia**	**Cel i charakterystyka**
Rachunkowość regulacyjna (accounting separation)	Rachunkowość regulacyjna to szczególny rodzaj rachunkowości prowadzonej zgodnie z zatwierdzoną instrukcją polegający na rozdzieleniu sprawozdań finansowych z uwagi na różne rodzaje działalności przedsiębiorcy telekomunikacyjnego.	Celem rachunkowości regulacyjnej jest wyodrębnienie i przypisanie aktywów, pasywów, przychodów i kosztów przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do działalności w zakresie dostępu telekomunikacyjnego lub działalności w zakresie usług na rynku detalicznym, tak jakby każdy rodzaj działalności był świadczony przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, a także ustalenie przychodów i związanych z nimi kosztów odrębnie dla każdej z usług objętych kalkulacją kosztów. Obowiązek ten ma istotne znaczenie dla zagwarantowania niedyskryminacji w płaszczyźnie finansowej, lecz nie eliminuje problemu w sferze organizacyjnej, w zakresie procesów i dostępu do informacji. Obowiązek rachunkowości regulacyjnej powinien być nakładany razem z obowiązkiem funkcjonalnej separacji.
Funkcjonalna separacja (functional separation)	Funkcjonalna separacja polega na utworzeniu odrębnej jednostki w ramach struktury organizacyjnej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, która będzie odpowiedzialna za obsługę klientów hurtowych, która zostanie oddzielona na ściśle określonych zasadach od jednostek zajmujących	Celem funkcjonalnej separacji jest zapewnienie efektywnej realizacji obowiązku niedyskryminacji. Należy podkreślić, że nałożenie obowiązku funkcjonalnej separacji stanowi istotne dopełnienie pozostałych obowiązków regulacyjnych i nie stanowi środka zaradczego sam w sobie lecz stoi na straży wykonywania obowiązków nakładanych na rynkach właściwych. Gwarancją osiągnięcia tego założenia jest

	się działalnością detaliczną.	rozdzielenie działalności hurtowej od detalicznej, rozdzielenie pracowników, dostępu do informacji, separacja finansowa oraz strategiczna oraz wprowadzenie systemu kontroli przestrzegania nałożonych obowiązków. Jako zalety tego środka regulacyjnego wskazuje się jego elastyczność w kwestii dokonywania zmian w zakresie działalności objętych funkcjonalną separacją, co ma istotne znaczenie przy szybkich zmianach technologicznych w branży telekomunikacyjnej. Z kolei słabą stroną funkcjonalnej separacji jest fakt, iż pomimo znacznej niezależności jednostki wydzielonej funkcjonuje ona nadal w strukturze przedsiębiorcy i nie stanowi odrębnego prawnie podmiotu, co nadal stwarza warunki do występowania dyskryminacji.
Strukturalna separacja (structural separation)	Strukturalna separacja polega na prawnym wyodrębnieniu części działalności przedsiębiorcy zajmującej się świadczeniem usług hurtowych i utworzenie nowego podmiotu prawnego.	Celem strukturalnej separacji również jest zapewnienie efektywnej realizacji obowiązku niedyskryminacji. Gwarancją osiągnięcia tego założenia jest pełne prawne rozdzielenie działalności hurtowej od detalicznej. Jako zalety tego środka regulacyjnego wskazuje się gwarancję skuteczniejszego zapewnienia równego traktowania przedsiębiorców świadczących usługi detaliczne w oparciu o usługi hurtowe wydzielonego podmiotu. W tym bowiem przypadku mamy do czynienia z dwoma, przynajmniej teoretycznie, niezależnymi podmiotami prawnymi. Z kolei słabą stroną tego środka jest mniejsza elastyczność w kwestii dokonywania zmian w zakresie działalności objętych strukturalną separacją, co jak wyżej wskazano ma istotne znaczenie przy szybkich zmianach technologicznych w branży telekomunikacyjnej.
Własnościowa separacja (ownership separation)	Własnościowa separacja polega na wyodrębnieniu i sprzedaży nowej jednostki organizacyjnej innym udziałowcom.	Różnica w porównaniu ze strukturalną separacją polega na sprzedaży nowej jednostki w celu wyeliminowania powiązań kapitałowych pomiędzy jednostką utworzoną w ramach strukturalnej separacji a przedsiębiorcą, z którego jednostka została wydzielona. Taki podział powinien całkowicie wyeliminować możliwość działań dyskryminacyjnych. Jego słabą stroną, podobnie jak w przypadku strukturalnej separacji, jest brak elastyczności w kwestii zakresu infrastruktury i usług objętych separacją.

1.2. Elementy funkcjonalnej separacji

Jak wskazano powyżej funkcjonalna separacja jest złożonym i wielopłaszczyznowym środkiem regulacyjnym. Środek ten będzie skuteczny jedynie wówczas, gdy zapewniona będzie niezależność organizacyjna, personalna, finansowa hurtowej jednostki wydzielonej.

Poniżej omówione zostały poszczególne elementy składające się na obowiązek funkcjonalnej separacji, których uwzględnienie powinno zapewnić wysoką skuteczność tego środka. Przy czym należy podkreślić, iż niektóre z wymienionych poniżej elementów powinny być obligatoryjne, wybór innych z kolei nie jest konieczny. Ponadto w ramach funkcjonalnej separacji wymienione są elementy będące w istocie innymi obowiązkami regulacyjnymi, gdyż funkcjonalna separacja nie ma zastąpić obecnie obowiązujących środków lecz wzmocnić ich skuteczność.

1.2.1. Rozdzielenie działalności:

- utworzenie odrębnej jednostki organizacyjnej odpowiedzialnej za świadczenie usług hurtowych objętych funkcjonalną separacją;
- obowiązek świadczenia przez hurtową jednostkę wydzieloną usług dla wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych na niedyskryminujących warunkach;
- rozdzielenie systemów wsparcia operacyjnego;
- odrębna marka.

Istota funkcjonalnej separacji polega na wydzieleniu w ramach struktury organizacyjnej zintegrowanego pionowo przedsiębiorcy jednostki, która będzie dostarczać produkty i świadczyć usługi hurtowe w określonym zakresie. W pierwszej kolejności konieczne jest więc dokonanie zmian w strukturze organizacyjnej zintegrowanego pionowo przedsiębiorcy. Następnie należy precyzyjnie wyznaczyć kluczowe elementy infrastruktury, którą będzie zarządzać ta jednostka i w oparciu o którą będzie świadczyć usługi innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym oraz własnej jednostce detalicznej, w celu oferowania przez nich telekomunikacyjnych usług detalicznych. Przy czym należy podkreślić, że pod pojęciem kluczowych elementów (tzw. „key inputs”) należy rozumieć nie elementy, do których dostęp chcieliby mieć konkurenci, lecz elementy które nie mogą zostać powielone na komercyjnych zasadach w rozsądnym czasie i dlatego nazywane są wąskim gardłem („enduring economic bottleneck”). Przy czym należy zaznaczyć, iż elementy te mogą występować zarówno w ramach sieci dostępowej, jak i elementów połączeń kablowych do transmisji danych do sieci szkieletowej (tzw. Backhaul). Oznacza to, iż nie cała działalność hurtowa zintegrowanego pionowo przedsiębiorcy powinna być przeniesiona do hurtowej jednostki wydzielonej (tak zostało to zrobione w Wielkiej Brytanii - w ramach BT działa Openreach, który jest jednostką wydzieloną na zasadzie funkcjonalnej separacji, a część działalności hurtowej pozostała w ramach BT Wholesale)[1]. Funkcjonalna separacja ma na celu umożliwienie dostępu do infrastruktury, która dla konkurujących przedsiębiorców jest trudna do powielenia na komercyjnych warunkach. Brak dostępu do pełnej infrastruktury ma bowiem zachęcić przedsiębiorców alternatywnych do inwestycji we własną infrastrukturę.

Ponadto podkreślić należy, iż w przeciwieństwie do wielu innych rynków regulowanych, sektor komunikacji elektronicznej z uwagi na szybkie zmiany technologiczne zmienia się bardzo dynamicznie. Skutkiem tych zmian jest ciągłe przesuwanie się granic występowania wąskich gardeł. Funkcjonalna separacja z uwagi na swoją elastyczność pozwala

[1] W ramach niniejszego opracowania używane jest określenie hurtowa jednostka wydzielona, zgodnie z wyjaśnieniami zawartymi w rozdziale 1.2.1 nie oznacza to jednak, że do tej jednostki wydzielona zostaje cała działalność hurtowa

Regulatorowi dokonywać okresowych ocen i w ich wyniku zmian w zakresie usług świadczonych przez jednostkę wyznaczoną. W przypadku strukturalnej separacji zmiany te byłyby znacznie trudniejsze do wdrożenia z uwagi na odrębność prawną podmiotów.

Niezależnie od funkcjonalnego wydzielenia określonej na powyższych zasadach działalności konieczne jest nałożenie na przedsiębiorcę obowiązku niedyskryminacji. Niezbędne jest bowiem zagwarantowanie równego traktowania wszystkich klientów jednostki wydzielonej, czyli zarówno innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, jak i jednostki organizacyjnej zajmującej się w ramach struktury przedsiębiorcy zintegrowanego pionowo działalnością detaliczną.

Istotnym elementem jest także wprowadzenie odrębnej marki pod jaką będą sprzedawane przez hurtową jednostkę wydzieloną produkty i usługi. Nie jest to element konieczny, lecz może mieć istotne znaczenie w budowaniu świadomości znaczenia funkcjonalnej separacji zarówno wewnątrz firmy, jak i wśród klientów zewnętrznych. Wprowadzenie tego dodatkowego elementu wiąże się on z reguły ze znacznymi kosztami wdrożenia, jednak przykład brytyjski pokazał, że jest to dobre rozwiązanie.

1.2.1.1. Rozdzielenie personalne (kadrowe):

- zakaz zatrudniania pracowników hurtowej jednostki wydzielonej jednocześnie lub częściowo, w innych jednostkach przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, w szczególności jednostce detalicznej:
- ograniczenia dotyczące migracji pracowników, w szczególności kadry menedżerskiej w ramach grupy;
- fizyczne wyodrębnienie miejsc pracy, lokalizacji biur;
- odrębny system premiowania oparty o równe traktowanie klientów, tj. zarówno innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, jak i innych jednostek macierzystego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego oraz od efektów działania jednostki wyodrębnionej, a nie przedsiębiorcy jako całości;
- odrębne szkolenia, procedury, kodeksy etyczne.

Istotnym czynnikiem mającym wpływ na występowanie różnych form dyskryminacji może być nastawienie pracowników zintegrowanego pionowo przedsiębiorcy. W przypadku, gdy sytuacja, w szczególności finansowa, pracowników odpowiedzialnych za usługi hurtowe zależy w znacznym stopniu od funkcjonowania firmy jako całości, mogą oni preferować terminowe i prawidłowe wykonywanie zleceń na rzecz własnych detalicznych jednostek organizacyjnych kosztem innych przedsiębiorców. Istotne jest więc silne związanie pracowników z jednostką wydzieloną, uzależnienie sytemu premiowania od wyników tylko tej jednostki. Również na tej płaszczyźnie należy określić zakazy i ograniczenia w zakresie pracy na rzecz zarówno jednostki hurtowej, jak i detalicznej np. w ramach wspólnych zespołów, czy też ograniczenia w zakresie migracji pracowników między tymi jednostkami.

1.2.1.2. Rozdzielenie dostępu do informacji:

- ograniczenia w zakresie przepływu informacji pomiędzy hurtową jednostką wydzieloną, a pozostałymi jednostkami przedsiębiorcy macierzystego (firewalls, Chinese walls);
- wprowadzenie odrębnego systemu dostępu do informacji (dostęp do specyficznych informacji potrzebnych dla pracowników w celu realizacji zadań hurtowej jednostki wydzielonej);
- podział systemów zarządzania informacjami.

Swobodny przepływ cennych informacji w ramach jednego przedsiębiorstwa pomiędzy zainteresowanymi komórkami ma bardzo istotne znaczenie dla prowadzenia działalności. Dostęp jednostki detalicznej do szczegółowych, nieznanych powszechnie informacji znajdujących się w posiadaniu hurtowej jednostki wydzielonej daje szansę wyprzedzenia konkurencji. Przedsiębiorca zintegrowany pionowo może wówczas oferować nowe produkty detaliczne na rynku jako pierwszy i uzyskać w ten sposób znaczną przewagę nad konkurentami. Z tego też względu rozdzielenie dostępu do informacji pomiędzy jednostką hurtową i detaliczną oraz zagwarantowanie równego (zarówno pod względem czasowym, jak i zakresu) dostępu do informacji wszystkim przedsiębiorcom telekomunikacyjnym ma duże znaczenie dla realizacji zasady równego traktowania.

1.2.1.3. Rozdzielenie finansowe:

- rachunkowość regulacyjna;
- oddzielny budżet;
- autonomia finansowa.

Funkcjonalna separacja ma na celu zapobieganie dyskryminacji na wszystkich płaszczyznach, w tym dyskryminacji cenowej. Dlatego też środek ten powinien być połączony z obowiązkiem prowadzenia rachunkowości regulacyjnej, w celu zapobiegania zjawiskom subsydiowania skrośnego oraz margin squeeze.
Niezależnie od powyższego zasadnicze znaczenie ma także zapewnienie samodzielności hurtowej jednostki wydzielonej poprzez zagwarantowanie autonomii finansowej i przyznanie oddzielnego budżetu. Niezależność finansowa ma podstawowe znaczenie dla podejmowania decyzji przez osoby zarządzające jednostką wydzieloną, gdyż umożliwia realizację założeń, strategii korzystnych przede wszystkim z punktu widzenia hurtowej jednostki wydzielonej. Pod tym względem rozdzielenie finansowe stanowi uzupełnienie rozdzielnia strategicznego.

1.2.1.4. Rozdzielenie zarządzania:

- oddzielne zarządzanie;
- oddzielna kadra zarządzająca niezależna od przedsiębiorcy macierzystego;
- niezależne decyzje strategiczne w zakresie inwestycji.

Bardzo istotnym czynnikiem oprócz wyodrębnienia kadrowego pracowników hurtowej jednostki wydzielonej jest zapewnienie zarządzania jednostką przez kadrę menedżerską w znacznym stopniu niezależną od przedsiębiorcy macierzystego. Przede wszystkim kadra zarządzająca tą jednostką powinna mieć możliwość podejmowania decyzji strategicznych korzystnych przede wszystkim dla rozwoju jednostki wydzielonej bez uzależniania od interesów jednostki detalicznej. Co jednak nie oznacza, że nie mogą to być działania korzystne dla firmy jako całości.

1.2.1.5. Nadzór nad przestrzeganiem obowiązków i wykonywaniem postanowień porozumień:

- system monitoringu (raporty);
- niezależny komitet rozpatrywania skarg;
- sankcje w przypadku stwierdzenia naruszeń;
- przekazywanie regulatorowi zawartych umów (zarówno z innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, jak i porozumień z przedsiębiorcą macierzystym);
- publikacja raportów z przebiegu wykonywania obowiązków (regulator, bądź trzecia strona).

Opisane w pkt 1.2.1 – 1.2.5 rozdzielenie działalności hurtowej jednostki wydzielonej na wskazanych wyżej płaszczyznach powinno być wzmocnione opracowaniem skutecznego systemu kontroli wykonywania obowiązku funkcjonalnej separacji. System ten powinien obejmować okresowy i docelowy monitoring (raportowanie oraz przekazywanie umów) oraz skuteczne środki reagowania na występujące nieprawidłowości (komitet rozpatrywania skarg i sankcje w przypadku naruszeń). W oparciu o uzyskiwane informacje Regulator powinien na bieżąco kontrolować przebieg wykonywania obowiązku i reagować odpowiednio w przypadku wystąpienia nieprawidłowości.

2. Funkcjonalna separacja na gruncie prawa UE

Celem funkcjonalnej separacji jest zapewnienie realizacji obowiązku niedyskryminacji, który został uregulowany w art. 10 dyrektywy dostępowej. W przepisie tym nie został jednak przewidziany wprost środek regulacyjny jakim jest funkcjonalna separacja. W oparciu o aktualną regulację prawną możliwe jest w zasadzie wprowadzenie jedynie pewnych aspektów funkcjonalnej separacji np. równego dostępu do systemów informatycznych, rachunkowości regulacyjnej. Z uwagi jednak na skomplikowany charakter funkcjonalnej separacji efektywne wprowadzenie tego środka wyłącznie na podstawie art. 10 dyrektywy dostępowej nie jest możliwe.

Należy jednak podkreślić, iż pomimo bardzo ograniczonych podstaw w dyrektywie dostępowej funkcjonalna separacja została wdrożona w Wielkiej Brytanii oraz próbę taką podjęto we Włoszech. Jednakże podstawą wdrożenia funkcjonalnej separacji w przypadku Wielkiej Brytanii był Enterprise Act, a nie dyrektywa dostępowa oraz krajowe przepisy w zakresie telekomunikacji. Natomiast we Włoszech podstawą wdrożenia jest art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie. Modele wdrożenia funkcjonalnej separacji na podstawie obecnych przepisów prawa wspólnotowego w ww. państwach zostały szczegółowo omówione w rozdziale 3.

Dyrektywa o dostępie w art. 8 ust. 3 przewiduje możliwość nałożenia innych niż wymienione w art. 9-13 obowiązków regulacyjnych. Dyrektywa wymienia następujące warunki nałożenia przedmiotowych obowiązków:

- zaistnienie wyjątkowych okoliczności uzasadniających nałożenie obowiązku niewymienionego w dyrektywie,
- zgoda Komisji Europejskiej.

Wydaje się, że w obecnej sytuacji art. 8 ust.3 dyrektywy o dostępie stanowi jedyną podstawę nałożenia obowiązku funkcjonalnej separacji na gruncie nowych ram regulacyjnych w zakresie komunikacji elektronicznej.

Należy też podkreślić, że w ramach przeglądu obecnych ram regulacyjnych w sektorze telekomunikacji planowane jest wprowadzenie funkcjonalnej separacji jako środka regulacyjnego wprost przewidzianego w dyrektywach. We wrześniu 2007 r. komisarz do spraw społeczeństwa informacyjnego i mediów Viviane Reding przedstawiła Komisji Europejskiej projekt dyrektywy w tym zakresie. Działania KE wskazują, iż ten wyjątkowy w chwili obecnej środek regulacyjny, wkrótce może być jednym z podstawowych, nazwanych wprost dyrektywach, mechanizmów zapewnienia skutecznej konkurencji na rynku telekomunikacyjnym.

3. Funkcjonalna separacja w Unii Europejskiej

Wprowadzenie obowiązku separacji w stosunku do zintegrowanego pionowo przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej jest rozważane w wielu państwach europejskich jako rozwiązanie problemu związanego z nierównym traktowaniem konkurujących przedsiębiorców telekomunikacyjnych w stosunku do własnych oddziałów detalicznych przedsiębiorcy o pozycji znaczącej.

Zaznaczenia wymaga fakt, iż niezależnie od tego na jakich rynkach rozważano możliwość wprowadzenia jednej z form separacji praktycznie w każdy przypadku w grę wchodziły rynki, na których znajdował się podmiot, który w przeszłości zajmował pozycję monopolisty, a wprowadzenie obowiązku funkcjonalnej separacji miało na celu zagwarantowanie realizacji obowiązku równego traktowania.

W chwili obecnej w UE można wskazać na przykłady dwóch państw UE, które wprowadziły obowiązek funkcjonalnej separacji w stosunku do zintegrowanego pionowo przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej. Do tych krajów należy zaliczyć Włochy i Wielką Brytanię.

3.1. Wielka Brytania

Funkcjonalna separacja w Wielkiej Brytanii nie została wprowadzona w oparciu pakiet nowych ram regulacyjnych zawartych w dyrektywach nowego podejścia w zakresie komunikacji elektronicznej, lecz w oparciu o przepisy prawa krajowego dotyczące ochrony konkurencji tzw. Enterprise Act. Co umożliwiło wdrożenie funkcjonalnej separacji bez ingerencji Komisji Europejskiej.

Model funkcjonalnej separacji przyjęty w Wielkiej Brytanii oparty jest na dobrowolnym przyjęciu obowiązków przez BT w formie zatwierdzonej przez Ofcom. Specyficzne rozwiązania przyjęte w ustawodawstwie brytyjskim nadają dobrowolnie przyjętym zobowiązaniom rangę taką samą jakby zostały nałożone decyzją regulatora. Co za tym idzie Ofcom wyposażony jest w kompetencje pozwalające nadzorować wykonanie przez BT przyjętych zobowiązań.

Proces, który w konsekwencji zakończył się wdrożeniem w BT funkcjonalnej separacji rozpoczął się w grudniu 2003 r., kiedy to Ofcom rozpoczął przegląd rynku telekomunikacyjnego („The Strategic Review of Telekommunications”), którego celem była ocena wdrożonych na rynkach telekomunikacyjnych obowiązków regulacyjnych.

Analiza prowadzona przez Ofcom składała się z trzech etapów, z których każdy kończył się konsultacjami:

- w pierwszym etapie dokonano oceny stanu rynku telekomunikacyjnego. Przedmiotem analizy był m. in. wpływ rozwijającej się konkurencji i podjętych środków regulacyjnych na spadek cen, podwyższenie jakości oraz rozwój usług telekomunikacyjnych,
- w ramach etapu drugiego podjęto dyskusję o możliwych do zastosowania przez Ofcom środkach regulacyjnych, które mogłyby zapobiec zidentyfikowanym problemom. Celem dyskusji było określenie zalet i wad potencjalnych środków regulacyjnych,
- w fazie trzeciej konsultacjom poddano finalną wersję raportu z przeprowadzonej analizy.

W wyniku przeprowadzonego przeglądu rynku telekomunikacyjnego Ofcom zidentyfikował szereg problemów związanych z hamowaniem rozwoju konkurencji na tym rynku, które były bezpośrednio związane z pozycją zajmowaną na tym rynku przez BT. Stwierdzono, że BT poprzez swoją znaczącą pozycję na rynku telekomunikacyjnym dyskryminuje w sposób antykonkurencyjny inne podmioty działające na tym rynku. Według Ofcom takie zachowanie BT jest następstwem jej znaczącej pozycji rynkowej, która wzmacniana jest przez korzyści płynące z posiadanej przez spółkę rozbudowanej infrastruktury sieci stacjonarnej oraz zintegrowania pionowego spółki. Najbardziej istotną konkluzją wynikającą z przeprowadzonej analizy było stwierdzenie, że dotychczasowa regulacja ex ante nie zniwelowała problemów związanych z dominacją BT na rynku, a zatem dotychczas nałożone środki regulacyjne okazały się niewystarczające.

Wobec powyższego, Ofcom jako środek regulacyjny mający zapobiec zidentyfikowanym problemom zaproponował wdrożenie funkcjonalnej separacji i wzmocnienie znaczenia zasady niedyskryminacji.

Ostatecznie BT zdecydowała się dobrowolnie przyjąć na siebie obowiązki z zakresu funkcjonalnej separacji. Przedstawiony przez BT projekt rozdzielenia funkcjonalnego spółki został zaakceptowany przez Ofcom w dniu 22 września 2005 r.

Przyjęte przez BT zobowiązania obejmują dwa elementy:

- Wzmocniony obowiązek niedyskryminacji

W ramach obowiązku niedyskryminacji BT zobowiązała się, że będzie zapewniać określony rodzaj usług hurtowych wszystkim operatorom (w tym własnym jednostkom świadczącym usługi detaliczne) na tych samych warunkach, po tej samej cenie oraz zapewniając ten sam czas realizacji oraz ten sam poziom usług przy wykorzystaniu tych samych systemów IT oraz procesów. Ponadto BT zobowiązała się, że wszyscy operatorzy będą mieć jednakowy dostęp do informacji o oferowanych i przyszłych produktach, usługach i procesach itp.

- Funkcjonalną separację

W celu zagwarantowania, że określony powyżej obowiązek niedyskryminacji będzie właściwie realizowany BT zobowiązała się do wydzielenia ze struktur firmy jednostkę, której zadaniem będzie świadczenie usług hurtowych, które mają być świadczone na zasadach niedyskryminacji.

Wydzielenie odrębnej jednostki organizacyjnej dokonało się na następujących poziomach:

- Rozdział działalności

  - wyodrębniona jednostka działa pod marką Openreach,
  - w ramach Openreach na zasadzie niedyskryminacji mają być świadczone usługi:

- Wholesale Analogue Line Rental,
- Wholesale ISDN2 Line Rental,
- Wholesale ISDN30 Line Rental,
- Wholesale Extension Service,
- Pełny dostęp do lokalnej pętli abonenckiej,
- Współdzielony dostęp do lokalnej pętli abonenckiej,
- IPStream,

- Backhaul Extention Service
- Wholesale Extention Service Backhaul Product.

➢ Rozdział personalny (kadrowy)

- pracownicy Openreach nie mogą jednocześnie wykonywać zadań wykraczających poza zakres działalności Openreach;
- wprowadzono odrębne systemy wynagradzania pracowników;
- wprowadzono system odrębnych szkoleń dla pracowników Openreach;
- pracownikom Openreach i BT ograniczono dostęp do tzw. wrażliwych informacji dotyczących odpowiednio Openreach i BT;
- wprowadzono kodeks etyczny dla pracowników, w którym określono zasady zachowania pracowników, które mają zapewnić prawidłowe wykonanie zobowiązań podjętych przez BT;
- siedziba Openreach znajduje się w odrębnej od BT lokalizacji;
- niezależna kadra zarządzająca.

➢ Rozdział dostępu do informacji

- wprowadzono ograniczenia w zakresie przepływu informacji pomiędzy hurtową jednostką wydzieloną, a pozostałymi jednostkami przedsiębiorcy macierzystego (firewalls, Chinese walls) m.in. poprzez wprowadzenie odrębnych systemów wymiany informacji, kodeksu etycznego dla pracowników,
- przekazywanie informacji przez Openreach jednostkom detalicznym BT odbywa się na takich samych zasadach jak dla innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

➢ Rozdział finansowy:

- odrębna rachunkowość regulacyjna,
- oddzielny budżet.

➢ Nadzór

Monitoring nad implementacją zobowiązań przez BT pełni tzw. Equality of Access Board. Komisja składająca z pięciu osób, w tym m. in. przedstawicieli Ofcom, BT, operatorów alternatywnych. Komisja zobowiązana jest sporządzać dla Ofcom raporty z przebiegu implementacji przyjętych zobowiązań przez BT. Raporty podlegają badaniu przez niezależnego audytora.

3.2. Włochy

We Włoszech obowiązek funkcjonalnej separacji oparty był na zasadach równego traktowania i niedyskryminacji. Rozpoczęta w 2000 r. analiza rynku doprowadziła w konsekwencji do wdrożenia pewnych elementów funkcjonalnej separacji decyzją organu regulacyjnego Agcom w 2002 r.

Na mocy decyzji wszyscy operatorzy korzystający z usług hurtowych świadczonych przez Telecom Italia powinni być traktowani w jednakowy sposób. Zgodnie z podjętym przez Agcom rozstrzygnięciem, część spółki świadcząca usługi dla użytkowników końcowych powinna być oddzielona od tej części spółki, która zajmuje się świadczeniem usług hurtowych. Zgodnie z decyzją separacja powinna była objąć również systemy informatyczne spółki części hurtowej i detalicznej. Wprowadzona separacja miała być okresowo oceniana przez niezależnych ekspertów.

W chwili obecnej we Włoszech trwają prace legislacyjne zmierzające do wprowadzenia uregulowań pozwalających zapewnić wdrożyć pełną funkcjonalną separację i zapewnić wysoką skuteczność tego obowiązku.

Projekt włoskich zmian regulacyjnych zmierzających do ukonstytuowania funkcjonalnej separacji jako jednego z obowiązków regulacyjnych opiera się na art. 8 ust. 3 dyrektywy dostępowej zgodnie, z którym w szczególnych przypadkach, po uzyskaniu zgody Komisji Europejskiej regulator może nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej inne niż określone w art. 9-13 tej dyrektywy obowiązki regulacyjne (nietypowe obowiązki regulacyjne). Opierając się na brzmieniu przytoczonego przepisu dyrektywy włoski ustawodawca przygotował projekt zmian legislacyjnych wskazując funkcjonalną separację jako nietypowy obowiązek regulacyjny. Podobnie jak w Wielkiej Brytanii wprowadzane zmiany pozwalają zatwierdzić dobrowolnie przyjęte zobowiązania lub w przypadku braku współpracy ze strony operatora o znaczącej pozycji rynkowej nałożyć przedmiotowy obowiązek decyzją regulatora.

3.3. Szwecja

Również w Szwecji, regulator PTS stwierdziwszy występowanie powtarzających dyskryminujących zachowań ze strony zintegrowanego pionowo przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej, którym jest Telia Sonera po przeprowadzeniu analiz rynkowych rozpoczął prace nad wdrożeniem funkcjonalnej separacji jako środka regulacyjnego, którego zastosowanie będzie najbardziej adekwatne w celu eliminacji niekonkurencyjnych zachowań operatora o pozycji znaczącej. W opinii szwedzkiego regulatora zastosowanie funkcjonalnej separacji zniweluje możliwość wykorzystywania przez Telię Sonera swojej uprzywilejowanej wynikającej z posiadania rozbudowanej infrastruktury telekomunikacyjnej w zakresie świadczenia własnych usług detalicznych przy jednoczesnej dyskryminacji pozostałych przedsiębiorców konkurujących na tym rynku.

W wyniku działań podejmowanych przez PTS, we wrześniu br. Telia Sonera ogłosiła, że planuje dobrowolnie przyjąć na siebie obowiązek wydzielenia jednostki hurtowej, która ma rozpocząć działalność jeszcze w 2007 r.

3.4. Separacja strukturalna

W chwili obecnej można zauważyć ogólny trend do wprowadzania w branży telekomunikacyjnej funkcjonalnej separacji. Jednak są przykłady państw, w których prymat przyznaje się strukturalnej separacji. W Irlandii właściciel Eircom, fundusz PE Babcock & Brown, sam ogłosił chęć do strukturalnego podziału, który ma przynieść wzrost wartości, obniżyć obostrzenia regulacyjne. Z kolei w Nowej Zelandii Telecom New Zeland w kwietniu 2007r. sam zaproponował podział strukturalny zamiast podziału funkcjonalnego narzuconego w 2006r. Ostateczne decyzje regulatora oczekiwane są do końca 2007 r.

4. Wdrożenie funkcjonalnej separacji na gruncie ustawy Prawo telekomunikacyjne

4.1. Obowiązujący stan prawny

W obowiązującej ustawie Prawo telekomunikacyjne funkcjonalna separacja nie została wskazana jako jeden z nazwanych środków regulacyjnych. Jednak należy podkreślić, że regulacja nie stanowi katalogu zamkniętego, gdyż zarówno przepisy dyrektywy o dostępie (art. 8 ust. 3), jak i przepisy ustawy Prawo telekomunikacyjne (art. 44) dopuszczają możliwość wprowadzenia innych środków regulacyjnych.

4.2. Obowiązki regulacyjne powiązane z obowiązkiem funkcjonalnej separacji

Co prawda jak już zostało wskazane powyżej, w ustawie Prawo telekomunikacyjne nie ma wprost odniesienia do obowiązku funkcjonalnej separacji, jednakże ustawa przewiduje możliwość nałożenia takich obowiązków regulacyjnych, które z wdrożeniem funkcjonalnej separacji są nierozerwalnie związane.

4.2.1. Obowiązek niedyskryminacji

Na pierwszy miejscu należy tutaj wymienić określony w art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne obowiązek równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, zgodnie z którym operator o znaczącej pozycji rynkowej zobowiązany jest do oferowania jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowania usług oraz udostępniania informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa, lub w stosunkach z podmiotami zależnymi.
Jak wynika z doświadczeń europejskich to właśnie w rzeczywistej realizacji obowiązku niedyskryminacji pokłada się obecnie w Unii Europejskiej nadzieję na wprowadzenie niezakłóconej konkurencji, a w konsekwencji deregulację rynku telekomunikacyjnego.

4.2.2. Obowiązek uwzględniania uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny

Przepis art. 34 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne pozwala nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w szczególności biorąc pod uwagę poziom konkurencyjności rynku detalicznego i interes użytkowników końcowych.
Szczególnego znaczenia tego obowiązku w powiązaniu z funkcjonalną separacją należy upatrywać w:

- umożliwieniu przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej operatora o znaczącej pozycji rynkowej, a w szczególności zapewnieniu dostępu do określonych elementów sieci, w tym linii, łączy lub lokalnych pętli/podpętli abonenckich, wraz z kolokacją, dostępem do połączeń kablowych i odpowiednich systemów informacyjnych;
- oferowaniu usług na warunkach hurtowych w celu ich dalszej sprzedaży przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego.

W powiązaniu z obowiązkiem uwzględniania uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjnych należy zwrócić uwagę na art. 35 ustawy Prawo telekomunikacyjne, który pozwala Prezesowi UKE określić w decyzji, o której mowa w art. 34 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, w zakresie niezbędnym dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania sieci telekomunikacyjnej, warunki techniczne i eksploatacyjne jakie przedsiębiorca telekomunikacyjny zapewniający dostęp będzie musiał spełnić.

4.2.3. Obowiązek udostępniania informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego oraz opracowania oferty ramowej

Możliwość nałożenia obowiązku ogłaszania i udostępniania informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, dotyczących informacji księgowych, specyfikacji technicznych i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat określa art. 37 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Z kolei art. 42 tej ustawy pozwala nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej, w powiązaniu z obowiązkiem równego traktowania, obowiązek przygotowania i przedstawienia do zatwierdzenia oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym, która powinna określać warunki i zasady współpracy z operatorem zajmującym pozycję znaczącą oraz opłaty za usługi w zakresie dostępu telekomunikacyjnego.

4.2.4. Obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej

Zgodnie z art. 38 ustawy Prawo telekomunikacyjne, Prezes UKE może nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej w sposób umożliwiający identyfikację przepływów transferów wewnętrznych związanych z działalnością w zakresie dostępu telekomunikacyjnego. Celem wprowadzenia obowiązku prowadzenia rachunkowości regulacyjnej w zakresie dostępu telekomunikacyjnego jest takie wyodrębnienie i przypisanie aktywów, pasywów, przychodów i kosztów przedsiębiorcy do działalności z zakresu dostępu telekomunikacyjnego jakby każdy rodzaj działalności był świadczony przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego.

4.3. Wdrożenie obowiązku funkcjonalnej separacji

4.3.1. Funkcjonalna separacja jako nietypowy obowiązek regulacyjny

Wskazane w części 4.2 obowiązki regulacyjne pokrywają się z obowiązkami nakładanymi na przedsiębiorcę w powiązaniu z funkcjonalną separacją. Odzwierciedlają one cele, którym funkcjonalna separacja służy:

- równy dostęp do określonych produktów i usług operatora o znaczącej pozycji rynkowej,
- dostęp do informacji istotnych dla zapewnienia dostępu,
- określenie warunków i zasad służących zapewnieniu dostępu telekomunikacyjnego,
- gwarancja dostępu do określonych produktów i usług,
- wprowadzenie rachunkowości regulacyjnej w celu wprowadzenia odrębnej księgowości dla poszczególnych usług.

Jednakże wprowadzenie funkcjonalnej separacji wymaga dalszej ingerencji w strukturę przedsiębiorstwa operatora o znaczącej pozycji rynkowej, która w konsekwencji ma doprowadzić do tego, aby jednostka wydzielona świadcząc usługi hurtowe własnym jednostkom detalicznym tego operatora traktowała te jednostki tak jak innych przedsiębiorców konkurujących na rynku telekomunikacyjnym.

Konieczne jest zatem dokonanie zmian w strukturze organizacyjnej przedsiębiorcy, w sposobie zarządzania przedsiębiorstwem, w sposobie organizacji i zasadach świadczenia pracy przez pracowników:

- wyodrębnienia w infrastrukturze przedsiębiorstwa jednostki odpowiedzialnej za działalność hurtową;
- wskazanie usług, które będzie świadczyć jednostka wydzielona na zasadzie równego traktowania;
- prowadzenie działalności wydzielonej pod nową marką;
- prowadzenie wydzielonej jednostki w odrębnej lokalizacji;
- prowadzenie odrębnego budżetu;
- wyodrębnienie majątku jednostki wydzielonej;
- wyodrębnienie pracowników i kadry zarządzającej i zapewnienie jej niezależności;
- zapobieżenie przepływowi istotnych informacji biznesowych pomiędzy jednostką wydzieloną i pozostałą częścią przedsiębiorstwa;
- stworzenie odrębnych systemów przepływu informacji;
- wprowadzenie odrębnego sposobu wynagradzania pracowników;
- stworzenie zasad monitorowania wprowadzonych zmian.

Nie bez znaczenia są też skutki finansowe rozdziału funkcjonalnego przedsiębiorstwa. Wzorując się chociażby na przykładzie brytyjskim należy zwrócić uwagę na koszty, które będzie zobowiązany ponieść przedsiębiorca, np. związane z:

- wdrożeniem nowej marki (np. reklama),
- zmianą lokalizacji jednostki wydzielonej;
- szkoleniami pracowników;
- wdrożeniem odrębnych systemów zarządzania informacjami.

Jak już zostało wskazane wcześniej ustawa Prawo telekomunikacyjne nie wymienia wprost wśród obowiązków regulacyjnych takich, które prowadziłyby do tak daleko idącej ingerencji w prowadzenie działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę wyznaczonego.

Jednakże, należy w tym miejscu zwrócić uwagę na treść art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, który stanowi, iż w szczególnych przypadkach Prezes UKE może, po uzyskaniu zgody Komisji Europejskiej w trybie art. 18 i art. 19, w drodze decyzji, nałożyć na operatorów o znaczącej pozycji rynkowej inne obowiązki w zakresie dostępu telekomunikacyjnego niż wymienione w art. 34-40 i art. 42.

Przepis ten nie precyzuje jakie obowiązki może nałożyć regulator, będą to jednak bez wątpienia obowiązki nie przewidziane w dyrektywie o dostępie. Powstaje zatem pytanie, czy na podstawie art. 44 ustawy telekomunikacyjnej możliwe będzie wdrożenie obowiązku funkcjonalnej separacji.

4.3.1.1. Przesłanki nałożenia nietypowych obowiązków regulacyjnych

Nałożenie „nietypowych" obowiązków regulacyjnych przez regulatora możliwe jest w świetle art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne przy spełnieniu następujących przesłanek:

- zaistnienia szczególnych okoliczności uzasadniających nałożenie nietypowego obowiązku,
- zgody Komisji Europejskiej na zastosowanie nietypowego środka regulacyjnego wyrażonej w trybie art. 18 i art. 19 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Ponadto kierując się treścią przepisu art. 25 ust. 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne należy zapewnić, że zastosowany obowiązek regulacyjny jest adekwatny i proporcjonalny do zidentyfikowanego problemu oraz, że gwarantuje realizację celów ustawowych określonych w art. 1 ust. 2 z uwzględnieniem art. 1 ust. 3 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Szczególne okoliczności

Wydaje się, że do szczególnych okoliczności usprawiedliwiających nałożenie nie przewidzianego w ustawie obowiązku funkcjonalnej separacji będzie można zaliczyć sytuację, w której z przeprowadzonych analiz rynków właściwych wynikać będzie, że uprzednio nałożone przez regulatora obowiązki regulacyjne okazały się nieskuteczne.

W przypadku przedsiębiorcy zintegrowanego pionowo, szczególne znaczenie będzie miał fakt, iż pomimo nałożonych obowiązków: równego traktowania, uwzględniania uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny, zawierania umów na warunkach nie gorszych niż w ofercie ramowej nadal dochodzi do zachowań antykonkurencyjnych przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej wobec innych przedsiębiorców, z którymi przedsiębiorca wyznaczony konkuruje na rynkach detalicznych.

Uzasadniając wystąpienie szczególnych okoliczności niezbędne będzie również wykazanie, że utrzymanie dotychczasowych obowiązków nie rozwiąże w dłuższej perspektywie zidentyfikowanego problemu, a zastosowanie funkcjonalnej separacji jako uzupełnienia dotychczasowych obowiązków regulacyjnych ze swej istoty będzie gwarantowało osiągnięcie celu jakim jest osiągnięcie skutecznej konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi działającymi na rynkach detalicznych.

Istotne będzie również wskazanie korzyści płynących z zastosowania funkcjonalnej separacji dla przedsiębiorcy zintegrowanego pionowo, w stosunku do którego, w przypadku skutecznego wdrożenia funkcjonalnej separacji, możliwe będzie zniesienie obowiązków regulacyjnych na rynku detalicznym.

Zgoda Komisji Europejskiej

Nałożenie obowiązków regulacyjnych nieprzewidzianych w ustawie musi nastąpić za zgodą Komisji Europejskiej w trybie art. 18 i art. 19 ustawy Prawo telekomunikacyjne, co oznacza w konsekwencji przeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego i konsultacyjnego.

Odnośnie postępowania konsolidacyjnego, należy zwrócić uwagę na fakt, iż w przypadku nakładania obowiązków nieprzewidzianych w dyrektywie o dostępie przebiega ono inaczej niż w przypadku nakładania typowych obowiązków regulacyjnych.

Tryb postępowania konsolidacyjnego określony został w zaleceniu Komisji Europejskiej z dnia 23 lipca 2003 r. w sprawie zgłoszeń, terminów i konsultacji przewidzianych w art. 7 dyrektywy ramowej. Zalecenie odnosi się również do postępowania konsolidacyjnego w przypadku nakładania obowiązków regulacyjnych nieprzewidzianych w dyrektywie o dostępie, jednakże postępowanie to zostało ujęte jako odrębny proces.

W świetle zaleceń Komisji Europejskiej wymagane jest, aby projekt rozstrzygnięcia zawierał odpowiednie uzasadnienie dotyczące nakładania obowiązków nieprzewidzianych w art. 9-13 dyrektywy o dostępie, a w szczególności wyjątkowych okoliczności uzasadniających zastosowanie takich obowiązków. Komisja Europejska podejmuje decyzję w sprawie możliwości wprowadzenia nietypowych środków regulacyjnych w terminie trzech miesięcy. Termin ten może jednak ulec wydłużeniu o kolejne dwa miesiące w przypadku stwierdzenia zaistnienia trudności przy rozstrzyganiu sprawy.

Oprócz postępowania konsolidacyjnego, o którym była mowa powyżej nałożenie nietypowych obowiązków regulacyjnych musi być też poprzedzone postępowaniem konsultacyjnym, zgodnie z art. 15 pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

5. Podsumowanie

Wdrożenie nietypowego obowiązku regulacyjnego jakim jest funkcjonalna separacja, tak jak w przypadku każdego innego obowiązku regulacyjnego musi zostać poprzedzone przeprowadzeniem analiz rynkowych.

W chwili obecnej zakończone zostały analizy rynkowe na rynku usług:

- rozpoczynania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (decyzja z dnia 10 lipca 2006 r.),
- zakańczania połączeń w poszczególnych stacjonarnych publicznych sieciach telefonicznych (decyzja z dnia 18 września 2006 r.),
- dostępu do lokalnej pętli i podpętli abonenckiej (łącznie z dostępem współdzielonym) realizowanego za pomocą pary przewodów metalowych w celu świadczenia usług szerokopasmowych i głosowych (decyzja z dnia 26 czerwca 2007 r.),
- dostępu szerokopasmowego, w tym usługi szerokopasmowej transmisji danych (decyzja z dnia 14 lutego 2007 r.),

oraz nałożone odpowiednie do zidentyfikowanych problemów obowiązki regulacyjne.

Na każdym z wymienionych wyżej rynków stwierdzono, że Telekomunikacja Polska S.A. zajmuje znaczącą pozycję rynkową.

Nałożenie obowiązku funkcjonalnej separacji mogłoby nastąpić najwcześniej po zakończeniu pozostałych analiz rynkowych.

Nałożenie obowiązku funkcjonalnej separacji powinno być poprzedzone przeprowadzeniem analiz pod kątem skuteczności dotychczas nałożonych obowiązków regulacyjnych. Analiza taka pozwoli na ustalenie, czy zachodzą szczególne okoliczności usprawiedliwiające nałożenie obowiązków wykraczających poza zakres środków regulacyjnych wymienionych wprost w dyrektywie o dostępie.