

Dostęp do pętli lokalnej we wspólnotowym prawie komunikacji elektronicznej

mgr Dariusz Adamski

Uniwersytet Wrocławski

Problematyka związana z lokalną pętlą abonencką przedsiębiorstwa zasiedziałego na rynku telefonii stacjonarnej nie jest jednoznacznie regulowana przez ustawę z dnia 6 września 2000 r. Prawo telekomunikacyjne¹. Stan taki destrukcyjnie wpływa na konkurencję na rynkach telefonii stacjonarnej. Nie sprzyja też obniżaniu cen ani postępowi technologicznemu. Sprzeczny pozostaje także z uregulowaniami od kilku lat obowiązującymi w Unii Europejskiej (dalej: UE). Przystąpienie Polski do UE prowadzić będzie musiało do dostosowania krajowych unormowań w tym zakresie do standardów obowiązujących w prawie wspólnotowym. Biorąc pod uwagę opieszałość egzekwowania prawa telekomunikacyjnego przez Urząd Regulacji Telekomunikacji i Poczty oczekiwać można, iż zderzenie krajowej rzeczywistości ze standardami wspólnotowymi będzie dość bolesne zarówno dla krajowego organu regulującego rynek, jak i dla tego podmiotu, który objęty zostanie w praktyce obowiązkiem uwolnienia pętli lokalnej - czyli dla T.P. S.A.

Niniejszy artykuł ułatwić ma zrozumienie, czego oczekiwać będzie od owych podmiotów prawo wspólnotowe po wstąpieniu Polski do UE i jakie mogą być konsekwencje niestosowania się do jego postanowień. Być może też uwagi tu zamieszczone przyczynią się nieco do uświadomienia, na ile realia krajowego sektora komunikacji elektronicznej (którego częścią są rynki telefonii stacjonarnej) ulec muszą zmianie po dacie 1.05.2004 r.

Uwolnieniu pętli lokalnej prawo wspólnotowe poświęciło w całości rozporządzenie Parlamentu i Rady nr 2887/2000 o rozdzielonym dostępie do pętli lokalnej (dalej: rozporządzenie 2887/2000)². Odnoszą się do niego również przepisy dyrektywy 2002/19/WE o dostępie do sieci

¹ Dziennik Ustaw nr 73 z roku 2000, poz. 852, z późniejszymi zmianami.

² Rozporządzenie z dnia 18.12.2000 r., Dz.Urz. L 336, 30.12.2000 str. 0004 - 0008.

komunikacji elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz ich łączeniu (dalej: dyrektywa o dostępie)³.

Zgodnie z art. 2.e dyrektywy o dostępie, pętla lokalna obejmuje fizyczny obwód⁴, łączący zakończenie sieci na nieruchomości abonenta z centralnym punktem rozdzielczym lub równoważnymi urządzeniami stacjonarnej sieci telefonii publicznej⁵. W konsekwencji dostęp do użytkownika końcowego nie stanowi rodzaju pętli lokalnej w sieciach nadawczych (brak fizycznego obwodu) i w sieciach telewizji kablowej⁶ (nie są one sieciami telefonicznymi).

Z przedstawionej definicji wynika, iż uwolnienie pętli lokalnej równoznaczne jest z ustanowieniem połączenia pomiędzy siecią operatora zasiedziałego i podmiotu, który zainteresowany jest dość specyficznym dostępem do niej. Dostęp ów, zwłaszcza wówczas, gdy dotyczy pętli metalowej, odgrywa dużą rolę zarówno, gdy chodzi o rozwijanie konkurencji, jak i innowacyjności. Jak to bowiem określiła jedna z osób analizujących ową problematykę, dotyczy on „ostatniego uścisku podmiotu zasiedziałego”⁷.

Uwolniony dostęp do pętli lokalnej umożliwia nowym przedsiębiorstwom świadczenie usług szerokopasmowego Internetu⁸ w technologii xDSL⁹ przy wykorzystaniu istniejących sieci telekomunikacyjnych. Dodać też należy, iż, przy podstawowym modelu rozdzielonego dostępu do pętli lokalnej¹⁰, dostarczanie szerokopasmowego Internetu przez dostawców alternatywnych nie utrudnia operatorowi zarządzającemu lokalną pętlą świadczenia dotychczasowych usług

³ Dyrektywa z dnia 7.03.2002 r., Dz.Urz. L 108, 24.04.2002 str. 0007 - 0020.

⁴ Według rozporządzenia 2887/2000 pętla lokalna poddana regułom z niego wynikającym wykonana mogła być jedynie z metalu (w zasadzie z miedzi), podczas gdy dyrektywa o dostępie objęła owym pojęciem również fizyczne pętle wykonane z innych materiałów (np. kabli światłowodowych).

⁵ S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2003, str. 154 przekonuje, iż przepisy dotyczące pętli lokalnej dotyczą tylko pętli metalowych, a więc nie obejmują „linii abonenckich w sieciach kablowych ani radiowych linii abonenckich”. Wniosek ów autor wywodzi z brzmienia art. 9.4 dyrektywy o dostępie oraz z załącznika nr II do niej, nawiązujących wyłącznie do pętli wykonanych ze skrętek metalowych. Zauważyć należy wszakże, iż powołane postanowienia dotyczą tylko jednej, specyficznej kwestii, tj. obligatoryjnej transparentności oferty ramowej. Z brzmienia owych regulacji wynika więc jedynie, że obowiązek obligatoryjnej transparentności oferty ramowej nie może być nakładany na operatorów pętli lokalnych wykonanych w innych technologiach. W żaden sposób nie wpływają one natomiast na zawężenie definicji pętli lokalnej, jaka ustanowiona została w art. 2.e dyrektywy o dostępie, ani na zakres innych obowiązków (zwłaszcza dostępu do pętli lokalnej, zgodnie z art. 12.1.a dyrektywy o dostępie). Te nie kolidują bowiem z węższym znaczeniem pętli lokalnej na potrzeby art. 9.4 dyrektywy o dostępie oraz załącznika nr II do niej. Inną kwestią jest to, że rynki infrastruktury dostępowej zdominowane są przez pętle metalowe, a zatem pętle wykonane w innych technologiach nie rodzą tak dużej potrzeby interwencji regulacyjnej.

⁶ Na niebezpieczeństwo monopolizacji, przez operatorów sieci kablowych, szerokopasmowego dostępu do Internetu świadczonego przy pomocy owych sieci oraz na konieczność umożliwienia organom regulacyjnym podejmowania interwencji regulacyjnej w tym zakresie wskazuje P. Kremmyda w "Walled Gardens"? Cable Provided Broadband Internet and European Competition Law, *World Competition* 2001, str. 181-198, zwłaszcza str. 187-198.

⁷ M. Michalis, *Local competition and the role of regulation: the EU debate and Britain's experience*, *Telecommunications Policy* 2001, str. 772.

⁸ Ogólnie na temat szerokopasmowego dostępu do Internetu por. L. Firth, P.H. Longstaff, C. Dowd, *Broadband and Convergence*, *Journal of Network Industries* 2002, str. 161-181; P. Kremmyda, powyżej, przyp. 6, str. 182-184.

⁹ Technologia ta wymaga przyłączenia urządzeń przedsiębiorstwa udostępniającego szerokopasmowy Internet (multiplexera dostępu DSL) pomiędzy zakończeniem sieci a pierwszą centralą telefoniczną (w pobliżu głównej szafy rozdzielczej MDF). Urządzenia centrali telefonicznej uniemożliwiają bowiem dalszą transmisję danych o częstotliwościach, w jakich przekazywane są one od modemu DSL użytkownika końcowego. Por. także T.C. Vinje, H. Kalimo, *Does Competition Law Require Unbundling of the Local Loop?*, *World Competition* 2000, str. 50, 58-61.

¹⁰ Tzw. dostęp współdzielony. W przypadku drugiego z uznanych przez prawo wspólnotowe rodzajów dostępu (por. art. 2.e rozporządzenia 2887/2000) - dostępu w pełni rozdzielonego - nowe przedsiębiorstwo uzyskuje pełną kontrolę nad pętlą lokalną i wszystkimi świadczonymi za jej pomocą usługami dostępowymi.

telefonicznych. W technologii xDSL dostęp do Internetu realizowany jest bowiem w innym (wyższym) paśmie częstotliwości. Poleganie z kolei na rozpowszechnieniu owych usług przez operatorów zasiedziały, bez presji konkurencyjnej, okazać mogłoby się złudne. Doświadczenie wskazuje bowiem, iż, co do zasady, bardziej dla nich opłacalne jest udostępnianie Internetu przy pomocy rozwiązań mniej zaawansowanych¹¹.

Jak wskazano w preambule rozporządzenia 2887/2000, pełne i szybkie dublowanie lokalnej, miedzianej sieci dostępowej nie byłoby uzasadnione ekonomicznie (por. ust. 6). Alternatywne technologie - telewizja kablowa, lokalne pętle bezprzewodowe¹² lub pętle satelitarne nie oferują natomiast takiej samej funkcjonalności lub dostępności cenowej (ibidem)¹³. Powstała w ten sposób bariera wejścia wyklucza konkurencję¹⁴.

Taka charakterystyka sieci lokalnej czyni ją szczególnie podatną na jedno z rodzajów nadużycia pozycji dominującej: odmowę świadczenia (ang. refusal to deal)¹⁵.

Antykonkurencyjna odmowa świadczenia wystąpić może na rynkach komunikacji elektronicznej, ponieważ operator sieci z zasady nie tylko zarządza infrastrukturą, lecz również działa na rynku detalicznym. Kontrola nad wąskim gardłem infrastruktury, jakim jest pętla lokalna, ułatwia mu w tej sytuacji kontrolowanie zarówno rynku usług hurtowych, jak i detalicznych. Udostępnienie sieci konkurentom pozostaje w konsekwencji sprzeczne z jego partykularnymi interesami, korzystne jest jednak dla konkurencyjności rynku i perspektyw jego rozwoju. Dlatego też prawo wspólnotowe zakazuje w niektórych sytuacjach odmowy świadczenia.

Odmowa świadczenia, jaka związana może być z brakiem zgody na udostępnienie pętli lokalnej, przejawia się tym, iż operator zasiedziały nie udziela dostępu do pętli lokalnej żadnemu innemu przedsiębiorstwu, rezerwując dla siebie kontrolę nad sposobem, w jaki użytkownicy końcowi korzystają z sieci. Dla oceny takiej sytuacji wypracowana została tzw. doktryna zasadniczych ułatwień¹⁶. Zwłaszcza na przełomie lat '90 i '00 stanowiła ona przedmiot

¹¹ T.C. Vinje, H. Kalimo, powyżej, przyp. 9, str. 51. Autorzy zauważają również, iż usługi DSL zmniejszają opłacalność dzierżawy łącza, skoro abonenci instytucjonalni zyskują dostęp do alternatywnej technologii szybkiego przesyłu danych.

¹² Zwłaszcza cieszące się coraz większym powodzeniem bezprzewodowe sieci lokalne (ang. wireless local area network - WLAN). Por. także Raport przygotowany przez Instytut Technik Telekomunikacyjnych i Informatycznych pt. Bezprzewodowe sieci lokalne (WLAN) - aspekty techniczne i biznesowe, Poznań 2003.

¹³ Szerzej na ten temat por. T.C. Vinje, H. Kalimo, powyżej, przyp. 9, str. 61-64.

¹⁴ Por. Komunikat z dnia 26.04.2000 r. w sprawie uwolnionego dostępu do lokalnej pętli: umożliwienie konkurencyjnego świadczenia pełnego zakresu usług komunikacji elektronicznej łącznie zmultimediami szerokopasmowymi i szybkim Internetem COM(2000)237 final, Dz. Urz. C 272, 23.9.2000, str. 55.

¹⁵ Na temat ewolucji orzecznictwa w tym zakresie por. W. Jauk, The Application of EC Competition Rules to Telecommunications - Selected Aspects: The Case of Interconnection, International Journal of Communications Law and Policy, nr 4 zima 1999/2000, str. 52-54, dostępne także na <http://www.jurlink.net/leserbeitraege/TK/Intercon.PDF>.

¹⁶ P. Larouche dochodzi do wniosku, iż jej zakres odbiega dość wyraźnie od „klasycznej” konstrukcji odmowy świadczenia. Szerzej na ten temat por. tegoż The Bases of EC Telecommunications Law after Liberalization, niepubl., str. 201-216.

zainteresowania zarówno Komisji oraz Trybunału, co znalazło swoje odzwierciedlenie w bogatej literaturze na ten temat¹⁷.

Doktryna owa zasadza się na założeniu, iż tam, gdzie świadczenie usług uzależnione jest od dostępu do sieci należącej do innego podmiotu (jej operatora), odmowa dostępu może ograniczać rozwój rynków lub postęp technologiczny znajdujących się na nich produktów (por. Uwagi na temat zastosowania reguł konkurencji do porozumień dostępowych w sektorze telekomunikacyjnym (98/C 265/02)¹⁸, dalej Uwagi nt. dostępu, § 88). Taki skutek, w postaci ograniczenia produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla konsumentów, odpowiadałby hipotezie art. 82.b Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską, a tym samym sprzeczny pozostawałby z zakazem nadużywania pozycji dominującej. Z drugiej strony wszakże nakazanie operatorowi sieci ustanowienia dostępu wówczas, gdy nie został on udzielony żadnemu z jego konkurentów, stanowi nader głęboką ingerencję w autonomię gospodarczą operatora sieci. Wpływa bowiem na zakres przysługujących mu własnościowych praw podmiotowych.

Wprawdzie Komisja ostatecznie zrezygnowała z dopuszczenia bezpośredniej i pełnej stosowalności doktryny ułatwień kluczowych w sektorze komunikacji elektronicznej¹⁹, jednak pętla lokalna niewątpliwie odpowiada konstrukcji „ułatwień kluczowych”²⁰. Odnosząca się do nich doktryna stanowi więc chyba najlepszy sposób wyjaśnienia potrzeby uwolnienia pętli lokalnej.

Racjonalność udostępnienia sieci lokalnej potwierdza argumentacja odwołująca się do historycznych zaszczości rzutujących na dzisiejszy stan rynków telekomunikacyjnych. Trafnie wątek ów uchwyciła Komisja, która zauważyła, iż niemożność osiągnięcia, przez nowe podmioty na rynku, skali i zakresu podmiotów zasiedziałyh wynika stąd, że te ostatnie „tworzyły swoje stare, miedziane sieci dostępowe przez długi czas, chronione prawami wyłącznymi i były w stanie finansować swoje inwestycje rentą monopolistyczną”²¹. Argument ten wydaje się być istotny, choć przeciwko niemu podnoszony jest kontrargument, według którego inwestycje te (przynajmniej

¹⁷ J.T. Lang, *The Principle of Essential Facilities in European Community Competition Law - the Position Since Bronner*, *Journal of Network Industries* 2000, str. 375-405; A. Capobianco, *The essential facility doctrine: similarities and differences between the American and European approaches*, *European Law Review* 2001, str. 548-564, B. Doherty, *Just What Are Essential Facilities?*, *Common Market Law Review* 2001, str. 397-436. Jej wpływ tylko na amerykański system prawa telekomunikacyjnego omówiony jest w J.T. Soma, D.A. Forkner, B.P. Jumps, *The Essential Facilities Doctrine in the Deregulated Telecommunications Industry*, *Berkeley Technology Law Journal* 1998, str. 566-613, dostępne także na <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol13/Soma/html/reader.html>.

¹⁸ Dz. Urz. C 265, 22.08.1998, str.2-28.

¹⁹ We Wskazówkach Komisji dotyczących analizy rynkowej oraz oceny istotnej siły rynkowej według wspólnotowych ram regulacji sieci i usług komunikacji elektronicznej (Dz.Urz. C 165, 11.07.2002, s. 0006), § 81 i 82, zauważono, iż w niewielkim stopniu przydatna jest ona w procesie ustalania, czy na rynku komunikacji elektronicznej występują podmioty o istotnej sile rynkowej. Taki punkt widzenia radykalnie odchodzi od założeń przyjmowanej wcześniej przez Komisję - co do nich por. Uwagi nt. dostępu, § 68-69.

²⁰ Por. także T.C. Vinje, H. Kalimo, powyżej, przyp. 9, str. 67-75.

²¹ Zalecenie Komisji nr 2000/417/WE z 25.05.2000 r. w sprawie uwolnionego dostępu do lokalnej pętli: umożliwienie konkurencyjnego świadczenia pełnego zakresu usług komunikacji elektronicznej łącznie zmultimediami szerokopasmowymi i szybkim Internetem, Dz. Urz. L 156, 29.06.2000, str. 44. (dalej: Zalecenie 2000/417), preambuła, ust. 6 in fine.

częściowo) zostały zdyskontowane przez państwa podczas prywatyzacji operatorów narodowych²². Umowy prywatyzacyjne nie uwzględniały uwolnienia pętli lokalnej i wynikającego stąd ograniczenia rentowności inwestycji w operatora narodowego²³. Nie można wszakże zapominać, iż celem prywatyzacji w sektorze telekomunikacyjnym miało być podniesienie wydajności i innowacyjności operatorów narodowych, nie zaś krótkoterminowe korzyści budżetowe. Sprzeczna z ową logiką jest natomiast sytuacja, w której niektóre subrynki pozostają bez presji konkurencyjnej, gdyż w dalszym ciągu pozbawione są bodźców do świadczenia coraz lepszych i tańszych usług. Prywatyzacja nie może zatem stanowić pretekstu do petryfikacji poprzedniej, wadliwej struktury rynku.

W latach `90 rozdzielony dostęp do pętli lokalnej miał miejsce w bardzo ograniczonym zakresie²⁴. Stan taki utrzymywał się pomimo, iż art. 4.2 dyrektywy Parlamentu i Rady nr 97/33/WE z dnia 30.06.1997 r. w sprawie połączeń operatorskich w dziedzinie telekomunikacji w kontekście udostępnienia usług powszechnych i interoperacyjności poprzez zastosowanie zasady otwartej sieci²⁵ i art. 16 dyrektywy Parlamentu i Rady nr 98/10/WE z dnia 26.02.1998 r. w sprawie zastosowania zasady otwartej sieci do telefonii głosowej oraz telekomunikacyjnych usług powszechnych w środowisku konkurencji²⁶ nakładały na operatorów o istotnej sile rynkowej obowiązek udzielenia dostępu do sieci również w punktach innych niż jej zakończenia²⁷. Wnioski o udostępnienie sieci lokalnej zgodne były zatem z prawem wspólnotowym.

Doświadczenia te zrodziły opinię o konieczności podjęcia bardziej zdecydowanych działań w tej dziedzinie. Początkowo przeważała koncepcja oparcia ich o akty prawa miękkiego²⁸. Pomysł taki lansowany był przez Komisję w „W kierunku nowych ram infrastruktury i usług towarzyszących komunikacji elektronicznej - Przegląd Komunikacyjny 1999”²⁹. Niedługo jednak po wejściu w życie Zalecenia 2000/417 i Komunikatu w tej sprawie³⁰ okazało się, iż skuteczność

²² M. Naftel, L.J. Spiwak, *The Telecoms Trade War*, Oxford 2000, str. 60.

²³ Ibidem.

²⁴ Por. N. Nikolinakos, *Promoting Competition in the Local Access Network: Local Loop Unbundling*, *European Competition Law Review* 2001, str. 275.

²⁵ Dz. Urz. L 199, 26.07.1997, str. 32.

²⁶ Dz. Urz. L 101, 01.04.1998, str. 24.

²⁷ Takie samo unormowanie zawarte jest w polskim prawie telekomunikacyjnym (art. 77.3), przynosząc taki sam, mizerny skutek.

²⁸ Por. szerzej H. A. Cosma, R. Whish, *Soft Law in the Field of EU Competition Policy*, *European Business Law Review* 2003, str. 25-56.

²⁹ Ang. *Towards a new framework for Electronic Communications infrastructure and associated services - The 1999 Communications Review*, COM(1999)539. Por. jego str. ix. Komisja planowała uzupełnienie zaleceń postępowaniami prowadzonymi na podstawie ogólnego prawa konkurencji, jeśli naruszone zostałyby ono praktykami monopolistycznymi operatorów zasiedziałych.

³⁰ Komunikat z dnia 26.04.2000 r. w sprawie uwolnionego dostępu do lokalnej pętli: umożliwienie konkurencyjnego świadczenia pełnego zakresu usług komunikacji elektronicznej łącznie zmultimediami szerokopasmowymi i szybkim Internetem COM(2000)237 final, Dz. Urz. C 272, 23.9.2000, str. 55.

aktów niewiązanych w tej dziedzinie jest bardzo wątpliwa³¹. Państwa członkowskie nie były wystarczająco zdeterminowane do realizacji ich postanowień³². Ten ostatni problem wciąż zresztą rzutuje na skuteczność przepisów dotyczących uwolnienia pętli lokalnej. Pomimo określenia obowiązków w rozporządzeniu, a zatem w akcie wspólnotowym stosowalnym bezpośrednio³³, uwolnione pętle lokalne nie stanowią nawet procenta wszystkich linii abonenckich³⁴. Zdaniem Komisji, winę za opóźnienia ponosi nie tylko opieszałość państw członkowskich w egzekwowaniu postanowień rozporządzenia 2887/2000, lecz również pogorszenie sytuacji na rynku telekomunikacyjnym i trudności z finansowaniem rozbudowy infrastruktury³⁵. Drugi ze wskazanych powodów jest niezależny od wspólnotowej polityki komunikacji elektronicznej. Pierwszy natomiast spotkał się z ostrą reakcją Komisji. Wszczęła ona przeciwko państwom członkowskim, które nie egzekwowały w sposób zdecydowany obowiązków wynikających z rozporządzenia 2887/2000³⁶, administracyjną fazę postępowania o naruszenie zobowiązań traktatowych. Niezależnie od tego przeprowadziła ona postępowania o nadużycie pozycji dominującej w tych sprawach, w których dostęp do pętli lokalnej blokowany był przez operatorów sieci³⁷.

Rozporządzenie 2887/2000 w swoim głównym postanowieniu - art. 3.2 - stwierdza, iż operatorzy o istotnej sile rynkowej udostępniać mają, w odpowiedzi na rozsądne wnioski, pętle lokalne i związane z nimi ułatwienia na warunkach przejrzystych, sprawiedliwych i niedyskryminacyjnych³⁸. Odmowa ich spełnienia wynikać może jedynie z powodów obiektywnych, związanych z możliwościami technicznymi lub potrzebą utrzymania integralności

³¹ Co do działań poprzedzających rozporządzenie 2887/2000 por. także Ch. Watson, A.M. Conaty, B.T. and Unbundling the Local Loop, *Computer and Telecommunications Law Review* 2001, zwłaszcza str. 7-8.

³² Komisja, w propozycji rozporządzenia ujęła kwestię ową dużo bardziej eufemistycznie, stwierdzając, iż „organy regulacyjne wskazały, że bez silnej podstawy prawnej, na której oprócz mogłyby obowiązkowy dostęp do pętli lokalnej, mogłyby one mieć trudności w realizacji celu postawionego przez Radę Europejską” - por. Memorandum do propozycji rozporządzenia Parlamentu i Rady w sprawie rozdzielonego dostępu do pętli lokalnej (COM/2000/0394 final - COD 2000/018), Dz. Urz. C 365 E, 19.12.2000, str. 0212 - 0214.

³³ Ze względu na bezpośrednią stosowalność rozporządzenia stają się częścią systemów prawnych państw członkowskich bez ich transpozycji oraz wywołują skutek bezpośredni zarówno pionowy, jak i poziomy - por. także np. C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2000, str. 496-497, 496-497.

³⁴ Nieco ponad 1 milion linii lokalnych, spośród 187 milionów. Dane z października 2002 r. - por. Ósmy Raport Komisji w sprawie wdrożenia Pakietu Regulującego w dziedzinie Telekomunikacji. Europejska regulacja i rynki telekomów 2002 z dnia 3.12.2002 r., COM(2002) 695 final, str. 25.

³⁵ Ibidem. ... (Pakietu Regulującego w dziedzinie Telekomunikacji).

³⁶ Por. Michael Rosenthal, *Open Access from the EU Perspective*, *International Journal of Communications Law and Policy* nr 7 zima 2002/2003, str. 10-11, dostępne na http://www.digital-law.net/IJCLP/7_2003/pdf/rosenthal-artikel-ijclp.pdf.

³⁷ Por. decyzja Komisji w sprawie COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 -- Deutsche Telekom AG, Dz.Urz. L 263, 14.10.2003 str. 9 i decyzja Komisji przeciwko Wanadoo Interactive - doniesienie prasowe z dnia 16.07.2003 r.: High-speed Internet: the Commission imposes a fine on Wanadoo for abuse of a dominant position, IP/03/1025. Szerzej na temat odnotowanych w Europie nadużyć pozycji dominującej w lokalnej sieci dostępowej por. M.H. Ryan, *Structural Separation: A Prerequisite for effective Telecoms Competition?*, *European Competition Law Review* 2003, str. 244-245, dostępne także na <http://aporter.pair.com/articles/structsep.pdf>.

³⁸ Naturalnie punktem odniesienia zakazu dyskryminacji jest nie tylko sposób traktowania, przez podmiot zobowiązany do uwolnienia pętli, innych przedsiębiorstw na rynku, lecz również zasady, na których pętla lokalna wykorzystywana jest przez jej dotychczasowego operatora.

sieci (ibidem). Aby uniknąć arbitralności w ocenie, czy sytuacja taka ma miejsce, operator zarządzający pętlą lokalną publikować ma ramową ofertę jej udostępnienia (art. 3.1), a na odmowę przychylenia się do wniosku w tej sprawie przysługuje odwołanie (art. 3.2).

Organom regulacyjnym powierzono szerokie uprawnienia w kwestiach dotyczących nadzoru nad wykonywaniem rozporządzenia przez przedsiębiorstwa objęte jego obowiązkami. Interweniować mogą one, nawet z własnej inicjatywy, gdy uznają, że jest to konieczne dla zapewnienia niedyskryminacji, uczciwej konkurencji, efektywności gospodarczej i maksimum korzyści dla użytkowników (art. 4.3).

Żądać mogą też od operatorów dostarczenia informacji niezbędnych do oceny, na jakich warunkach dokonane powinno zostać uwolnienie pętli lokalnej (por. art. 4.2.b).

Organy regulacyjne ingerować mogą zwłaszcza, gdy chodzi o wysokość opłat pobieranych przez operatorów od przedsiębiorstw na rzecz których pętla jest uwalniana (art. 4.1). Szczegółowe kwestie preferowanego systemu rozliczeń pozostawione zostały do rozstrzygnięcia państwom członkowskim. Rozporządzenie wskazuje tylko, iż sprzyjać ma on uczciwej i trwałej konkurencji (art. 4.1) dodając, że operatorzy o istotnej sile rynkowej powinni ustalać ceny za dostęp do pętli lokalnej na podstawie kosztowej (art. 3.3).

Większość ze wskazanych obowiązków wywnioskowana może zostać również z dyrektywy o dostępie. Zgodnie z jej art. 4.1 na podmiotach o istotnej sile rynkowej³⁹ ciążyć może nie tylko nakaz negocjowania porozumień o udzielenie dostępu do własnej sieci innym przedsiębiorstwom, lecz również dostosowania swoich ofert do szczegółowych wymogów wynikających z dyrektywy o dostępie. Ponadto, dla realizacji celów wspólnotowej polityki w zakresie dostępu i połączeń operatorskich, organom regulacyjnym przysługuje prawo interweniowania z własnej inicjatywy w relacje pomiędzy uczestnikami rynku (art. 5.4 dyrektywy o dostępie), a także prowadzenia, zgodnie z procedurą przewidzianą w art. 20 i 21 dyrektywy Parlamentu i Rady nr 2002/21/WE o wspólnych ramach regulacji prawnej sieci i usług komunikacji elektronicznej (dalej: dyrektywa ramowa)⁴⁰ postępowania arbitrażowego, wszczętego na wniosek jednej ze stron (z założenia jest nią wnioskujący o dostęp)⁴¹. W tym drugim przypadku interwencja możliwa jest w „braku porozumienia pomiędzy przedsiębiorstwami”. Innymi słowy dopuszczalna winna być w każdym przypadku rozbieżności stanowisk pomiędzy stronami, również wówczas, gdy odnośna kwestia regulowana pozostaje wprawdzie umową, jest jednak odmiennie interpretowana

³⁹ Por. na ten temat A. Streżyńska, *Pozycja rynkowa operatorów w nowych dyrektywach UE i w Prawie telekomunikacyjnym*, *Prawo i Ekonomia w telekomunikacji*, 2002/3, str. 8-12.

⁴⁰ Dyrektywa z dnia 7.03.2002 r., Dz.Urz. L 108, 24.04.2002 str. 0033 - 0050.

⁴¹ Prawo do interwencji z własnej inicjatywy lub na wniosek zainteresowanego przedsiębiorstwa stanowi rozwinięcie obowiązujących wcześniej - odpowiednio art. 9.3 i 9.5 dyrektywy 97/33.

przez jej strony. Także bowiem w tym ostatnim przypadku niewątpliwie mówić będzie można o „braku porozumienia”.

Bezpośredni nakaz udostępnienia podmiotom trzecim elementów sieci oraz ułatwień towarzyszących, w tym pętli lokalnej, wynikać może z kolei z art. 12.1.a tego aktu. Dodać należy, iż organy regulacyjne ustalać mogą sposób rozumienia, odnoszących się do obowiązku udostępnienia sieci, reguł uczciwości, rozsądku i właściwych ram czasowych (por. art. 12.1 in fine).

Nakładając obowiązki fizycznego dostępu do infrastruktury, w tym do pętli lokalnej, organy regulacyjne brać powinny pod uwagę, w jakim zakresie dostęp do infrastruktury operatora lub instalowanie urządzeń są wykonalne technicznie (art. 12.2.a, art. 12.2.b dyrektywy o dostępie), na ile pozostają racjonalne ze względu na inwestycje poniesione przez operatora na budowę infrastruktury (art. 12.2.c dyrektywy o dostępie) oraz jak, na dłuższą metę, przyczynią się do rozwoju konkurencji (art. 12.2.a, art. 12.2.d dyrektywy o dostępie) i sieci pan-europejskich (art. 12.2.f dyrektywy o dostępie).

Dla zapewnienia normalnego działania sieci organ regulacyjny określić może także parametry i warunki techniczne dostępu i korzystania ze szczególnych urządzeń sieciowych (art. 5.2 dyrektywy o dostępie). Wskazane przez niego reguły obowiązywać mają nie tylko podmioty o istotnej sile rynkowej, ale również beneficjentów dostępu do pętli lokalnej⁴².

Zbliżone do rozwiązań przyjętych w rozporządzeniu 2887/2000 są też te postanowienia dyrektywy o dostępie, które regulują kwestie cenowe. Art. 13.4 dyrektywy o dostępie stanowi bowiem, iż metodologia liczenia kosztów lub cen promować ma efektywność, zrównoważoną konkurencję i maksymalizować korzyści, jakie niesie ona klientom. Nie wspomina jednak już tak wyraźnie jak rozporządzenie 2887/2000, w przytoczonym powyżej art. 3.3, o tym, że operatorzy o istotnej sile rynkowej ustalać mają ceny za dostęp do pętli lokalnej na podstawie kosztowej.

Zastanawiające⁴³ jest jednak to, iż ogólność postanowień omawianego rozporządzenia, które dotyczą cen, stanowi krok wstecz w stosunku do treści Zalecenia 2000/417. W tym drugim wskazano bowiem jednoznacznie, iż ceny najlepiej gwarantujące uczciwą konkurencję i rozwój innowacyjności skalkulowane być powinny zgodnie z metodą długookresowych średnich kosztów przyrostowych (ang. Long Run Average Incremental Cost - LRAIC) + nadwyżka, bazującą na kosztach aktualnych (§ 1.6). Pomimo, iż metoda LRAIC + nadwyżka stanowi powszechnie

⁴² W tym ostatnim zakresie obowiązki związane z dostępem nakładane są na podmioty nie posiadające istotnej siły rynkowej.

⁴³ Zwłaszcza gdy chodzi o rzeczywistą wolę szybkiego uwolnienia pętli lokalnej przez państwa członkowskie uzgadniające w roku 2000 rozporządzenie o dostępie.

uznany system liczenia kosztów⁴⁴, Komisja odstąpiła w rozporządzeniu 2887/2000 od szczegółowego regulowania kwestii cenowych.

Wyraźne są dwa powody takiego zabiegu. Po pierwsze, odmienny model przyjęto w Holandii, gdzie, począwszy od decyzji tamtejszego organu regulacyjnego OPTA - z marca 1999 roku - koszty za uwolnienie pętli lokalnej kalkulowane mają być według metody bezpośrednich kosztów pierwotnych (ang. Embedded Direct Costs), obejmujących wszystkie bezpośrednio poniesione przez operatora koszty udostępnienia pętli abonenckiej, oparte na ich wysokości historycznej (faktycznie poniesionej w przeszłości). Przez kolejnych pięć lat (przez taki okres rozszczenia do uwolnienie pętli lokalnej dochodzić można *ex lege*) metodologia liczenia kosztów przekształcana ma być w kierunku kosztów aktualnych, co oznacza stopniowy wzrost ich wielkości, a tym samym cen pobieranych przez operatora sieci. Zabieg taki pobudzić ma konkurencję usługową w pierwszym okresie, kładąc stopniowo coraz większy nacisk na konkurencję infrastrukturalną⁴⁵.

Drugi powód rezygnacji z predefiniowania metodologii liczenia kosztów (a tym samym i opartych na nich cen) wydedukowany może zostać z brzmienia § 1.6 Zalecenia 2000/417. Komisja wskazała w nim na trudności z wyznaczeniem właściwego poziomu kosztów, wynikające z nie zrównoważonych taryf za połączenia telefoniczne. Przez dziesięciolecia połączenia w rejonach wiejskich subsydiowane były cenami za połączenia w miastach, opłaty pobierane od klientów instytucjonalnych pozostawały natomiast relatywnie droższe od tych, jakie naliczano abonentom prywatnym. Podobnie miała się sprawa z połączeniami lokalnymi i subsydiującymi je - długodystansowymi. Wyrównywanie taryf uznawane zostało za warunek niezbędny prawidłowego określenia wysokości kosztów poszczególnych usług (Zalecenie 2000/417, § 1.6)⁴⁶. Realizację owego założenia pozostawiono państwom członkowskim, a Komisja nie wspomniała już o nim w rozporządzeniu 2887/2000⁴⁷.

Nie można zapominać, iż wyrównywanie taryf prowadzić może do niepopularnych społecznie decyzji - oznacza bowiem dla klientów indywidualnych, zwłaszcza na obszarach wiejskich, podwyżki cen, przede wszystkim za rozmowy lokalne. Przyjąć zatem można, iż najbardziej proces ów odczują abonenci najubożsi, najwięcej zyskają na nim natomiast klienci instytucjonalni i mieszkańcy dużych miast. Z drugiej wszakże strony wyrównanie taryf oznacza

⁴⁴ Obowiązuje ona na przykład w USA i Wielkiej Brytanii - por. M. Bourreau, P. Doğan, Regulation and innovation in the telecommunications industry, Telecommunications Policy 2001, str. 180. Por. także M. Michalis, powyżej, przyp. 7, str. 762.

⁴⁵ Szerzej na ten temat por. Ch. Doyle, Local Loop Unbundling and Regulatory Risk, Journal of Network Industries 2000, str. 33-54, zwłaszcza str. 52-53 oraz, nieco bardziej ogólnie K. Christodoulou, K. Vlahos, Implications of regulation for entry and investment in the local loop, Telecommunications Policy 2001, str. 743-757, zwłaszcza str. 756.

⁴⁶ Por. także N. Nikolinakos, powyżej, przyp. 24, str. 276-277.

⁴⁷ Zawarcie w rozporządzeniu 2887/2000 postanowienia na ten temat rodziłoby obowiązek podjęcia, przez państwa członkowskie, natychmiastowych działań w tej dziedzinie.

mniejsze prawdopodobieństwo „spijania śmietanki”⁴⁸ przez konkurentów operatora zasiedziałego w segmentach najbardziej atrakcyjnych (klienci instytucjonalni, połączenia długodystansowe), ponieważ obniżają się tam ceny pobierane przez dotychczasowego usługodawcę, a tym samym zmniejsza się zyskowność działalności usługodawców alternatywnych⁴⁹. Równoważeniem taryf pobudza się natomiast konkurencję w sieciach lokalnych, gdyż rosnące ceny zwiększają rentowność działalności w tym segmencie rynku.

Nadchodzące miesiące pokażą, w jaki sposób postanowienia omówionych tu aktów prawa wspólnotowego wdrożone zostaną do polskiego porządku prawnego. W zapewnieniu, by proces ów przebiegał płynnie nie ma raczej co liczyć na krajowego ustawodawcę ani organ regulacyjny. Ci bowiem stale demonstrują swoją opieszałość we wprowadzeniu na rynek telekomunikacyjny zasad konkurencji, sprzyjających efektywności działań rynkowych, polepszaniu jakości usług i obniżaniu ich ceny.

Mimo to przypuszczać można, iż zmiana istniejącego stanu rzeczy jest nieunikniona. Komisja Europejska zademonstrowała już determinację w zwalczaniu antykonkurencyjnych praktyk podmiotów dominujących i faktycznie sankcjonujących je zaniechań władz publicznych.

W sukurs usługodawcom chcącym uzyskać dostęp do pętli lokalnej przedsiębiorstwa zasiedziałego przyjść powinny również Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz sądy powszechne. Nie można zapominać bowiem, iż postanowienia dotyczące uwolnienia pętli lokalnej są bezpośrednio stosowalne w porządku każdego z państw członkowskich tak długo, jak długo wywiedzione mogą zostać z rozporządzenia 2887/2000⁵⁰. Powoływać się na nie można zatem przed organami władz publicznej tak jak na powszechnie obowiązujące akty prawa wewnętrznego. Gdy natomiast wyłączną podstawą uwolnienia pętli lokalnej stanie się dyrektywa o dostępie, wówczas argumentować można, iż odnośne obowiązki uzyskać powinny skutek bezpośredni, zwłaszcza wówczas, gdy odpowiadają regulacjom rozporządzenia 2887/2000. Na tej podstawie wprawdzie nie można wprost dochodzić uwolnienia konkretnej pętli lokalnej⁵¹, zdyscyplinować można jednak władze publiczne, by organ odpowiedzialny za regulację sektora komunikacji elektronicznej podjął działania, do jakich upoważnia go prawo wspólnotowe. Opieszałość skutkować może bowiem wniesieniem, w oparciu o prawo wspólnotowe, powództwa do sądu powszechnego przeciwko

⁴⁸ Szerzej na temat tej kwestii por. D. Edward, M. Hoskins, Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections arising from the XVI FIDE Conference, *Common Market Law Review* 1995, str. 177-179.

⁴⁹ Wniosek ów warunkowany pozostaje założeniem, że ciężar subsydiowania usług mniej opłacalnych nie jest przerzucany przez operatora zasiedziałego na jego konkurentów (zwłaszcza przy pomocy wysokich cen za połączenia operatorskie). W praktyce z zasady taki właśnie scenariusz ma miejsce.

⁵⁰ Por. przyp. 33.

⁵¹ Wynika to z tego, iż dyrektywy nie wywierają poziomego skutku bezpośredniego - por. szerzej C. Mik, powyżej, przyp. 33, str. 566-575.

Skarbowi Państwa o odszkodowanie spowodowane zaniechaniem działań regulacyjnych wówczas, gdyby któreś z przedsiębiorstw na rynku poniosło w ten sposób szkodę⁵².

Prawo wspólnotowe sprawia zatem, iż klienci i konkurenci faktycznego monopolisty zyskują nowych sojuszników i instrumentarium w walce przeciwko uchodzącym wcześniej bezkarnie nadużyciom pozycji dominującej. Miejmy nadzieję, iż pozwoli to zmienić istniejący obecnie układ sił na rynku.

⁵² Szerzej na ten temat por. N. Półtorak, Odpowiedzialność odszkodowawcza państwa w prawie Wspólnot Europejskich, Kraków 2002.