

Stanowisko Ministerstwa Infrastruktury w sprawie możliwości wprowadzenia instrumentu regulacyjnego jakim jest separacja funkcjonalna

Pojęcie separacji funkcjonalnej (functional separation):

Separacja funkcjonalna polega na wydzieleniu w ramach jednego operatora telekomunikacyjnego co najmniej dwóch jednostek organizacyjnych, z których jedna zajmuje się świadczeniem usług hurtowych, a druga świadczeniem usług detalicznych.

Separacja jest środkiem regulacyjnym, który może być stopniowany. Art. 11 dyrektywy o dostępie oraz art. 38 Prawa telekomunikacyjnego (dalej P.t.) przewidują nakładanie obowiązku prowadzenia wydzielonej rachunkowości regulacyjnej (*accounting separation*). Obowiązek ten jest nakładany w krajowej praktyce regulacyjnej.

Separacja funkcjonalna jest kolejnym stopniem oddzielenia pewnych elementów przedsiębiorstwa zapewniających zwiększenie konkurencji na rynku telekomunikacyjnym poprzez zapewnienie przestrzegania obowiązku niedyskryminacji przez operatora o znaczącej pozycji. Można wyszczególnić ponadto następujące rodzaje separacji:

- separacja strukturalna polegająca na podziale operatora na dwóch odrębnych przedsiębiorców, z których jeden świadczy usługi hurtowe, a drugi - detaliczne usługi telekomunikacyjne. Separacja strukturalna prowadzi do powstania odrębnych majątkowo oraz prawnie jednostek, które jednak należą do tego samego właściciela a następnie,
- separacja własnościowa polegająca na przeniesieniu własności zorganizowanej części przedsiębiorstwa (lub wyodrębnionej spółki), świadczącej usługi detaliczne lub hurtowe, na inny podmiot. W wyniku takiej transakcji przedsiębiorstwo świadczące usługi hurtowe i jednostka świadcząca usługi detaliczne należą do różnych właścicieli.

Separacja funkcjonalna nie jest pojęciem o ustalonym prawnie znaczeniu. W związku z prowadzonym przez Komisję Europejską przeglądem wspólnotowych ram prawnych łączności elektronicznej, pojęcie to zostało poddane analizie i wprowadzone do projektu dyrektywy zmieniającej dyrektywę 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i udogodnień towarzyszących oraz w sprawie połączeń międzysieciowych (zwana dalej dyrektywą o dostępie).

Stanowisko UKE

W chwili obecnej toczy się ożywiona dyskusja medialna i społeczna w sprawie separacji funkcjonalnej jako narzędzia regulacyjnego oraz możliwości jego zastosowania w warunkach polskich. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwany dalej Prezesem UKE) przeprowadza analizę dotyczącą możliwości podziału funkcjonalnego Telekomunikacji Polskiej S.A..

Zgodnie z deklaracjami Prezesa UKE decyzja o podziale TP S.A. (decyzja „czy” i „jak” podzielić TP S.A.) zapadnie w połowie bieżącego roku.

W obowiązującej ustawie Prawo telekomunikacyjne separacja funkcjonalna nie została wskazana jako jeden z nazwanych środków regulacyjnych. Prezes UKE podkreśla, że zarówno przepisy dyrektywy o dostępie (art. 8 ust. 3) jak i przepisy ustawy Prawo telekomunikacyjne (art. 44) dopuszczają wprowadzenie innych środków regulacyjnych, gdyż regulacje te nie stanowią zamkniętego katalogu środków regulacyjnych.

W wypowiedziach medialnych Prezes UKE, uznaje możliwość zastosowania „innych środków” regulacyjnych za „wprost idealny przepis umożliwiający podział telekomu”.

Nałożenie „nietypowych obowiązków” regulacyjnych przez regulatora możliwe jest przy wystąpieniu następujących przesłanek:

- zaistnienie szczególnych okoliczności uzasadniających nałożenie nietypowego środka
- uzyskanie zgody komisji europejskiej na zastosowanie nietypowego środka regulacyjnego zgodnie z przepisami art. 18 i 19 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Analiza obowiązującego stanu prawnego

Prawo konkurencji jako podstawa separacji funkcjonalnej.

Unormowania prawne Unii Europejskiej nie zabraniają wprowadzenia separacji strukturalnej lub funkcjonalnej z wykorzystaniem przepisów prawa konkurencji. Komisja Europejska uznaje, że w obecnym stanie prawa wspólnotowego prawo konkurencji jest podstawą do dokonywania separacji strukturalnej przez władze państw członkowskich, wymaga to jednak wprowadzenia odpowiednich przepisów do prawa krajowego.

W obowiązującej ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331) możliwość podziału przedsiębiorcy jest przewidziana tylko w przypadku jeżeli w sprawie dotyczącej kontroli koncentracji Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów 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 – wówczas można wydać decyzję nakazującą podział połączonego wcześniej przedsiębiorcy na warunkach określonych w decyzji.

W prawie polskim podział funkcjonalny nie jest obecnie przewidziany jako środek stosowany w związku z nadużywaniem pozycji dominującej.

Przepisy łączności elektronicznej jako podstawa separacji funkcjonalnej.

Art. 8 ust. 3 akapit 2 dyrektywy o dostępie jest bezpośrednio transponowany do prawa krajowego - w art. 44 P.t. W związku z powyższym do możliwości zastosowania, jako podstawy separacji funkcjonalnej, należy odnieść wszystkie uwagi dotyczące art. 8 ust. 3 dyrektywy. Ponadto zarządzenie takiej separacji musiałoby być przedstawione do zatwierdzenia Komisji Europejskiej, wtedy dla oceny podstaw prawnych takiego wniosku kluczowe znaczenie ma interpretacja art. 8 ust. 3 akapit 2 dyrektywy o dostępie. Komisja będzie bowiem podejmować decyzję nie na podstawie prawa krajowego, lecz na podstawie przepisu właściwej dyrektywy.

Przepis ten ma następujące brzmienie: "*W wyjątkowych okolicznościach, jeżeli dany krajowy organ regulacyjny zamierza nałożyć na operatorów posiadających znaczącą pozycję rynkową obowiązki w zakresie dostępu czy połączeń międzysieciowych inne niż te, które zostały wymienione w artykułach 9 – 13, przedstawi on w tej sprawie odpowiedni wniosek Komisji. Komisja, działając zgodnie z art. 14 ust. 2, podejmie decyzję, na mocy której zezwoli albo zabroni krajowemu organowi regulacyjnemu podjęcie takich środków.*"

Czy środkiem regulacyjnym innym niż wymienione w artykułach 9-13 może być środek polegający na separacji strukturalnej lub funkcjonalnej? Z art. 8 ust. 3 akapit 2 wynikają następujące warunki wyrażenia zgody na nałożenie obowiązku nieprzewidzianego w art. 9-13 dyrektywy o dostępie:

1. wniosek może być złożony w "wyjątkowych okolicznościach". Ponieważ art. 8 ust. 3 akapit 2 nie był w praktyce stosowany, nie ma orzecznictwa, ani innej praktyki, która pozwalałaby na ocenę poziomu "wyjątkowości" okoliczności przywołanych we wniosku. Wyjątkowe okoliczności muszą być należycie udokumentowane w uzasadnieniu wniosku;
2. wniosek może dotyczyć nałożenia obowiązków w zakresie dostępu czy połączeń międzysieciowych. Krajowy organ regulacyjny może wnioskować tylko o zgodę na nałożenie "obowiązków w zakresie dostępu czy połączeń międzysieciowych". 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. 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";
3. obowiązki te powinny być inne niż obowiązki wymienione w art. 9 – 13 dyrektywy. Nie oznacza to jednak, iż mogą być one dowolne. Warunek ten należy rozpatrywać łącznie z warunkiem drugim, a zatem mogą to być obowiązki inne niż wymienione w art. 9-13, ale pozostające w granicach dostępu i połączeń międzysieciowych.

Ponadto z art. 16 ust. 4 dyrektywy ramowej wynika, że w przypadku stwierdzenia efektywnej konkurencji na analizowanym rynku, znosi się obowiązki regulacyjne. Obowiązek separacji funkcjonalnej, który obejmuje całość hurtowej działalności operatora powoduje, że przepis ten jest praktycznie niewykonalny. Rynek efektywnie konkurencyjny będzie nadal pozostawał w obowiązku separacji funkcjonalnej. W praktyce jego skutki będą trwale obejmowały rynki hurtowe, na których powody zastosowania obowiązków regulacyjnych dawno ustały.

Separacja funkcjonalna w świetle projektu dyrektywy zmieniającej i dokumentów towarzyszących

Projekt dyrektywy zmieniającej, ogłoszony wraz z obszernym uzasadnieniem, kilkakrotnie odnosi się do charakteru nowego środka regulacyjnego. W dokumencie COM(2007) 697 zawierającym projekt zmian dyrektywy dostępowej, Komisja Europejska w sposób następujący wyjaśnia cel i aspekty prawne (zakres) przedmiotowej zmiany.

„ - W art. 13a: zmiana umożliwia krajowym organom regulacyjnym nakazywanie rozdziału funkcjonalnego i określa odpowiednie okoliczności, w szczególności ustalenia dotyczące zarządzania. Nakazanie rozdziału funkcjonalnego wymaga uprzedniego uzyskania zgody Komisji.

- W art. 13b: zmiana dotyczy przypadku dobrowolnego podziału.”

Ponadto w części dotyczącej “Aspektów prawnych wniosku” zawierających „krótki opis proponowanych działań” jest wyraźnie określone, iż „główną zmianą jest wprowadzenie rozdziału funkcjonalnego jako środka naprawczego, który może być nakładany przez krajowe organy regulacyjne, pod warunkiem zatwierdzenia przez Komisję.

Sformułowania tego dokumentu wyraźnie wskazują, że Komisja proponuje **dodanie** w dyrektywie o dostępie **środka regulacyjnego, którego dotychczas w niej nie było**. Komisja proponuje "wprowadzenie" nowego środka, co jest zmianą w stosunku do wcześniejszego stanu prawnego. Proponowana zmiana ma umożliwić organom regulacyjnym nakazanie rozdziału, zatem przed tą zmianą możliwości takiej nie było.

W całym pakiecie dokumentów opublikowanych przez Komisję w dniu 13 listopada 2007 r. nie ma ani jednego sformułowania, które wskazywałoby na to, że separacja funkcjonalna jest już przewidziana w dotychczasowym tekście dyrektywy o dostępie.

Zaskakujące są więc medialne informacje Prezesa UKE, że obowiązujące obecnie ramy regulacyjne umożliwiają stosowanie takiego środka naprawczego.

Separacja funkcjonalna w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej

W swych wstąpieniach Prezes UKE często odwołuje się do doświadczeń innych krajów europejskich w zakresie separacji funkcjonalnej. W związku z powyższym wydaje się celowe zamieszczenie krótkiej charakterystyki europejskich doświadczeń wraz z wnioskami, które się nasuwają.

Wielka Brytania

Przypadek separacji funkcjonalnej w ramach British Telecom nie ma związku ze stosowaniem dyrektyw o łączności elektronicznej. Nie potwierdza on możliwości przeprowadzenia separacji na podstawie aktualnie obowiązującego art. 8 ust. 3 akapit 2 dyrektywy o dostępie. Brytyjski Communications Act 2003 jest uznawany za wzorcowy przykład transpozycji dyrektyw do prawa krajowego, więc można z tego wyciągnąć wniosek, iż w ocenie jednego z najbardziej doświadczonych regulatorów telekomunikacyjnych w Europie, prawo sektora telekomunikacyjnego, oparte na wspólnym wzorze wspólnotowym, nie daje obecnie podstawy do narzucenia separacji funkcjonalnej operatorowi dominującemu.

Szwecja

W Szwecji rząd zobowiązał w kwietniu 2007 roku krajowy organ regulacyjny w sprawach łączności (PTS) do analizy celowości wprowadzenia zmian do *Prawa komunikacji elektronicznej* mających na celu przyspieszenie procesu uwalniania dostępu do lokalnej pętli abonenckiej. Uznając, że bez zmiany *Prawa komunikacji elektronicznej* nie jest możliwe narzucenie separacji funkcjonalnej przygotowano Raport w tej sprawie, zawierający propozycję odpowiedniej nowelizacji.

W Raporcie wykazano, że dobrowolne zobowiązania są możliwe do przyjęcia na gruncie szwedzkiego prawa konkurencji, są przewidziane we wspólnotowym prawie konkurencji i byłyby dopuszczalne również na gruncie *Prawa komunikacji elektronicznej*.

W odpowiedzi na ten Raport TeliaSonera zdecydowanie zaprotestowała przeciwko propozycji nowelizacji, kwestionując zarówno celowość, jak i legalność administracyjnego nałożenia obowiązku separacji funkcjonalnej. Rząd szwedzki jednoznacznie poparł stanowisko PTS dotyczące separacji funkcjonalnej. Oceniając wpływ stanowiska rządu na spółkę należy pamiętać o znaczącym udziale państwa w kapitale TeliaSonera (wówczas ok. 45%). W końcu września Telia Sonera ogłosiła, iż ustanawia odrębną spółkę, eksploatującą całość sieci miedzianej i światłowodowej oraz system kanalizacji teletechnicznej, której zadaniem będzie prowadzenie sprzedaży usług wszystkim klientom hurtowym na identycznych warunkach.

Ponadto należy zauważyć, że w Szwecji analizy rynków zakończono już kilka lat temu i teraz dokonywana jest ich rewizja (ze sprawozdania z wyjazdu służbowego UKE do szwedzkiego PTS w dniu 11 grudnia 2007 r., strona www.uke.gov.pl).

Włochy

W roku 2002 na mocy decyzji włoskiego regulatora AGCOM wprowadzono w odniesieniu do Telecom Italia (dalej TI) rozwiązania określane jako separacja operacyjna (organizacyjna). W roku 2007 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. W kwietniu rząd zaproponował ustawowe wyposażenie AGCOM w kompetencję umożliwiającą narzucenie separacji funkcjonalnej TI. Do końca listopada projekt ten nie został rozpatrzony przez parlament. Nastąpiła bowiem zmiana prezesa zarządu TI i pod nowym kierownictwem TI zaproponował koncepcję separacji funkcjonalnej, zmierzającej do uwzględnienia żądań rządu włoskiego i regulatora.

Holandia

W Holandii sprawa separacji funkcjonalnej była dyskutowana m.in. w wyniku rezolucji parlamentu, który w 2006 roku wezwał rząd do zbadania tej kwestii. Wynik tej dyskusji został podsumowany przez regulatora krajowego (OPTA). W komunikacie OPTA, poza krytyczną oceną dotyczącą zasadności wprowadzenia separacji w warunkach rynku holenderskiego, zawarto jednoznaczną ocenę prawnej dopuszczalności takiej operacji. OPTA stwierdziła, iż "nałożenie funkcjonalnej separacji na podmiot posiadający znaczącą pozycję rynkową nie jest środkiem przewidzianym przez obecne europejskie i krajowe prawodawstwo OPTA podkreśliła, że nie ma przeciwwskazań w kwestii przyjęcia dobrowolnych zobowiązań separacyjnych przez krajowego operatora KPN.

Wnioski z przeglądu sytuacji w państwach członkowskich Unii Europejskiej

Doświadczenia państw rozważających lub zmierzających obecnie do separacji funkcjonalnej jednoznacznie potwierdzają, iż prosta transpozycja w prawie krajowym art. 8 ust. 3 akapit 2 dyrektywy dostępowej nie jest wystarczająca do przeprowadzenia separacji. **Jedyna skutecznie przeprowadzona operacja separacji funkcjonalnej dokonała się na gruncie prawa konkurencji, a nie prawa łączności elektronicznej.** Z doświadczeń Holandii i Wielkiej Brytanii można wyprowadzić wniosek, iż na gruncie aktualnego wspólnotowego prawa komunikacji elektronicznej operacja taka nie jest możliwa. 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 zarządzenia separacji funkcjonalnej. W krajach tych przedstawione zostały projekty takich przepisów, ale według dostępnych informacji, nie zostały jeszcze uchwalone przez parlamenty. Wykorzystano je natomiast, w połączeniu z presją właścicielską (Szwecja) lub presją polityczną (Włochy), do skłonienia władz spółek do podjęcia negocjacji z regulatorem w sprawie przyjęcia dobrowolnych zobowiązań prowadzących do separacji funkcjonalnej.

Żadne państwo członkowskie UE nie zdecydowało się dotychczas na przedstawienie, w aktualnym stanie prawnym, wniosku do Komisji Europejskiej o wyrażenie zgody na nadzwyczajny środek prawny w postaci separacji funkcjonalnej, na podstawie art. 8 ust. 3 akapit 2 dyrektywy o dostępie.

Stanowisko MI

Stanowiska Prezesa UKE i Ministerstwa Infrastruktury w zakresie mechanizmów wprowadzenia separacji funkcjonalnej są w głównych założeniach zbliżone; także w zakresie konieczności wyposażenia regulatora krajowego w taki środek regulacyjny.

Zasadnicza różnica stanowiska Ministerstwa Infrastruktury w stosunku do stanowiska prezentowanego przez Prezesa UKE dotyczy dopuszczalności przeprowadzenia separacji funkcjonalnej na gruncie obecnie obowiązujących przepisów. Zgodnie z zaprezentowaną powyżej analizą obowiązującego stanu prawnego (sporządzoną w oparciu o ekspertyzę prawną dr hab. Stanisława Piątka dotyczącą umocowań prawnych regulatora do podejmowania działań prowadzących do separacji funkcjonalnej Telekomunikacji Polskiej S.A.), Ministerstwo Infrastruktury stoi na stanowisku, że nałożenie obowiązku separacji funkcjonalnej w trybie decyzji regulacyjnej wydanej na podstawie przepisu art. 44 P.t., będącego prostą transpozycją art. 8 ust. 3 akapit 2 dyrektywy o dostępie, jest w chwili obecnej prawnie niedopuszczalne. Dopiero w wyniku przyjęcia dyrektywy zmieniającej dyrektywę o dostępie, nowelizującej art. 8 ust. 3 i dodającej nowe przepisy o separacji funkcjonalnej (art. 13a) oraz separacji dobrowolnej (art. 13b), po transpozycji dyrektywy do prawa krajowego, stworzony zostanie stan prawny umożliwiający przeprowadzenie separacji funkcjonalnej.

Wnioski:

1. Przeprowadzenie separacji funkcjonalnej na podstawie prawa konkurencji jest dopuszczalne w świetle prawa wspólnotowego, ale nie ma obecnie żadnych podstaw do takiej operacji na podstawie dyrektyw dotyczących łączności elektronicznej.
2. Przeprowadzenie separacji funkcjonalnej w trybie decyzji regulacyjnej wydanej na podstawie przepisu art. 44 P.t., będącego prostą transpozycją art. 8 ust. 3 akapit 2 dyrektywy o dostępie, jest obecnie prawnie niedopuszczalne.
3. Zmiana sytuacji prawnej, która może powstać w przyszłości w wyniku przyjęcia dyrektywy zmieniającej dyrektywę o dostępie, będzie umożliwiała zastosowanie tego środka zaradczego, po wcześniejszej implementacji tych zmian do prawa krajowego.