

Jan Siudecki*

Memorandum Prezesa UKE oraz sektora telekomunikacyjnego jako instrument zapewnienia jakości usług telekomunikacyjnych

Spis treści

- I. Uwagi wstępne
- II. Charakter prawny sankcjonowanej samoregulacji
- III. Przyczyny podejmowania inicjatyw samoregulacyjnych i ich sankcjonowania przez regulatora
- IV. Memorandum jako odpowiedź na asymetrię informacyjną pomiędzy regulatorem a regulowanymi
- V. Wnioski

Streszczenie

Autor analizuje porozumienie w sprawie jakości usług telekomunikacyjnych zawarte w październiku 2012 r. pomiędzy Prezesem UKE a dostawcami usług telekomunikacyjnych jako przykład sankcjonowanej samoregulacji sektorowej. W artykule przeanalizowane zostały zarówno przyczyny podjęcia dobrowolnych zobowiązań przez dostawców usług, jak i przyczyny ich usankcjonowania przez Prezesa UKE. Autor próbuje ocenić charakter prawny zawartego porozumienia, a także ustalić, na ile spełnione zostały oczekiwania Prezesa UKE co do zmniejszenia asymetrii informacyjnej istniejącej pomiędzy regulatorem a podmiotami regulowanymi.

Słowa kluczowe: alternatywne formy regulacji; sankcjonowana samoregulacja; jakość usług telekomunikacyjnych; Prezes UKE; asymetria informacyjna.

I. Uwagi wstępne

Rozwiązania przyjęte w pakiecie dyrektyw łączności elektronicznej Unii Europejskiej z 2002 r. zapewniły istnienie skutecznej konkurencji usługowej na poszczególnych rynkach telekomunikacyjnych państw członkowskich. Jednym z tych rozwiązań było zagwarantowanie konsumentom szerokiego zakresu uprawnień związanych z wyborem dostawcy usług, pośród których można wymienić możliwość zachowania numeru przy zmianie dostawcy usług lub zmianie miejsca zamieszkania czy dostęp do jasnej i zrozumiałej informacji o opłatach i taryfach. Niemniej wielość dostawców i zróżnicowanie ofert sprawia, że konsumentowi coraz trudniej jest zorientować się w dostępnych możliwościach. Umożliwienie konsumentowi dokonania świadomego, najkorzystniejszego wyboru poprzez dopasowanie oferty do własnych potrzeb wymaga zapewnienia mu

* Urząd Komunikacji Elektronicznej, Departament Prawny, j.siudecki@uke.gov.pl.

Przedstawione w artykule poglądy autora nie mogą być utożsamiane z oficjalnym stanowiskiem UKE.

właściwych informacji¹. Na konkurencyjnym rynku telekomunikacyjnym, na którym wymagania konsumentów rosną wraz z rozwojem nowych usług, cena usługi przestaje być jedynym kryterium wyboru – ważnym czynnikiem determinującym wybór konsumenta staje się jakość. Jakość usług telekomunikacyjnych, a nie jedynie ich cena, wydaje się mieć także zasadnicze znaczenie dla przedsiębiorców, którzy coraz częściej sferę obsługi klienta, czy nawet cały model prowadzenia działalności gospodarczej, opierają na usługach telekomunikacyjnych, w szczególności na usłudze dostępu do Internetu. Należy przy tym mieć na uwadze, że wzrost konkurencyjności rynku nie zawsze będzie wiązał się z polepszeniem jakości usług – konkurencja jakościowa może ustępować miejsca konkurencji cenowej, a intensywne dążenie do powiększenia zasięgu sieci w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej czy wdrożenie bardziej konkurencyjnej oferty detalicznej może prowadzić do spadku jakości usług telekomunikacyjnych. Dlatego też zapewnienie konsumentom aktualnej i porównywalnej informacji o jakości usług telekomunikacyjnych stało się jednym z zasadniczych celów dokonanej w 2009 r. rewizji ram prawnych łączności elektronicznej Unii Europejskiej². Znowelizowany pakiet dyrektyw telekomunikacyjnych utrzymał nałożone już uprzednio na dostawców usług telekomunikacyjnych obowiązki w zakresie badania i publikowania informacji o jakości usług, ale także wyposażył krajowe organy regulacyjne w nowe kompetencje kontrolne.

Wskazać przy tym należy, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes UKE) podejmował już wcześniej inicjatywy zmierzające do zapewnienia konsumentom porównywalnej, wiarygodnej informacji o jakości usług telekomunikacyjnych. Inicjatywy te szeroko przedstawia M. Podolska³. Tutaj wystarczy podkreślić, że nie doprowadziły one do ustanowienia jednolitego systemu pomiaru jakości usług na krajowym rynku telekomunikacyjnym. Opracowanie systemowego podejścia do badania jakości usług na polskim rynku telekomunikacyjnym jest zatem dopiero przedsięwzięciem do wykonania. Prezes UKE oraz przedstawiciele szeroko pojętego rynku telekomunikacyjnego, podpisując w dniu 26 października 2012 r. Memorandum w sprawie współpracy na rzecz podnoszenia jakości świadczonych dla użytkowników usług na rynku telekomunikacyjnym (dalej: Memorandum) przyjęli, że najbardziej korzystną formułą realizacji tego przedsięwzięcia będzie dobrowolne zobowiązanie sektora telekomunikacyjnego. Jak się wydaje, forma ta ma w przypadku tego przedsięwzięcia wiele zalet – przede wszystkim pozwala dostawcom usług uniknąć ryzyka ewentualnego wdrażania zupełnie nowego systemu badania jakości usług, a regulatorowi zaoszczędzić środków na samodzielne opracowanie metodyki badań, która opracowywana w ten sposób mogłaby okazać się nieefektywna. Niemniej wskazać należy, że dobrowolne formuły uczestnictwa w badaniu jakości usług kończyły się już fiaskiem – regulator Irlandzki ComReg, po tym jak w ramach dobrowolnej formuły badania jakości usług zostało jedynie sześciu dostawców usług, zmuszony został do opracowania nowego podejścia, opartego na władczych formach działania⁴. Podobnie zakończyła się próba samoregulacji w zakresie badania

¹ Szerzej na temat asymetrii informacyjnej między abonentem a dostawcą usług por. raport przygotowany przez DigEcon Research dla Australian Communications Authority dostępny pod adresem: http://www.acma.gov.au/webwrl/_assets/main/lib311946/digecon_research.pdf

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/136/WE z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniająca dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów, Dz. Urz. UE L 337 z 18.12.2009, s. 11–36.

³ M. Podolska, *Memorandum o Jakości – Nowa Inicjatywa Prezesa UKE*. Referat wygłoszony na Krajowym Sympozjum Telekomunikacji i Teleinformatyki we wrześniu 2013 r.

⁴ International Telecommunications Union, *ICT Quality of Service Regulation: Practices and Proposals, Background Paper*, wrzesień 2006.

jakości usług w Zjednoczonym Królestwie (projekt *Comparable Performance Indicators* zastąpiony w 2003 r. projektem *TopComm*), gdzie problemy z uczestnictwem w systemie dobrowolnym doprowadziły do konieczności wprowadzenia systemu przymusowego w 2006 r.

Niniejsza analiza Memorandum ma stanowić próbę oceny funkcjonowania sankcjonowanej samoregulacji sektorowej jako środka realizacji polityki telekomunikacyjnej. Nie zmierza ona do szczegółowego opisanie rozwiązań wypracowanych w ramach Memorandum, które przedstawione zostaną w publicznie dostępnym raporcie końcowym, podsumowującym dorobek wypracowany w związku z analizowaną inicjatywą samoregulacyjną (w chwili złożenia niniejszego artykułu do publikacji raport jest jeszcze przedmiotem konsultacji między sygnatariuszami). Analiza ta przeprowadzona zostanie przede wszystkim w oparciu o stanowiska uczestników analizowanego przedsięwzięcia oraz doświadczenie autora wynikające z uczestnictwa z ramienia Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: UKE) w jednej z grup roboczych ustanowionych w ramach Memorandum oraz w zespole roboczym opracowującym raport końcowy.

II. Charakter prawny sankcjonowanej samoregulacji

Punktem wyjścia analizy charakteru prawnego dobrowolnego zobowiązania sektorowego, jakim jest Memorandum, powinno być przeanalizowanie go z punktu widzenia form działania administracji publicznej. Memorandum, w pkt 5) preambuły stwierdza, że jego sygnatariusze mieli na uwadze „tworzenie przez Prezesa UKE przyjaznego środowiska regulacyjnego dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych promującego możliwość samoregulacji sektora”. Stwierdzenie to prawidłowo określa charakter Memorandum i kierunkuje jego analizę na zagadnienia alternatywnych form regulacji.

W tej sprawie zaznaczyć na wstępie należy, że klasyfikacje koncepcji zaliczanych do alternatywnych form regulacji (np. współregulacja, samoregulacja, prawo miękkie, otwarta metoda koordynacji) są oparte w zdecydowanej większości na poglądach doktryny, którym daleko do spójności. Autor przyjął takie rozumienie tych koncepcji, które pozwala na przeanalizowanie Memorandum jako formy działania organu administracji publicznej. Przyjęcie tego założenia oznacza po pierwsze, że samoregulacji nie można rozpatrywać w kategoriach form działania organu administracji publicznej. Samoregulacja nie zakłada bowiem jakiegokolwiek uczestnictwa organu, a jedynie ustalenie wspólnych reguł przez interesariuszy obowiązujących ich samych. O ile inicjatywy samoregulacyjne mogą wpływać na decyzje regulatora, czy i jak regulować, to nie tworzą jednak po jego stronie żadnych zobowiązań. Dlatego też jedynie samoregulacja sankcjonowana, a więc taka, w której w jakiejś formie uczestniczy organ regulacyjny, może być rozpatrywana z punktu form działania administracji publicznej w sferze regulacji. Należy bowiem uznać, że z zasady działania organów władzy publicznej na podstawie i w granicach prawa wynika, że żadne działanie tego organu w sferze publicznoprawnej nie może być rozpatrywane jako nieistotne (niewywołujące jakichkolwiek skutków) w zakresie zadań, jakie organ ten zobowiązany jest realizować. Z punktu widzenia form działania organu administracji publicznej istotne są zatem dopiero „sankcjonowane” inicjatywy samoregulacyjne, tj. takie, wobec których organ administracji publicznej zajmuje mniej lub bardziej sformalizowane stanowisko (np. zawiera z interesariuszami porozumienie, wydaje rekomendację lub obejmuje „patronat” nad takim przedsięwzięciem w inny podobny sposób). W tym miejscu należy jeszcze zaznaczyć, że różnica między sankcjonowaniem samoregulacji

a współregulacją polega na tym, że dobrowolne podjęcie zobowiązań w ramach współregulacji znajduje wyraźną podstawę w przepisach prawa, natomiast sankcjonowanie samoregulacji podejmowane jest na podstawie ogólnych przepisów kompetencyjnych organu administracji publicznej. Z tej przyczyny środki współregulacyjne budzą zdecydowanie mniejsze kontrowersje z punktu widzenia legalności działania organu administracji publicznej.

Odnosząc powyższe rozważania do Memorandum, należy ocenić zatem, że stanowi ono środek regulacyjny, który można ująć jako samoregulację sektora telekomunikacyjnego usankcjonowaną przez Prezesa UKE w formie publicznoprawnego porozumienia, którego podstawą prawną są ogólne normy kompetencyjne Prezesa UKE. Analiza skutków prawnych, jakie wywołuje porozumienie, takie jak Memorandum, jest zadaniem niełatwym, głównie dlatego, że działanie w formie porozumienia nieuregulowanego prawnie w wyczerpującym zakresie jest instytucją rzadko stosowaną, która do tej pory nie była przedmiotem weryfikacji przed sądem.

Zarówno Sygnatariusze, jak i Prezes UKE zgodzili się, że Memorandum dotyczy określenia jednolitych zasad (sposobu) wykonania obowiązków ciążących na dostawcach usług telekomunikacyjnych w odniesieniu do pomiaru jakości usług i informowania abonentów o wynikach tych pomiarów (w szczególności chodzi tu o obowiązki wynikające z art. 62a i art. 63 Pt⁵). Ta formuła pozostaje spójna z poglądem, że Memorandum, jako inicjatywa samoregulacyjna, pozostaje bez wpływu na samo istnienie obowiązków przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wynikających z przepisów prawa oraz bez wpływu na kompetencje Prezesa UKE w tym przedmiocie. Oznacza to, że dostawca usług nie może powołać się na uczestnictwo w systemie ustanowionym w ramach Memorandum, aby uniknąć kontroli Prezesa UKE w zakresie wykonywania obowiązków związanych z jakością usług. Bezsprzecznie, publicznoprawne porozumienie zawarte na podstawie ogólnych norm kompetencyjnych organu administracji publicznej nie może prowadzić do wyłączenia ustawowych zadań tego organu. Nie można także przyjąć, że przystąpienie do Memorandum ustanawia niewzruszalne domniemanie prawidłowej realizacji obowiązków wynikających z przepisów prawa. Konkretnie okoliczności, charakterystyczne dla danego przypadku mogą bowiem powodować, że rozwiązania wypracowane w związku z Memorandum nie będą stanowiły prawidłowego wypełnienia odpowiednich obowiązków przewidzianych w Prawie telekomunikacyjnym. Powyższe nie oznacza jednak, że należy bez zastrzeżeń dopuścić sytuację, w której Prezes UKE ignoruje fakt zawarcia Memorandum. Zasada zaufania do władzy publicznej wymaga bowiem, aby organy tej władzy nie wprowadzały regulowanych w błąd oraz, aby nie odstępowały bez uzasadnienia od raz przyjętego sposobu działania, niezależnie od tego czy sposób ten przyjęty został w ramach stosowania prawa w sposób władczy, czy nie. Przykładowo, skoro Prezes UKE zaaprobował metodykę pomiarów wypracowaną w ramach Memorandum, mógłby skutecznie podważyć jej prawidłowość (np. w ramach stosowania art. 62a ust. 2 Pt) jedynie wówczas, gdyby skutecznie wykazał, że metodyka ta nie gwarantuje użytkownikom końcowym przejrzystych informacji o parametrach jakościowych usługi lub nie zapewnia rzetelnego pomiaru z uwagi na konkretne okoliczności, charakterystyczne dla indywidualnego przypadku, albo sposób realizacji tej metodyki.

W toku prac w ramach Memorandum niejednokrotnie dyskusje koncentrowały się na tym, w jaki sposób i jakim stopniu jego strony są związane postanowieniami zawartego porozumienia. Przykładowo, sprzeciw Sygnatariuszy wzbudziła informacja o planowanym przez Prezesa UKE

⁵ Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.); dalej: Pt.

uruchomieniu aplikacji internetowej, umożliwiającej abonentom zdalne zmierzenie jakości dostępu do Internetu w ramach Systemu Informacyjnego o Infrastrukturze Szerokopasmowej⁶. Prezes UKE planował, na podstawie danych uzyskanych z tego narzędzia, opracowanie mapy jakości usługi dostępu do Internetu. Odnosząc się do tego projektu Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (dalej: PIIT) w stanowisku z dnia 5 kwietnia 2013 r. stwierdziła: „Podjęte przez Prezesa UKE działania w zakresie alternatywnych wobec Memorandum rozwiązań [...] poddaje w wątpliwość zarówno celowość prac w ramach Memorandum, skoro i tak niezależnie od wypracowanych rozwiązań w ramach Memorandum Prezes UKE zamierza zastosować alternatywne metodologie pomiarów”. Sygnatariusze zrzeszeni w PIIT oczekiwali zatem od Prezesa UKE ograniczenia działań, które oceniali jako zakłócające prace realizowane w ramach Memorandum. Można przyjąć, iż pogląd ten wynikał z przekonania, że Memorandum, jako umowa, powinno korzystać z charakterystycznej dla umów prawa cywilnego lojalności w jej wykonaniu, wynikającej m.in. z równorzędności stron takich umów. Lojalność tę można ująć jako zasadę, zgodnie z którą strona umowy nie powinna podejmować czynności mogących utrudnić wykonanie zobowiązania drugiej stronie lub zniweczyć korzyści, jakie druga strona spodziewa się odnieść z tytułu zawarcia umowy. Podany przykład kontestacji przez Sygnatariuszy próby stworzenia mapy jakości usług telekomunikacyjnych dobrze obrazuje zasadniczy problem sankcjonowania samoregulacji w formie publicznoprawnego porozumienia. Problem ten wynika z działania organu jako formalnie równorzędnej strony umowy, którą organ traktuje jako środek służący realizacji jego zadań, w sytuacji, gdy organ w sferze prawa publicznego, realizując powierzone mu zadania, co do zasady zachowuje pozycję nadrzędną (wówczas, gdy stosuje władcze formy działania). Konflikt ten nie przejawia się oczywiście w możliwości narzucenia przez organ drugiej stronie umowy zobowiązań, jakie ma podjąć. Chodzi tu raczej o konflikt powstający na tle tych elementów kontraktu i sposobu jego wykonania, które nie zostały w nim wprost wyrażone. W odniesieniu do organu administracji publicznej będzie to przede wszystkim korzystanie z uprawnień niewładczych w sferze, którą organ ten starał się uregulować, zawierając umowę sankcjonującą samoregulację. Uprawnienia władcze jako wynikające wprost z przepisów prawa są w sposób oczywisty niewyłączalne w drodze jakiegokolwiek porozumienia. Twierdzenia, że organ nie powinien podejmować działań władczych z uwagi na usankcjonowanie samoregulacji są oczywiście niesłuszne. Konsekwencją postrzegania przez podmiot samoregulujący umowy w swej istocie publicznoprawnej (dotyczącej przecież praw i obowiązków publicznoprawnych, a nie działalności w sferze majątkowej) tak, jakby była to umowa prawa prywatnego prowadzi do wniosku, że organ administracji jest równorzędnym partnerem i należy oczekiwać od niego lojalności w realizacji kontraktu, takiej jakiej oczekuje się od innego podmiotu prawa prywatnego. Nie jest to oczekiwanie całkowicie nieuzasadnione, natomiast wydaje się, że organ administracji publicznej, który ma się kierować prawnie przewidzianymi przesłankami i koniecznością efektywnej realizacji swoich zadań, nie jest w stanie dochować takiej lojalności, jaka charakteryzować powinna strony umowy prawa prywatnego i nie można oczekiwać, że organ zrezygnuje z realizacji inicjatywy, którą postrzega jako konieczną do wykonania powierzonych mu zadań, nawet wtedy, gdy nie jest ona zbieżna z interesem podmiotu, z którym organ zawarł publicznoprawne porozumienie. Należy jednak podkreślić, że organ, nawet wtedy, kiedy działa w formach niewładczych, nie powinien podejmować inicjatyw ze sobą sprzecznych, ponieważ takie postępowanie w każdym przypadku

⁶ Pobrano z: <https://form.teleinfrastruktura.gov.pl/>.

będzie podważało zaufanie do władzy publicznej. Jedynie na marginesie poczynionych uwag można wspomnieć, że wspomniana aplikacja przygotowana przez Prezesa UKE bardziej miała charakter uzupełniający niż konkurencyjny wobec Memorandum. Rozstrzygnięcie problemu z nią związanego stało się jednakże bezprzedmiotowe w obliczu rezygnacji przez Prezesa UKE z projektu omawianej aplikacji. Dyskusja, jaka miała miejsce w toku prac Memorandum w związku z tą aplikacją, wydaje się dobrze obrazować jakiego rodzaju problemy w zakresie oceny skutków prawnych wiąże się ze stosowaniem samoregulacji.

III. Przyczyny podejmowania inicjatyw samoregulacyjnych i ich sankcjonowania przez regulatora

Memorandum dobrze obrazuje mechanizm samoregulacji sektora i stanowi potwierdzenie poglądów doktryny dotyczących przyczyn, dla których przedsiębiorcy angażują się w inicjatywy samoregulacyjne. W tej sprawie doktryna europejska jest zgodna, że chodzi tu głównie o zagrożenie podjęciem władczych działań przez regulatora lub podjęciem inicjatywy legislacyjnej przez ustawodawcę⁷. Wydaje się, że ta „groźba regulacji” stanowiła także motywację do podjęcia zobowiązań w ramach Memorandum. Przyczyny jego zawarcia związane były bezpośrednio z zamiarem przyjęcia rozporządzenia przez ministra właściwego do spraw łączności na podstawie art. 63 ust. 3 Pt. Projekt rozporządzenia w sprawie wymagań dotyczących jakości poszczególnych publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych oraz treści, formy, terminów i sposobu publikowania przez dostawców usług informacji o jakości świadczonych przez nich usług przygotowany został w ówczesnym Ministerstwie Infrastruktury już w czerwcu 2010 r. Jednakże prace legislacyjne dotyczące tego projektu zostały wstrzymane, jak się wydaje, z uwagi na nowelizację Prawa telekomunikacyjnego transponującą nowelizację pakietu dyrektyw łączności elektronicznej Unii Europejskiej z 2009 r. do polskiego porządku prawnego. Kwestia jakości usług i ewentualnego wydania rozporządzenia pojawiła się ponownie w 2012 r. po uchwaleniu wspomnianej nowelizacji Pt, jednakże wówczas wydanie rozporządzenia na podstawie art. 63 ust. 3 Pt zostało ponownie wstrzymane, tym razem z uwagi na wyłaniającą się ideę zawarcia Memorandum. Zamiar wydania omawianego rozporządzenia znany był środowisku telekomunikacyjnemu, jego projekt był bowiem przedmiotem wstępnych konsultacji ze środowiskiem. Ponadto, należy podkreślić, że Prezes UKE, wraz z wdrożeniem nowelizacji pakietu dyrektyw łączności elektronicznej z 2009 r. zyskał uprawnienia, które w razie ich wykorzystania stanowiłyby poważną ingerencję w funkcjonowanie poszczególnych dostawców usług (mowa tu przede wszystkim o możliwości określenia przez Prezesa UKE minimalnych wymogów w zakresie jakości usług telekomunikacyjnych na podstawie art. 63 ust. 2a Pt). Narzucenie czy to w drodze rozporządzenia, czy to w drodze decyzji Prezesa UKE sposobu przeprowadzania pomiarów jakości usług mogłoby oznaczać dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych konieczność poniesienia znaczących kosztów związanych z dostosowaniem funkcjonujących już systemów pomiarowych bądź wdrożeniem zupełnie nowych. Wydaje się również, że niedostateczny poziom koordynacji sposobu przeprowadzania pomiarów, jaki zapewniałoby rozporządzenie czy tym bardziej decyzja Prezesa UKE, mógłby w niektórych przypadkach wpływać na zachwianie warunków konkurencyjnych na rynku. Wykonywanie w różny sposób

⁷ A. Heritier, S. Eckert, *New Modes of Governance In the Shadow of Hierarchy: Self-Regulation by Industry In Europe*, EUI Working Papers, RSCAS 2007, No. 20, s. 2; K. Segerson, T. Miceli, *Voluntary Approaches to Environmental Protection, The Role of Legislative Threats*. Dokument roboczy nr 21 Fondazione Eni Enrico Mattei, Mediolan 1997; G. Helfteck, *Legislative Threats*, „Stanford Law Review” 2008, No. 61.

obowiązków wynikających z rozporządzenia, czy wydanie decyzji Prezesa UKE wobec niektórych jedynie dostawców usług, mogłoby prowadzić do nieporównywalności informacji o jakości usług poszczególnych dostawców. W tej sytuacji rozumiała staję się chęć rynku, po pierwsze, do zagwarantowania sobie wpływu na ostateczny kształt systemu pomiaru jakości usług, tak aby jego wdrożenie wymagało jak najmniejszych nakładów, a po drugie, zapewnienia równych szans poprzez ustanowienie jednolitego systemu pomiaru jakości usług obowiązującego przynajmniej większość uczestników rynku (tzw. *level playing field*).

Jeżeli chodzi natomiast o motywację regulatora do włączania się w alternatywne formy regulacji, takie jak Memorandum, to w nauce przedmiotu generalnie wskazuje się, że mechanizmy samoregulacyjne z udziałem regulatora stosowane są wówczas, gdy regulator, wymagając wiedzy i doświadczenia, „zleca” sformułowanie polityki czy konkretnych rozwiązań przedstawicielom regulowanego sektora, poza formalnymi (administracyjnymi czy legislacyjnymi) procedurami formułowania i wdrażania polityki. Po stronie regulatora główną motywacją sankcjonowania samoregulacji jest chęć zminimalizowania asymetrii informacyjnej, a zatem zjawiska braku wiedzy po stronie regulatora co do użyteczności i efektywności stosowanych (oraz alternatywnych) w danym sektorze rozwiązań, technologii i procedur, istniejących rodzajów ryzyka czy szans⁸. Jak się wydaje zjawisko asymetrii informacyjnej jest szczególnie charakterystyczne dla regulacji *ex ante*, stosowanej wobec rynków infrastrukturalnych, która ma na celu określenie zachowania regulowanych podmiotów na przyszłość, a nie jedynie określenie skutków prawnych działań już dokonanych, jak to się dzieje w przypadku regulacji *ex post*⁹. Niezbędną do regulacji wiedzę posiadają oczywiście członkowie danego sektora, jednakże ponieważ to właśnie oni podlegają regulacji albo w ogóle nie są zainteresowani dzieleniem się wiedzą, albo używają jej, aby efektywnej regulacji uniknąć (tzw. *regulatory capture*). Regulator, włączając interesariuszy do formułowania swoich rodzajów polityki liczy, że w ten sposób przewycięży niechętną (a czasem wręcz wrogą) wobec regulacji postawę i wypromuje podejście zaangażowane. W rezultacie efekty samoregulacji, w porównaniu ze środkami władczymi, powinny okazać się bardziej efektywne w kategoriach zaangażowania zasobów i lepiej dopasowane do realizacji projektowanych celów.

Jeżeli chodzi o oczekiwane zaangażowanie przedsiębiorców w opracowanie systemu badania jakości usług telekomunikacyjnych, to prace na wstępnym etapie z pewnością nie charakteryzowały się zaangażowaniem Sygnatariuszy na pożądanym poziomie. Po sześciu miesiącach prac, w maju 2013 r. Prezes UKE komunikował na witrynie internetowej UKE: „[...] spośród wszystkich 39 Sygnatariuszy Memorandum o jakości jedynie kilku wykazuje się aktywnością w pracach merytorycznych i istotnym wkładem. Brak aktywności szerokiego grona Sygnatariuszy Memorandum, wpływa istotnie na tempo pracy, a tym samym na założony harmonogram, który przewidywał sfinalizowanie prac do końca 2013 r.”¹⁰ Dodać należy, że jedynie najwięksi przedsiębiorcy telekomunikacyjni czynnie brali udział w pracach nad opracowaniem wskaźników, a wśród nich szczególnie aktywni byli operatorzy sieci ruchomych. Ponadto, nawet zaangażowanie tych przedsiębiorców mało, gdy od określenia nazwy wskaźnika, jego definicji czy miary przechodzą do

⁸ Więcej na ten temat por. T. Lewis, M. Poitevin, *Disclosure of Information in Regulatory Proceedings*, Centre interuniversitaire de recherche en analyse des organisations, Montreal, styczeń 1995; C. Coglianese, R. Zeckhauser, E. Parson, *Securing Information for Power: Informational Strategy and Regulatory Policy Making*, John F. Kennedy School of Government Faculty Research Working Paper Series, maj 2004.

⁹ M. Tatcher, *Europe and the reform of national regulatory institutions: a comparison of Britain, France and Germany*, Paper for Council of European Studies Conference 15th conference, Chicago 2006, s. 4.

¹⁰ Komunikat dostępny pod adresem: <http://www.uke.gov.pl/stan-prac-w-ramach-memorandum-o-jakosci-12432>.

opracowania bardziej skomplikowanych i wymagających dzielenia się własnym know-how kwestii, takich jak metoda pomiaru, warunki środowiskowe czy kalkulacja wskaźnika. W takich sytuacjach przedsiębiorcy nierzadko odmawiali dzielenia się wiedzą, twierdząc, że tego typu dane stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dalsza analiza Memorandum koncentrować się będzie na opisanu tych jego elementów, które wzbudziły najwięcej sporów wśród Sygnatariuszy. Prześledzenie dyskusji w tych kwestiach, którym rozwiązaniu uczestnicy Memorandum poświęcili najwięcej uwagi, powinno pozwolić na ustalenie, na ile oczekiwania w zakresie zmniejszenia asymetrii informacyjnej zostały spełnione oraz na ustaleniu, jakie przeszkody spełnienie tych oczekiwań utrudniały.

IV. Memorandum jako odpowiedź na asymetrię informacyjną pomiędzy regulatorem a regulowanymi

Pierwszą z zasadniczych kwestii z punktu widzenia przyszłego systemu pomiaru jakości usług telekomunikacyjnych, którego wypracowanie projektowano, zawierając Memorandum, była kwestia ilości wskaźników, które podlegałyby pomiarom. UKE na wstępie prac zaproponowało listę 37 wskaźników. Propozycja UKE spotkała się jednak z krytyką Sygnatariuszy. Sygnatariusze wskazywali bowiem, że celem Memorandum jest zapewnienie konsumentom zrozumiałej, łatwo porównywalnej informacji o jakości usług poszczególnych dostawców. Natomiast tak obszerna lista wskaźników osiągnięcie tych celów by niweczyła – abonentowi trudno byłoby zestawić 37 różnych wskaźników, w dodatku takich, które mierzą jakość usług coraz mniej popularnych (np. usługi oparte na protokole transferu plików FTP czy protokołach POP3/SMTP) lub które mierzą jedynie fragment procesu świadczenia usługi (tak było w przypadku wskaźników zaproponowanych dla usługi SMS: *SMS Service Non-Accessibility MO*, *SMS Accses Delay MO*, *SMS Completion Failure Ratio*, *SMS End – to-End Delivery Time*). Stanowisko przedsiębiorców telekomunikacyjnych poparte zostało przez Instytut Łączności, który również wskazał na konieczność ograniczenia ilości wskaźników do niezbędnego minimum. Ostatecznie przyjęto, że tzw. wskaźniki techniczne obejmą: skuteczność połączeń telefonicznych, wskaźnik połączeń przerwanych oraz wskaźnik jakości mowy dla usług głosowych, wskaźnik prędkości transmisji danych (*upload/download*) i wskaźnik opóźnienia dla usługi dostępu do Internetu oraz procent wiadomości dostarczanych w ciągu 10 sekund dla usługi SMS. Oprócz powyższych wskaźników „technicznych” przyjęto dwa wskaźniki tzw. administracyjne, które miały zostać opracowane w ramach Grupy Roboczej ds. Wskaźników Administracyjnych (tzw. GRA). Ustalono, że dostawcy usług mierzyć będą dwa wskaźniki. Pierwszy z nich to wskaźnik poprawności faktur, który zgodnie z podjętymi ustaleniami „pokazuje klientowi w jakim procencie operator poprawnie wystawia faktury”. Drugim wskaźnikiem „administracyjnym” został średni czas oczekiwania na połączenie z personelem, który ma pokazywać klientowi, ile czasu przeciętnie będzie musiał poczekać na połączenie z konsultantem.

Ustalenie listy wskaźników podlegających pomiarom pozwoliło na rozpoczęcie opracowania rozwiązań szczegółowych. Szybko okazało się jednak, że pomiędzy Prezesem UKE a Sygnatariuszami nie ma zgody w kwestii najbardziej zasadniczej, to jest w kwestii przedmiotu Memorandum. Pkt 1 lit. b) Memorandum stwierdzał, że przedmiotem Memorandum jest wspólne ustalenie, przez Inicjatora (Prezesa UKE) i Sygnatariuszy, metodyki dokonywania obiektywnego pomiaru wskaźników jakości. W ocenie przedstawicieli UKE postanowienie to dotyczyło takich

kwestii, jak: sposób pomiaru (metody zbierania danych: aktywna bądź bierna obserwacja ruchu rzeczywistego), miejsce pomiaru (punkty strategiczne monitorowania sieci dostępowych w rejonach o różnym zagęszczeniu użytkowników Internetu, tj.: aglomeracje miejskie, miasta i miejscowości, obszary wiejskie), pory dnia wykonania pomiarów, liczba prób testowych dla osiągnięcia właściwej dokładności pomiarów, sprawozdawczość z przeprowadzonych badań, metody analizy wyników i ich prezentacja. W ocenie Sygnatariuszy postanowienie to dotyczyło natomiast, oprócz wyżej wymienionych elementów, także określenia tego, kto ma prowadzić pomiary (każdy dostawca odrębnie, jeden podmiot wybrany przez dostawców, czy UKE) i czy pomiary te wykonywane powinny być jednocześnie dla wszystkich Sygnatariuszy, czy też nie.

Na konieczność koordynacji pomiarów zwracali uwagę głównie operatorzy sieci ruchomych. O ile w sieciach stacjonarnych pomiary dadzą wiarygodne i porównywalne wyniki, gdy są wykonywane za pomocą sond stacjonarnych, o tyle w sieciach ruchomych, taki model nie dałby pożądanego rezultatu ze względu na specyfikę sieci ruchomych (wpływ warunków atmosferycznych na propagację fal radiowych czy możliwość poruszania się abonenta w trakcie używania urządzenia końcowego). Operatorzy sieci ruchomych wskazywali, że ze względu na sposób korzystania z ich sieci, pomiary w sieciach ruchomych powinny odbywać się z wykorzystaniem tzw. *drive testów*, a zatem w modelu, w którym pomiaru dokonuje poruszający się, odpowiednio wyposażony pojazd, a nie sonda stacjonarna. Jednakże uzyskanie porównywalnych wyników w tym modelu wymaga, aby pomiar dla każdej sieci dokonany był w tym samym czasie i miejscu i w tych samych warunkach (a zatem aby dokonywał ich równocześnie ten sam pojazd). Inaczej pomiary nie będą porównywalne, w tym znaczeniu, że nie dadzą wyników, których porównanie dawałoby rzeczywisty obraz jakości usług świadczonych w poszczególnych sieciach. Dlatego też, operatorzy sieci ruchomych wskazali, że naczelną zasadą pomiarów w sieciach ruchomych powinna być jednoczesność pomiarów. Zgodnie z tą zasadą w tym samym czasie wykonywane są testy (pomiary) operatorów ruchomych publicznych sieci telekomunikacyjnych przy użyciu jednostki/jednostek pomiarowych wyposażonych w tyle kanałów pomiarowych, ile potrzeba do dokonywania jednoczesnych pomiarów dla wszystkich operatorów. Ponadto, z oczywistych względów, zagwarantowana być musi niezależność podmiotu realizującego pomiar. Sygnatariusze stanęli na stanowisku, że przeprowadzenie pomiarów w sieciach ruchomych o porównywalnych wynikach jest możliwe jedynie w wyżej opisanych warunkach.

Obawy UKE przed poruszaniem tej problematyki w ramach Memorandum związane były przede wszystkim z opiniami części sygnatariuszy, że to UKE powinno badać jakość usług, a nie poszczególni dostawcy usług. Pogląd UKE, że to obowiązkiem dostawców usług jest pomiar jakości, wynikał z przekonania, że skoro to dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych są zobowiązani publikować aktualne informacje o jakości usług na podstawie art. 63 ust. 1 Pt, to oni też powinni przeprowadzać pomiary, które informacji tych dostarczą. Pogląd ten wspierały wnioski z analizy przygotowanej przez A.T. Kearney, jaką UKE zleciło jeszcze w maju 2010 r.¹¹ Przedstawiciele UKE, podzielając poglądy Sygnatariuszy co do większej efektywności pomiarów skoordynowanych (w porównaniu z pomiarami wykonywanymi przez każdego dostawcę

¹¹ Dokument dostępny pod adresem: http://www.atkearney.com/paper/-/asset_publisher/dVxv4Hz2h8bS/content/telecommunication-measuring-quality-of-service/10192.

samodzielnie), nie dostrzegali przyczyny, dla której kwestie kto i kiedy ma przeprowadzać pomiary musiałyby być ustalane w ramach Memorandum, a nie w gronie samych przedsiębiorców.

Pomimo negatywnego stanowiska UKE Sygnatariusze powołali Grupę Roboczą do spraw Organizacyjno-Prawnych (dalej: GROP), która miała za zadanie określić kto i na jakich zasadach będzie przeprowadzał pomiary jakości. Przedstawicielom UKE, w obliczu takiego obrotu sprawy, pozostało tylko uznać, że GROP może działać w ramach organizacyjnych Memorandum (a więc także i przy udziale przedstawicieli UKE), natomiast ustalenia, jakie w ramach tej grupy roboczej zapadną, nie będą stanowiły „dorobku” Memorandum. Stanowisko to jednakże na koniec obrad zostało zweryfikowane, a ustalenia dotyczące organizacji pomiarów ostatecznie znajdują się w raporcie końcowym z prac w ramach Memorandum.

Jak to już zostało zaznaczone prace prowadzone w ramach GROP zmierzały do ustalenia przede wszystkim podmiotu, który pomiary jakości usług będzie przeprowadzał. Rozpatrywane były następujące scenariusze:

- 1) UKE realizuje pomiary samodzielnie;
- 2) pomiary realizuje podmiot trzeci na zlecenie UKE, a sygnatariusze przedsięwzięcie to finansują;
- 3) pomiary realizuje podmiot trzeci, finansowany przez sygnatariuszy; UKE publikuje wyniki na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej UKE;
- 4) pomiary realizuje każdy przedsiębiorca samodzielnie według ustalonej w ramach Memorandum metodyki pomiarów.

Już na wstępnym etapie analiz okazało się, że należy odrzucić scenariusz drugi, ze względu na wątpliwości co do podstawy prawnej realizacji takiej formy współpracy. Chociaż początkowym celem Prezesa UKE było zapewnienie pomiarów jakości usług w formule odpowiadającej scenariuszowi czwartemu, to jednoznaczne stanowisko większości operatorów sieci ruchomych (oraz tych operatorów sieci stacjonarnych z grup kapitałowych, w skład których wchodzi także operatorzy sieci ruchomych) doprowadziło do rewizji tego stanowiska UKE. Tylko jeden z operatorów infrastrukturalnych sieci ruchomych opowiedział się za wariantem, w którym każdy dostawca usług przeprowadza badania samodzielnie. Stanowisko swoje motywował wdrożeniem takiego właśnie modelu badania jakości usług w swojej sieci i w konsekwencji brakiem uzasadnienia dla dodatkowych kosztów związanych ze zmianą dotychczasowego systemu w przypadku wyboru tego scenariusza. Jak wyżej wskazano, w ocenie Sygnatariuszy zastosowanie scenariusza czwartego dawałoby nieporównywalne wyniki, jeżeli chodzi o pomiary wskaźników technicznych jakości usług – wyniki tych pomiarów zależne są bowiem od aktualnego ruchu w sieci, obszaru w którym pomiar jest przeprowadzany czy (w przypadku sieci ruchomych) chociażby warunków atmosferycznych. Ponadto, przeprowadzanie badania jakości usług samodzielnie przez każdego dostawcę usług dawałoby wyniki niewiarygodne – nawet bowiem jeżeli badania byłyby wykonywane według tej samej metodyki, to wciąż istniałaby możliwość wykonywania badań w warunkach najbardziej sprzyjających czy ryzyko manipulowania danymi. To rozwiązanie wymagałoby zatem stałej kontroli i zaangażowania znacznych zasobów. Można także przyjąć, że pomiary przeprowadzane samodzielnie przez każdego dostawcę usług byłyby mniej wiarygodne dla konsumentów niż pomiary przeprowadzane przez podmiot trzeci lub UKE. Dyskusja w ramach GROP skupiła się zatem na wyborze jednego z dwóch scenariuszy: scenariusza wykonywania pomiarów przez

UKE i scenariusza, w którym pomiary wykonuje podmiot trzeci na zlecenie Sygnatariuszy (tzw. wariant konsorcjum). Za pierwszym z tych scenariuszy zdecydowanie opowiadali się Sygnatariusze. Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji w jednym ze swoich stanowisk stwierdziła, że „analiza poszczególnych metod wskazuje, iż zapewnienie obiektywnych i efektywnych kosztowo pomiarów jakości usług na potrzeby wskaźników technicznych będzie możliwe jedynie w wariantcie, w którym pomiary takie zostaną przeprowadzone przez Prezesa UKE, bądź przez podmiot trzeci na zlecenie Prezesa UKE”. O braku możliwości zaakceptowania tego scenariusza przesądził przede wszystkim brak gotowości UKE do poniesienia kosztów przeprowadzenia pomiarów jakości usług. Ponadto, jak się wydaje, podstawa prawna przeprowadzania tego rodzaju kontroli działalności przedsiębiorców telekomunikacyjnych byłaby co najmniej wątpliwa. Zgodnie z art. 199 Pł Prezes UKE jest uprawniony do kontroli przestrzegania przepisów, decyzji oraz postanowień z zakresu telekomunikacji, gospodarki częstotliwościami lub spełniania wymagań dotyczących kompatybilności elektromagnetycznej. Prezes UKE nie ma natomiast kompetencji do kontrolowania dobrowolnych zobowiązań sektorowych. A zatem kontrola jakości usług, na potrzeby Memorandum, odbywać by się mogła jedynie w ramach kontroli wykonywania obowiązków wynikających z przepisów prawa bądź decyzji (chodzi tu o sytuację, w której Prezes UKE kontroluje wykonanie odpowiednich przepisów prawa, posługując się metodyką wypracowaną w ramach Memorandum, bez formalnego odwołania do zobowiązań wynikających z Memorandum).

Ze scenariuszem trzecim (pomiary przeprowadza niezależny podmiot na zlecenie sygnatariuszy) związane były natomiast obawy sygnatariuszy o ewentualne zastosowanie przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) sankcji związanych z naruszeniem prawa konkurencji, a konkretnie ze złamaniem zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. W ocenie niektórych Sygnatariuszy, porozumienie którego przedmiotem byłby wybór jednego podmiotu, który na zlecenie Sygnatariuszy badałby jakość usług w ich sieciach, mogłoby prowadzić do podziału rynków zbytu lub zakupu czy ograniczania dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. Aby zminimalizować powyższe obawy, wychodząc naprzeciw propozycjom Sygnatariuszy, UKE zaprosiło do współpracy przedstawicieli UOKiK, którzy mieli wspierać merytorycznie prace prowadzone w ramach GROU (można także założyć, że w zamierzeniu Sygnatariuszy udział przedstawicieli UOKiK w pracach GROU miał zminimalizować prawdopodobieństwo wszczęcia postępowania antymonopolowego przez Prezesa UOKiK). Wraz z wyborem trzeciego scenariusza dokonywania pomiarów jakości usług w sieciach ruchomych, określony został ramowy zakres zobowiązań, których realizacja miała nastąpić w systemie Memorandum.

Na konieczność określania celów w ramach inicjatyw samoregulacyjnych w sposób jednoznaczny, kwantyfikowalny i możliwy do podzielenia na etapy zwracała uwagę Komisja Europejska w dokumentach programowych dotyczących alternatywnych metod regulacji. (przykładowo w Komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – Porozumienia środowiskowe na poziomie wspólnotowym w ramach planu działania na rzecz uproszczenia i poprawy środowiska regulacyjnego¹²). Oczywiście, cel w postaci ustalenia wskaźników jakości usług telekomunikacyjnych trudno byłoby ująć liczbowo, na-

¹² COM(2002)412.

tomiaś wydaje się, że przedmiot Memorandum określony został lakonicznie i, jak się okazało, niejednoznacznie (albo nieprawidłowo – w sposób nieodpowiadający zamiarowi jednej ze stron). Co najmniej kilka spotkań roboczych w toku prac zostało poświęconych rozstrzygnięciu kwestii przedmiotu Memorandum, co przyniosło nie tylko opóźnienie prac nad określeniem samych wskaźników, lecz także skutkowało wzrostem nieufności stron i wzajemnym poddaniem w wątpliwość ich dobrej woli. Jednocześnie należy przy tym mieć na uwadze, że pomimo wszystkich problemów związanych z ustaleniem organizacji pomiarów w sieciach ruchomych, należy ocenić, że podobny system w ramach władczych rozwiązań dostępnych Prezesowi UKE nie mógłby nigdy zostać zrealizowany. Chodzi tu nie tylko o brak możliwości prawnych zobowiązania operatorów sieci ruchomych do przeprowadzania pomiarów jednocześnie, ale także o świadomość tego, jak wskaźniki jakości usług telekomunikacyjnych powinny zostać mierzone, aby uzyskane wyniki były porównywalne i przez to wiarygodne dla konsumentów oraz na ile możliwe jest wdrożenie takiego modelu pomiarów w poszczególnych przedsiębiorstwach.

V. Wnioski

Przebieg prac w ramach Memorandum wyraźnie pokazuje, jak wiele kontrowersji wiąże się ze stosowaniem sankcjonowanej samoregulacji. Podobne, alternatywne środki regulacyjne o „miękkim”, niewładczym charakterze rodzą niejednoznaczne skutki prawne. Ta niejednoznaczność utrudnia skoncentrowanie prac na opracowywanych rozwiązaniach i skutecznie absorbuje uwagę regulatora i interesariuszy, co dobrze obrazował stanowczy sprzeciw Sygnatariuszy wobec próby wdrożenia przez Prezesa UKE narzędzia służącego do pomiaru jakości usługi dostępu do Internetu w ramach SIIS. Warto podkreślić także, że uczestnicy inicjatywy samoregulacyjnej sankcjonowanej w formie publicznoprawnego porozumienia (w tym także regulator), powinni mieć świadomość co do odrębności takich, publicznoprawnych porozumień od umów prawa cywilnego. Porozumienia publicznoprawne sankcjonujące inicjatywy samoregulacyjne powinny charakteryzować się wyjątkową precyzją postanowień, oddającą wyraźnie zamiar stron, ponieważ sprzeczność interesów regulowanych i regulatora połączona z niejednoznacznością co do skutków prawnych i stopnia związania postanowieniami takiego środka regulacyjnego, skutkować może wzrostem wzajemnej nieufności i utrudnieniem osiągnięcia zamierzonego celu. Niemniej, Memorandum stanowi przykład tego, że wątpliwości co do natury prawnej sankcjonowanej samoregulacji i związane z tym uwarunkowania formalne i prawne, niekoniecznie muszą prowadzić do fiaska przedsięwzięcia tego rodzaju. W analizowanym przypadku spełnione bowiem zostały podstawowe okoliczności, które wskazuje się jako warunki sukcesu samoregulacji – tj. realną groźbę władczej regulacji i zbieżny interes wszystkich podmiotów podejmujących dobrowolne zobowiązania. Z tej przyczyny w ramach Memorandum udało się osiągnąć znaczącą wartość dodaną w stosunku do ewentualnych rozwiązań władczych, która staje się ewidentna w zestawieniu z projektem rozporządzenia, które miało zostać wydane na podstawie art. 63 ust. 3 Pt. Chodzi tu przede wszystkim o skoordynowanie organizacji pomiarów jakości usług w sieciach ruchomych w stopniu, który wydaje się nieosiągalny dla regulatora działającego samodzielnie, z uwagi na brak odpowiednich instrumentów prawnych oraz brak znajomości uwarunkowań związanych z możliwościami skoordynowania pomiarów w poszczególnych przedsiębiorstwach.