internetowy

KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

6(1)
2012

- Model kontroli sądowej decyzji Prezesa UKE
- Administracyjna kara pieniężna jako instrument regulacji rynku telekomunikacyjnego
- Ilościowe i jakościowe metody oceny konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych
- Zmiana stawek opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego
- Usługi oparte na przetwarzaniu danych geograficznych
- Nowa strategia regulacyjna na rynku telekomunikacyjnym

ISSN 2299-5749

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych
Uniwersytet Warszawski Wydział Zarządzania

internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

6(1)
2012

22. publikacja Programu Wydawniczego CARS;

7. publikacja Programu Wydawnictw Elektronicznych CARS

Redaktor naczelny: Prof. UW dr hab. Tadeusz Skoczny

Redaktor statystyczny: Prof. dr hab. Jerzy Wierzbiński

Redaktor językowy: Elżbieta Michniewicz

Projekt okładki: Darek Kondefer

ISSN: 2299-5749

Licencja: Creative Commons 3.0 Polska

Redakcja: Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS); PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-126; www.ikar.wz.uw.edu.pl
e-mail: ikar@wz.uw.edu.pl

Wydawca: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-164; www.wz.uw.edu.pl
e-mail: jjagodzinski@mail.wz.uw.edu.pl

Skład i łamanie: Zakład Graficzny Uniwersytetu Warszawskiego; PL – 02-927 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28; tel.: (+48-22) 55-20-888; faks (+48-22) 55-22515
e-mail: zakład.graficzny@uw.edu.pl

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

UNIWERSYTET WARSZAWSKI
WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

Rada Naukowa

Prof. dr hab. **Andrzej Wróbel** (kierownik Zakładu Prawa Europejskiego INP PAN; sędzia Trybunału Konstytucyjnego) – przewodniczący.

Prof. UW dr hab. **Zbigniew Hockuba** (Katedra Ekonomii Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – wiceprzewodniczący.

Prof. dr hab. **Cezary Kosikowski** (kierownik Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – wiceprzewodniczący.

Doc. dr hab. **Cezary Banasiński** (Zakład Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego Instytutu Nauk Prawno-Administracyjnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.

Prof. dr hab. **Jan Barcz** (kierownik Katedry Prawa Międzynarodowego i Prawa Unii Europejskiego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – członek.

Prof. dr hab. **Sławomir Dudzik** (Katedra Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego) – członek.

Prof. dr hab. **Marian Gorynia** (Rektor Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu) – członek.

Prof. dr hab. **Jan Grabowski** (kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach) – członek.

Prof. UW dr hab. **Hanna Gronkiewicz-Waltz** (kierownik Zakładu Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego Instytutu Nauk Prawno-Administracyjnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego) członek.

Prof. ALK dr hab. **Waldemar Hoff** (kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Prawa Administracyjnego Gospodarczego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – członek.

Prof. dr hab. **Marian Kępiński** (kierownik Katedry Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Adama Mickiewicza) – członek.

Prof. dr hab. **Leon Kieres** (kierownik Zakładu Prawa Administracyjnego Gospodarczego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego) – członek.

Prof. dr hab. **Bożena Klimczak** (kierownik Katedry Mikroekonomii i Ekonomii Instytucjonalnej Instytutu Ekonomii Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu) – członek.

Prof. UW i INP PAN) dr hab. **Małgorzata Król-Bogomilska** (kierownik Zakładu Prawa Konkurencji INP PAN) – członek.

Prof. dr hab. **Maria Królikowska-Olczak** (Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UŁ) – członek.

Prof. SGH dr hab. **Anna Mokrysz-Olszyńska** (kierownik Zakładu Prawa Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katedrze Prawa Międzynarodowego Kolegium Gospodarki Światowej SGH) – członek.

Prof. dr hab. **Adam Noga** (Katedra Analizy Rynków i Konkurencji w Kolegium Nauk o Przedsiębiorstwie Szkoły Głównej Handlowej) – członek.

Prof. UAM dr hab. **Bożena Popowska** (kierownik Zakładu Publicznego Prawa Gospodarczego WPiA UAM) - członek

Prof. URz dr hab. **Maciej Rogalski** (Wyższa Szkoła Handlu i Prawa w Warszawie [Łazarski]; członek Zarządu T-Mobile) – członek.

Prof. UŁ dr hab. **Kazimierz Strzyczkowski** (kierownik Katedry Prawa Publicznego Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UŁ) – członek.

Prof. PŁ dr hab. **Andrzej T. Szablewski** (kierownik Zakładu Ekonomii na Wydziale Organizacji i Zarządzania Politechniki Łódzkiej oraz docent w Instytucje Nauk Ekonomicznych PAN) – członek.

Prof. dr hab. **Włodzimierz Szpringer** (Katedra Prawa Administracyjnego i Finansowego Przedsiębiorstw w Szkole Głównej Handlowej oraz Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.

Prof. dr hab. **Jerzy Wilkin** (kierownik Katedry Ekonomii Politycznej Wydziału Nauk Ekonomicznych Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.

Prof. dr hab. **Jerzy Żyżyński** (kierownik Zakładu Gospodarki Publicznej w Katedrze Gospodarki Narodowej Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – członek

Kolegium Redakcyjne

Prof. UW dr hab. **Tadeusz Skoczny** (kierownik CARS i Samodzielnego Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor naczelny i nadzór na publikacjami z zakresu prawa ochrony konkurencji; adresy mailowe: tadeuszskoczny@gmail.com; tel. kom.: 604.759.706.

Prof. PŁ dr hab. **Anna Fornalczyk** (Katedra Integracji Europejskiej i Marketingu Międzynarodowego Wydziału Organizacji i Zarządzania Politechniki Łódzkiej) – zastępca redaktora naczelnego i nadzór nad publikacjami z ekonomii konkurencji i regulacji; adres mailowy: afornalczyk@comper.com.pl; tel. kom.: 601.293.922.

Prof. UW dr hab. **Stanisław Piątek** (kierownik Katedry Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego – zastępca redaktora naczelnego i nadzór na publikacjami z zakresu prawa i regulacji w sektorach infrastrukturalnych; adres mailowy: piatek@supermedia.pl; tel. kom. 601.214.611.

Prof. UW dr hab. **Jerzy Wierzbiński** (Samodzielny Zakład Metod Matematycznych i Statystycznych Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor statystyczny; adres mailowy: wierzbiński@mail.wz.uw.edu.pl; tel. kom. 602.245.591.

Dr **Maciej Bernatt** (adiunkt w Samodzielnym Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – red. tematyczny ds. reguł wdrażania prawa ochrony konkurencji; adres mailowy: maciej.bernatt@gmail.com; tel. kom.: 603.608.432.

Dr **Ewa Galewska** (adiunkt w Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego) – redaktor tematyczny ds. prawa i regulacji w telekomunikacji; adres mailowy: egalewska@prawo.uni.wroc.pl; tel. kom.: 606.736.895.

Dr **Agata Jurkowska-Gomułka** (adiunkt w Samodzielnym Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor tematyczny ds. porozumień ograniczających konkurencję; adres mailowy: agathajur@o2.pl; tel. Kom.: 501.060.776.

Dr **Konrad Kohutek** (adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego) – redaktor tematyczny ds. nadużywania pozycji dominującej; adres mailowy: kohutek@gmx.net; tel. kom.: 600.346.215.

Dr **Bartłomiej Nowak** (adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego) – redaktor tematyczny ds. prawa i regulacji w energetyce; adres mailowy: bnowak@kozminski.edu.pl; tel. kom.: 605.235.801.

Dr **Magdalena Olender-Skorek** (adiunkt w Katedrze Gospodarki Narodowej Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor tematyczny ds. ekonomii konkurencji i regulacji; adresy mailowe: magdalenao@poczta.fm; tel. kom.: 505.118.860.

Dr **Dawid Miąsik** (adiunkt w Zakładzie Prawa Konkurencji INP PAN) – redaktor tematyczny w zakresie relacji między prawem ochrony konkurencji a PWI; adres mailowy: astadm@sn.pl; tel. kom.: 608.132.156.

Prof. USz dr hab. **Rajmund Molski** (Katedra Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego) – redaktor tematyczny ds. prawa ochrony konkurencją zagranicą; adres mailowy: rmolski@mec.univ.szczecin.pl; tel. kom.: 603.133.472.

Spis treści

Nowelizacja Prawa telekomunikacyjnego (od redaktora numeru) 4

Artykuły

Mateusz Chołodecki, **Model kontroli sądowej decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej** 9

Mariusz Czyżak, **Administracyjna kara pieniężna jako instrument regulacji rynku telekomunikacyjnego** 20

Ewa M. Kwiatkowska, **Ilościowe i jakościowe metody oceny konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych w postępowaniach antymonopolowych i regulacyjnych**. 31

Arwid Mednis, **Zmiana stawek opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego – wybrane zagadnienia** 46

Patryk Koralewski, **Usługi oparte na przetwarzaniu danych geograficznych** 58

Stanisław Piątek, **Nowa strategia regulacyjna na rynku telekomunikacyjnym** 74

Przegląd prawa i orzecznictwa

Regulacja telekomunikacji – decyzje Prezesa UKE w porozumieniu z innym organem. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 24.01.2012 r., III SK 23/11 (Katarzyna Dyl) 84

Regulacja telekomunikacji – decyzja o dostępie telekomunikacyjnym. Wyrok SOKiK z 14.06.2012 r., XVII AmT 106/09 (Ewa Galewska). 89

Przegląd piśmiennictwa

Grzegorz Sibiga, *Komunikacja elektroniczna w Kodeksie postępowania administracyjnego. Komentarz*, LexisNexis 2011 (Michał Możdżeń-Marcinkowski) 92

Sprawozdania

Sprawozdanie z Krajowego Sympozjum Telekomunikacji i Teleinformatyki (KSTiT 2012), Warszawa 12-14 września 2012 r. (Mirosław Fereniec) 95

Contents, abstracts and key words 100

Nowelizacja Prawa telekomunikacyjnego

Sejm po stosunkowo krótkim okresie prac parlamentarnych uchwalił w dniu 16.11.2012 r. ustawę nowelizującą Prawo telekomunikacyjne. Podstawą nowelizacji był projekt rządowy mający na celu transpozycję do prawa krajowego zmian przyjętych w grudniu 2009 r. w dyrektywach Unii Europejskiej o łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE L 337 z 18.12.2009). Zmiana prawa krajowego powinna być przeprowadzona w terminie do 25.05.2011 r., a więc nowelizacja jest nieco spóźniona. Ustawa nowelizująca wchodzi w życie w terminie 30 dni od dnia ogłoszenia. Można przewidywać, że zmienione przepisy wejdą w życie w połowie stycznia 2013 r. Tylko nieliczne przepisy wymagające dłuższych przygotowań po stronie przedsiębiorców telekomunikacyjnych lub administracji wchodzą w życie w terminach późniejszych.

Nie jest to jedyna ustawa, która zmienia Prawo telekomunikacyjne. W dniu 16.12.2012 r. wchodzi w życie ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2012 r. poz. 1256). Nowelizacja tej ustawy również wprowadza zmiany do Prawa telekomunikacyjnego. Zmiany te dotyczą warunków budowy sieci szerokopasmowych i są wynikiem dotychczasowych doświadczeń związanych ze stosowaniem tej ustawy.

Zmiany dotyczące kompetencji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej ujętych w Prawie telekomunikacyjnym wynikają wreszcie z ustawy z dnia 14.09.2012 r. o obowiązkach w zakresie informowania o zużyciu energii przez produkty wykorzystujące energię (Dz. U. z 2012 r. poz. 1203), która wchodzi w życie w dniu 1.02.2013 r. Na podstawie tej ustawy Prezes UKE uzyskuje kompetencję do kontroli wprowadzanych do obrotu lub oddawanych do użytku produktów wykorzystujących energię, o których mowa w rozporządzeniu delegowanym Komisji (UE) nr 1062/2010 z dnia 28.09.2010 r. uzupełniającym dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/30/UE w odniesieniu do etykiet efektywności energetycznej dla telewizorów (Dz. Urz. UE L 314 z 30.11.2010).

Ustawa z 16.11.2012 r. nowelizująca Prawo telekomunikacyjne jest bardzo obszerna. Jest to niewątpliwie największa dotychczasowa zmiana ustawy pochodzącej z roku 2004, która była już nowelizowana ponad trzydzieści razy. Można mieć nadzieję, że ostatnia nowelizacja poprzedza okres względnej stabilizacji tego aktu prawnego. Ze względu na znaczną objętość ustawy nowelizującej wskazanie zmian o największej doniosłości dla użytkowników usług telekomunikacyjnych, przedsiębiorców telekomunikacyjnych i regulatora rynku nie jest zadaniem łatwym. Nowela zawiera wiele zmian o charakterze porządkującym, redakcyjnym, rozstrzyga niektóre wątpliwości interpretacyjne występujące w praktyce. Wśród nowych rozwiązań, które powinny w największym stopniu wpłynąć na sytuację uczestników rynku telekomunikacyjnego należy wymienić zmiany w zakresie stosunków pomiędzy abonentami a dostawcami usług, zmiany dotyczące zasad gospodarowania częstotliwościami oraz zmiany dotyczące współpracy międzyoperatorskiej.

Nowe uprawnienia i gwarancje dotyczą uprawnień abonentów, a w szczególności abonentów będących konsumentami. Na wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych nakłada się obowiązek zapewnienia udogodnień osobom niepełnosprawnym, który dotychczas obciążał tylko przedsiębiorcę

świadczącego usługę powszechną. Powinien to być dostęp równoważny dostępowi do usług telekomunikacyjnych, z jakiego korzysta większość użytkowników końcowych. Szczegółowe wymagania w tym zakresie będą określone przepisami wykonawczymi.

Wprowadza się nową formę zawierania umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych – formę elektroniczną w postaci formularza na stronie internetowej dostawcy usług. Jest to rozwiązanie fakultatywne dla przedsiębiorcy telekomunikacyjnego i nie każdy przedsiębiorca musi dostosowywać swoje systemy do tego nowego rozwiązania. Dla przedsiębiorców obsługujących dużą liczbę klientów indywidualnych uruchomienie tej nowej formy wymiany oświadczeń woli będzie niewątpliwie koniecznością.

Ustawa nowelizująca zmierza do zapewnienia konsumentom możliwości zmiany dostawcy usług, jeżeli w początkowym okresie korzystania z usług okaże się, że nie odpowiadają one oczekiwaniom konsumenta. Określony w umowie maksymalny początkowy okres obowiązywania umowy pomiędzy konsumentem a dostawcą usług telekomunikacyjnych nie będzie mógł przekraczać 24 miesięcy. Dostawca będzie zobowiązany do zapewnienia użytkownikowi końcowemu możliwości zawarcia umowy na okres nieprzekraczający 12 miesięcy. Obydwa wymagania powodują konieczność odpowiedniego dostosowania oferty.

Bardzo rozszerzone zostały przepisy dotyczące koniecznej zawartości umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Stopniowo umowa ta jest uzupełniana o nowe elementy informacyjne, stając się w coraz większym stopniu poradnikiem dotyczącym korzystania z usług telekomunikacyjnych. Wymagane są m.in. dane o funkcjonalności świadczonej usługi, o jakości usług, o różnych gwarancjach i uprawnieniach abonenta wynikających z ustawy, co prowadzi do istotnego rozszerzenia objętości umów lub regulaminów świadczenia usług. Wszystkie wzory umów i regulaminy są objęte wymaganiem „jasnej, zrozumiałej i łatwo dostępnej formy". Spełnienie tego warunku wymaga przeprowadzenia przeglądu wszystkich dokumentów wykorzystywanych do zawierania umów z abonentami i wprowadzenia odpowiednich zmian. Wprowadzenie zmian powinno nastąpić w okresie 5 miesięcy po wejściu w życie ustawy. Przez ten okres można zawierać jeszcze umowy z wykorzystaniem dotychczasowych dokumentów.

Nowela potwierdza możliwość dokonywania zmian umowy za pomocą środków porozumiewania się na odległość, ale w takim przypadku rozmowa telefoniczna abonenta z konsultantem musi być utrwalana w całości (nie tylko samo oświadczenie o zgodzie na zmianę) i przechowywana do końca okresu umowy. Abonentowi na żądanie należy udostępnić treść złożonego oświadczenia (np. w formie możliwości odsłuchania nagrania).

Użytkownikom końcowym należy zapewnić możliwość uzyskiwania połączeń ze wszystkimi numerami z zakresu numeracji publicznej w Polsce oraz na terenie państw członkowskich UE. Ograniczenia dostępu do usług i aplikacji należy wskazać w umowie z abonentem. Jeżeli zapewnienie takich połączeń nie jest możliwe ze względów technicznych lub ekonomicznych, to w zasadzie należy uzyskać zawieszenie lub ograniczenie tego obowiązku w decyzji Prezesa UKE.

Dodatkowa gwarancja ochrony interesów abonentów wynika z możliwości wydania przez Prezesa UKE decyzji nakazującej przedsiębiorcy zablokowanie dostępu do numerów lub usług grożących nadużyciami oraz wstrzymanie pobierania opłat za połączenia lub usługi zrealizowane po wydaniu decyzji. Uwzględniono również pozytywne doświadczenia w zakresie rozwiązywania sporów między

dostawcami usług i abonentami w ramach postępowania reklamacyjnego. Nowelizacja rozszerza obowiązek wyczerpania przez abonenta drogi postępowania reklamacyjnego na wszystkie roszczenia określone w ustawie, czyli na wszelkie usługi świadczone przez dostawcę. Dopiero po wyczerpaniu drogi postępowania reklamacyjnego abonent może skierować sprawę do sądu. Doprecyzowany został sposób liczenia terminu 30 dni do załatwienia reklamacji – wystarcza wysłanie odpowiedzi w tym terminie przez dostawcę usług.

Zmiany na rynku usług telekomunikacyjnych uzasadniają nowe podejście do zapewniania usługi powszechnej. Znosi się obowiązek wyznaczania przedsiębiorcy świadczącego usługę powszechną i powierza Prezesowi UKE kompetencje do uznaniowego nakładania obowiązku zapewniania określonych świadczeń w zakresie tej usługi. Decyzje w tej sprawie muszą być poprzedzone konsultacjami.

Nowelizacja znacznie wzmacnia ochronę abonentów w sprawach jakości usług telekomunikacyjnych. Ustawa nowelizująca przewiduje możliwość określania w rozporządzeniu wskaźników dotyczących jakości poszczególnych usług, które powinny być stosowane przy publikacji informacji o jakości usług. Prezes UKE będzie mógł określić decyzją minimalne wymagania jakościowe dla usług telekomunikacyjnych konkretnego przedsiębiorcy. Przedsiębiorca reklamujący lub wskazujący w umowie prędkość transmisji danych musi przekazać Prezesowi UKE informację o stosowanej metodzie pomiaru prędkości. Brak sprzeciwu Prezesa UKE oznacza zgodę na zastosowaną metodę. Jeżeli Prezes UKE zgłosi sprzeciw w formie decyzji to powinien wskazać również odpowiednią metodę pomiaru. Prezes UKE będzie mógł badać, czy wynik pomiaru ustaloną metodą potwierdza dane o prędkości transferu zawarte w reklamie lub umowie. W razie negatywnego wyniku wydawana będzie decyzja zobowiązująca do dostosowania prędkości transferu do prędkości deklarowanej, w terminie 30 dni, pod groźbą nałożenia kary pieniężnej.

Obowiązywać będzie ustawowy termin na przeniesienie numeru w wymiarze 1 dnia roboczego od dnia wskazanego w umowie o świadczenie usługi z przeniesieniem numeru. W przypadku naruszenia terminu, od operatora dawcy przysługiwać będzie abonentowi wysokie odszkodowanie za każdy dzień opóźnienia. Bardzo wysokie odszkodowanie przysługuje również abonentowi za przeniesienie numeru bez jego wniosku. Wprowadza się ustawowy obowiązek wymiany informacji między przedsiębiorcami w sprawie przenoszenia numeru za pośrednictwem bazy PLI CBD prowadzonej przez Prezesa UKE, co może wymagać zmiany procedur i umów międzyoperatorskich w tej sprawie. Baza numerów przeniesionych staje się częścią PLI CBD. Obowiązek połączenia z bazą PLI CBD obejmuje również przedsiębiorców korzystających z numerów udostępnionych, które także podlegają przenoszeniu.

Druga grupa zmian, które powinny mieć znaczący wpływ na stan rynku telekomunikacyjnego dotyczy gospodarowania częstotliwościami. Warunki dysponowania częstotliwościami ulegają zmianie w takim zakresie, że można uznać iż dotychczasowy model administracyjnego dysponowania tym zasobem zostaje zastąpiony rynkiem zasobów częstotliwościowych funkcjonującym pod nadzorem regulatora, którego głównym zadaniem będzie zapobieganie transakcjom mogącym doprowadzić do zakłócenia konkurencji lub naruszenia innych ważnych interesów publicznych. Pojawia się odrębna forma wyboru dysponenta rezerwacji w postaci aukcji, która dotychczas mogła być jedynie drugim etapem przetargu. W przypadku aukcji wybór dysponenta będzie następował na podstawie kryterium wysokości zadeklarowanej opłaty, przy czym jednak wprowadzono możliwość zablokowania

dostępu do aukcji tym przedsiębiorcom, których udział w aukcji mógłby stanowić zagrożenie dla rozwoju konkurencji.

Obok dotychczasowej możliwości zmiany dysponenta częstotliwości poprzez przeniesienie uprawnień do częstotliwości na inny podmiot, wprowadzona zostanie możliwość wydzierżawienia częstotliwości lub przekazania ich do użytkowania na podstawie innego tytułu prawnego. Umożliwi to realizację różnych wspólnych przedsięwzięć w zakresie wykorzystania częstotliwości przez przedsiębiorców dysponujących tymi zasobami. Możliwe będzie uruchamianie nadajników radiowych bez pozwolenia, jeżeli takie uprawnienie zostanie wprowadzone do rezerwacji częstotliwości określającej warunki wykorzystywania częstotliwości. Można będzie wystąpić do Prezesa UKE o taką zmianę rezerwacji wcześniej udzielonej. Przed uruchomieniem nadajnika konieczne będzie wpisanie go do rejestru prowadzonego przez Prezesa UKE. Przedsiębiorca będzie mógł wystąpić o zniesienie ograniczeń dotyczących sposobu wykorzystania posiadanych częstotliwości (rodzaj usług, rodzaj sieci, stosowana technologia dostępowa), ustalonych w dotychczasowych rezerwacjach. Zmiana może się jednak wiązać z koniecznością wniesienia jednorazowej opłaty z tytułu wzrostu wartości posiadanych częstotliwości. W związku z koniecznością ponownego udzielenia wielu wygasających rezerwacji częstotliwości doprecyzowano przepisy dotyczące sposobu ubiegania się o takie ponowne uprawnienia. Największa zmiana polega na wprowadzeniu opłaty z tytułu ponownej rezerwacji.

Zmiany wprowadzone w dyrektywach o łączności elektronicznej wskazują na coraz większą wagę zagadnień związanych z bezpieczeństwem korzystania z sieci i usług telekomunikacyjnych. Dlatego istotna część nowelizacji Prawa telekomunikacyjnego dotyczy tych właśnie zagadnień. Wprowadza się obowiązek powiadamiania użytkowników i regulatora o istotnych naruszeniach bezpieczeństwa i integralności sieci lub usług. Przedsiębiorca jest zobowiązany do podejmowania proporcjonalnych i uzasadnionych działań zapewniających bezpieczeństwo i integralność sieci i usług, w tym blokowania komunikatów zagrażających bezpieczeństwu sieci i usług oraz przerywania lub ograniczania usługi dla zakończeń sieci generujących takie zagrożenia. Prezes UKE powiadamiany o takim działaniu (w ciągu 24 godzin) może nakazać przywrócenie usługi, a przedsiębiorca ponosi wówczas odpowiedzialność wobec abonenta. Przedsiębiorca jest zobowiązany do publikowania na swojej stronie internetowej informacji Prezesa UKE o tym jak zapobiegać zagrożeniom i zabezpieczać urządzenia oraz oprogramowanie przed niebezpieczeństwami. Przewidziane jest fakultatywne rozporządzenie określające sposoby przeciwdziałania takim zagrożeniom.

Odrębny zestaw przedsięwzięć ma chronić dane osobowe abonentów. Przedsiębiorca będzie musiał w terminie 3 dni powiadamiać GIODO o naruszeniach bezpieczeństwa danych osobowych. Jeżeli naruszenie danych osobowych może wywrzeć niekorzystny wpływ na prywatność abonenta, to należy go o tym niezwłocznie zawiadomić. Przedsiębiorca będzie zobowiązany do prowadzenia ewidencji takich przypadków.

Trzecia grupa zmian dotyczy współpracy między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Najwięcej kontrowersji w trakcie prac parlamentarnych wzbudziła sprawa rozszerzenia obowiązków wszystkich przedsiębiorców w zakresie zapewniania dostępu i współkorzystania z instalacji telekomunikacyjnej budynku, przyłącza telekomunikacyjnego i kanalizacji, nie tylko poprzez możliwość żądania dostępu do tych zasobów, ale także przez możliwość wydania decyzji Prezesa UKE określającej warunki na jakich przedsiębiorca musi zawierać umowy o zapewnienie takiego dostępu. Możliwość dostępu do cudzych nieruchomości poszerzają także zmiany wprowadzone w ustawie o wspieraniu rozwoju

sieci i usług telekomunikacyjnych, które nakładają obowiązki w zakresie zapewniania dostępu na dysponentów nieruchomości niebędących przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Obowiązek dostępu telekomunikacyjnego rozszerza się na nieaktywne elementy sieci np. ciemne światłowody. Sformułowania ustawowe dotyczące obowiązku zapewniania dostępu uwzględniają w coraz większym stopniu zasadę neutralności technologicznej (np. przepisy dotyczące pętli lokalnej).

Ustawa nowelizująca uwzględnia zmiany technologiczne zachodzące w sieciach telekomunikacyjnych. Z ustawy usunięto definicję publicznej sieci telefonicznej, a wszelkie przepisy dotyczące takich sieci zastąpiono przepisami o publicznych sieciach telekomunikacyjnych. W przypadku, gdy określone obowiązki lub uprawnienia są wyraźnie związane z transmisją głosu, ustawa mówi o publicznych sieciach telekomunikacyjnych, w których są świadczone publicznie dostępne usługi telefoniczne. Usunięcie definicji publicznej sieci telefonicznej powoduje, że odstępstwa od wymagań dotyczących usług głosowych, związane z wykorzystaniem technologii VoIP, muszą być wyeliminowane. Usługi głosowe świadczone z wykorzystaniem numerów publicznego planu numeracji muszą uwzględniać wszystkie wymagania ustawowe (np. połączenia alarmowe, przenośność numerów).

Znacząca zmiana wymagająca odnotowania dotyczy skrócenia okresu retencji danych do 12 miesięcy. Przedsiębiorca ma obowiązek zniszczenia danych przekraczających ten okres w dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej.

Stanisław Piątek

Warszawa, 7.12.2012 r.

Mateusz Chołodecki*

Model kontroli sądowej decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej**

Spis treści:

I. Zakres rozważań
II. Kształtowanie się modelu kontroli sądowej decyzji Prezesa UKE
III. Prezes UKE jako krajowy organ regulacyjny
IV. Postępowanie przed Prezesem UKE
V. Prawo do odwołania się w sprawach z zakresu Prawa telekomunikacyjnego
VI. Charakter prawny spraw należących do właściwości Prezesa UKE
VII. Charakter prawny kontroli sądowej decyzji Prezesa UKE
VIII. Podsumowanie

Streszczenie:

Artykuł poświęcony jest modelowi kontroli sądowej decyzji wydawanych przez Prezesa UKE. Model ten jest określony w ustawie z dnia 16.07.2004 r. Prawo Telekomunikacyjne i przewiduje, że kontrolę sądową decyzji wydanych przez Prezesa UKE sprawują sądy administracyjne. Jednakże od niektórych decyzji tego organu przysługuje odwołanie do sądu powszechnego (Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów). Oba rodzaje kontroli sądowej decyzji wydawanych przez Prezesa UKE różnią się od siebie zasadniczo. W związku z tym, głównym celem artykułu jest przedstawienie charakteru prawnego modelu kontroli sądowej decyzji wydawanych przez Prezesa UKE oraz przedstawienie istotnych różnic w sposobach kontroli sądowej sprawowanej przez oba rodzaje sądów, tj. sądy administracyjne oraz sądy powszechne (SOKiK).

Słowa kluczowe: prawo telekomunikacyjne, prawo odwołania się, kontrola sądowa, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, prawo do sądu, krajowe organy regulacyjne, prawo regulacyjne, SOKiK (Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów).

I. Zakres rozważań

Rozważania zawarte w niniejszym artykule dotyczą aktualnego problemu kontroli sądowej decyzji wydawanych przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej jako „Prezes UKE"). W związku z tym, przedmiotem niniejszych rozważań jest ustalenie charakteru prawnego kontroli sądowej decyzji wydawanych przez Prezesa UKE na podstawie ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne[1] (dalej jako P.t.). Ponadto, celem autora jest przedstawienie modelu kontroli sądowej decyzji

* Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Wydział Prawa i Administracji, Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego, e-mail: mateusz.cholodecki@amu.edu.pl
** Niniejszy tekst jest rozwinięciem wygłoszonego przez autora referatu na 14 Otwartym Seminarium Doktoranckim zorganizowanym przez Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych UW (CSAiR) prezentującym rozprawę doktorską pt. *Kontrola sądowa decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej*. Pełny tekst rozprawy winien ukazać się na początku 2013 r. pod tym samym tytułem.
[1] Dz. U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.

wydawanych przez Prezesa UKE na podstawie P.t. oraz analiza podstaw prawnych tego modelu w celu ustalenia, czy jest on jednorodny. W związku z tym, niezbędne jest również określenie, na czym polegają istotne różnice w sposobach kontroli sądowej zastosowanych w omawianym modelu.

Złożoność oraz wieloetapowość modelu kontroli sądowej decyzji Prezesa UKE obliguje do przedstawienia go w sposób kompleksowy, z odwołaniem się do szeregu dyscyplin prawa. Dlatego też przedstawione zostaną wyniki analizy przepisów P.t. pod kątem charakteru spraw rozstrzyganych przez Prezesa UKE. Ustalenia w tym zakresie pozwolą odpowiedzieć na doniosłe pytanie, czy obowiązujący model kontroli sądowej odpowiada charakterowi prawnemu spraw należących do właściwości Prezesa UKE. Dodatkowo, analizowane będą przepisy zarówno unijnego jak i krajowego prawa formalnego.

Tak postawione cele pracy obligują do odpowiedzi na szereg pytań. W pierwszej kolejności, jak ukształtował się model kontroli sądowej decyzji organów właściwych w sprawach rynku telekomunikacyjnego w Polsce i Unii Europejskiej z uwzględnieniem zmian w tym zakresie. W dalszej kolejności, w jakim stopniu prawo unijne miało wpływ na krajowy model kontroli sądowej decyzji telekomunikacyjnego organu regulacyjnego. Będzie to podstawą do ustalenia, jak przepisy prawne gwarantują prawo do odwołania się od decyzji administracyjnych, a jak prawo do skargi na decyzje administracyjne kierowane do sądu. Ponadto, jaki jest zakres prawa do sądu w sprawach należących do właściwości Prezesa UKE oraz określenia wymagań związanych z realizacją tego prawa, w świetle norm prawa krajowego oraz prawa Unii Europejskiej.

II. Kształtowanie się modelu kontroli sądowej decyzji Prezesa UKE

W ciągu minionych 30 lat rynek telekomunikacyjny w Europie uległ głębokim przeobrażeniom. Zmiana ta nastąpiła w niemalże wszystkich aspektach tego rynku. Powodem tak zasadniczej zmiany były, i są nadal, przede wszystkim: chęć wprowadzenia konkurencji w tym segmencie rynku oraz gwałtowny rozwój technologii związanych z telekomunikacją. Przemiana na rynku telekomunikacyjnym, z monopolu prawnego jednego przedsiębiorcy posiadającego prawa wyłączne, do rynku, na którym panują reguły konkurencji[2], była w głównej mierze możliwa dzięki działalności organów europejskich[3], w szczególności Komisji Europejskiej[4]. W miarę wprowadzania we Wspólnocie kolejnych etapów procesu liberalizacji i harmonizacji okazało się, że nie mogą być one w pełni zrealizowane bez udziału specjalnych organów regulacyjnych. Działalność krajowych organów regulacyjnych, a także coraz szybsze zmiany na rynku telekomunikacyjnym spowodowały, że dotychczasowe mechanizmy kontroli sądowej rozstrzygnięć regulatora w wielu państwach okazały się nieefektywne. Dlatego też Komisja Europejska zdecydowała się wprowadzić wymóg – wzorowany na rozwiązaniu obowiązującym w Wielkiej Brytanii – kontroli decyzji krajowych organów regulacyjnych przez specjalnie do tego powołane organy odwoławcze (najczęściej będące sądami), posiadające uprawnienia do merytorycznego rozstrzygania spraw. Rozwiązanie to znacznie zwiększyło rolę krajowych organów odwoławczych,

[2] Pierwsze kroki w kierunku demonopolizacji rynków telekomunikacyjnych w Europie podjęły: Wielka Brytania, Szwecja oraz Finlandia. Zob. szerzej na temat tego procesu w Wielkiej Brytanii i Szwecji [w]: Ch. Koenig, J. Kühling, H. Schedl (red.), *Liberalisierung der Telekommunikationsordnungen: Ein Rechtsvergleich*, „Schriftenreiche Kommunikation & Recht", 9 Verl. Recht und Wirtschaft, Heidelberg 2000.

[3] J.W. Goodman, *Telecommunications Policy-Making in the European Union*, 2006, s. 4.

[4] Już w 1979 r. w ramach Komisji Europejskiej utworzono Grupę roboczą ds. Technologii Informatycznych (ang. *Information Technologies Task Force*), którą następnie przekształcono w XIII Dyrekcję Generalną odpowiedzialną za sprawy telekomunikacyjne. W 1983 r. utworzono Grupę Wyższych Urzędników ds. Telekomunikacji (ang. *Senior Officials Group on Telecommunications*) za: I. Kawka, *Telekomunikacyjne organy regulacyjne w Unii Europejskiej. Problematyka prawna*, 2006, s. 96.

działających obok krajowych organów regulacyjnych i Komisji Europejskiej, w regulowaniu rynku telekomunikacyjnego[5]. Jednym z celów przyjętego w 2002 r. tzw. pakietu dyrektyw nowego podejścia[6] było stworzenie specjalnego, kompleksowego trybu (modelu) weryfikowania rozstrzygnięć z zakresu regulacji rynku telekomunikacyjnego (określonego jako rynek komunikacji elektronicznej). Model ten zakłada istnienie szczególnego krajowego organu regulacyjnego oraz szczególnego krajowego organu odwoławczego kontrolującego rozstrzygnięcia tego regulatora. Zasadniczym celem miała być efektywność całego modelu. Odpowiednie postanowienia w tej sprawie zawiera art. 4 dyrektywy w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa, dalej jako DR).

Implementacji przywołanego pakietu dyrektyw nowego podejścia do prawa polskiego dokonano w obecnie obowiązującej ustawie P.t. z 2004 r. W ustawie tej zasadniczo powtórzono poprzednie rozwiązania proceduralne, w szczególności model kontroli sądowej, przyjęty już w Prawie telekomunikacyjnym z 2000 r.[7] I tak, ustawodawca utrzymał rozwiązanie przewidujące dwutorowość kontroli sądowej rozstrzygnięć organu regulacyjnego do sądów administracyjnych oraz sądów powszechnych – Sądu Wojewódzkiego w Warszawie – Sądu Antymonopolowego[8] (dalej jako Sąd Antymonopolowy).

Analiza historyczna przepisów z zakresu prawa telekomunikacyjnego w Polsce wskazuje, że model organizacyjny regulacji tego sektora oraz model kontroli sądowej rozstrzygnięć organu regulacyjnego oparto w znacznej mierze na rozwiązaniach obowiązujących w krajowym prawie antymonopolowym. Konsekwencją takiego założenia było przyjęcie, że organem odpowiedzialnym za regulację jest monokratyczny centralny organ administracji rządowej, a postępowanie przed nim toczy się zgodnie z przepisami o ogólnym postępowaniu administracyjnym, (tj. ustawą z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego[9], dalej jako k.p.a.), ze zmianami wynikającymi z ustawy szczególnej. Również na wzór postępowania antymonopolowego, zasadniczą część decyzji związanych z regulacją sektora, poddano kognicji sądu powszechnego (Sądu Antymonopolowego). Jednakże ustawodawca z nieznanych powodów pozostałą część decyzji organu regulacyjnego pozostawił w kognicji sądownictwa administracyjnego, czyli inaczej niż np. w sprawach rozstrzyganych na podstawie ustawy z 10.04.1997 r. Prawo energetyczne[10] (dalej jako Pr. energ.), gdzie wszystkie rozstrzygnięcia poddano kognicji sądu powszechnego [Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, dalej jako SOKiK[11]].

[5] Ch. Hocepied, A. de Streel, *The ambiguities of the European electronic communications regulation* [w:] E.J. Dommering, N.A.N.M. van Eijk (red.) *The round table expert group on telecommunications law*, Amsterdam 2005, s. 151.

[6] Na pakiet ten składały się: Dyrektywa 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7.03.2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie) Dz. Urz. WE L 108 z 24.4.2002, str. 7-20, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 13 Tom 29 P. 323-336 z późn. zm.; Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7.03.2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) Dz. Urz. WE L 108 z 24.4.2002, str. 33-50, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 13 Tom 29 P. 349-366 z późn. zm.; Dyrektywa 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7.03.2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej) Dz. Urz. WE L 108 z 24.4.2002, str. 51-77, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 13 Tom 29 P. 367-393 z późn. zm. oraz Dyrektywa 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7.03.2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o zezwoleniach) Dz. Urz. L WE 108 z 24.4.2002, str. 21-32, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 13 Tom 29 P. 337-348 z późn. zm.

[7] Ustawa z 21.07.2000 r. Prawo telekomunikacyjne, Dz. U. z 2000 r. Nr 73, poz. 852.

[8] Art. 27 ustawy z dnia 24.02.1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (Dz. U. z 1990 r. Nr 14, poz. 88) dodał do ustawy z dnia 20.06.1985 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 1985 r. Nr 31, poz. 137 z późn. zm.) art. 19^2 który zobowiązywał ministra sprawiedliwości do utworzenia, w drodze rozporządzenia, w Sądzie Wojewódzkim w Warszawie odrębną jednostkę organizacyjną do spraw antymonopolowych (sąd antymonopolowy).

[9] Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 t.j. z późn. zm.

[10] Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.

[11] SOKiK, poprzednio funkcjonujący pod nazwą Sąd Antymonopolowy, został utworzony rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 30.12.1998 r. w sprawie utworzenia sądu antymonopolowego (Dz. U. z 1998 r. Nr 166, poz. 1254) i obecnie funkcjonuje w oparciu o art. 16 § 5 pkt 1 ustawy z dnia 27.07.2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2001 Nr 98, poz. 1070 z późn. zm.).

III. Prezes UKE jako krajowy organ regulacyjny

Prawodawca unijny lakonicznie określił krajowy organ regulacyjny[12] jako: organ lub organy, którym dane państwo członkowskie powierzyło funkcje regulacyjne w ramach DR lub dyrektyw szczegółowych (art. 2 lit. g DR). Oznacza to, że DR nie przesądza formy prawnej ani pozycji ustrojowej krajowych organów regulacyjnych. W art. 3 DR ustanowiono natomiast wymóg niezależności organu regulacyjnego, tj. aby był on prawnie oddzielony i funkcjonalnie niezależny od wszelkich organizacji udostępniających sieci, urządzenia lub usługi łączności elektronicznej. DR nie wymaga jednak niezależności organu (lub organów regulacyjnych) od rządów państw członkowskich[13]. Jednakże, gdyby państwo członkowskie zachowało prawo własności przedsiębiorstw udostępniających sieci łączności elektronicznej lub usług lub sprawowało nad nimi kontrolę, to zobowiązane jest do zapewnienia skutecznego rozdziału strukturalnego funkcji regulacyjnych od działalności związanej z wykonywaniem prawa własności lub kontroli (art. 3 ust. 2 DR).

Polski ustawodawca jest konsekwentny w zakresie kształtu ustrojowego organów określanych (czy to dosłownie w ustawie, jak w przypadku Prezesów UKE i Urzędu Regulacji Energetyki[14], czy pośrednio poprzez doktrynę, jak Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego[15]) jako regulacyjne[16]. Organy takie, podobnie zresztą jak Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako Prezes UOKiK), są monokratycznymi, centralnymi organami administracji rządowej powoływanymi w szczególny sposób, które dodatkowo wyłączone są z hierarchicznego podporządkowania i nadzoru administracyjnego. Jednocześnie, co istotne z punktu widzenia przedmiotowych rozważań, organy te podlegają w zakresie swoich rozstrzygnięć (co najmniej w części) kontroli merytorycznej sprawowanej przez sądy powszechne. Dlatego też, na gruncie prawa krajowego, można mówić o organach regulacyjnych jako tych, którym ustawodawca powierzył zadania i funkcje regulacyjne a nie tych, które posiadają określone cechy czy kształt ustrojowy. Co więcej, wydaje się, że kształt ustrojowy takich organów jest z punktu widzenia celów regulacji irrelewantny tak dalece, jak pozwala on na efektywną realizację ich zadań.

Ustawodawca w art. 190 ust. 1 P.t. *expressis verbis* określił Prezesa UKE, jako organ regulacyjny w dziedzinie rynku usług telekomunikacyjnych. Na gruncie przepisów prawa Unii Europejskiej oraz prawa krajowego, należy uznać, że organ regulacyjny to taki, któremu powierzono zadania i funkcje regulacyjne, a nie ten, który posiada określone cechy czy kształt ustrojowy. Analiza zadań i funkcji Prezesa UKE wskazuje jednoznacznie, że organowi temu powierzono realizację określonych w P.t. oraz przepisach prawa Unii Europejskiej zadań i funkcji regulacyjnych, tak więc należy go uznać za organ regulacyjny, stosownie do definicji z art. 2 lit. g DR[17].

[12] Określenie *national regulatory authority* (ang.) jest tłumaczone w dyrektywach jako *krajowy organ regulacyjny* natomiast P.t. określa Prezesa UKE jako *organ regulacyjny*. Jednocześnie w polskiej literaturze można spotkać inne tłumaczenia tego zwrotu na: *krajowe władze regulacyjne* (S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2003 oraz *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2005; A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Polityki Unii Europejskiej: polityki sektorów infrastrukturalnych. Aspekty prawne*, Warszawa 2010).

[13] I. Kawka, *Telekomunikacyjne organy…*,op. cit., s. 147; M. de Visser, *Revolution or evolution – what institutional future for EC Communications law?,"*TILEC Discussion Paper", August 2007, s. 6.

[14] Zob. art. 21 ust. 1 Pr. energ.

[15] Tak m.in.: I. Kawka, *Telekomunikacyjne organy…*,op. cit., s. 169.

[16] W literaturze do grupy organów regulacyjnych zalicza się dodatkowo: KRRiT, Szefa Urzędu Lotnictwa Cywilnego jak również Radę Polityki Pieniężnej Narodowego Banku Polskiego, czy wreszcie Generalnego Inspektora Danych Osobowych. Tak: Z. Kmieciak, *Niezależne organy regulacyjne (aspekt prawnoporównawczy)* [w:] J. Boć, A. Chajbowicz (red.), *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, Wrocław 2009, s. 19.

[17] Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 20.02.2008 r., III SK 23/07, LEX 452461, (Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego, 2008 r. nr 6, s. 96).

IV. Postępowanie przed Prezesem UKE

Kodeks postępowania administracyjnego, co do zasady, przesądza, że postępowanie[18] przed organami administracji publicznej, w należących do właściwości tych organów sprawach indywidualnych rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnych, prowadzone jest w oparciu o jego przepisy (art. 1 pkt 3 k.p.a.). Równocześnie za organ administracji publicznej k.p.a. uznaje m.in. ministrów[19] oraz centralne organy administracji rządowej (art. 5 § 2 pkt 3 k.p.a.). Przytoczony przepis jest samoistną przesłanką do tego, aby postępowanie w określonych w nim sytuacjach, toczyło się w oparciu o przepisy k.p.a. Natomiast w art. 206 ust. 1 P.t. ustawodawca niejako potwierdza to stanowiąc, że postępowanie przed Prezesem UKE toczy się na podstawie k.p.a. ze zmianami wynikającymi z P.t. Zamieszczenie w P.t. powyższego przepisu nie było konieczne, aby postępowanie przed tym organem toczyło się w oparciu o przepisy k.p.a. [20] Nie ma zresztą w doktrynie oraz w orzecznictwie sporu co do tego, że postępowanie przed Prezesem UKE jest postępowaniem administracyjnym[21].

Ze względu na treść przywołanego art. 206 ust. 1 P.t., postępowanie przed Prezesem UKE należy uznać za administracyjne postępowanie szczególne, nieautonomiczne względem kodeksu postępowania administracyjnego, w ramach którego organ rozstrzyga sprawy indywidualne z zakresu P.t. Szczególność tego postępowania oraz nieautonomiczność wynika z modyfikacji ogólnych norm k.p.a., zawartych w P.t.

Elementem szczególnym postępowania przed Prezesem UKE, istotnym dla kontroli sądowej jego decyzji, jest jego współdziałanie z Komisją Europejską, Organem Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej oraz Prezesem UOKiK. Efektem współdziałania Prezesa UKE z tymi organami jest znaczny, a niekiedy nawet decydujący ich wpływ na ostateczną treść rozstrzygnięć podejmowanych przez Prezesa UKE. W konsekwencji, zadaniem sądu w wielu sprawach jest zbadanie formalnych elementów współdziałania organów oraz odniesienie się do stanowiska wyrażonego przez organ współdziałający, zgodnie z przepisami prawa Unii Europejskiej.

Konsekwentnie, organ ten posługuje się prawnymi formami działania właściwymi (odpowiadającymi) organom administracyjnym, w głównej mierze decyzjami administracyjnymi. Także przy pomocy tej prawnej formy działań organ ten realizuje powierzone mu zadania i funkcje regulacyjne określone w P.t. Swoistą formą działań Prezesa UKE jest decyzja regulacyjna, będąca rodzajem decyzji administracyjnej. Materialną podstawą decyzji regulacyjnej są przepisy P.t., a jej adresatem jest przedsiębiorca telekomunikacyjny. Decyzja ta jest ściśle powiązana z pojęciem regulacji[22], której podstawowym celem jest urzeczywistnienie zasad uczciwej i nieskrępowanej konkurencji na rynku oraz dostęp do usług powszechnych[23]. Elementem wyróżniającym decyzję regulacyjną spośród innych decyzji Prezesa

[18] Pod pojęciem postępowania administracyjnego autor za J. Borkowskim rozumie „regulowany przez prawo procesowe ciąg czynności procesowych podejmowanych przez organy administracji publicznej oraz inne podmioty postępowania, w celu rozstrzygnięcia sprawy administracyjnej w formie decyzji administracyjnej, jak i ciąg czynności procesowych podjętych w celu weryfikacji decyzji administracyjnej". J. Borkowski [w:] B.Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne,* Warszawa 2009, s. 94-95.

[19] Ministrów k.p.a definiuje jako Prezesa i wiceprezesa RM pełniących funkcję ministra kierującego określonym działem administracji rządowej, ministrów kierujących określonym działem administracji rządowej, przewodniczących komitetów wchodzących w skład Rady Ministrów, kierowników centralnych urzędów administracji rządowej podległych, podporządkowanych lub nadzorowanych przez Prezesa Rady Ministrów lub właściwego ministra, a także kierowników innych równorzędnych urzędów państwowych załatwiających sprawy (art. 5 § 2 pkt 4).

[20] S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz…,* op. cit., s. 1120.

[21] K. Kosmala, *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty,* „Prawo i ekonomia w telekomunikacji" nr 3/2004, s. 18.

[22] Na problem pojęcia regulacji zwraca uwagę T. Rabska w: *Prawo administracyjne a publiczne prawo gospodarcze,* [w:] J. Supernat (red.) *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, Wrocław 2009, s. 588.

[23] Zob. szerzej o pojęciu regulacji: S. Piątek, W. Szpringer, *Efektywność regulacji rynków telekomunikacyjnych*, [w:] S. Piątek (red.) *Regulacja rynków telekomunikacyjnych*, Warszawa 2007, s. 333; T. Skoczny, *Stan i tendencje rozwoju prawa administracji regulacyjnej w Polsce*, [w:] H. Bauer, P. M. Huber, Z. Niewiadomski, *Ius Publicum Europeum*, Warszawa 2003, s. 162-163; M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako nowy rodzaj funkcji państwa*

UKE jest, obok kryteriów formalnych, oparcie jej na przesłankach obiektywnej analizy ekonomicznej rynków telekomunikacyjnych. Dodatkowo, cechą szczególną decyzji regulacyjnej Prezesa UKE jest, co do zasady, wyłączenie jej z trybu kontroli administracyjnej przewidzianej w Kodeksie postępowania administracyjnego (odwołanie w toku instancji) oraz kontroli sądowoadministracyjnej.

V. Prawo do odwołania się w sprawach z zakresu Prawa telekomunikacyjnego

W doktrynie oraz w judykaturze przyjmuje się, że dla prawidłowej realizacji prawa do sądu niezbędne jest przestrzeganie wszystkich komponentów tego prawa, a w szczególności: 1) prawa dostępu do sądu, 2) prawa do rzetelnej (właściwej) procedury przed sądem oraz 3) prawa do wyroku sądowego[24]. Jednakże sprawowanie wymiaru sprawiedliwości, w zależności od przyjętego przez państwo rozwiązania, może się istotnie różnić. Generalizując można przyjąć, że w sferze administracji możliwe są zasadniczo dwa typy sprawowania wymiaru sprawiedliwości: poprzez merytoryczne rozstrzyganie sprawy przez organ sądowy (pełna weryfikacja) lub poprzez kontrolę legalności (kontrola kasacyjna). Wyróżnione typy są zasadniczo różne i mają zupełnie odmienne cele. Pierwszy ma za cel rozstrzygnięcie całej sprawy w sposób samodzielny, natomiast drugi zmierza jedynie do skontrolowania prawidłowości decyzji w rozstrzygniętej już sprawie.

Wymóg kontroli rozstrzygnięć w sprawach należących do krajowego organu regulacyjnego w zakresie rynku telekomunikacyjnego został określony w art. 4 DR jako prawo odwołania się[25]. Przepis ten formułuje wymogi proceduralne, spośród których za najistotniejsze autor uznaje wymóg skutecznego mechanizmu odwoławczego i rozpatrywania spraw pod względem merytorycznym, oraz wymogi instytucjonalne (organizacyjne). W zakresie tych ostatnich za najważniejsze należy uznać: wymóg niezależności oraz dysponowania odpowiednią wiedzą specjalistyczną przez organ odwoławczy. Prawo odwołania się z art. 4 DR może być realizowane w dwojaki sposób. Pierwszy sposób to procedura co najmniej dwuinstancyjna, w której odwołanie rozpatruje podmiot niebędący sądem, spełniający wymogi proceduralne, którego rozstrzygnięcia ostatecznie podlegają kontroli organu sądowego (ten z kolei nie musi spełniać wymogów proceduralnych). Drugi sposób, to procedura jednoinstancyjna, w której odwołania bezpośrednio rozpatruje organ sądowy, spełniający wymogi proceduralne, bez obowiązku wprowadzenia kolejnej instancji odwoławczej. Istotne jest, że w zakresie przedmiotowym DR nie różnicuje spraw należących do właściwości krajowego organu regulacyjnego na takie, które muszą być poddane wymogom w zakresie prawa do odwołania się z art. 4 DR i na pozostałe sprawy. Oznacza to, że wymagania z art. 4 DR odnoszą się do wszystkich spraw, a tym samym decyzji, należących do właściwości krajowego organu regulacyjnego. W ocenie K. Lasoka, model odwoławczy

wobec gospodarki, „Studia Prawnicze", Zeszyt 3 (161) 2004, s. 97; M. Szydło, *Wyznaczanie przedsiębiorców telekomunikacyjnych posiadających znaczącą pozycję na rynku zgodnie ze znowelizowanym prawem telekomunikacyjnym*, „Kwartalnik Prawa Publicznego" nr 2/2006, s. 202; M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 65.

[24] Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18.02.2009 r., Kp 3/08, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy" 2009/2A/9 wraz z przywołanym tam orzecznictwem oraz A. Zieliński, *Postępowanie przed NSA w świetle „prawa do sprawiedliwego procesu sądowego"*, „Państwo i Prawo" 1992 nr 7, s. 17 i n., podobnie również M. Wyrzykowski, [w:] L. Garlicki (red.) *Komentarz do Konstytucji RP*, Warszawa 1995, s. 31; P. Sarnecki, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, tom. III, Warszawa 2003, art. 45, s. 3.

[25] „Państwa członkowskie zapewniają, aby na poziomie krajowym istniały skuteczne mechanizmy umożliwiające użytkownikom lub przedsiębiorstwom udostępniającym sieci lub usługi łączności elektronicznej, których dotyczy dana decyzja wydana przez krajowy organ regulacyjny, korzystanie z prawa odwołania się od takiej decyzji do organu odwoławczego niezależnego od stron uczestniczących w sporze. Organ taki, który może być sądem, dysponuje odpowiednią wiedzą specjalistyczną pozwalającą mu na skuteczne wypełnianie swoich funkcji. Państwa członkowskie zapewniają, aby aspekty merytoryczne każdej sprawy zostały właściwie rozpatrzone, oraz zapewniają istnienie skutecznych środków odwoławczych. Do czasu rozpatrzenia odwołania decyzja krajowego organu regulacyjnego pozostaje w mocy, chyba że zgodnie z prawem krajowym zostaną zastosowane środki przejściowe".

określony w art. 4 DR nakazuje ustanowienie w zasadzie drugiego organu regulacyjnego[26], ponieważ opisane rozwiązanie uprawnia organ odwoławczy do pełnej kontroli każdej sprawy i zastępowania decyzji organu regulacyjnego. Niemniej jednak, nie powinno to prowadzić do każdorazowego zastępowania regulatora przez organ odwoławczy, gdyż nie jest to jego zadaniem ani celem[27]. Jak zauważa C. Veljanovski udział organu odwoławczego w kształtowaniu rozstrzygnięć regulacyjnych jest uzależniony od jakości decyzji wydawanych przez organ regulacyjny. Jeżeli decyzje regulatora są właściwe i w sposób należyty uzasadnione, prawdopodobieństwo kształtowania rynku przez organ odwoławczy jest niewielkie[28].

Zauważmy, że regulacje pakietu z 2002 r. zostały wprowadzone w formie dyrektyw tak, aby poszczególne państwa członkowskie odpowiednio dostosowały ramy regulacyjne do własnych porządków prawnych. W tym kontekście na szczególną uwagę zasługuje rozwiązanie brytyjskie, które stało się probierzem późniejszych rozwiązań przyjętych przez całą Unię Europejską. Model brytyjski zakłada, że rozstrzygnięcia[29] organu regulacyjnego podlegają pełnej kontroli sprawowanej przez specjalnie powołany do tego organ sądowy[30] – Antymonopolowy Trybunał Apelacyjny (*Competition Appeal Tribunal*), posiadający uprawnienia merytoryczne do rozstrzygania spraw. Na drugim niemal biegunie znajduje się rozwiązanie obowiązując w Austrii, które przewiduje jedynie kontrolę kasacyjną sprawowaną przez Sąd Administracyjny[31] – co wynika z ustroju konstytucyjnego tego państwa.

Wymogi w zakresie prawa do sądu, rozumiane jako prawo do kontroli sądowej decyzji wydawanych w sprawach należących do właściwości Prezesa UKE realizowane są obecnie przez dwa rodzaje (typy) sądów: sądy administracyjne (Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie jako sąd pierwszej instancji) i sądy powszechne (SOKiK jako sąd pierwszej instancji).

VI. Charakter prawny spraw należących do właściwości Prezesa UKE

Analiza spraw należących do właściwości Prezesa UKE na podstawie przepisów P.t. wskazuje, że nie mają one jednolitego charakteru prawnego. W związku z tym można wyodrębnić spośród nich sprawy mające charakter administracyjny, charakter cywilny oraz w dalszej kolejności sprawy mające charakter regulacyjny. W tym miejscu niezbędne jest krótkie odniesienie się do tych pojęć. I tak, J. Zimmermann pojęcie sprawy administracyjnej rozumie jako prawo materialne, które „żąda swojej konkretyzacji ze względu na stan faktyczny. Jest więc ona niepowtarzalnym splotem prawa i faktu, w którym uwikłane są dwa podmioty: organ administracyjny i strona. Sprawa administracyjna nie jest zatem tylko sporem wyrosłym na gruncie już skonkretyzowanego stosunku prawnego, nie jest sprawą ze stosunku prawnego, ale sprawą stosunku prawnego”[32]. Tak więc, byt prawny sprawy administracyjnej jest uprzedni i w zasadzie samoistny, niezależny od ewentualnego postępowania

[26] K. Lasok, *Appeals under the New Regulatory Framework in the Electronic Communications Sector*, European Business Law Review, 16 (4) 2005, s. 795.

[27] P. Larouche, M. de Visser, *The Triangular Relationship between the Commission, NRAs and National Courts Revisited*, Communications & Strategies no. 64 4th quarter 2006, s. 142.

[28] C. Veljanovski, [w:] R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge (red.) *The Oxford handbook of Regulation*, Oxford 2010, s. 96-98.

[29] Z wyjątkiem rozstrzygnięć, o których mowa w załączniku nr 8 do *Communications Act* z 2003 r. - *Schedule 8 Decisions not subject to appeal*.

[30] Jest to administracyjny organ sądowy, posiadający specjalistyczną wiedzę z zakresu swojej właściwości, tj. ochrony konkurencji oraz spraw regulacyjnych. W literaturze podkreśla się trudności dotyczące precyzyjnego określenia miejsca ustrojowego tego typu organów sądowych w Wlk. Brytanii. Zob. P. Mikuli, *Sądowa kontrola administracji publicznej w Wielkiej Brytanii*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego”, 2006 nr 2(5), s. 147; N. Wikeley, [w:] R. Creyke (red.), *Tribunals in the common law world: Australia, Canada, New Zealand and the United Kingdom*, Sydney 2008, s. 175-193.

[31] *Verwaltungsgerichtshof – VwGH.*

[32] J. Zimmermann, *Administracyjny tok instancyjny*, Kraków 1986, s. 13.

w sprawie[33]. Z kolei definicję legalną sprawy cywilnej zawiera art. 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego[34] (dalej jako k.p.c.) stanowiąc, że kodeks ten normuje postępowanie sądowe w sprawach ze stosunków z zakresu prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa pracy, jak również w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych oraz w innych sprawach, do których przepisy k.p.c. stosuje się z mocy ustaw szczególnych (sprawy cywilne). Definicja ta oparta jest na dwóch niezależnych kryteriach: materialnoprawnym (określane jako sprawy cywilne *sensu stricte*) i formalnoprawnym (określane jako sprawy cywilne *sensu largo*). Zgodnie z pierwszym kryterium, sprawami cywilnymi są te sprawy „w których stosunki prawne stron układają się na zasadzie równorzędności podmiotów i ekwiwalentności świadczeń, a co za tym idzie, są one już ze swej istoty sprawami cywilnymi"[35]. W judykaturze podkreśla się, że chodzi tu o stosunek charakteryzujący się „równorzędnością stron, tj. nieistnieniem władczego podporządkowania jednej strony drugiej"[36].

Pierwsza kategoria spraw – mających charakter administracyjny – obejmuje niemal wszystkie sprawy z zakresu P.t. Decyzje wydawane w tych sprawach poddane zostały kognicji sądów administracyjnych (Wojewódzkiemu Sądowi Administracyjnemu w Warszawie jako sądowi pierwszej instancji) bądź sądów powszechnych (SOKiK jako sądowi pierwszej instancji). Co istotne dla przedmiotowych rozważań, co do zasady wszystkie sprawy należące do właściwości Prezesa UKE mają właśnie charakter administracyjny.

Decyzje wydawane w drugiej kategorii spraw – mających charakter cywilny (*sensu stricto*) – poddane zostały wyłącznie kognicji sądów powszechnych (SOKiK jako sądowi pierwszej instancji). Sprawy tego typu stanowią wyjątek w katalogu spraw należących do właściwości Prezesa UKE i dotyczą zasadniczo spraw spornych[37]. Chodzi o spory w zakresie dostępu telekomunikacyjnego i połączeń sieci (art. 27 ust. 2 P.t.), udostępniania danych abonentów przez dostawcę publicznie dostępnych usług telefonicznych innym przedsiębiorcom prowadzącym spisy abonentów lub świadczącym usługę informacji o numerach (art. 67 ust. 2 P.t.), udostępniania przydzielonej numeracji (art. 128 P.t.) oraz zapewnienia dostępu do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej (art. 139 P.t.).

Dalsze rozróżnienie nie jest związane z tradycyjnymi podziałami na sprawy cywilne i administracyjne, a na sprawy mające charakter regulacyjny. Zdaniem autora decyzja regulacyjna Prezesa UKE jest aktem administracyjnym, najczęściej przyjmującym formę decyzji administracyjnej, wydanym zgodnie z przepisami k.p.a., którego materialną podstawą jest P.t. a jego adresatem jest przedsiębiorca telekomunikacyjny. Decyzja ta, ingerując w wolność przedsiębiorców telekomunikacyjnych, ma za cel urzeczywistnienie zasad uczciwej i nieskrępowanej konkurencji na rynku oraz zapewnienie użytkownikom dostępu do usług powszechnych. Jedną z głównych cech decyzji regulacyjnej jest oparcie jej na przesłankach obiektywnej analizy ekonomicznej rynków telekomunikacyjnych. Tak więc najistotniejszą osobliwością decyzji regulacyjnej jest oparcie jej na elementach pozaprawnych (analizy ekonomicznej).

Sprawy posiadające charakter regulacyjny poddane zostały kognicji sądów administracyjnych. Dotyczą one m.in.: ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 9 ust. 2 P.t., art. 33 ust. 3 P.t., 16 ust. 2

[33] T. Woś, *Pojęcie „sprawy" w przepisach kodeksu postępowania administracyjnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" No 1022, Prawo CLXVIII, Wrocław 1990, s 334.

[34] Dz. U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.

[35] J. Bodio, [w:] A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Praktyczny komentarz*, 2005, s. 30.

[36] Postanowienie Sądu Najwyższego z 11.01.2001 r., IV CKN 1630/00, LEX nr 52455.

[37] Z wyjątkiem decyzji w sprawie rezerwacji częstotliwości po przeprowadzeniu przetargu albo konkursu oraz decyzje o uznaniu przetargu albo konkursu za nierozstrzygnięty.

P.t. oraz art. 207 P.t.), okresowego zawieszenia lub ograniczenia realizacji uprawnień abonenta (art. 74 ust. 2 Pt. w zw. z art. 69-72 P.t.), świadczenia usługi powszechnej (art. 81 – 103 P.t.), gospodarowania częstotliwościami (art. 111-125 P.t.) czy gospodarowania numeracją (art. 126-127 oraz art. 129-131 P.t.). Sprawy o charakterze regulacyjnym przekazane sądom powszechnym dotyczą : ustalenia znaczącej pozycji rynkowej (art. 22 P.t.), nałożenia, zniesienia lub zmiany obowiązków regulacyjnych (art. 24 pkt 2 P.t. w zw. z art. 22 ust 2 P.t.), nałożenia kary finansowej (art. 209 P.t.), zakończenia postępowania dotyczącego stwierdzenia, że na analizowanym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja (art. 23 ust. 1 P.t.), wymienionych wyżej spraw spornych między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi.

Należy zauważyć, ze ustawodawca nie jest konsekwentny w podziale spraw należących do właściwości Prezesa UKE pomiędzy sądy administracyjne i sądy powszechne. Pomimo jednolitego charakteru spraw regulacyjnych, kontrola sądowa tych spraw niekonsekwentnie podzielona została pomiędzy dwa różne rodzaje sądów. Niekonsekwencja ta szczególnie widoczna jest w sprawach z zakresu świadczenia usługi powszechnej (art. 81-103 P.t.). Decyzja w przedmiocie wyznaczenia podmiotu do świadczenia usługi powszechnej poddana została kognicji sądów administracyjnych. Natomiast w przypadku niewywiązywania się przez przedsiębiorcę wyznaczonego do obowiązku świadczenia usługi powszechnej, (co najmniej zgodnie z określonymi wartościami wskaźników dostępności i jakości) Prezes UKE jest zobowiązany podjąć działania, o których mowa w art. 201 P.t. Oznacza to, że decyzje w tym zakresie będą podlegać już kontroli sądu powszechnego [SOKiK].

VII. Charakter prawny kontroli sądowej decyzji Prezesa UKE

Kontrola sprawowana przez sądy administracyjne względem decyzji Prezesa UKE wykonywana jest w zakresie legalności – jest to tzw. model kasacyjny[38]. Sąd administracyjny, dokonując kontroli decyzji organu regulacyjnego nie przejmuje takiej sprawy do końcowego załatwienia; ta zawsze pozostaje w gestii organu – Prezesa UKE, który zaskarżoną decyzję wydał[39]. Przepisy nie przewidują odmiennego, szczególnego trybu kontroli sądowej decyzji rozstrzyganych przez Prezesa UKE z zakresu P.t. Jednakże swoistość telekomunikacyjnego prawa materialnego, mającego swoje źródło w prawie krajowym oraz w prawie unijnym, niejednokrotnie wymusza określoną specyfikę kontroli sądowej działań Prezesa UKE.

Do tej specyfiki, moim zdaniem, należy szczególna prowspólnotowa wykładnia przepisów prawa, kontrola „legalności celu" oraz kontrola uznania administracyjnego. W oparciu o przedstawione elementy Wojewódzki Sąd Administracyjny, jako sąd I-ej instancji rozpatrując sprawę należącą do właściwości Prezesa UKE, winien w szczególności dokonać:

a) sprawdzenia swojej właściwości, tj. czy sprawa nie podlega kognicji sądu powszechnego,
b) sprawdzenia, czy sprawa ma tzw. charakter unijny; jeżeli tak, to czy organ zastosował zasadę pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej oraz czy dokonał tego w sposób prawidłowy[40],

[38] Zob. B. Adamiak, J. Borkowski, *Metodyka pracy sędziego w sprawach administracyjnych,* Warszawa 2012, s. 57; J. P. Tarno, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 18 oraz m.in. Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z 31.03.2009 r., II GSK 823/08, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych, www.orzecznia.nsa.gov.pl.

[39] R. Hauser, *Założenia reformy sądownictwa administracyjnego,* „Państwo i Prawo" 1999 nr 12, s. 22-24.

[40] Zob. szerzej m.in. A. Łazowski, *Proeuropejska wykładnia prawa przez polskie sądy i organy administracji, jako mechanizm dostosowania systemu prawnego do acquis communautaire,* [w]: E. Piontek, *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 191; A. Wentkowska, *Interpretacja In dubio pro communitate – dyrektywa wykładni proeuropejskiej w orzecznictwie sądów polskich,* [w:] S. Biernat, S. Dudzik (red.), *Doświadczenia prawne pierwszych lat członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. 145. Choć wykładnia *in dubio pro communitate* wynika pośrednio z: Konstytucji RP art. 9 oraz art.

c) przeprowadzenia kontroli zgodności rozstrzygnięcia z celami ustawowymi (legalność celu)[41], tj. czy dane rozstrzygnięcie nie jest sprzeczne z celami aktu normatywnego – w szczególności P.t.,
d) przeprowadzenia kontroli uznania administracyjnego[42] (regulacyjnego[43]), jego dopuszczalności oraz prawidłowego i zindywidualizowanego uzasadnienia takiego rozstrzygnięcia przez organ oraz
e) przeprowadzenia kontroli prawidłowości współdziałania Prezesa UKE z innymi organami (Prezesem UOKiK czy organami Unii Europejskiej).

Wydaje się, że kontrola rozstrzygnięć Prezesa UKE przeprowadzona z uwzględnieniem przywołanych elementów, pozwala w sposób najpełniejszy sprawdzić, czy organ prawidłowo przeprowadził postępowanie oraz czy oparł swoje rozstrzygnięcie o właściwe normy prawne.

W kontekście wcześniejszych ustaleń dotyczących charakteru spraw należących do właściwości Prezesa UKE należy dodać, że ze względu na przyjęty w Polsce model sądownictwa administracyjnego sądy te nie zostały powołane do sprawowania kontroli w sprawach mających charakter cywilny w ich materialnym znaczeniu. Wynika to z faktu, że sądownictwo administracyjne zostało, zgodnie z art. 184 Konstytucji RP, powołane do kontroli działań administracji publicznej pod względem legalności, co wyklucza możliwość rozpatrywania istoty (*meritum*) spraw cywilnych.

Również sądownictwo powszechne realizuje konstytucyjne prawo do sądu względem decyzji należących do właściwości Prezesa UKE. Chodzi o sprawy określone w art. 206 ust. 2, 2a i 2b P.t., które rozpatrywane są w trybie właściwym dla spraw cywilnych[44]. Analiza prawna przepisów wskazuje, że sprawy te mogą być rozstrzygane merytorycznie dwukrotnie. W pierwszym etapie rozstrzygane są przez Prezesa UKE w postępowaniu administracyjnym, kończącym się wydaniem decyzji administracyjnej lub postanowienia. W przypadku wniesienia odwołania, rozpoczyna się drugi etap – sądowy, w którym sąd powszechny (SOKiK jako sąd pierwszej instancji) ponownie rozstrzyga tę samą sprawę, w formie wyroku. Sąd powszechny, w wyniku wniesionego odwołania, rozstrzyga zawisłą przed nim sprawę od początku w granicach decyzji administracyjnej Prezesa UKE. Oznacza to, że sąd nie kontroluje decyzji Prezesa UKE, a jego celem jest merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy w kontradyktoryjnym procesie pomiędzy organem administracyjnym a adresatem lub adresatami jego decyzji administracyjnej.

VIII. Podsumowanie

Opisane rozwiązania proceduralne tworzą swoisty model kontroli sądowej decyzji Prezesa UKE z zakresu P.t. Model ten, już na etapie postępowania przed organem, zakłada szereg modyfikacji względem rozwiązań unormowanych w k.p.a., z których na szczególną uwagę zasługuje współdziałanie Prezesa UKE z organami Unii Europejskiej. Pomimo tego, postępowanie przed tym organem nie traci przymiotu postępowania administracyjnego. Elementem wyróżniającym opisywanego modelu

90-91; Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów sporządzonej w Wiedniu 23 maja 1969 r. (Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439) ale także z Traktatu dotyczącego przystąpienia do Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864).

[41] Zob. W. Jakimowicz, *Wykładania w prawie administracyjnym*, 2006, s. 150.

[42] Zob. szerzej M. Jaśkowska, *Uznanie administracyjne w orzecznictwie sądów administracyjnych,* Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego, nr 5-6 (32-33) 2010, s. 168 i n.

[43] Pojęcie uznania regulacyjnego wprowadził W. Hoff. Zob. tego autora: *Uznanie regulacyjne,* „Problemy zarządzania" 1/2008 (19), s. 73-92 oraz *Prawny model regulacji sektorowej*, Warszawa 2008, s. 78 i n.

[44] A do czasu nowelizacji k.p.c. z dnia 16.09. 2011 r. (Dz. U. z 2011 r. Nr 233, poz. 1381), która weszła w życie z dniem 3.05.2012 r. dla spraw cywilnych gospodarczych.

jest dwutorowość kontroli sądowej decyzji organu regulacyjnego, w szczególności przekazanie enumeratywne wymienionych w art. 206 ust. 2, 2a i 2b P.t. decyzji Prezesa UKE do jurysdykcji sądów powszechnych. Postępowanie przed SOKiK tworzy szczególny, oddzielny od postępowania administracyjnego i ogólnego postępowania cywilnego, system kontroli decyzji telekomunikacyjnego organu regulacyjnego.

Odnosząc przedstawiony w artykule model kontroli sądowej do wymagań określonych w DR należy wskazać, że odbiega on od wymogów stawianych w art. 4 tej dyrektywy. W pierwszej kolejności, sądownictwo administracyjne, ze względu na swój charakter, nie spełnia wymogu merytorycznego rozstrzygania spraw. Co więcej, realizacja takiego wymogu jest w obecnym kształcie sądownictwa administracyjnego niemożliwa. Z kolei sądownictwo powszechne (SOKiK jako sąd pierwszej instancji oraz Sąd Apelacyjny w Warszawie jako sąd drugiej instancji) spełnia przesłankę merytorycznego rozstrzygania spraw zawisłych przed tym sądem. Potwierdzają to nie tylko przepisy k.p.c. ale również bogate orzecznictwo oraz stanowisko doktryny w tym zakresie. Trafne jest rozwiązanie polegające na wyznaczeniu w pierwszej instancji SOKiK jako jedynego sądu właściwego w przedmiotowych sprawach. Jednocześnie autor postuluje – *de lege ferenda* – ustanowienie wyspecjalizowanego wydziału również na poziomie instancji odwoławczej – Sądu Apelacyjnego w Warszawie. Należy również zagwarantować odpowiednią specjalizację w przedmiotowej kategorii spraw SOKiK. Specjalizacja tego sądu winna polegać na szczególnym doborze sędziów oraz dostępie sądu do niezależnych od organu regulacyjnego i przedsiębiorców telekomunikacyjnych specjalistów (biegłych) z zakresu regulacji rynku telekomunikacyjnego. Brak dostatecznych kwalifikacji jednoosobowych składów orzekających w SOKiK może powodować faktyczne zredukowanie działań tego sądu jedynie do kontroli legalności decyzji Prezesa UKE lub ewentualnie, bezkrytyczne przyjmowanie przez ten sąd ustaleń dokonanych w postępowaniu administracyjnym przez Prezesa UKE.

Reasumując, obecny model kontroli sądowej decyzji wydawanych przez Prezesa UKE jest niespójny i w wielu jego elementach również niekonsekwentny. Jego niespójność i niekonsekwencja wynikają między innymi z braku czytelnego podziału spraw pomiędzy poszczególne rodzaje sądów.

Generalny wniosek *de lege ferenda* wskazuje na zasadność opracowania nowego modelu kontroli sądowej decyzji Prezesa UKE. Model taki winien, bez uszczerbku dla dyrektyw unijnych, uwzględniać konstytucyjny podział spraw pomiędzy sądy powszechne a sądy administracyjne, a także utrwalone rozwiązania z zakresu kontroli działań organów administracyjnych określone w k.p.a.

Mariusz Czyżak*

Kara pieniężna jako instrument regulacji rynku telekomunikacyjnego

Spis treści:

I. Wprowadzenie
II. Pojęcie regulacji jako zadania administracji publicznej
III. Kara pieniężna w Prawie telekomunikacyjnym a status Prezesa UKE
IV. Funkcje kary pieniężnej na tle orzecznictwa i poglądów doktryny
V. Funkcja regulacyjna kary pieniężnej w świetle ustawowych dyrektyw jej wymiaru
VI. Regulacyjny charakter kary pieniężnej a kategoria naruszenia
VII. Funkcja regulacyjna kary pieniężnej na przykładzie wybranych decyzji Prezesa UKE
VIII. Uwagi końcowe

Streszczenie:

Niniejszy artykuł przedstawia regulacyjne aspekty kary pieniężnej znanej ustawie Prawo telekomunikacyjne z 2004 r. Wskazano w nim takie elementy mające wpływ na pełnienie przez tę sankcję funkcji regulacyjnej, jak: status organu uprawnionego do jej nałożenia, ustawowe dyrektywy jej wymiaru, a także kategorie naruszeń, za które może być nałożona. Analiza tej instytucji prawa administracyjnego dokonana została z uwzględnieniem treści przepisów powszechnie obowiązującego prawa, jak również w świetle poglądów judykatury i doktryny oraz wybranych decyzji administracyjnych Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Słowa kluczowe: telekomunikacja, kara pieniężna, regulacja rynku telekomunikacyjnego.

I. Wprowadzenie

Polski system prawny, a w zasadzie jego gałąź określana mianem prawa publicznego gospodarczego, wzbogaciła się w ostatnich kilkunastu latach o stosunkowo szerokie spektrum środków karno-administracyjnych, związanych z wymierzaniem dolegliwości o charakterze finansowym. Pod wieloma względami odznaczają się one cechami tożsamymi z sankcjami o charakterze kryminalnym, takimi jak grzywna[1], czy też karami wymierzanymi na podstawie ustawy z 28.10.2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary[2], jakkolwiek nie mają charakteru sankcji karnych[3]. Są natomiast równie dolegliwe z ekonomicznego punktu widzenia, a procedurze ich nakładania towarzyszą, stanowiące konsekwencję realizacji konstytucyjnej zasady prawa do

* Dr nauk prawnych; Urząd Komunikacji Elektronicznej oraz Wyższa Szkoła Kadr Menedżerskich w Koninie.

[1] Art. 33 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.).

[2] Dz.U. z 2012 r., poz. 768, ze zm.

[3] Wyrok SN z 5.01.2011 r., III SK 32/10 (LEX Nr 824312).

sądu, gwarancje procesowe przysługujące podlegającemu takiej sankcji podmiotowi. Mowa tutaj o karach pieniężnych wprowadzonych do porządku prawnego na gruncie takich aktów normatywnych rangi ustawowej jak: np. ustawa z 10.04.1997 r. - Prawo energetyczne[4], ustawa z 28.03.2003 r. o transporcie kolejowym[5], ustawa z 12.06.2003 r. - Prawo pocztowe[6], czy też wreszcie ustawa z dnia 16.07.2004 r. - Prawo telekomunikacyjne[7] (dalej: P.t.), analogicznie jak jej poprzedniczka tj. ustawa z dnia 21.07.2000 r. - Prawo telekomunikacyjne[8].

Tym co różni znaną im sankcję administracyjną od podobnych sankcji podlegających rygorowi prawa karnego, czy też quasi-odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych, jest status organu je nakładającego oraz pełnione przez nie funkcje. Tym pierwszym jest bowiem organ administracji publicznej (zwykle rządowej), a nie sąd powszechny. Funkcje z kolei, jakkolwiek pokrewne funkcjom sankcji karnych i quasi-karnych, przybierają natomiast postać, która uwzględnia cele przyświecające ustawodawcy przy stanowieniu formalnoprawnych narzędzi regulacji określonych obszarów gospodarki, w szczególności stale rozwijającego się sektora telekomunikacyjnego. Przedmiotem dalszych rozważań są zatem regulacyjne aspekty administracyjnej kary pieniężnej nakładanej przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes UKE) na podstawie przywołanej już wyżej ustawy Prawo telekomunikacyjne (art. 209 i n. P.t.).

II. Pojęcie regulacji jako zadania administracji publicznej

Wśród funkcji pełnionych przez administrację publiczną względem sektora prywatnego, obok tradycyjnych jej ról związanych z wykonywaniem zadań policyjnych i reglamentacyjnych, stosunkowo niedawno zaczęto wyodrębniać funkcję regulacyjną[9]. Ma ona specjalne znaczenie w obszarze infrastrukturalnych działów gospodarki, w tym i telekomunikacji. Wyselekcjonowaniu tej funkcji towarzyszy ukonstytuowanie się w wielu systemach prawnych, tak na gruncie europejskim, jak i w Stanach Zjednoczonych (skądinąd dokonane tam wcześniej aniżeli w krajach Unii Europejskiej), organów administracji publicznej określanych mianem organów regulacyjnych, którym przypisano specjalne nowe zadania, przede wszystkim w odniesieniu do przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w obrębie wspomnianych już sektorów infrastrukturalnych.

Jaką treść należy przypisać „regulacji" przy analizie instytucji polskiego systemu prawnego? Otóż w znaczeniu potocznym regulacja to „doprowadzenie czegoś do stanu prawidłowego przebiegu, funkcjonowania, itp."[10]. Na gruncie polskiego porządku prawnego , abstrahując od pojęcia „regulacje" używanego w języku prawnym zamiennie z pojęciem „unormowania" bądź „przepisów", spotykamy tylko jedną próbę zdefiniowania treści tego terminu w odniesieniu do sektorów infrastrukturalnych. I tak, w przepisie art. 3 pkt 15 ustawy Prawo energetyczne za regulację – w odniesieniu do rynku energetycznego - uznano „stosowanie określonych ustawą środków prawnych, włącznie z koncesjonowaniem, służących do zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego, prawidłowej gospodarki paliwami i energią oraz ochrony interesów odbiorców". Z kolei w ustawie z 15.04.2005 r. o nadzorze

[4] Tekst jednolity Dz.U. z 2012 r., poz. 1059.

[5] Dz.U. Nr 86, poz. 789, ze zm.

[6] Dz.U. Nr 130, poz. 1188, ze zm.

[7] Dz.U. Nr 171, poz. 1800, ze zm.

[8] Dz.U. Nr 73, poz. 852, ze zm.

[9] Zob. M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako nowy rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Studia Prawnicze nr 3/2004, s. 55 i n.

[10] E. Sobol (red.), *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2006, s. 825.

uzupełniającym nad instytucjami kredytowymi, zakładami ubezpieczeń, zakładami reasekuracji i firmami inwestycyjnymi wchodzącymi w skład konglomeratu finansowego[11] znajdujemy definicję legalną pojęcia „regulacje sektorowe", pod którym kryją się „przepisy określające warunki wykonywania działalności przez podmioty regulowane" (art. 3 pkt 6 ustawy).

Stąd też, z uwagi na fakt, iż w krajowym prawodawstwie, w tym poświęconym funkcjonowaniu sektora telekomunikacyjnego, nie znajdziemy definicji legalnej pojęcia regulacji, można się pokusić o stwierdzenie, że kryje się pod nim - system narzędzi prawnych przypisanych organom władzy publicznej, którymi mogą one wpływać na funkcjonowanie uczestników określonego sektora gospodarki narodowej, w celu osiągnięcia stanu wyznaczonego tak przepisami powszechnie obowiązującego prawa, jak również regułami rządzącymi gospodarką wolnorynkową, w szczególności zasadą uczciwej konkurencji, ochroną słusznych interesów konsumentów itp. Jeżeli chodzi o regulację rynku usług telekomunikacyjnych, to mowa tutaj w szczególności o prerogatywach, w tym także natury karnoadministracyjnej, przyznanych ustawowo Prezesowi UKE i mających zastosowanie przede wszystkim względem przedsiębiorców telekomunikacyjnych i relacji zachodzących pomiędzy nimi. Za ich pośrednictwem organ ten oddziałuje bowiem zarówno na rynek usług telekomunikacyjnych rozumiany jako całokształt zależności zachodzących pomiędzy podmiotami uczestniczącymi w wymianie gospodarczej z wykorzystaniem technologii telekomunikacyjnych, jak i stymuluje określoną aktywność poszczególnych podmiotów funkcjonujących w ramach tego rynku.

III. Kara pieniężna w Prawie telekomunikacyjnym a status Prezesa UKE

O charakterze, w tym i funkcji pełnionej przez sankcję administracyjną nakładaną przez organ administracji publicznej, współdecyduje w pierwszym rzędzie status tegoż organu i jego miejsce w systemie prawnym. W przypadku kary pieniężnej znanej ustawie Prawo telekomunikacyjne, organem uprawnionym do jej nałożenia jest Prezes UKE posiadający status centralnego organu administracji rządowej. W świetle postanowień przepisu art. 190 ust. 1 P.t. jest on równocześnie organem regulacyjnym w dziedzinie rynku usług telekomunikacyjnych, który – wraz z ministrem właściwym do spraw łączności – prowadzi politykę regulacyjną, mając na względzie: wspieranie konkurencji w zakresie dostarczania sieci telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub świadczenia usług telekomunikacyjnych; wspieranie rozwoju rynku wewnętrznego; promocję interesów obywateli Unii Europejskiej, w szczególności zapewnienie wszystkim obywatelom dostępu do usługi powszechnej i zapewnienie ochrony konsumentom w ich relacjach z przedsiębiorcą telekomunikacyjnym; realizację polityki w zakresie promowania różnorodności kulturowej i językowej, jak również pluralizmu mediów; a także zagwarantowanie neutralności technologicznej przyjmowanych norm prawnych (art. 189 ust. 2 P.t.). Tym samym oczywistym jest, że poważna część instrumentów prawnych, w które wyposażył Prezesa UKE ustawodawca, w szczególności i kara pieniężna, o której mowa w przepisie art. 209 P.t., mają charakter regulacyjny mieszcząc się w sformułowanej powyżej definicji „regulacji", o ile oczywiście cel przyświecający zastosowaniu określonego narzędzia ma również taką naturę.

[11] Dz.U. Nr 83, poz. 719, ze zm.

IV. Funkcje kary pieniężnej na tle orzecznictwa i poglądów doktryny

Administracyjna kara pieniężna, analogicznie jak i inne instrumenty prawne pociągające za sobą wyrządzenie określonej dolegliwości podmiotowi stosunku administracyjnoprawnego, pełni szereg funkcji, przede wszystkim zaś: represyjną, prewencyjną, przymuszającą, a wreszcie – stanowiącą główny przedmiot niniejszych rozważań – funkcję regulacyjną.

Orzecznictwo sądowe, w odniesieniu do zagadnienia kar pieniężnych nakładanych przez Prezesa UKE na gruncie ustawy Prawo telekomunikacyjne, skupia się w znacznej mierze na kwestii gwarancji procesowych przysługujących karanemu przedsiębiorcy, które – uwzględniając standardy ochrony jego praw wskazane przez prawodawstwo i judykaturę europejską[12] – mają być, w myśl stanowiska Sądu Najwyższego, wyższe aniżeli te, jakie są stosowane wobec niego w ramach postępowania toczącego się z odwołania od decyzji nakładających obowiązki regulacyjne[13], zaś zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu regulacyjnego w tej materii powinny odpowiadać wymaganiom analogicznym do obowiązujących w sprawie karnej[14].

Sąd Najwyższy poświęca jednakże nieco uwagi również funkcjom pełnionym przez przedmiotową sankcję. Wymienia przy tym, odnosząc się tak do orzeczeń wyroków sądów niższych instancji, jak i Trybunału Konstytucyjnego, takie funkcje przypisane sankcji z przepisu art. 209 P.t. jak represyjna, prewencyjna i dyscyplinująca[15]. I tak, zdaniem Sądu Najwyższego: „Prewencyjne oddziaływanie sankcji administracyjnej wyraża się nie tylko w zaniechaniu tolerowania naruszenia obowiązków, ale także w nakłonieniu ukaranego do zapobieżenia powtórnemu naruszeniu obowiązków w przyszłości. (…) Kary pieniężne zawierają w sobie element represyjny, w przypadku gdy orzekane są za naruszenia ustawowych obowiązków, których dopuścił się przedsiębiorca telekomunikacyjny". Nie postrzega jednakże analizowanej kary pieniężnej jako sankcji o charakterze wyłącznie wymuszająco-prewencyjnym, rozumianym w taki sposób, że „niedopuszczalne jest nałożenie kary pieniężnej w przypadku zakończenia stanu naruszenia przepisów Prawa telekomunikacyjnego przed wydaniem decyzji o nałożeniu kary pieniężnej"[16].

W odniesieniu zaś do kary pieniężnej z art. 201 ust. 3 P.t., którą Prezes UKE może nałożyć w następstwie niewłaściwej realizacji zaleceń pokontrolnych wydanych w związku z przeprowadzeniem kontroli na podstawie art. 199 P.t. wraz z decyzją nakazującą usunięcie nieprawidłowości, Sąd Najwyższy sformułował pogląd, iż w przedmiotowym przypadku sankcja ta „stanowi szczególną formę wykorzystania takiej kary jako środka przymusu, który organ regulacyjny jest władny zastosować wobec przedsiębiorcy uchylającego się od wykonania powinności nałożonych na niego w zaleceniach pokontrolnych"[17], stąd też ma ona charakter sankcji przymuszającej. Samo zaś przeprowadzenie postępowania kontrolnego nie stanowi warunku *sine qua non* wydania przez Prezesa UKE decyzji

[12] Wyrok ETPC z 24.09.1997 r. w sprawie 18996/91 Garyfallou ABBE przeciwko Grecji (LEX nr 79585); decyzja ETPC z 23.03.2000 r. w sprawie 36706/97 Ioannis Haralambidis, Y. Haralambidis-Liberpa Ltd pprzeciwko Grecji (LEX nr 520369).

[13] Wyrok SN z 14.04.2010 r., III SK 1/10 (LEX nr 1037765). Analogiczne stanowisko zajął SN wydając wyrok na gruncie ustawy Prawo energetyczne – wyrok SN z 1.06.2010 r., III SK 5/10 (LEX nr 622205).

[14] Zob. Wyrok SN z 5.01.2011 r., III SK 32/10 (LEX Nr 824312); wyrok SN z 10.11.2010 r., III SK 27/08 (LEX nr 677766); wyrok SN z 21.10.2010 r., III SK 7/10 (LEX nr 686801).

[15] Wyrok SN z 21.09.2010 r., III SK 8/10 (LEX nr 1113035).

[16] Wyrok SN z 14.02.2012 r., III SK 24/11 (LEX nr 1129351).

[17] Ibidem.

stwierdzającej naruszenie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego przepisu art. 209 ust. 1 P.t. i nakładającej na niego z tytułu tego naruszenia karę pieniężną[18].

Na nieco inne aspekty instytucji administracyjnej kary pieniężnej zwraca uwagę Trybunał Konstytucyjny. Co najistotniejsze, możliwość zastosowania takich sankcji, jako reakcji na naruszenie ustawowych obowiązków, nie budzi jego zdaniem wątpliwości[19]. Powinny one mobilizować podlegające im podmioty do terminowego i prawidłowego wykonywania obowiązków na rzecz państwa, zaś sankcje administracyjne stosowane automatycznie – z mocy ustawy (jak ma to miejsce w przypadku art. 209 ust. 1 P.t. – M.Cz.) – mają przede wszystkim znaczenie prewencyjne[20]. Różnicując karę kryminalną od sankcji administracyjnej Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „ta pierwsza musi mieć charakter zindywidualizowany – może być wymierzana tylko, jeżeli osoba fizyczna swoim zawinionym czynem wypełni znamiona przestępstwa (wykroczenia, przestępstwa karnoskarbowego), natomiast ta druga może zostać nałożona zarówno na osobę fizyczną, jak i na osobę prawną, stosowana jest automatycznie, z tytułu odpowiedzialności obiektywnej i ma przede wszystkim znaczenie prewencyjne". Podkreślił jednak, iż „kara administracyjna ma również charakter dyscyplinująco-represyjny", a jej wymierzenie „stanowi przejaw władczej ingerencji państwa w sferę praw majątkowych jednostki, ale ingerencja ta jest konsekwencją jej niezgodnego z prawem zachowania"[21]. Co więcej, Trybunał Konstytucyjny uznaje, że sankcja ta „ma charakter środka przymusu służącego zapewnieniu realizacji wykonawczo-zarządzających zadań administracji agregowanych przez pojęcie interesu publicznego"[22].

Reasumując, judykatura wskazuje na trzy podstawowe funkcje administracyjnej kary pieniężnej – prewencyjną, dyscyplinującą i represyjną, nie wymieniając wprost funkcji regulacyjnej. Niemniej jednak, analiza treści orzecznictwa Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego, zwłaszcza w zakresie postrzegania przez nie aspektu prewencyjnego i przymuszającego tej sankcji, pozwala – jak się wydaje – przypisać jej również wymiar regulacyjny, który może być postrzegany chociażby jako możliwość wpływu na zachowania przedsiębiorców w określonym sektorze gospodarki narodowej.

Jeżeli zaś chodzi o stanowisko doktryny prawa, to w zakresie uwag dotyczących samych kar pieniężnych jako sankcji administracyjnych, na gruncie poglądów sformułowanych w ramach interpretacji przepisów Prawa telekomunikacyjnego wymieniane są również – analogicznie jak w orzecznictwie sądowym – przede wszystkim takie funkcje przedmiotowej kary pieniężnej, jak prewencyjna i represyjna. Warto przytoczyć w tym miejscu kilka spośród prezentowanych stanowisk. I tak np. zdaniem S. Piątka, „kary pieniężne stanowiąc zasadniczy instrument służący wymuszaniu przestrzegania podstawowych obowiązków wynikających z ustawy Prawo telekomunikacyjne" i jakkolwiek ten akt normatywny „nie formułuje wyraźnie celów związanych z nakładaniem kar pieniężnych, ale dyrektywy dotyczące wysokości tych kar wskazują wyraźnie na zamiar osiągnięcia skutków represyjnych i prewencyjnych"[23]. Analogiczne stanowisko zajął M. Rogalski[24]. W opinii A. Krasuskiego, „Kara pieniężna nakładana jest niezależnie od wystąpienia czy stopnia winy podmiotu (…) jest więc stosowana automatycznie, na podstawie ustawy, z tytułu winy obiektywnej. Sankcja ta ma przede

[18] Wyrok SN z 9.05.2012 r., III SK 35/11 (LEX nr 1170694).

[19] Wyrok TK z 5.05.2009 r., P 64/07 (LEX nr 490927).

[20] Wyrok TK z 24.01.2006 r., SK 52/04 (LEX Nr 182446).

[21] Wyrok TK z 22.09.2009 r., SK 3/08 (LEX nr 533558).

[22] Wyrok TK z 31.03.2008 r., SK 75/06 (LEX Nr 358047).

[23] S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2005, ss. 1138 i 1152.

[24] M. Rogalski, *Przestępstwa telekomunikacyjne*, Zakamycze 2006, s. 177.

wszystkim znaczenie prewencyjne, podczas gdy kara (kryminalna – M.Cz.) musi mieć charakter zindywidualizowany. Przypisać można jej również znaczenie represyjne”[25]. Według autora niniejszego opracowania, pełni ona natomiast trzy zasadnicze funkcje – represyjną, regulacyjną i prewencyjną: „stanowi instrument represji karnoadministracyjnej, wyrządzając dolegliwość ekonomiczną podmiotowi uchylającemu się od przestrzegania przepisów prawa w obszarze telekomunikacji”, „wpływa na prowadzoną przez przedsiębiorcę działalność (…) przyczyniając się do prowadzenia jej w sposób legalny, a zarazem wykluczający możliwość naruszenia praw innych podmiotów, tak klientów, jak i innych przedsiębiorców”, jak również „ma zapobiegać przyszłym naruszeniom porządku prawnego, odstręczając od ich powtórnego wystąpienia w przyszłości (…) rolą administracyjnej kary pieniężnej jest w tym przypadku swoiste „dyscyplinowanie” podmiotów, na których ciążą określone obowiązki wobec państwa, do ich terminowej i należytej realizacji”[26].

V. Funkcja regulacyjna kary pieniężnej w świetle ustawowych dyrektyw jej wymiaru

W myśl przepisu art. 210 ust. 1 P.t., Prezes UKE nakłada karę pieniężną, o której mowa w art. 209 ust. 1 P.t., w wysokości do 3% przychodu osiągniętego przez ukarany podmiot w poprzednim roku kalendarzowym. Zobligowany jest uwzględnić przy tym również trzy dyrektywy wymiaru tej sankcji tj. zakres naruszenia, dotychczasową działalność podmiotu, a także jego możliwości finansowe. Fakt nadania jej charakteru sankcji względnie oznaczonej, jak również wymóg jej dostosowania do konkretnej sytuacji faktycznej, pozwala przyjąć pogląd, że wolą ustawodawcy nie jest uczynienie z niej jedynie środka „ślepej” represji wymierzonej przeciwko przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu, ale nieodłącznego powiązania stopnia dolegliwości z kilkoma elementami. Po pierwsze, z ciężarem gatunkowym deliktu administracyjnego, bo ten aspekt nielegalnego działania ukaranego podmiotu kryje się w gruncie rzeczy pod pojęciem zakresu naruszenia. Po drugie, ze sposobem funkcjonowania przedsiębiorcy w określonych realiach prawnych i faktycznych w okresie poprzedzającym zaistnienie naruszenia skutkującego nałożeniem kary. Po trzecie wreszcie, z potencjałem ekonomicznym ukaranego podmiotu, który nie powinien zostać nadwyrężony ponad miarę konstytucyjnej zasady proporcjonalności.

Mając na względzie powyższe, przyjąć należy, że wspomniany powyżej mechanizm określania poziomu kary pieniężnej na podstawie ustawy Prawo telekomunikacyjne, również świadczy w pewnej mierze o regulacyjnym charakterze tej sankcji. Pozwala bowiem Prezesowi UKE na „stymulowanie” zachowania się przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na rynku poprzez dostosowanie zakresu dolegliwości finansowej i wpłynięcie w ten sposób na rozmiary i kierunki jego dalszej aktywności na rynku usług telekomunikacyjnych. Przywołać należy w tym miejscu również, podtrzymujący dotychczasową linię orzeczniczą, wyrok Sądu Najwyższego[27], w myśl którego w sprawach z zakresu regulacji rynku, ze względu na szczególną dolegliwość finansową sankcji wymierzanych przedsiębiorcom, organy administracji publicznej powinny przywiązywać szczególną wagę do przestrzegania ograniczeń nałożonych zarówno na władzę ustawodawczą, jak i wykonawczą, wynikających z postanowień

[25] A. Krasuski, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 567.

[26] M. Czyżak, *Kilka uwag o administracyjnej karze pieniężnej na gruncie ustawy Prawo telekomunikacyjne z 2004 r.*, Studia Prawnicze KUL nr 2/2008, ss. 8-9.

[27] Wyrok SN z 5.01.2011 r., III SK 32/10 (LEX Nr 824312). Podobne stanowisko: wyrok SN z 25.04.2007 r., III SK 1/07 (LEX Nr 487519); wyrok SN z 4.11.2010 r., III SK 21/10 (LEX Nr 737390).

Konstytucji RP, kierując się przy tym konstytucyjną zasadą proporcjonalności. Służy ona bowiem także dopasowaniu wysokości nakładanej sankcji do określonego stanu faktycznego oraz wartości prawnie chronionych, które przybierają rozmaitą postać w dyspozycji poszczególnych jednostek redakcyjnych przepisu art. 209 P.t.

Dodać należy, że zgodnie z postanowieniami przepisu art. 21a dyrektywy z 7.03.2002 r. Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej w sprawie wspólnych ram regulacyjnych dla sieci i usług łączności elektronicznej (dalej: dyrektywa ramowa)[28] „Państwa członkowskie ustanawiają zasady dotyczące sankcji mających zastosowanie do naruszeń krajowych przepisów przyjętych zgodnie z niniejszą dyrektywą i dyrektywami szczegółowymi oraz zapewniają wykonywanie tych sankcji. Przewidziane sankcje muszą być odpowiednie, skuteczne, proporcjonalne i odstraszające". Wskazane *in fine* przywołanego powyżej przepisu dyrektywy ramowej wytyczne prawa wspólnotowego ukierunkowują równocześnie funkcje kar pieniężnych stosowanych przez organ regulacyjny rynku telekomunikacyjnego. O ile pojęcie „odstraszające" może wskazywać na funkcję prewencyjną, tak ogólną jak i szczególną, to celem zastosowania środków „odpowiednich, skutecznych, proporcjonalnych" jest z pewnością wywarcie określonego wpływu, a zatem regulowanie sposobu „zachowania się" przedsiębiorców telekomunikacyjnych na rynku.

VI. Regulacyjny charakter kary pieniężnej a kategoria naruszenia

O możliwości przypisania administracyjnej karze pieniężnej waloru instrumentu regulacyjnego decyduje w oczywisty sposób również charakter deliktu administracyjnego, tj. kategorii naruszenia przepisów powszechnie obowiązującego prawa (bądź wydanych na ich podstawie aktów administracyjnych), z którym związana jest odpowiedzialność karnoadministracyjna skutkująca możliwością nałożenia sankcji tego właśnie rodzaju. Z pewnością nie wszystkie typy deliktów administracyjnych ustanowione dyspozycją przepisu art. 209 ust. 1 P.t. zakwalifikować można jako naruszenia ustawowych prawideł regulacji rynku telekomunikacyjnego *sensu stricte*, bo też nie wszystkie kompetencje przypisane Presowi UKE mają wymiar ściśle regulacyjny, w przyjętym dla potrzeb niniejszych rozważań znaczeniu. Mowa tutaj w szczególności o niektórych zadaniach związanych z gospodarką zasobami numeracji i zasobami częstotliwości radiowych (dział IV P.t.), czy też o nadzorze na rynku wyrobów w świetle ustawy z 30.08.2002 r. o systemie oceny zgodności[29], którym przypisać należy bądź to funkcję reglamentacyjną, bądź to *de facto* policji administracyjnej. Stąd też kary pieniężne nakładane na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego z tytułu wykorzystywania częstotliwości, numeracji lub zasobów orbitalnych bez posiadania stosownych uprawnień lub niezgodnie z tymi uprawnieniami (art. 209 ust. 1 pkt 9 P.t.), czy też naruszenia obowiązku zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej (art. 209 ust. 1 pkt 24 w zw. z art. 159 P.t.) lub wprowadzania do obrotu lub oddawania do użytku urządzenia radiowego bez wymaganego oznakowania znakiem ostrzegawczym (art. 209 ust. 1 pkt 11 P.t.), mieć będą przede wszystkim charakter represyjno-odstraszający.

Nie ulega jednak wątpliwości, że szereg typów naruszeń wskazanych w przepisie art. 209 ust 1 P.t. odnieść można wprost do konkretnych kompetencji regulacyjnych pełnionych przez Prezesa

[28] Dz. Urz. UE 2002 L 108/33.

[29] Dz.U. z 2010 r. Nr 138, poz. 935, ze zm.

UKE, służących ochronie wartości związanych z regulacją rynku telekomunikacyjnego. Mowa tutaj np. o poddaniu karze pieniężnej: niewłaściwej realizacji obowiązków informacyjnych względem organu regulacyjnego (art. 209 ust. 1 pkt 1 i 3 P.t.); zaniechania wypełniania obowiązków lub wymagań dotyczących ofert określających ramowe warunki umów o dostępie (art. 209 ust 1 pkt 5 P.t.); niewypełniania warunków zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego oraz rozliczeń z tego tytułu, określonych w decyzji lub w umowie (art. 209 ust. 1 pkt 6 P.t.); niewykonywania obowiązku świadczenia usługi powszechnej (art. 209 ust. 1 pkt 7 P.t.); niewypełniania obowiązków lub wymagań dotyczących zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego (art. 209 ust. 1 pkt 12 P.t.); niewypełniania obowiązków regulacyjnych nałożonych na rynkach detalicznych (art. 209 ust. 1 pkt 13 P.t.); niewypełniania lub nienależytego wypełniania obowiązków regulacyjnych związanych z prowadzeniem rachunkowości regulacyjnej lub kalkulacji kosztów (art. 209 ust. 1 pkt 30 P.t.); czy też niewypełniania lub nienależytego wypełniania obowiązków opracowania i przedłożenia do zatwierdzenia przez Prezesa UKE oraz stosowania oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym (art. 209 ust. 1 pkt 31 P.t.). Tym samym nałożenie na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego sankcji stanowiącej reakcję na wystąpienie tych deliktów administracyjnych będzie miało wymiar regulacyjny, zmierzający do realizacji przez niego w przyszłości szeroko rozumianych obowiązków regulacyjnych.

Pokusić się należy natomiast o sformułowanie tezy, że funkcji regulacyjnej nie pełni, stosowana niezależnie od sankcji z dyspozycji przepisu art. 209 ust. 1 P.t., kara pieniężna nakładana na kierującego przedsiębiorstwem telekomunikacyjnym w myśl przepisu art. 209 ust. 2 P.t. Jakkolwiek pozostaje ona w bezpośrednim związku z określonym naruszeniem wymienionym enumeratywnie w przepisie art. 209 ust. 1 P.t., to ma charakter przede wszystkim represyjny, zmierzając do obciążenia współodpowiedzialnością za dane naruszenie przepisów prawa regulującego funkcjonowanie sektora telekomunikacyjnego osób faktycznie winnych podejmowania określonych decyzji biznesowych, których rzeczywistą konsekwencję stanowi dane naruszenie.

VII. Wymiar regulacyjny kary pieniężnej na przykładzie wybranych decyzji Prezesa UKE

Dla zobrazowania, jak walory regulacyjne kary pieniężnej prezentują się w praktyce funkcjonowania organu regulacyjnego rynku usług telekomunikacyjnych, należy przedstawić kilka przykładów zastosowania omawianej sankcji przez Prezesa UKE. Wskazać przy tym wypada takie elementy treści decyzji administracyjnych nakładających kary pieniężne, które rzutują na regulacyjny aspekt kar, a powiązane są przede wszystkim z regulacyjnym charakterem dóbr podlegających ochronie prawnej na gruncie przepisu art. 209 P.t. i wsparciem realizacji ustawowych celów regulacyjnych Prezesa UKE wskazanych w przepisie art. 189 ust. 2 P.t.

Jako pierwszy przykład przywołać należy decyzję administracyjną wydaną przez Prezesa UKE 1.04.2008 r.[30], nakładającą na PTK Centertel Sp. z o.o. karę pieniężną w wysokości 500.000 zł w związku z niewypełnieniem przez ten podmiot warunków zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego (art. 209 ust. 1 pkt 6 P.t.), określonych w umowie o współpracy w zakresie połączenia sieci i zasadach rozliczeń z dnia 27.11.2006 r. między PTK Centertel Sp. z o.o. a Telefonią Dialog S.A., polegającym na braku realizacji połączeń do numerów niegeograficznych usług audiotekstowych i sieci

[30] Decyzja Prezesa UKE z 1.04.2008 r., DKE-WPP-029-26/07(19).

inteligentnej świadczonych w sieci Telefonii Dialog S.A. W uzasadnieniu do przedmiotowej decyzji zwrócono uwagę m.in. na regulacyjny charakter dóbr podlegających naruszeniu w przedmiotowym delikcie administracyjnym, wskazując, iż „Wartość społecznych i ekonomicznych następstw przedmiotowego naruszenia należy rozważać w świetle hamowania konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych, w celu zapewnienia użytkownikom, także niepełnosprawnym, osiągania maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych oraz zapobieganie zniekształcaniu lub ograniczaniu konkurencji na rynku telekomunikacyjnym".

Dnia 21.10.2008 r. na TP S.A. nałożona została decyzją Prezesa UKE[31] kara pieniężna w wysokości 200.000 zł z tytułu niewypełnienia obowiązków regulacyjnych w zakresie przedstawienia Prezesowi UKE do zatwierdzenia projektów zmian cenników (art. 209 ust. 1 pkt 13 P.t.) – Cennika usług telekomunikacyjnych tp, Cennika usługi linia cyfrowa ISDN tp świadczonej przez TP S.A. (rozwiązania dla biznesu) i Cennika usługi Octopus ISDN świadczonej przez TP S.A., w zakresie wprowadzenia usługi „szukam i łączę tp". Z uwagi na fakt, iż TP S.A. została wyznaczona w dniu 30.08.2007 r. jako przedsiębiorca zajmujący znaczącą pozycję w zakresie detalicznych rynków właściwych – rynku 3 (krajowy rynek, świadczenie usług krajowych połączeń telefonicznych w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej dla konsumentów) i rynku 5 (krajowy rynek, świadczenie usług krajowych połączeń telefonicznych w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej dla użytkowników końcowych, z wyłączeniem konsumentów), na podstawie przepisu art. 46 ust 3 pkt 4 P.t., została zobowiązana do przedstawiania do zatwierdzenia Prezesowi UKE cenników i regulaminów świadczenia usług. W myśl postanowień art. 48 ust. 1 i 2 P.t. TP S.A. zobligowana była przedłożyć Prezesowi UKE „projekty cenników i regulaminów świadczenia usług wraz z uzasadnieniem, w terminie co najmniej 30 dni przed planowanym terminem wprowadzenia w życie cennika lub regulaminu świadczenia usług lub ich zmian", który „w drodze decyzji, w terminie 30 dni od dnia przedłożenia projektu cennika, regulaminu świadczenia usług lub ich zmiany, może zgłosić sprzeciw (…) zobowiązać przedsiębiorcę telekomunikacyjnego do przedstawienia poprawionego cennika lub regulaminu, w części objętej sprzeciwem". W uzasadnieniu tejże decyzji, w części dotyczącej ustalenia wysokości kary, w szczególności zakresu naruszenia, Prezes UKE stwierdził, że „Jednym z podstawowych elementów regulacji rynku telekomunikacyjnego, stanowiących zarazem podstawowe zadanie Prezesa UKE, które powinno służyć osiągnięciu celów ustawowych, jest ocena i ewentualna akceptacja ze strony Prezesa UKE przedkładanych mu do zatwierdzenia cenników i regulaminów świadczenia usług.", przy czym „Działania Prezesa UKE w tym zakresie mają zapewnić przede wszystkim: maksymalne korzyści użytkownikom w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych, oraz wspieranie równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych". W przedmiotowym przypadku Prezes UKE nie miał „możliwości wyrazić sprzeciwu wobec zmiany cennika, która potencjalnie mogła negatywnie wpływać na konkurencję", której wsparcie – co należy podkreślić – stanowi jeden z kluczowych celów przyświecających polityce regulacyjnej, o której mowa w przepisie art. 189 ust. 2 P.t.

W dniu 8.12.2008 r. Prezes UKE nałożył natomiast na TP S.A. karę pieniężną[32] w wysokości 150.000 zł za nieprzekazanie dokumentów, o których mowa w przepisie art. 33 ust. 1 P.t., tj. za zaniechanie obowiązku przekazania Prezesowi UKE umów o dostępie telekomunikacyjnym (art. 209 ust. 1 pkt 1 P.t.). Rozpatrując przedmiotową sprawę Prezes UKE uznał, że obowiązek o którym mowa

[31] Decyzja Prezesa UKE z 21.10.2008 r., DDRT-WUD-079-25/08(13).

[32] Decyzja Prezesa UKE z 8.12.2008 r., DKE-WPP-029-17/08(29).

w przepisie art. 33 ust. 1 P.t. „jest powiązany z obowiązkami nakładanymi w trybie art. 34 i 45 P.t."[33], te zaś „są obowiązkami regulacyjnymi nakładanymi przez Prezesa UKE w drodze decyzji". W uzasadnieniu wskazano również, iż nakładając przedmiotową karę Prezes UKE kierował się „przede wszystkim skłonieniem TP S.A. do wypełnienia obowiązków wynikających z Prawa telekomunikacyjnego". Przedmiotowa sankcja służyła w konsekwencji wsparciu realizacji obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego.

Dnia 6.05.2009 r. Prezes UKE wydał decyzję administracyjną[34] nakładającą karę pieniężną w wysokości 300.000 zł na NETIA S.A. (następcę prawnego TELE2 Polska Sp. z o.o.), z tytułu następujących naruszeń – niewypełniania warunków dostępu telekomunikacyjnego określonych w decyzji Prezesa UKE zastępującej umowę o dostępie telekomunikacyjnym zawartą pomiędzy TELE2 Polska Sp. z o.o. a TP S.A. w zakresie usługi hurtowego dostępu do sieci telekomunikacyjnej TP S.A. (art. 209 ust. 1 pkt 6 P.t.), jak również uniemożliwiania korzystania z uprawnień do przeniesienia przydzielonego numeru, o którym mowa w przepisie art. 71 P.t., poprzez zaniechanie realizacji uprawnień abonentów, gdy istnieją możliwości ich wykonania (art. 209 ust. 1 pkt 16 P.t.). Zdaniem Prezesa UKE „naruszenie (…) warunków zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego zgodnych z przepisami (Prawa telekomunikacyjnego – M.Cz.) i postanowieniami decyzji Prezesa UKE o dostępie telekomunikacyjnym, skutkowało naruszeniem ustalonych zasad wzajemnej współpracy między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, co w efekcie prowadziło do naruszania interesów użytkowników końcowych". Stąd też celem tejże sankcji również stało się wzmocnienie realizacji rozstrzygnięć Prezesa UKE służących wspieraniu konkurencji i rozwoju rynku wewnętrznego.

Analogiczny cel zdaje się przyświecać także zastosowaniu kary pieniężnej nałożonej na TP S.A. przez Prezesa UKE decyzją administracyjną z 19.08.2009 r.[35], w wysokości 15.000.000 PLN, za niewypełnienie obowiązków w zakresie dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej (art. 209 ust. 1 pkt 22 P.t.), określonych w decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty z 14.12.2005 r. (DTK-WSB-60662-1/04(117)) wprowadzającej do stosowania przez TP S.A. „Ramowej oferty TP o dostępie telekomunikacyjnym w części infrastruktura telekomunikacyjna w zakresie kanalizacji kablowej", zmienionej częściowo decyzją Prezesa UKE z 30.06.2006 r. (DTK-WSB-6062-1/04(249)). W wyniku przeprowadzonej kontroli ustalono bowiem, że TP S.A. nie wywiązywała się z obowiązków określonych w tej decyzji, w szczególności nie przestrzegając terminów udzielania odpowiedzi na zapytania o dostęp do kanalizacji kablowej, reasumpcji tego rodzaju zapytań, jak również 30-dniowego terminu na zawarcie umowy o dostępie z wnioskującym podmiotem. W uzasadnieniu do decyzji wskazano bowiem m.in., iż „Analiza zebranego w trakcie postępowania administracyjnego materiału

[33] Zgodnie z postanowieniami przepisu art. 34 P.t., „Prezes UKE, zgodnie z przesłankami, o których mowa w art. 24 pkt 2 lit. a (nałożenie obowiązków regulacyjnych przy uwzględnieniu adekwatności i proporcjonalności danego obowiązku do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji celów określonych w art. 1 ust. 2 P.t., do których należą: wspieranie równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych; rozwój i wykorzystanie nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej; zapewnienie ładu w gospodarce numeracją, częstotliwościami oraz zasobami orbitalnymi; zapewnienie użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych; jak również zapewnienie neutralności technologicznej – M.Cz.), może, w drodze decyzji, nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w szczególności biorąc pod uwagę poziom konkurencyjności rynku detalicznego i interes użytkowników końcowych.", zaś w myśl postanowień przepisu art. 45 P.t. „Prezes UKE może, biorąc pod uwagę adekwatność danego obowiązku do zidentyfikowanego problemu, proporcjonalność oraz cele określone w art. 1 ust. 2, z uwzględnieniem art. 1 ust. 3 (założenie, iż przepisy ustawy Prawo telekomunikacyjne nie naruszają przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przepisów ustawy z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2004 r. Nr 253, poz. 2531, ze zm.) – M.Cz.), w drodze decyzji, nałożyć na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kontrolującego dostęp do użytkowników końcowych obowiązki regulacyjne niezbędne do zapewnienia użytkownikom końcowym tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego komunikowania się z użytkownikami innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, w tym obowiązek wzajemnego połączenia sieci.

[34] Decyzja Prezesa UKE z 6.05.2009 r., DKE-WPP-621-2/09(20).

[35] Decyzja Prezesa UKE z 19.08.2009 r., DKE-WPP-621-5/09(18).

dowodowego jednoznacznie wskazuje, iż TP SA nie stosowała warunków udostępnienia infrastruktury telekomunikacyjnej określonych w Ofercie Ramowej. Skutkiem niewywiązywania się przez spółkę z obowiązków wynikających z Oferty Ramowej były utrudnienia w rozwoju skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz brak zapewnienia użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych". Jakkolwiek nie odwołano się w nim wprost do funkcji regulacyjnej, to Prezes UKE uznał, iż kieruje się „zamiarem osiągnięcia określonego celu, a więc uzyskaniem takiego stanu, by TP S.A. wypełniała nałożone na spółkę obowiązki, wynikające z przepisów prawa i postanowień decyzji".

VIII. Uwagi końcowe

Administracyjną karę pieniężną nakładaną przez Prezesa UKE na podstawie przepisu art. 209 ust. 1 P.t. uznać należy za istotny i skuteczny instrument przymusu państwowego służący utrzymaniu stanu poszanowania prawa w dziedzinie telekomunikacji. Już sam fakt zagrożenia pewnych potencjalnych nielegalnych działań przedsiębiorców wysoce dolegliwą sankcją administracyjną odgrywa znaczącą rolę w sferze funkcjonowania tych uczestników rynku usług telekomunikacyjnych. Obok tradycyjnych funkcji kary pieniężnej, zapożyczonych skądinąd z nauki prawa karnego zajmującej się karą kryminalną, a potwierdzonych poglądami judykatury i doktryny prawa, tj. funkcji represyjnej i funkcji prewencyjnej, stanowi ona bowiem również swego rodzaju narzędzie regulacyjne, ukierunkowując w określony sposób aktywność przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Jej funkcję regulacyjną postrzegać można z pewnością po części jako swoistą pochodną prewencyjnego oddziaływania sankcji administracyjnej. Mowa tutaj przede wszystkim o zapobieganiu naruszeniom obowiązującego porządku prawnego oraz postanowień aktów administracyjnych wydanych na jego podstawie przez organ regulacyjny, zwłaszcza wtedy, gdy ustanawiają one prawidła funkcjonowania rynku usług telekomunikacyjnych, w szczególności w odniesieniu do wzajemnych relacji przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Z drugiej zaś strony, w oczywisty sposób stanowi instrument służący wspieraniu polityki regulacyjnej Prezesa UKE, oddziałując „wychowawczo" na podmioty, których organy zarządzające posiadają świadomość nieuchronnego zagrożenia karą pieniężną określonych typów deliktów administracyjnych.

Na wymiar regulacyjny finansowej sankcji administracyjnej pozostającej w dyspozycji Prezesa UKE wpływa szereg elementów obecnych na gruncie ustawodawstwa kształtującego zasady prowadzenia działalności gospodarczej w dziedzinie telekomunikacji. Po pierwsze, jest to status organu regulacyjnego rynku telekomunikacyjnego, jaki w pełni przypisać można Prezesowi UKE. Nadaje on bowiem sam przez się pewien walor regulacyjny wszelkim narzędziom prawnym stosowanym przezeń w ramach polityki, której obszar wytyczony został przepisem art. 189 ust. 2 P.t. Po drugie, mowa tutaj o kategorii naruszeń określonych w poszczególnych jednostkach redakcyjnych art. 209 ust. 1 P.t., a w rzeczywistości o charakterze dobra chronionego prawem w określonym typie deliktu administracyjnego przewidzianego w ustawie Prawo telekomunikacyjne. Gdy związane jest ono *sensu stricte* z obszarem kompetencji regulacyjnych Prezesa UKE, wówczas stosowanemu instrumentowi karnoadministracyjnemu cechę taką można również przypisać. Po trzecie, funkcję regulacyjną kary pieniężnej daje się wyinterpretować na podstawie analizy treści ustawowych dyrektyw jej wymiaru wymienionych w przepisie art. 210 ust. 1 P.t., jak i wytycznych wynikających z art. 21a dyrektywy ramowej, nakazującej uczynić z sankcji stosowanych wobec przedsiębiorców telekomunikacyjnych instrument nie tylko pełniący rolę odstraszającą, ale także odpowiednią, skuteczną i proporcjonalną.

Ewa M. Kwiatkowska*

Ilościowe i jakościowe metody oceny konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych w postępowaniach antymonopolowych i regulacyjnych

Spis treści:

I. Wprowadzenie
II. Podstawy analizy
III. Klasyfikacja kryteriów oceny konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych
IV. Dobór kryteriów oceny konkurencyjności
V. Podsumowanie

Streszczenie:

W artykule przedstawiono kryteria oceny konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych. Dokonano ich podziału na kryteria ilościowe i jakościowe. W ramach kryteriów jakościowych wyróżniono kryteria opisujące rynek i przedsiębiorcę. Przedstawiono dobór kryteriów dokonywany przez regulatorów w poszczególnych postępowaniach. Zwrócono uwagę na asymetryczność wykorzystywania kryteriów przez regulatorów.

Słowa kluczowe: kryteria jakościowe, kryteria ilościowe, ocena konkurencyjności, rynki telekomunikacyjne, mandat regulacyjny.

I. Wprowadzenie

Sektor telekomunikacyjny, mimo stopniowego narastania elementów konkurencji, nadal wymaga regulacji. Uwarunkowania instytucjonalne, prawne, ekonomiczne i technologiczne, jakie występują na rynkach komunikacji elektronicznej, determinują zewnętrzną interwencję władz publicznych. Celem tej interwencji jest nie tylko, tak jak we wszystkich sektorach gospodarki, ochrona konkurencji, zapewniana przez generalną ochronę antymonopolową, ale dodatkowo także jej wspieranie za pomocą instrumentów wyprzedzającej regulacji sektorowej. Rynki telekomunikacyjne nie osiągnęły bowiem jeszcze takiego poziomu konkurencyjności, który pozwoliłby na rezygnację z dopasowanych do potrzeb tego sektora instrumentów regulacji wyprzedzającej promujących konkurencję.

Interwencje regulacyjne na rynkach telekomunikacyjnych wymagają rozpoznania stopnia ich konkurencyjności. Konkurencyjność ta może przybierać wiele stanów. Sposób oceny konkurencyjności rynków przez regulatorów ma ogromne znaczenie dla prawidłowości podejmowanych rozstrzygnięć. Wynik badania konkurencyjności rynków właściwych determinuje rozstrzygnięcia organów regulacyjnych. Ocena konkurencyjności stanowi podstawę rozstrzygnięcia regulacyjnego, zmierzającego do

* Wykładowca Akademii Leona Koźmińskiego, Katedra Metod Ilościowych i Zastosowań Informatyki.

unormowania sytuacji lub rozwiązania problemu mieszczącego się w zakresie mandatu regulatora. Zapewnia ona regulatorowi szczegółową diagnozę relacji występujących między przedsiębiorcami działającymi na rynku. Określenie tych relacji wymaga przeprowadzenia analizy ekonomicznej. Pozwala ona na ustalenie siły rynkowej przedsiębiorcy i możliwości kształtowania przez niego relacji z innymi uczestnikami rynku (konkurentami, kontrahentami, a na rynkach detalicznych także z konsumentami). Struktura tej analizy i poszczególne kwestie oceniane w jej ramach wynikają z określonego prawem mandatu regulacyjnego, skorelowanego z powinnościami przedsiębiorców prowadzących działalność na rynkach telekomunikacyjnych[1]. Dlatego to, jakie narzędzia (kryteria ilościowe i jakościowe) i w jaki sposób wykorzystywane są przez regulatorów do oceny konkurencyjności rynków właściwych ma ogromne znaczenie dla całego procesu regulowania rynków telekomunikacyjnych w sposób wyprzedzający (*ex ante*) i następczy (*ex post*), a w efekcie dla zapewnienia ochrony lub wspierania rozwoju skutecznej konkurencji w tym sektorze.

Zadania regulacyjne realizowane na rynkach telekomunikacyjnych są efektem polityk realizowanych na poziomie unijnym i krajowym, znajdujących wyraz w aktualnym stanie prawa na obydwu poziomach. Mimo różnic występujących pomiędzy zadaniami ochrony antymonopolowej oraz prokonkurencyjnej regulacji sektorowej wykształcił się pewien zespół wspólnych reguł postępowania przy podejmowaniu poszczególnych rozstrzygnięć i poprzedzających te rozstrzygnięcia sposobów oceny stanu rynku. Wszystkie te postępowania zawierają podobny etap – szczegółową ocenę konkurencyjności rynku właściwego. Celem artykułu jest ustalenie, jakie kryteria wykorzystywane są przy ocenie konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych dla potrzeb poszczególnych zadań regulacyjnych.

II. Podstawy analizy

Podejmowanie przez regulatorów rozstrzygnięć, z zakresu ochrony konkurencji lub regulacji w sektorze telekomunikacyjnym, wymaga każdorazowo szczegółowego rozpoznania sytuacji konkurencyjnej rynku właściwego. Elementem wspólnym dla wszystkich czterech typów postępowań dotyczących wyprzedzającej regulacji sektorowej, wyprzedzającej kontroli koncentracji, podejrzenia stosowania przez przedsiębiorców praktyk ograniczających konkurencję, w tym: nadużywania pozycji dominującej i zawierania porozumień ograniczających konkurencję, jest ocena konkurencyjności rynku właściwego. Praktyczne wykorzystanie tego elementu poddane zostało szczegółowej analizie. Do analizy tej wybrano rozstrzygnięcia krajowych i unijnych organów (Komisji Europejskiej, Prezesa UOKiK i Prezesa UKE). Podstawowy zasób źródeł tworzą decyzje i postanowienia organów regulacyjnych wydane w odniesieniu do przedsiębiorców funkcjonujących na rynkach telekomunikacyjnych (tabela 1).

[1] W. Hoff, *Prawo wobec zjawisk ekonomicznych – regulacja sektorowa,* Master of Business Administration nr 3/2008 (92), s. 20-21.

Tabela 1. Struktura rozstrzygnięć regulacyjnych podlegających analizie

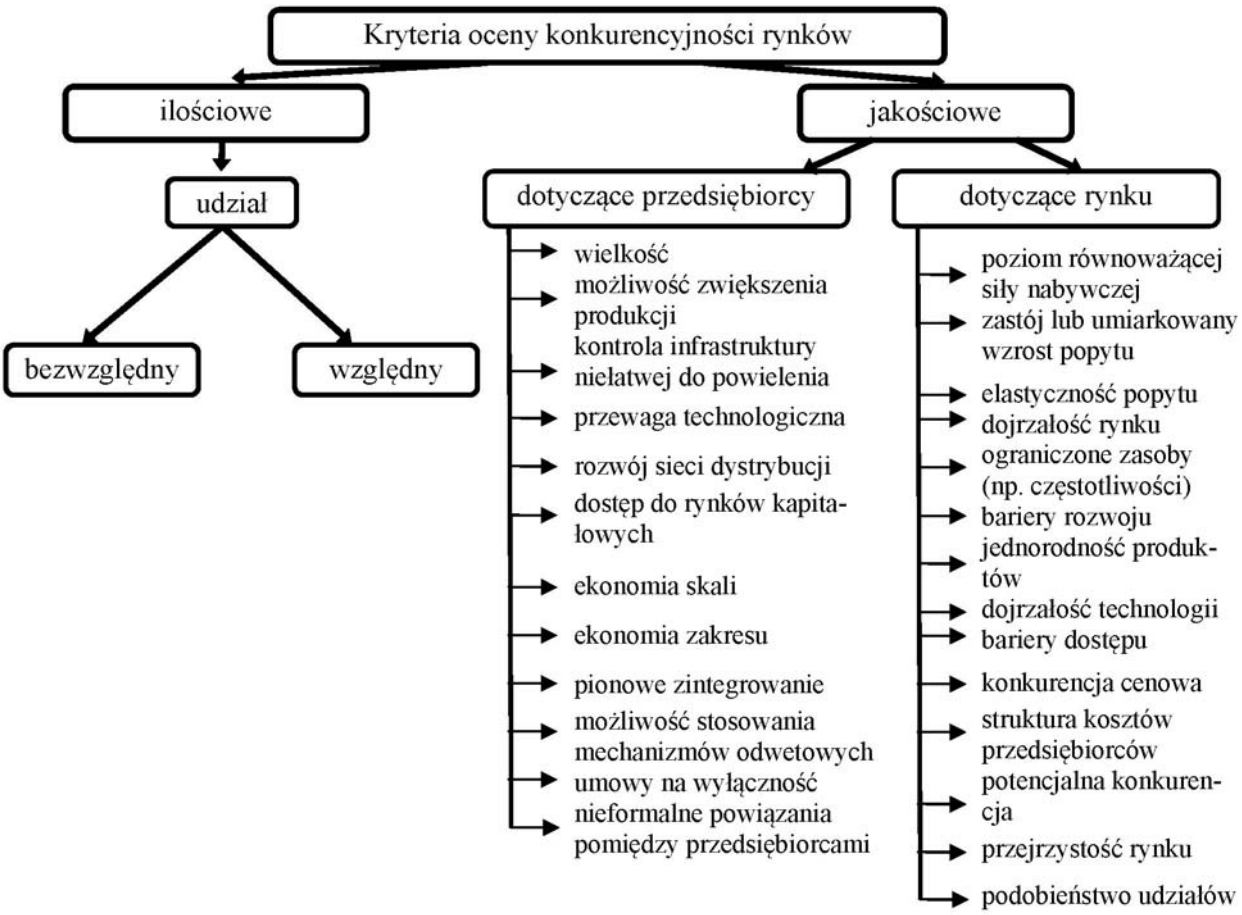
Regulacja	Organ Krajowy	Organ Unii Europejskiej	∑
	UOKiK	KE	
Horyzontalna kontrola koncentracji	57	81	138
Praktyki ograniczające konkurencję w tym:	82	11	93
Nadużywanie pozycji dominującej	*66*	*5*	*71*
Porozumienia ograniczające konkurencję	*16*	*6*	*22*
Sektorowa	**UKE**		
	29		29
∑	**168**	**92**	**260**

Źródło: opracowanie własne.

Ogółem przeanalizowano 260 rozstrzygnięć. Badanie objęło 139 publicznie dostępnych decyzji dotyczących prewencyjnej kontroli koncentracji i stosowania przez przedsiębiorców praktyk ograniczających konkurencję wydanych przez Prezesa UOKiK w latach 2003-2011 (57 decyzji w sprawach koncentracji, 66 w sprawach nadużywania pozycji dominującej i 16 w sprawach zawierania porozumień ograniczających konkurencję). Analizie poddano także rozstrzygnięcia wydane przez Prezesa UKE w latach 2006-2011. Ogółem poddano badaniu 29 rozstrzygnięć Prezesa UKE, w tym 7 dotyczących rynków detalicznych i 22 dotyczące rynków hurtowych. Nie są to wszystkie rozstrzygnięcia regulacyjne, jakie w tym okresie wydał Prezes UKE. Pominięto część decyzji, które dotyczą bardzo podobnych rynków, np. rynków zakańczania połączeń w poszczególnych stacjonarnych lub mobilnych sieciach telefonicznych (rynki 9 i 16(7)) oraz rynku zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w sieciach ruchomych, na których poszczególni operatorzy posiadają 100% udział w rynku. Badanie objęło także wybrane, dostępne w języku angielskim, 92 decyzje KE. Wybrano te decyzje KE, które zawierały analizę konkurencyjności rynków. Przeanalizowano dostępne w języku angielskim 11 decyzji w sprawie praktyk ograniczających konkurencję wydanych przez KE w latach 1999–2011 (5 decyzji dotyczących nadużywania pozycji dominującej i 6 dotyczących porozumień ograniczających konkurencję). Decyzji KE w sprawie prewencyjnej kontroli koncentracji było w tym okresie znacznie więcej, dlatego też skoncentrowano się na analizie tych wydanych w latach 2004-2011, czyli na gruncie aktualnego stanu prawnego (81 decyzji, w tym 35 w ramach procedury uproszczonej).

III. Klasyfikacja kryteriów oceny konkurencyjności rynków

Przy ocenie poziomu konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych wykorzystuje się w praktyce wiele kryteriów umożliwiających ustalenie sytuacji konkurencyjnej rynku właściwego. Kryteria oceny konkurencyjności można podzielić na ilościowe i jakościowe. O ile do kryteriów ilościowych zaliczany jest właściwie jedynie poziom udziałów w rynku przedsiębiorców, to kryteriów jakościowych jest znacznie więcej. Klasyfikację kryteriów oceny konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych przedstawia rysunek 1.



Rysunek 1. Klasyfikacja kryteriów oceny konkurencyjności rynków

Źródło: opracowanie własne.

Kryteria ilościowe stanowią wąską, ale niezbędną przy analizie rynków, grupę mierników oceny konkurencyjności. Są one wykorzystywane we wszystkich postępowaniach regulacyjnych. Do kryteriów ilościowych zalicza się poziom udziałów w rynku przedsiębiorców. Kryterium to opisuje zarówno przedsiębiorcę, jak i rynek, na którym prowadzi on działalność. W analizach wykorzystywany jest zarówno poziom udziału bezwzględnego (absolutna wysokość udziałów), jak względny poziom udziałów, czyli udział przedsiębiorcy w porównaniu z udziałami innych podmiotów. Przy ocenie konkurencyjności poziom udziałów w rynku określany jest, w zależności od rodzaju analizowanego rynku, wartościowo lub ilościowo. Pomiar udziałów powinien być przeprowadzany z uwzględnieniem specyfiki i cech badanego rynku. Określenie siły rynkowej podmiotów w oparciu o wysokość udziałów w rynku może być zawodne. Będzie tak m.in. w sytuacji, w której rynek znajduje się w fazie początkowej rozwoju. Na takim rynku występuje ostra konkurencja. Poziom udziałów podlega ciągłym zmianom[2]. Również, gdy bariery wejścia i wyjścia z rynku są bardzo niskie, czyli w sytuacji, gdy można szybko i ponosząc bardzo niskie nakłady wejść lub wyjść z rynku, to nawet podmiot będący monopolistą, nie będzie mógł podnosić cen ponad konkurencyjny poziom. Samo zagrożenie wejściem na rynek nowych podmiotów będzie utrzymywało ceny na niskim poziomie[3].

[2] Strategor, *Zarządzanie firmą. Strategie, struktury, decyzje, tożsamość*, Warszawa 1995, s. 50-52.

[3] S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London 2010, s. 65.

W miarę potrzeby, przy ocenie konkurencyjności rynków, można stosować miary koncentracji. Do obliczania tych mierników wykorzystuje się dane o wysokości udziałów, jakimi dysponują przedsiębiorcy na rynku. Przy pomiarze koncentracji etapem wstępnym jest obliczenie wskaźników struktury[4]. W zależności od rodzaju wykorzystywanego wskaźnika koncentracji niezbędne do obliczenia poziomu koncentracji rynku są informacje o wysokości udziałów wszystkich lub tylko największych podmiotów. Nie istnieje jeden, najlepszy sposób mierzenia koncentracji rynku. Najlepszą miarą w konkretnym przypadku będzie ta, która jest najbliżej powiązana z funkcjonowaniem analizowanego rynku[5]. Na poziom koncentracji mają wpływ dwie zmienne, określające strukturalne wymiary rynku: liczba przedsiębiorców działających na rynku oraz nierównomierność poziomu udziałów przedsiębiorców. Miernik koncentracji powinien uwzględniać obie te zmienne[6].

Miary koncentracji służą regulatorom do oceny wspólnej pozycji rynkowej przedsiębiorców. Kryterium to jest stosowane tylko w niektórych postępowaniach regulacyjnych i antymonopolowych, w których rozstrzygnięcie uzależnione jest od łącznego wpływu grupy przedsiębiorców na konkurencyjność rynku. Znajdzie ono zastosowanie przede wszystkim w postępowaniach regulacyjnych dotyczących ewentualnego występowania kolektywnej pozycji znaczącej (gdy nie stwierdzono indywidualnej pozycji znaczącej) oraz w postępowaniach antymonopolowych dotyczących podejrzenia nadużywania kolektywnej pozycji dominującej. Powinno być ono również wykorzystywane w prewencyjnej kontroli koncentracji. Wysoki poziom koncentracji może wskazywać na dominację, zaś równomierne rozłożenie udziałów – na konkurencyjność rynku lub występowanie zbiorowej dominacji.

Stopień koncentracji rynku jest odpowiednikiem analizy udziałów rynkowych przy wskazywaniu podmiotów łącznie dysponujących siłą rynkową[7]. Dlatego, bez względu na rodzaj mandatu regulacyjnego, jakim dysponuje regulator, w praktyce orzeczniczej wykorzystywane jest w rezultacie tylko jedno kryterium ilościowe – udział w rynku. Jeśli na rynku występuje zróżnicowanie i asymetria pomiędzy udziałami przedsiębiorców, to bardziej prawdopodobne jest, że podmiot o najwyższym udziale w rynku dysponuje siłą rynkową. Z drugiej strony, wyrównany poziom udziałów kilku przedsiębiorców, uniemożliwiający stwierdzenie siły rynkowej jednego podmiotu, może świadczyć o dysponowaniu przez przedsiębiorców zbiorową siłą rynkową. Kryterium udziału w rynku jest właściwe do oceny siły rynkowej, ale nie jest to kryterium wyłączne[8]. Wielkość udziałów w rynku nie obrazuje ograniczeń konkurencji ze strony potencjalnych konkurentów, czyli podmiotów niefunkcjonujących na rynku właściwym. Oparcie decyzji regulacyjnych wyłącznie na ocenie konkurencyjności z wykorzystaniem tego kryterium może być zawodne.

Kryteria jakościowe oceny konkurencyjności tworzą rozbudowany zestaw instrumentów służących do oceny stanu rynku. Łącznie we wszystkich przeanalizowanych postępowaniach regulacyjnych, regulatorzy zastosowali kilkadziesiąt różnych kryteriów jakościowych. Dla celów analizy tego rozbudowanego instrumentarium regulacyjnego uzasadniony jest podział kryteriów jakościowych na dwie grupy – kryteria opisujące przedsiębiorcę lub przedsiębiorców i kryteria opisujące rynek, na którym

[4] K. Jackowicz, O. Kowalewski, *Koncentracja działalności sektora bankowego w Polsce w latach 1994-2000,* Materiały i Studia, Zeszyt NBP nr 143, Warszawa 5/2002, s. 4.

[5] B. Curry, K.D. George*, Industrial Concentration: A Survey*, The Journal of Industrial Economics 1983, Vol. 31, No. 3, s. 215.

[6] S. Davies, *Measuring Industrial Concentration: An Alternative Approach*, The Review of Economics and Statistics 1980, Vol. 62, No. 2, s. 306; E. Vanlommel, B. de Brabander, D. Liebaers, *Industrial Concentration in Belgium: Empirical Comparison of Alternative Seller Concentration Measures*, The Journal of Industrial Economics 1977, Vol. 26, No. 1, s. 2; C. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, Bonn/Warszawa, s. 74.

[7] M. Rogalski, *Komentarz do art. 25a* [w:] M. Rogalski (red.), *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 226-227.

[8] R. Whish, *Competition Law*, London 2003, s. 43.

prowadzona jest działalność telekomunikacyjna. Do pierwszej grupy kryteriów zaliczono: wielkość przedsiębiorcy, możliwość zwiększenia przez niego produkcji, możliwość stosowania mechanizmów odwetowych, istnienie umów na wyłączność, kontrolę niełatwej do powielenia infrastruktury pozostającej w jego dyspozycji, istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorcy, ekonomię skali, ekonomię zakresu, pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy lub istnienie powiązań horyzontalnych i konglomeratowych, nieformalne powiązania pomiędzy przedsiębiorcami, poziom rozwoju sieci dystrybucji i sprzedaży oraz łatwy bądź uprzywilejowany dostęp przedsiębiorcy do rynków kapitałowych lub zasobów finansowych. Do drugiej grupy, czyli do kryteriów pozwalających ocenić rynek, na którym przedsiębiorca telekomunikacyjny prowadzi działalność, zaliczono: brak albo niski poziom równoważącej siły nabywczej, brak potencjalnej konkurencji, ograniczone zasoby – np. częstotliwości, istnienie barier dalszego rozwoju przedsiębiorcy oraz rynku właściwego, dojrzałość rynku, zastój albo umiarkowany wzrost popytu, niską elastyczność popytu, jednorodność/zróżnicowanie produktów oferowanych przez przedsiębiorców, podobne struktury kosztów przedsiębiorców, dojrzałość technologii, wysokie bariery dostępu do rynku, brak albo ograniczenia konkurencji cenowej, podobieństwo udziałów i przejrzystość rynku.

Zaproponowany podział kryteriów jakościowych ma charakter względny. Kryteria nie są całkowicie rozłączne. Te zaliczone do pierwszej grupy określając sytuację przedsiębiorcy jednocześnie opisują też rynek, na którym przedsiębiorca ten prowadzi działalność. Odwrotna zależność może również występować. Kryteria określające głównie rynek mogą jednocześnie, w pewnym stopniu, opisywać sytuację przedsiębiorcy na nim działającego. Jeśli na rynku zdiagnozowano wysokie bariery dostępu, to nowo wchodzącym przedsiębiorcom trudno będzie rozpocząć działalność na takim rynku. Przesłanka ta określa sytuację występującą na rynku, charakteryzując ten rynek. Dotyczy ona jednak w pewnym zakresie też przedsiębiorców na nim funkcjonujących lub rozpatrywanych jako potencjalni konkurenci w analizie rynku. Jeśli występują wysokie bariery wejścia na rynek, to czynnik ten może działać jako dodatkowy zasób przedsiębiorców, który poszerza ich swobodę podejmowania decyzji gospodarczych. Co więcej, te wysokie bariery wejścia w pewnym zakresie mogą także wynikać ze strategicznych zachowań podmiotów już na nim funkcjonujących.

Zaprezentowany katalog kryteriów zawiera te kryteria, które były stosowane w praktyce, przy ocenie konkurencyjności rynków przez KE, Prezesa UOKiK i Prezesa UKE. Przedstawione przesłanki jakościowe oceny konkurencyjności rynków nie stanowią zamkniętego katalogu kryteriów oceny pozycji przedsiębiorców. Analizie poddano te kryteria, które występowały w praktyce regulacyjnej. Incydentalnie KE przy ocenie konkurencyjności wykorzystała również następujące przesłanki: ułatwienie konkurowania, pozioma integracja, silna i rozpoznawalna marka, powiązanie z operatorem zasiedziałym, występowanie silnych konkurentów oraz możliwość zmiany operatora. Kryteria te zostały odnotowane przez KE w jednostkowych przypadkach i nie mają wpływu na dominującą praktykę regulatora.

IV. Dobór kryteriów oceny konkurencyjności rynków

Dobór kryteriów służących ocenie konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych zdeterminowany jest przede wszystkim zadaniem regulacyjnym. Wybór kryteriów i sposób ich stosowania w praktyce różnią się między sobą. Wyraźne odrębności są widoczne w przypadku kryteriów stosowanych przez sektorowego regulatora, który przeprowadza bardzo dokładną i pogłębioną analizę sytuacji

konkurencyjnej rynku. W jego przypadku sposób dokonywania oceny rynków hurtowych będzie odbiegał od sposobu oceny przeprowadzanej na rynkach detalicznych. Nie wszystkie kryteria nadają się do stosowania zarówno w przypadku rynków detalicznych, jak i hurtowych.

W praktyce we wszystkich typach postępowań regulacyjnych podstawowym kryterium oceny konkurencyjności rynku jest wysokość udziałów przedsiębiorców prowadzących działalność na rynku. Bezwzględna i względna wysokość udziałów to najczęściej wykorzystywane kryterium, które pozwala ocenić poziom konkurencyjności rynku. Jest to właściwie jedyne kryterium całkowicie ilościowe, jakim dysponują regulatorzy przy ocenie pozycji przedsiębiorców na rynku. W analizowanych rozstrzygnięciach kryterium udziału w rynku wykorzystywane było bardzo często, we wszystkich rodzajach postępowań. Ta analiza ilościowa powinna być (i w praktyce w wielu przypadkach była) poparta oceną przeprowadzoną za pomocą kryteriów jakościowych. Wyłącznie wysoki udział w rynku nie powinien przesądzać m.in. o zajmowaniu pozycji dominującej lub znaczącej[9].

W analizowanym zbiorze rozstrzygnięć miary poziomu koncentracji wykorzystywane były incydentalnie (ok. 3% rozstrzygnięć). W decyzjach organów ochrony konkurencji zastosowano je w 2 z 231 decyzji. W przypadku kontroli koncentracji prowadzonej przez KE, indeks HHI i delta HHI obliczono w jednej sytuacji (dla obrotu i liczby klientów)[10]. Ocena konkurencyjności rynku prowadzona przez Prezesa UOKiK w postępowaniu dotyczącym nadużywania pozycji dominującej poparta została w jednym przypadku miarą koncentracji rynku. Regulator określił dyskretny wskaźnik koncentracji dla 10 podmiotów (największych operatorów sieci kablowych w Polsce). W decyzji tej nie nazwano wykorzystywanej miary koncentracji. Stwierdzono, że łączny udział w liczbie abonentów 10 największych operatorów, w stosunku do wszystkich operatorów, wynosi 40-50%[11]. Prezes UKE obliczał miary koncentracji w większej liczbie analizowanych spraw. Z 29 badanych rozstrzygnięć stopień koncentracji określany był w 6 przypadkach. Regulator oceniał poziom koncentracji rynku wykorzystując indeks HHI zawsze wtedy, gdy oceniał konkurencyjność rynków, na których nie działa przedsiębiorca posiadający indywidualnie pozycję znaczącą (5 rozstrzygnięć)[12]. W tych przypadkach, poziom koncentracji rynku określany był w celu ewentualnego stwierdzenia kolektywnej pozycji znaczącej. Jednym z niezbędnych kryteriów analizowanych przy ocenie zajmowania łącznie tej uprzywilejowanej pozycji jest ocena stopnia koncentracji rynku. Wytyczne KE w sprawie analizy rynków nakładają na regulatora sektorowego obowiązek zastosowania tego kryterium[13]. Dodatkowo, w jednej sprawie, Prezes UKE zastosował ocenę konkurencyjności z wykorzystaniem indeksu HHI oraz odchylenia standardowego udziałów trzech największych operatorów. Miary te zastosowane były w celu wskazania subrynków, na których występuje wysoki poziom konkurencji na poziomie detalicznym i tym samym nie ma konieczności wprowadzania regulacji wyprzedzającej na szczeblu hurtowym[14]. W przypadku tak małego

[9] Np. w uzasadnieniu decyzji nr RGD 46/2007 w sprawie nadużywania pozycji dominującej Prezes UOKiK stwierdził, że nawet na hipotetycznie zawężonym terytorialnie do obszaru jednego osiedla rynku świadczenia usług dostępu szerokopasmowego do Internetu, na którym operator dysponuje 60-70% udziałem w rynku mierzonym liczbą abonentów, nie może on działać niezależnie od TP SA, dysponującej nie niższym niż 25% udziałem. Dysponowanie wysokim udziałem w rynku nie oznacza automatycznie pozycji dominującej. Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2007 r., RGD 46/2007, s. 19 (szczególnie przypis 27).

[10] Decyzja KE z 26.04.2006 r., COMP/M.3916–T-Mobile Austria/ Tele.ring, s. 11.

[11] Decyzja Prezesa UOKiK z 19.04.2004 r., RLU–17/04, s. 4-5.

[12] Postanowienia Prezesa UKE z: 27.03.2007 r. DRTD–SMP–6043–4/06 (28), s. 52; 6.08.2008 r., DART–SMP–4063–12/07 (38), s. 40-41; 29.07.2011 r., DART–SMP–6040–14/10 (47), s. 55–57; 22.01.2010 r., DART–SMP–6040–7/09 (131), s. 35-36 i 17.10.2008 r., DART–SMP–6043–1/07 (142), s. 39-41.

[13] Punkt 97 wytycznych Komisji w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej w ramach porządku regulacyjnego Wspólnoty dla sieci i usług łączności elektronicznej, *(Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services),* (brak oficjalnej polskiej wersji językowej), Dz. Urz. WE C 165/6 z 11.07.2002 r.; dalej: wytyczne w sprawie analizy rynku.

[14] Decyzja Prezesa UKE z 28.04.2011 r., DART–SMP–6040–1/10 (47), s. 61 i 79-83.

zbioru rozstrzygnięć, w których znalazły się miary koncentracji (8 z 260) trudno jest mówić o dominującej praktyce regulatorów w zakresie stosowania tego kryterium. Należy jednak zauważyć, że najczęściej stosowaną miarą koncentracji jest indeks HHI. Traktowany jest on przez KE (wraz z jego zmianami w czasie – delta HHI) jako podstawowy miernik siły rynkowej przedsiębiorców[15].

Większość z przedstawionych na rysunku 1, kryteriów jakościowych (23 z 26 kryteriów) wykorzystywana była w praktyce przez regulatora sektorowego przy ocenie konkurencyjności rynków w celu stwierdzenia występowania przedsiębiorcy zajmującego indywidualnie bądź kolektywnie pozycję znaczącą. Do kryteriów, które nie zostały wykorzystane przez Prezesa UKE należą jedynie trzy – wielkość przedsiębiorcy[16], występowanie ograniczonych zasobów (np. częstotliwości) oraz istnienie umów na wyłączność. Kryteria, które Prezes UKE powinien stosować przy ocenie indywidualnej pozycji znaczącej były pierwotnie określone w P.t.[17]. Obecnie w P.t. znajduje się jedynie odesłanie do kryteriów wskazanych w wytycznych KE w sprawie analizy rynku[18]. Natomiast kryteria, które powinny być stosowane przez Prezesa UKE przy ocenie kolektywnej pozycji znaczącej znajdują się w dalszym ciągu w P.t.[19]. Przeanalizowano 29 rozstrzygnięć regulatora sektorowego. Rozstrzygnięcia te podejmowane były przez Prezesa UKE w tzw. I i II cyklu regulacyjnym. W pierwszym przeglądzie regulator sektorowy w uzasadnieniu podejmowanego rozstrzygnięcia wymieniał z reguły[20] wszystkie kryteria oceny indywidualnej pozycji znaczącej, które znajdowały się w P.t.[21]. W drugim cyklu regulacyjnym Prezes UKE z reguły[22] opisywał szczegółowo wyłącznie te kryteria, które miały wpływ na sytuację konkurencyjną analizowanego rynku i w rezultacie na podejmowane rozstrzygnięcie[23]. Na przykład, na wszystkich rynkach hurtowych ocenianych w ramach drugiego przeglądu rynków, brak jest opisu

[15] Pkt 17 i następne wytycznych w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. UE 2004/C 31/03 z 5.2.2004 r..

[16] Pomimo że kryterium to znajduje się w 78 punkcie wytycznych w sprawie analizy rynku zawierającym listę przesłanek jakościowych stosowanych do oceny pozycji znaczącej.

[17] Do chwili wprowadzenia noweli do P.t., która weszła w życie 6 lipca 2009 r. (ustawa z 24.04.2009 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2009 r. Nr 85, poz. 716), katalog kryteriów stosowanych przez regulatora przy ocenie pozycji znaczącej przedsiębiorcy znajdował się w art. 24 ust. 3 P.t. W artykule tym wymienione było, poza udziałem w rynku, 11 kryteriów jakościowych – brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej; istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorcy; brak albo niewielki poziom równoważącej siły nabywczej; łatwy bądź uprzywilejowany dostęp przedsiębiorcy do rynków kapitałowych bądź zasobów finansowych; ekonomia skali; ekonomia zakresu; pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy; poziom rozwoju sieci dystrybucji i sprzedaży; brak potencjalnej konkurencji; istnienie barier dalszego rozwoju przedsiębiorcy oraz rynku właściwego; istnienie barier wejścia na rynek właściwy.

[18] Art. 25a ust. 2 P.t. odsyłający do wytycznych w sprawie analizy rynku. W punkcie 78 tych wytycznych znajduje się lista przesłanek jakościowych stosowanych do oceny pozycji rynkowej przedsiębiorcy. Znajduje się na niej 12 kryteriów jakościowych. W odróżnieniu do listy przesłanek, która znajdowała się bezpośrednio w P.t., w wytycznych dodatkowo pojawiają się dwa kryteria – całkowita wielkość przedsiębiorcy oraz zróżnicowanie produktów/usług (np. powiązane produkty bądź usługi). Na liście tej brak jest natomiast kryterium istnienia barier wejścia na rynek właściwy, które znajdowało się w P.t.

[19] Art. 25a ust. 4 P.t. zawiera kryterium przejrzystości rynku oraz listę 13 kryteriów jakościowych – dojrzałość rynku; zastój lub umiarkowany wzrost popytu; niska elastyczność popytu; jednorodność produktów; podobne struktury kosztów przedsiębiorców; brak innowacji technologicznych, dojrzałość technologii; brak możliwości zwiększenia produkcji lub świadczenia usług; wysokie bariery dostępu do rynku; brak równoważącej siły nabywczej; brak potencjalnej konkurencji; różnego rodzaju nieformalne lub inne powiązania pomiędzy przedsiębiorcami; brak albo ograniczenie konkurencji cenowej; możliwość stosowania mechanizmów odwetowych. Na liście tej nie ma kryterium podobnych udziałów w rynku, które znajdowało się przed wprowadzeniem noweli do P.t. w art. 24 ust. 5 P.t. Kryterium to jest również na liście przesłanek znajdującej się w punkcie 97 wytycznych w sprawie analizy rynku. Było ono w praktyce wykorzystywane przez Prezesa UKE w rozstrzygnięciach regulacyjnych.

[20] Nie wszystkie kryteria oceny pozycji znaczącej wymienione w P.t. zostały opisane w jednej decyzji podjętej w I cyklu regulacyjnym (decyzja Prezesa UKE z 9.11.2006 r., DRTD–SMP–6043–9/06(34)).

[21] Wszystkie kryteria znajdujące się w P.t. Prezes UKE zastosował w rozstrzygnięciach dotyczących rynków: 1 (decyzja z 27.08.2007 r., DRTD-SMP-6043-1/07 (30)), 2 (decyzja z 27.08.2007 r., DRTD-SMP-6043-2/07 (22)), 3 (decyzja z 30.08.2007 r., DRTD-SMP-6043-43/06 (19)), 4 (decyzja z 28.08.2007 r., DRTD-SMP-6043-41/06 (21)), 5 (decyzja z 30.08.2007 r., DRTD-SMP-6043-44/06 (35)), 6 (decyzja z 28.08.2007 r., DRTD-SMP-6043-42/06 (21)), 7 (decyzja z 29.05.2007 r., DRTD-SMP-6043-46/06 (25)), 8 (decyzja z 10.07.2006 r., DRTD-SMP-6043-6/06 (16)), 9 (decyzja z 18.09.2006 r., DRTD-SMP-6043-7/06 (25)), 9 (decyzja z 26.04.2007 r., DRTD-SMP-6043-10/06 (20)), 10 (postanowienie z 17.10.2008 r., DART-SMP-6043-1/07 (142)), 11/2003 (decyzja z 26.06.2007 r., DRTD-SMP-6043-8/06 (31)), 12/2003 (decyzja z 14.02.2007 r., DRT-SMP-6043-23/05 (33)), 13 (decyzja z 23.10.2008 r., DRTD-SMP-6043-39/06 (31)), 14 (decyzja z 24.04.2009 r., DART-SMP-6043-2/07 (74)), 15 (postanowienie z 6.08.2008 r., DART-SMP-6043-12/07 (38)), 16(7) (decyzja z 17.07.2006 r., DRTD-SMP-6043-2/06 (16)), 17 (postanowienie z 27.03.2007 r., DRTD-SMP-6043-4/06 (28)).

[22] W decyzji z 29.09.2009 r., DART–SMP–6040–4/09 (33) Prezes UKE opisał wszystkie kryteria oceny pozycji znaczącej. Odwoływał się w tej decyzji do listy kryteriów, która znajdowała się w art. 24 ust. 3 P.t..

[23] Nie wszystkie kryteria oceny indywidualnej pozycji znaczącej wymienione w przepisach zastosował Prezes UKE w rozstrzygnięciach dotyczących rynków: 8 (decyzja z 5.08.2011 r., DART-SMP-6040-5/10 (42)), 9 (decyzja z 26.10.2011 r., DART-SMP-6040-5/11 (22)), 4/2007 (decyzja z 30.12.2010 r., DART-SMP-6040-2/10 (52)), 5/2007 (decyzja z 28.04.2011 r., DART-SMP-6040-1/10 (47)), 14 (postanowienie z 22.01.2010 r., DART-SMP-6040-7/09 (131)), 15 (postanowienie z 29.07.2011 r., DART-SMP-6040-14/10 (47)), 16(7) (decyzja z 28.02.2011 r., DART-SMP-6040-14/09 (19)), 18 (decyzja z 12.10.2010 r.,

kryterium poziomu rozwoju sieci dystrybucji i sprzedaży[24]. Na tego rodzaju rynkach rozwój sieci dystrybucji i sprzedaży przedsiębiorcy pozostaje bez wpływu na sytuację konkurencyjną. Z kolei na rynkach zakańczania połączeń w sieciach poszczególnych operatorów każdy z nich posiada niezmiennie 100% udział w rynku. Na takich rynkach nie ma potrzeby analizowania jakościowych kryteriów oceny konkurencyjności. W ramach pierwszego cyklu regulacyjnego zostały jednak wymienione wszystkie kryteria jakościowe przewidziane w P.t.[25]. W drugim cyklu regulacyjnym skoncentrowano się jedynie na wybranych kryteriach opisujących te specyficzne rynki. Nie stosowano m.in. kryteriów przewagi technologicznej, ekonomii skali i zakresu, jak i poziomu rozwoju sieci dystrybucji[26].

Praktyka wykorzystywania kryteriów jakościowych oceny konkurencyjności rynków przez regulatora sektorowego ewoluowała. Na początku wykorzystywano lub co najmniej przywoływano wszystkie kryteria określone w przepisach. Później koncentrowano się jedynie na kryteriach wybranych. Ograniczenie się w drugim cyklu do wybranych kryteriów oceny pozycji znaczącej może wynikać z doświadczenia regulatora. Dodatkowo, przełom pierwszego i drugiego cyklu regulacyjnego zbiegł się w czasie z wprowadzeniem noweli do P.t., w wyniku której lista kryteriów służących ocenie indywidualnej pozycji znaczącej została z ustawy usunięta[27]. Rozstrzygnięcia regulatora sektorowego, w których powołuje się on na kryteria znajdujące się w wytycznych KE w sprawie analizy rynku (rozstrzygnięcia wydawane od 2010 r.), a nie bezpośrednio w P.t., zawierają analizę wyłącznie tych kryteriów, które mogą w opinii regulatora mieć wpływ na jego rozstrzygnięcie.

W przypadku tych rynków, na których nie stwierdzono indywidualnej pozycji znaczącej analizowano konkurencyjność pod kątem występowania kolektywnej pozycji znaczącej. Sytuacja taka wystąpiła pięć razy[28]. Na tych rynkach regulator badał poziom koncentracji oraz jego przejrzystość. Na dwóch rynkach, na których te cechy nie wskazywały istnienia kolektywnej pozycji znaczącej nie analizowano, zgodnie z normatywnymi wskazaniami, pozostałych kryteriów oceny[29]. Natomiast w trzech postanowieniach znalazła się również analiza wszystkich[30] lub prawie wszystkich (bez kryterium dojrzałości technologii[31] lub kryteriów istnienia nieformalnych powiązań między przedsiębiorcami i niskiej elastyczności popytu[32]) kryteriów znajdujących się w katalogu kryteriów oceny kolektywnej pozycji znaczącej. Tylko w pięciu rozstrzygnięciach Prezes UKE analizował kryteria kolektywnej pozycji znaczącej. Zbiór tych rozstrzygnięć jest tak mały, że nie powinno się wyciągać wniosków, co do dominującej praktyki regulatora w tym zakresie.

W przypadku obu regulatorów horyzontalnych (krajowego i unijnego), brak jest analogicznej listy kryteriów jakościowych, które powinny być stosowane w postępowaniach prowadzonych przez te organy. Nie ma normatywnej listy kryteriów, których zastosowanie pozwala na stwierdzenie posiadania

DART-SMP-6040-8/09 (62)); decyzja dla rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w sieci PTK Centertel z 14.12.2010r., DART--SMP-6040-9/10 (32).

[24] Kryterium to nie było oceniane na wszystkich rynkach hurtowych analizowanych w ramach II cyklu regulacyjnego, które są wymienione w powyższym przypisie. Kryterium to nie było analizowane też na rynku 18 w I cyklu regulacyjnym (decyzja Prezesa UKE z 9.11.2006 r., DRTD–SMP–6043–9/06 (34)).

[25] Decyzje Prezesa UKE z: 18.09.2006 r., DRTD–SMP–6043–7/06 (25) i 26.04.2007 r., DRTD–SMP–6043–10/06 (20) oraz 17.07.2006 r., DRTD–SMP–6043–2/06 (16).

[26] Decyzje Prezesa UKE z: 26.10.2011 r., DART–SMP–6040–5/11 (22); 28.02.2011 r., DART–SMP–6040–14/09 (19); 14.12.2010 r., DART–SMP–6040–9/10 (32).

[27] Ustawa z 24.04.2009 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2009 r. Nr 85, poz. 716.

[28] Postanowienia Prezesa UKE z: 17.10.2008 r., DART–SMP–6043–1/07 (142), 22.01.2010 r., DART–SMP–6040–7/09 (131), 6.08.2008 r., DART–SMP–6043–12/07 (38), 29.07.2011 r., DART–SMP–6040–14/10 (47) i 27.03.2007 r., DRTD–SMP–6043–4/06 (28).

[29] Postanowienia Prezesa UKE z: 17.10.2008 r., DART–SMP–6043–1/07 (142) i 22.01.2010 r., DART–SMP–6040–7/09 (131).

[30] Postanowienie Prezesa UKE z 6.08.2008 r., DART–SMP–6043–12/07 (38).

[31] Postanowienie Prezesa UKE z 29.07.2011 r., DART–SMP–6040–14/10 (47).

[32] Postanowienie Prezesa UKE z 27.03.2007 r., DRTD–SMP–6043–4/06 (28).

przez przedsiębiorcę pozycji dominującej. W praktyce regulatorzy horyzontalni wykorzystują te kryteria, które pozwalają im na przeprowadzenie oceny konkurencyjności właściwej dla danego rodzaju rozstrzygnięcia.

W rozstrzygnięciach krajowego regulatora horyzontalnego dotyczących praktyk ograniczających konkurencję i wyprzedzającej kontroli koncentracji do oceny konkurencyjności wykorzystywano głównie kryterium udziału w rynku. W decyzjach dotyczących zawierania porozumień ograniczających konkurencję, Prezes UOKiK stosował jedynie kryterium udziałów w rynku, dla stwierdzenia czy może mieć zastosowanie wyłączenie dla porozumień bagatelnych. Natomiast w decyzjach dotyczących nadużywania pozycji dominującej lub w przypadku prewencyjnej kontroli koncentracji, obok udziału w rynku, powoływano się incydentalnie na pewne kryteria jakościowe. Z reguły jednak, kryteria te, w przeciwieństwie do udziału, nie miały decydującego znaczenia dla oceny sytuacji. W analizowanych sprawach, regulator powoływał się na następujące kryteria jakościowe:

- istnienie umów na wyłączność[33],
- istnienie potencjalnej konkurencji[34],
- brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej (kontrola infrastruktury niełatwej do powielenia)[35],
- całkowita wielkość przedsiębiorcy[36],
- łatwy dostęp do rynków kapitałowych/zasobów finansowych[37],
- korzyści skali[38],
- istnienie barier dostępu (barier wejścia)[39],
- rozbudowana sieć dystrybucji usług[40],
- dojrzałość rynku[41],
- poziom równoważącej siły nabywczej[42].

W jednym przypadku, w decyzji dotyczącej nadużywania pozycji dominującej, Prezes UOKiK określił także koncentrację rynku (kryterium ilościowe). Nie nazwał on jednak nawet wykorzystywanej miary koncentracji (dyskretny wskaźnik koncentracji)[43]. Trudno mówić tutaj o dominującej praktyce regulatora w tym zakresie.

W rozstrzygnięciach unijnego regulatora horyzontalnego, podobnie jak w przypadku regulatora krajowego, przy ocenie konkurencyjności rynków prowadzonej we wszystkich typach postępowań, stosowano głównie kryterium udziału w rynku, które w wielu przypadkach służyło do bardzo szczegółowej analizy. Przeanalizowano jedynie sześć decyzji dotyczących porozumień ograniczających konkurencję wydanych przez KE w latach 1999-2003, czyli na gruncie ówcześnie obowiązującego rozporządzenia nr 17[44]. Od tego czasu KE nie wydała decyzji (dostępnej w języku angielskim) do-

[33] Decyzja Prezesa UOKiK z 24.04.2003 r, nr DPI 27/2003, s. 8.

[34] Ibidem.

[35] Decyzja Prezesa UOKiK z 20.04.2007 r., nr DOK 50/07, s. 26.

[36] Decyzja Prezesa UOKiK z 23.11.2007 r., nr RBG 10/2007, s. 16.

[37] Ibidem.

[38] Ibidem oraz decyzja Prezesa UOKiK z 20.12.2007 r., nr DOK 98/07, s. 57.

[39] Decyzje Prezesa UOKiK z: 24.04.2003 r., nr DPI 27/2003, s. 8 i 20.12.2007 r., nr DOK 98/07, s. 57 oraz 28.11.2003 r., nr DPI–78/2003, s. 7.

[40] Decyzja Prezesa UOKiK z 20.12.2007 r., nr DOK 98/07, s. 57.

[41] Decyzja Prezesa UOKiK z 27.11.2003 r., nr DPI–76/2003, s. 11.

[42] Ibidem.

[43] Decyzja Prezesa UOKiK z 19.04.2004 r., nr RLU–17/04, s. 4-5.

[44] Rozporządzenie Rady EWG nr 17: pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu (obecne 101 i 102 TfUE), Dz. Urz. WE nr 13 z 21.02.1962 r., s. 204, Dz. Urz. UE Polskie Wydanie Specjalne, rozdz. 8, t. 1, s. 3, dalej rozporządzenie nr 17/62.

tyczącej tych praktyk. W takiej sytuacji, trudno mówić o dominującej praktyce w doborze kryteriów służących ocenie konkurencyjności. W badanych decyzjach nie oceniano poziomu konkurencyjności, tylko wpływ porozumienia na konkurencyjność rynku[45]. Poza udziałem podkreślano także m.in., że porozumienie nie wpłynie na ograniczenie konkurencji, lecz może nawet ją ułatwić, w wyniku umożliwienia konkurowania z operatorem zasiedziałym (rozwój przedsiębiorcy, który może stać się realną konkurencją dla operatora zasiedziałego przez zapewnienie alternatywnej sieci)[46]. W jednostkowych przypadkach, odwoływano się też do silnej presji ze strony klientów korporacyjnych (kryterium poziomu równoważącej siły nabywczej) oraz istnienia potencjalnej konkurencji[47]. Posługiwano się również kryterium barier wejścia na rynek[48] oraz kryterium ekonomii zakresu[49]. W przypadku spraw dotyczących nadużywania pozycji dominującej stwierdzono jedynie pięć decyzji KE. W takiej sytuacji trudno mówić o dominującej praktyce w doborze kryteriów służących ocenie konkurencyjności. We wszystkich tych postępowaniach unijny regulator stwierdził występowanie niedozwolonej praktyki polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej. Za stwierdzeniem pozycji dominującej przemawiał przede wszystkim udział w rynku, który szczegółowo był analizowany. Określano absolutny i względny poziom udziałów. Dodatkowo, w decyzjach, w których oceniano konkurencyjność rynku[50], odwoływano się do pewnych kryteriów jakościowych. Należą do nich:

- posiadanie ogólnokrajowej sieci telekomunikacyjnej – brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej[51],
- brak potencjalnej konkurencji, występujący z powodu istnienia barier wejścia[52],
- korzyści skali,[53]
- korzyści zakresu[54],
- pionowa integracja[55],
- pozioma integracja[56],
- brak równoważącej siły nabywczej[57],
- rozwój sieci dystrybucji oraz silna i rozpoznawalna marka[58],
- przynależność do grupy kapitałowej – powiązanie z operatorem zasiedziałym (France Télécom), w tym powiązanie techniczne, logistyczne oraz w ramach sieci handlowej (przewaga technologiczna,

[45] Na gruncie rozporządzenia nr 17/62 przedsiębiorcy mogli w drodze decyzji KE uzyskać wyłączenie indywidualne, jeśli tylko ich praktyka wywoła prokonkurencyjny wpływ na gospodarkę.

[46] Decyzje KE z: 27.07.1999 r., sprawa IV/36.581 – Télécom Développement, Dz. Urz. WE z 18.8.1999, L 218/27–28 i 20.05.1999 r., sprawa IV/ 36.592 – Cétégel + 4, Dz. Urz. WE z 18.8.1999, L 218/20.

[47] Decyzja KE z 31.07.2001 r., sprawa nr COMP/ 37.462 – Identrus, Dz. Urz. WE z 19.9.2001, L 249/16–17.

[48] Decyzje KE z: 16.07.2003 r., sprawa COMP/ 38.369: T –Mobile Deutschland/ O2 Germany, Dz. Urz. UE z 12.3.2004, L 75/45 i 30.04.2003 r., sprawa COMP/38.370 – O2 UK Limited/ T-Mobile UK Limited, Dz. Urz. UE z 7.8.2003, L 200/72.

[49] Decyzja KE z 30.04.2003 r., sprawa COMP/38.370 – O2 UK Limited/ T-Mobile UK Limited, Dz. Urz. UE z 7.8.2003, L 200/68.

[50] W jednej, z pięciu analizowanych decyzji (decyzja KE z 24.01.2011 r., sprawa COMP/39.707 – Si.mobil/ Mobitel) nie oceniano konkurencyjności, gdyż wnioski stron zostały przez KE odrzucone.

[51] Decyzje KE z: 21.05.2003 r., sprawa COMP/ C-1/ 37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG, Dz. Urz. UE z 14.10.2003, L 263/23, 4.07.2007 r., sprawa COMP/ 38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica, s. 62 i 73 i 22.06.2011 r., COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, s. 194–198 i 201-202.

[52] Decyzje KE z: 21.05.2003 r., sprawa COMP/ C-1/ 37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG, Dz. Urz. UE z 14.10.2003, L 263/23, 4 .07.2007 r., sprawa COMP/ 38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica, s. 62- 63 i 22.06.2011 r., COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, s. 194-199.

[53] Decyzje KE z: 4.07.2007 r., sprawa COMP/ 38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica, s. 63 i 66 i 22.06.2011r., COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, s. 197-198 i 203.

[54] Decyzja KE z 4.07.2007 r., sprawa COMP/ 38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica, s. 63 i 66.

[55] Ibidem, s. 66 i decyzja KE z 22.06.2011 r., COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, s. 202-203.

[56] Decyzja KE z 22.06.2011 r., COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, s. 202-203.

[57] Decyzje KE: z 4.07.2007 r., sprawa COMP/ 38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica, s. 62, z 22.06.2011 r., COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, s. 197-198 i 205.

[58] Decyzje KE z: 4.07.2007 r., sprawa COMP/ 38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica, s. 68 i 22.06.2011 r., COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, s. 203.

dostęp do rynków kapitałowych oraz rozbudowanej sieci dystrybucji FT, a także przynosząca korzyści ekonomiczne obecność na rynku książek telefonicznych)[59].

W rozstrzygnięciach KE dotyczących prewencyjnej kontroli koncentracji, w których analizowano wpływ transakcji na sytuację konkurencyjną na rynku w przyszłości, oceniano obok struktury rynku, także potencjalne efekty jednostronne i skoordynowane. Obok udziału w rynku, powoływano się na następujące kryteria jakościowe:

– poziom równoważącej siły nabywczej[60],
– występowanie silnych konkurentów[61],
– możliwość zmiany operatora[62],
– istnienie potencjalnej konkurencji[63],
– możliwość stosowania mechanizmów odwetowych[64],
– istnienie barier wejścia[65],
– struktura kosztów przedsiębiorców[66].

Wymienione powyżej kryteria jakościowe nie składają się jednak na stabilną, utrwaloną praktykę, gdyż w rozstrzygnięciach KE były one wykorzystywane incydentalnie. Również incydentalnie (w jednym przypadku) KE posłużyła się, oceniając konkurencyjność rynku, miarami koncentracji (kryterium ilościowe). Przedstawiono indeks HHI i delta HHI[67].

W zależności od rodzaju mandatu, którym dysponuje regulator w poszczególnych postępowaniach, wykorzystuje pewne rodzaje kryteriów służące ocenie konkurencyjności rynków. Typ zadania regulacyjnego w pewnym zakresie warunkuje dobór kryteriów. Podsumowanie wykorzystywanych przez regulatorów kryteriów w poszczególnych typach rozpatrywanych spraw zawiera tabela 2.

[59] Decyzja KE z 16.07.2003 r., sprawa COMP/ 38.233 – Wanadoo Interactive, s. 59 – 67.

[60] Decyzje KE z: 22.04.2005, COMP/M. 3695 – BT/ Radianz, s. 8, 24.07.2006 r., COMP/ M. 4214 – Alcatel/ Lucent Technologies, s. 14, 04.12.2007 r., COMP/ M. 4662 – Syniverse/ BSG, s. 28 i 21.12.2007 r., COMP/ M. 4910 – Motorola/ Vertex, s. 10 i 12.

[61] Decyzja KE z 07.09.2005 r., COMP/ M. 3914 – Tele2/ Versatel, s. 5.

[62] Decyzja KE z 26.04.2006 r., COMP/ M. 3916 – T-Mobile Austria/ Tele.ring, s. 12-13.

[63] Decyzja KE z 04.12.2007 r., COMP/ M. 4662 – Syniverse/ BSG, s. 21 i 26.

[64] Ibidem, s. 30.

[65] Decyzje KE z: 21.12.2007 r., COMP/ M. 4910 – Motorola/ Vertex, s. 11 i 02.07.2008 r., COMP/ M. 4942 – Nokia/ Navteq, s. 26 i 33–41 i 43.

[66] Decyzja KE z 29.06.2009 r., COMP/ M. 5532 – Carphone Warehouse/ Tiscali UK, s. 14.

[67] Decyzja KE z 26.04.2006 r., COMP/M. 3916–T-Mobile Austria/ Tele.ring, s. 11.

Tabela 2. Kryteria wykorzystywane przez regulatora w poszczególnych rodzajach postępowań regulacyjnych

Rodzaj postępowania / Kryterium	Regulacja sektorowa	Kontrola koncentracji		Nadużywanie pozycji dominującej		Porozumienia ograniczające konkurencję	
	UKE	UOKiK	KE	UOKiK	KE	UOKiK	KE
Udział	+	+	+	+	+	+	+
Poziom koncentracji	+		+	+			
Wielkość				+			
Możliwość zwiększenia produkcji	+						
Kontrola niełatwej do powielenia infrastruktury	+			+	+		
Przewaga technologiczna	+				+		
Rozwój sieci dystrybucji	+			+	+		
Dostęp do rynków kapitałowych	+			+	+		
Ekonomia skali	+			+	+		
Ekonomia zakresu	+				+		+
Pionowe zintegrowanie	+				+		
Możliwość stosowania mechanizmów odwetowych	+		+				
Istnienie umów na wyłączność				+			
Nieformalne powiązania pomiędzy przedsiębiorcami	+						
Poziom równoważącej siły nabywczej	+	+	+		+		+
Zastój lub umiarkowany wzrost popytu	+						
Elastyczność popytu	+						
Dojrzałość rynku	+	+					
Ograniczone zasoby							
Bariery rozwoju	+						
Jednorodność produktów	+						
Dojrzałość technologii	+						
Bariery dostępu (wejścia)	+	+	+	+	+		+
Konkurencja cenowa	+						
Struktura kosztów przedsiębiorców	+		+				
Potencjalna konkurencja	+		+	+	+		+
Przejrzystość rynku	+						
Podobieństwo udziałów	+						
Ułatwienie konkurencji							+
Pozioma integracja					+		
Silna i rozpoznawalna marka					+		
Powiązanie z operatorem zasiedziałym					+		
Występowanie silnych konkurentów			+				
Możliwość zmiany operatora			+				

Źródło: opracowanie własne.

V. Podsumowanie

Najbardziej rozbudowane analizy konkurencyjności rynków właściwych zawarte są w rozstrzygnięciach regulatora sektorowego. Oceniając poziom konkurencyjności rynku, stosuje on największy i najbardziej zróżnicowany zestaw kryteriów pozwalających na stwierdzenie lub wykluczenie obecności na rynku przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej. W większości badanych przypadków katalog kryteriów wykorzystywanych przez regulatora sektorowego pokrywa się z zestawem kryteriów wynikającym z prawa unijnego i krajowego dotyczącego rynków telekomunikacyjnych. Sposób ich stosowania jest w wysokim stopniu ujednolicony. Regulator sektorowy z reguły przestrzega normatywnie wyznaczonego zakresu badania stanu konkurencji i wykorzystuje wszystkie lub prawie wszystkie kryteria ustalania pozycji znaczącej, określone przepisami. W analizowanych rozstrzygnięciach Prezesa UKE nie występują kryteria oceny konkurencyjności niewymienione wyraźnie w przepisach prawa krajowego lub unijnego, choć w obu tych porządkach prawnych wskazana jest możliwość wykorzystania dodatkowych kryteriów przy ustalaniu występowania przedsiębiorcy lub przedsiębiorców zajmujących pozycję znaczącą. Mimo że jest to system potencjalnie otwarty na inicjatywę regulatorów w zakresie doboru kryteriów badania konkurencyjności rynków, praktyka wskazuje, że jest to pod tym względem właściwie system zamknięty.

Przeprowadzone badania wskazują, że metoda oceny konkurencyjności rynków stosowana przez regulatorów horyzontalnych jest głównie kwestią praktyki regulacyjnej. Regulatorzy ci (regulator krajowy i unijny), oceniając poziom konkurencyjności rynków właściwych, z reguły wykorzystują znacznie mniej kryteriów jakościowych niż regulator sektorowy. Sposób określenia zadań regulacyjnych organów antymonopolowych zapewnia im większy zakres uznania w wyborze instrumentów stosowanych przy ocenie konkurencyjności. Regulatorzy horyzontalni, w przeciwieństwie do regulatora sektorowego, nie są związani normatywnymi katalogami kryteriów oceny konkurencyjności. Często ich ustalenia opierają się na jednym elemencie, jakim jest poziom udziału w rynku jednego lub kilku przedsiębiorców. Powszechnie podkreśla się potrzebę wykorzystywania przy ocenie konkurencyjności, obok kryteriów ilościowych również kryteriów jakościowych, gdyż wysokość udziału w rynku nie powinna być rozstrzygająca do stwierdzenia dominacji. Kryteria jakościowe stosowane niekiedy w praktyce nie tworzą jednak spójnego zestawu, występującego w przypadku regulacji sektorowej. Są one dobierane jednostkowo w celu dokonania oceny konkurencyjności analizowanego rynku (*ad hoc*). Dlatego trudno jest wykazać jakąkolwiek jednolitą i ukształtowaną praktykę w doborze kryteriów niemierzalnych. Ze względu na brak takiej utrwalonej praktyki wykorzystywania kryteriów jakościowych przez regulatorów horyzontalnych nie jest możliwe stworzenie, podobnego do stosowanego w analizach sektorowych, katalogu jakościowych kryteriów oceny konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych, który mógłby znaleźć zastosowanie przy rozpatrywaniu poszczególnych typów spraw antymonopolowych. Analiza kryteriów jakościowych stosowanych przez obu regulatorów horyzontalnych w konkretnych rodzajach postępowań wskazuje tylko na większą skłonność do stosowania tych kryteriów w sprawach dotyczących nadużywania pozycji dominującej, zaś najmniejszą w sprawach dotyczących porozumień ograniczających konkurencję. Jakościowe kryteria oceny konkurencyjności rynków są charakterystyczne dla regulacji sektorowej. Mogą one być wykorzystywane przez ustalaniu pozycji dominującej w stopniu znacznie szerszym niż obecnie praktykowany.

Teoretycznie, ocena konkurencyjności dokonywana na potrzeby regulacji sektorowej i prewencyjnej kontroli koncentracji, z powodu porównywalnego horyzontu czasowego, powinna być zbieżna. Analiza konkurencyjności w obu tych przypadkach jest nastawiona przyszłościowo. Jednak w praktyce instrumenty wykorzystywane do oceny rynków w tych postępowaniach nie pokrywają się. Wyjaśnienia tego stanu należy poszukiwać w pozycji rynkowej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji. W większości analizowanych przypadków udział przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji kształtował się na niskim poziomie i nie wymagał dogłębnych analiz konkurencyjności w celu sprawdzenia, czy w wyniku koncentracji nie dojdzie np. do powstania pozycji dominującej. Dane dotyczące udziałów rynkowych wykluczały jakiekolwiek zagrożenie tego rodzaju. Wyższy poziom zbieżności sposobu dokonywania ocen konkurencyjności rynku można stwierdzić w przypadku sektorowych postępowań regulacyjnych oraz postępowań dotyczących nadużywania pozycji dominującej. Wykorzystywane są w nich podobne kryteria, choć ocena dominacji w porównaniu z oceną pozycji znaczącej w postępowaniu sektorowym jest z reguły mniej rozbudowana.

Różnica pomiędzy sposobem definiowania i ustalania pozycji uprzywilejowanej (dominującej i znaczącej) może wynikać z faktu, że w konkretnym sektorze łatwiej jest ustalić przejawy uprzywilejowanej pozycji. Znana jest specyfika produktowa, techniczna i ekonomiczna działalności. Dlatego prawodawca łatwiej może wskazać zjawiska, których regulator ma poszukiwać. W skali całej gospodarki takich wspólnych charakterystycznych cech pozycji uprzywilejowanej jest znacznie mniej. Dlatego też ustawowy opis pozycji dominującej jest znacznie ogólniejszy.

Arwid Mednis*

Zmiana stawek opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego – wybrane zagadnienia

Spis treści:

I. Uwagi wstępne
II. Postępowanie w sprawie wysokości opłat za dostęp telekomunikacyjny
III. Praktyka organu regulacyjnego
IV. Zastosowanie trybu wygaśnięcia decyzji
V. Tryb zmiany lub uchylenia decyzji
VI. Wygaśnięcie decyzji a postępowanie odwoławcze
VII. Forma zatwierdzenia opłat w dotychczasowej wysokości

Streszczenie:
Artykuł przedstawia zagadnienia prawne powstające w przypadku, gdy organ regulacyjny po ustaleniu w drodze decyzji stawek opłat hurtowych, ustala następnie nową decyzją nowe stawki, których okresy obowiązywania pokrywają się z ustalonymi w poprzedniej decyzji. Omówiono możliwości stwierdzenia wygaśnięcia decyzji oraz zmiany lub uchylenia takiej decyzji. Przeanalizowano skutki wygaśnięcia decyzji dla postępowania odwoławczego.

Słowa kluczowe: dostęp telekomunikacyjny, opłaty hurtowe, wygaśnięcie decyzji, zmiana decyzji, uchylenie decyzji.

I. Uwagi wstępne

Zagadnienie trybu zmiany stawek z tytułu dostępu telekomunikacyjnego budziło od pewnego czasu sporo wątpliwości. Chodzi o tryb postępowania zastosowany przez organ regulacyjny, który wyznaczywszy uprzednio decyzją stawki opłat, ustala następnie nową decyzją nowe stawki, których okresy obowiązywania pokrywają się z ustalonymi w poprzedniej decyzji.

Prześledźmy to na przykładzie decyzji dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach operatorów telefonii komórkowej, a konkretnie na przykładzie decyzji wydanych jednemu z operatorów w kwietniu 2007 r. (dalej „decyzja MTR 2007"), wrześniu 2008 r. (dalej „decyzja MTR 2008") oraz w grudniu 2009 (dalej „decyzja MTR 2009").

Decyzja MTR 2007, nakładała na spółkę następujące obowiązki:

1) dostosowania stawki z tytułu zakończenia połączeń głosowych (stawka MTR) w publicznej ruchomej sieci telefonicznej tego operatora, niezróżnicowanej ze względu na porę i rodzaj dnia, od dnia 1 maja 2007 r., do poziomu 40,00 gr/min;

* Autor jest doktorem nauk prawnych, pracownikiem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz wspólnikiem w kancelarii Wierzbowski Eversheds w Warszawie.

2) dostosowania stawki MTR do poziomu 21,62 gr/min, zgodnie z następującym harmonogramem:
   a) od dnia 1 maja 2008 r. – 33,87 gr/min,
   b) od dnia 1 maja 2009 r. – 27,75 gr/min,
   c) od dnia 1 maja 2010 r. – 21,62 gr/min,
3) corocznego przedstawiania Prezesowi UKE uzasadnienia wysokości stawki MTR w oparciu o ponoszone koszty w terminie 100 dni kalendarzowych od zakończenia roku. Z kolei wydana rok później dla tego samego operatora decyzja MTR 2008 przewidywała obowiązek dostosowania stawki z tytułu zakończenia połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej tego operatora do poziomu 0,1677 zł/min, zgodnie z następującym harmonogramem:
1) od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 30 czerwca 2009 r. – 0,2162 zł/min,
2) od dnia 1 lipca 2009 r. – 0,1677 zł/min.

Okresy obowiązywania różnych stawek wynikających z obu decyzji pokrywały się zatem od dnia 1 stycznia 2009 r. Dodajmy również, że decyzją MTR 2009 Prezes UKE ustalił stawkę 16,77 gr/min od dnia 10 grudnia 2009 r. Do kwestii relacji tej decyzji w odniesieniu do stawek obowiązujących w momencie jej wejścia w życie wrócę w dalszej części.

Można oczywiście zastanawiać się nad sensem wyznaczania przez regulatora stawek opłat na tak długie okresy, skoro praktycznie w każdym momencie może nastąpić znacząca ich zmiana, co wpływa niekorzystnie na planowanie przychodów spółek telekomunikacyjnych. Operator mógł bowiem opierać się na przekonaniu, że stawka, która obowiązywała na podstawie decyzji MTR 2008 od 1 stycznia 2009 r. miała, według decyzji MTR 2007 obowiązywać od 1 maja 2010 r. Z drugiej strony, cel regulacji wyklucza ograniczenie czasowe obowiązywania ustalonych stawek. Nie byłoby również zasadne ograniczanie uprawnienia Prezesa UKE do zmiany stawek w dowolnym momencie, jeśli tylko zostały spełnione przesłanki określone w przepisach. Zagadnienie to wykracza poza zakres rozważań objętych tym artykułem. Przedmiotem dalszych rozważań jest problem proceduralny, przed którym stanął Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, a co za tym idzie operatorzy oraz sądy orzekające w tej i podobnych sprawach.

II. Postępowanie w sprawie wysokości opłat za dostęp telekomunikacyjny

Procedura zmiany wysokości opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego została uregulowana w art. 39 i 40 ustawy – Prawo telekomunikacyjne (dalej „P.t.”). Przepisy te różnią się między sobą metodologią ustalania wysokości opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego. Art. 39 dotyczy opłat uwzględniających zwrot tzw. uzasadnionych kosztów operatora, zaś art. 40 opłat ustalonych w oparciu o ponoszone przez operatora koszty. Dla omawianego tu problemu kwestia ta mniejsze znaczenie, dlatego procedura ustalania wysokości stawek w obu przypadkach zostanie przedstawiona w dużym skrócie.

Obowiązek regulacyjny polegający na ustalaniu opłat w oparciu o uzasadnione lub ponoszone koszty znajduje swoje źródło w decyzji wydanej na podstawie art. 24 P.t. (tj. decyzji o określeniu rynku właściwego oraz wyznaczeniu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej wraz z nałożeniem, utrzymaniem lub zmianą jego obowiązków regulacyjnych).

W przypadku obowiązku, o którym mowa w art. 39 P.t. Prezes UKE może, w drodze decyzji, nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązki:

1) kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego, wskazując sposoby kalkulacji kosztów, jakie operator powinien stosować na podstawie przepisów rozporządzenia, o którym mowa w art. 51[1], zgodnie z zatwierdzonym przez Prezesa UKE opisem kalkulacji kosztów,
2) stosowania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora.

Operator, na którego został nałożony powyższy obowiązek, przedstawia Prezesowi UKE, na jego żądanie, szczegółowe uzasadnienie wysokości opłat ustalonych w oparciu o uzasadnione koszty. Weryfikacja wysokości kosztów następuje w drodze badania przez biegłego rewidenta. W przypadkach określonych w ust. 4 artykułu 39 Prezes UKE ustala wysokość opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego lub ich maksymalny albo minimalny poziom[2].

Procedura przewidziana w art. 40 P.t. jest prostsza, ponieważ nie wymaga badania przez biegłego rewidenta. Prezes UKE może nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty. Wskazuje on jednocześnie sposoby weryfikacji i ustalania tych opłat. Operator, na którym spoczywa ów obowiązek przedstawia Prezesowi UKE uzasadnienie wysokości opłat ustalonych w oparciu o ponoszone koszty a organ dokonuje ich weryfikacji. Jeśli wysokość jest nieprawidłowa organ regulacyjny ustala wysokość opłat lub ich maksymalny albo minimalny poziom.

Podane wyżej stawki opłat zostały ustalone na podstawie art. 40 P.t. Dla omawianego zagadnienia, nie ma to jednak znaczenia, ponieważ zasygnalizowane tu problemy mogłyby również dotyczyć regulacji stawek na podstawie art. 39 P.t.

III. Praktyka organu regulacyjnego

Żaden z powołanych wyżej przepisów nie wskazuje jak powinien postąpić organ regulacyjny w przypadku, gdy u danego operatora obowiązują już określone stawki. Byłoby to zresztą o tyle niecelowe, że trudno byłoby przewidzieć jednolity tryb zmiany dotychczasowych stawek. P.t. nie przewiduje bowiem zatwierdzania wysokości opłat – jeśli uzna je za prawidłowe – w trybie decyzji administracyjnej[3]. Prezes UKE wydaje decyzję o ustaleniu wysokości opłat tylko w przypadkach określonych w art. 39 ust. 4 P.t. (a więc gdy wystąpiły nieprawidłowości związane z kalkulacją kosztów uzasadnionych) lub – w odniesieniu do kosztów ponoszonych, a więc na podstawie art. 40 ust. 4 P.t. – gdy wysokość opłat jest nieprawidłowa. Innymi słowy, jeśli uzasadnienie wysokości opłat przedstawione przez operatora jest prawidłowe, do ich wejścia w życie nie jest wymagana decyzja Prezesa UKE. Byłoby zatem niezasadne narzucenie przez ustawodawcę trybu zmiany decyzji. Być może jednak,

[1] Rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 15.12.2005 r. w sprawie prowadzenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego rachunkowości regulacyjnej i kalkulacji kosztów usług (Dz. U. Nr 255, poz. 2140.)

[2] Prezes UKE ma takie uprawnienie w przypadku:
1) braku możliwości przeprowadzenia badania przez biegłego rewidenta, z przyczyn leżących po stronie operatora,
2) odmowy wyrażenia opinii przez biegłego rewidenta z uwagi na zaistnienie okoliczności uniemożliwiających jej sformułowanie z przyczyn leżących po stronie operatora,
3) wyrażenia przez biegłego rewidenta opinii negatywnej albo opinii z zastrzeżeniami,
4) wystąpienia różnic pomiędzy wysokością opłat ustalonych przez operatora a wysokością kosztów zweryfikowanych na podstawie ww. badania.

[3] Budzi jednak pewne wątpliwości praktyka Prezesa UKE polegająca na ponownym zatwierdzeniu opłat w tej samej wysokości, która dotychczas obowiązywała (patrz decyzja MTR 2009). Kwestia ta będzie omówiona w dalszej części artykułu.

wskazane byłoby określenie trybu zmiany lub uchylenia decyzji o wysokości opłat w przypadku, gdy opłaty te zostały taką decyzją ustalone.

W dotychczasowej praktyce, w tym również w przypadkach objętych powyższymi przykładami organ regulacyjny rozwiązywał problem „nakładania się" okresów obowiązywania dotychczasowej i nowej decyzji o wysokości stawek poprzez instytucję wygaśnięcia decyzji. Przy zmianie stawek MTR z decyzji MTR 2007 na decyzję MTR 2008, Prezes UKE stwierdził wygaśnięcie decyzji MTR 2007 trzy miesiące po wydaniu decyzji MTR 2008, ze skutkiem na dzień, w którym stawki z decyzji MTR 2008 miały wejść w życie. Decyzję wydano na dwa dni przed datą wejścia w życie nowych stawek. Chronologicznie zatem:

1) wydano decyzję MTR 2008,
2) wydano decyzję o wygaśnięciu MTR 2007,
3) weszły w życie stawki z decyzji MTR 2008 i nastąpił skutek w postaci wygaśnięcia decyzji MTR 2007.

Odmiennie wyglądała kolejność zdarzeń przy zmianie stawek z decyzji MTR 2008 na stawki z decyzji MTR 2009. W pierwszej kolejności Prezes UKE wydał decyzję MTR 2009, po kilku miesiącach wydał decyzję o wygaśnięciu decyzji MTR 2008, ale ze skutkiem na dzień wejścia w życie nowych stawek. Nowe stawki wchodziły w życie następnego dnia po wydaniu decyzji MTR 2009. Wygaśnięcie miało więc *de facto* skutek wsteczny.

Warto również podkreślić, że operator, którego przykład dotyczy cofnął odwołanie od decyzji MTR 2007 i była ona ostateczna w dniu wydania decyzji MTR 2008. W przypadku decyzji MTR 2008 operator wniósł odwołanie i w chwili rozstrzygania przez sąd w sprawie jej wygaśnięcia, postępowanie odwoławcze było w toku.

Decyzje o wygaśnięciu decyzji MTR 2007 i MTR 2008 zostały wydane w oparciu o art. 162 § 1 k.p.a., który stanowi, że„organ administracji publicznej, który wydał decyzję w pierwszej instancji, stwierdza jej wygaśnięcie, jeżeli decyzja (…) stała się bezprzedmiotowa, a stwierdzenie wygaśnięcia takiej decyzji nakazuje przepis prawa albo gdy leży to w interesie społecznym lub w interesie strony".

Stwierdzenie wygaśnięcia decyzji wymaga zatem zaistnienia łącznie co najmniej dwóch przesłanek:
– bezprzedmiotowości,
– przepisu prawa nakazującego stwierdzenie wygaśnięcia albo wykazania, że wygaśnięcie leży w interesie społecznym lub w interesie strony.

Zdaniem organu regulacyjnego bezprzedmiotowość decyzji MTR 2007 wynikała stąd, że ustalone w niej stawki nie odpowiadały już swym poziomem kosztom ponoszonym przez spółkę, co czyniło niezbędnym wydanie decyzji MTR 2008 i ustalenie nowego poziomu opłat z tytułu świadczenia usług w jej sieci.

Prezes UKE twierdził, że przesłanka bezprzedmiotowości decyzji MTR 2007 zaistniała w dniu 1 stycznia 2009 r., kiedy to do obrotu gospodarczego weszły stawki określone w decyzji MTR 2008. Prezes UKE próbował również wykazać istnienie interesu społecznego przemawiającego za stwierdzeniem wygaśnięcia decyzji MTR 2007. Interes społeczny miał być rozumiany jako interes ogółu obywateli korzystających z usług telefonii ruchomej w Polsce oraz interes przedsiębiorców telekomunikacyjnych funkcjonujących na tym samym rynku, co spółka.

Obniżenie stawek stosowanych w rozliczeniach międzyoperatorskich, zdaniem Prezesa UKE, miało przełożyć się bezpośrednio na zwiększenie konkurencji na rynku oraz umożliwić tworzenie,

przez operatorów sieci stacjonarnych oraz ruchomych, alternatywnych do oferty spółki detalicznych ofert rynkowych, a wreszcie zapewnić niedyskryminację operatorów przyłączonych do jej sieci. Za stwierdzeniem wygaśnięcia decyzji MTR 2007 przemawia także, w ocenie organu regulacyjnego, interes spółki, gdyż ma ona jasno określone obowiązki wynikające z decyzji Prezesa UKE.

Do argumentacji Prezesa UKE, szczególnie w zakresie bezprzedmiotowości decyzji MTR 2007 oraz istnienia interesu operatora w obniżeniu stawek płaconych mu przez innych operatorów należy odnieść się krytycznie.

IV. Zastosowanie trybu wygaśnięcia decyzji

Przede wszystkim należy podkreślić, że decyzja o stwierdzeniu wygaśnięcia decyzji ma charakter deklaratoryjny. Wynika to wprost z jej nazwy i nie budzi żadnych wątpliwości w doktrynie oraz orzecznictwie. Art. 162 § 1 pkt 1 k.p.a. nie może stanowić podstawy do wydawania decyzji o charakterze konstytutywnym. Tymczasem w treści decyzji orzeczono, iż stwierdza się wygaśnięcie Decyzji MTR 2007 z datą przyszłą, co samo w sobie przeczy idei deklaratoryjnego charakteru decyzji o stwierdzeniu wygaśnięcia innej decyzji.

Zatem Prezes UKE nie stwierdził wygaśnięcia Decyzji MTR 2007 w związku z zaistnieniem uprzednio bezprzedmiotowości Decyzji MTR 2007. Dodatkowo, decyzja o wygaśnięciu MTR 2007 została opatrzona rygorem natychmiastowej wykonalności, pomimo że wygaśnięcie decyzji następuje z mocy prawa. Trudno zresztą wyobrazić sobie egzekucję takiej decyzji. Moim zdaniem, decyzji o stwierdzeniu wygaśnięcia decyzji, z uwagi na jej istotę, nie może zostać nadany rygor natychmiastowej wykonalności.

W odniesieniu do przesłanki bezprzedmiotowości warto w pierwszej kolejności wskazać na stanowisko doktryny. W piśmiennictwie przyjmuje się, że: „bezprzedmiotowość wynika z ustania prawnego bytu elementu stosunku materialnoprawnego nawiązanego na podstawie decyzji administracyjnej, a to z powodu zgaśnięcia podmiotu, zniszczenia lub przekształcenia rzeczy, rezygnacji z uprawnień przez stronę, czy też na skutek zmiany stanu faktycznego uniemożliwiającego wykonanie decyzji albo z powodu zmiany w stanie prawnym, ale tylko w przypadku gdy powoduje ona taki skutek". Ponadto bez wątpienia bezprzedmiotowość decyzji powstaje zawsze po jej wydaniu[4].

W sprawie wygaśnięcia decyzji MTR 2007 organ wyjaśnił, iż zaistniał „całkowicie nowy stan faktyczny" i w konsekwencji „Decyzja MTR 2007 nie wypełnia celów, dla realizacji których została wydana". Jednakże, z drugiej strony Prezes UKE uznał, iż przesłanka bezprzedmiotowości Decyzji MTR 2007 zaistniała w dniu 1 stycznia 2009 r., czyli w dniu, w którym zgodnie z nałożonym na operatora obowiązkiem wejść miały do obrotu gospodarczego stawki określone Decyzją MTR 2008.

Należy podkreślić, że bezprzedmiotowość decyzji oznacza jej nierealność z punktu widzenia możliwości osiągnięcia celu i wiąże się ze zmianą stanu faktycznego[5]. Niewątpliwie zmiana stanu faktycznego musi powodować niemożliwość osiągnięcia celów przewidzianych decyzją. Nie dotyczy to jednak ogólnych celów, które przyświecały organowi wydającemu decyzję, lecz jedynie tych celów, które wynikały wprost z rozstrzygnięcia zawartego w decyzji. Dlatego najczęściej przyjmuje się, że decyzja staje się bezprzedmiotowa w przypadku śmierci adresata decyzji, jeżeli prawa i obowiązki

[4] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Warszawa 2005, s. 777.

[5] Wyrok NSA z 9.11.2001 r., I SA 861/00.

wynikające z decyzji były ściśle związane z adresatem. Podobnie będzie w przypadku wydania decyzji określającej warunek, jeżeli już po wydaniu decyzji okaże się, że obiektywnie nie jest możliwe jego spełnienie.

Celem, który miał zostać osiągnięty poprzez wykonanie Decyzji MTR 2007 była obniżka opłat za usługę zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci operatora. Nie zaistniała taka zmiana stanu faktycznego, która uniemożliwiałaby wprowadzenie obniżki opłat za usługę zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci tej spółki według harmonogramu przyjętego w Decyzji MTR 2007. Wykonanie obowiązku nie byłoby możliwe tylko wtedy, gdy przestałby istnieć adresat decyzji MTR 2007. Podobnie, nie można uznać decyzji MTR 2007 za bezprzedmiotową ze względu na zmianę kosztów ponoszonych przy świadczeniu przez operatora usług zakańczania połączeń w jego sieci. Również sam fakt wydania decyzji określającej nowe stawki opłat nie stanowi o bezprzedmiotowości decyzji dotychczasowej.

Argument ten podzielił orzekający w sprawie NSA[6]. W obszernym wyroku stwierdził m.in., że „wydanie przez Prezesa UKE późniejszej decyzji ustalającej operatorowi opłaty za usługi telekomunikacyjne, opartej na przepisie art. 40 ust. 4 Pt, nie czyni bezprzedmiotowym wcześniejszej decyzji ustalającej opłaty w innej wysokości, a tym samym nie upoważnia Prezesa UKE do stwierdzenia wygaśnięcia tej decyzji, z powołaniem się na przepis art. 162 § 1 pkt 1 k.p.a.”. NSA jednocześnie wskazał inny kierunek działań w przypadku konieczności zmiany stawek. Rozważył bowiem możliwość uchylenia bądź zmiany dotychczasowej decyzji.

V. Tryb zmiany lub uchylenia decyzji

NSA zauważył, że art. 40 ust. 4 P.t. nie daje decyzji wydanej na jego podstawie „gwarancji stabilności, rozumianej jako przeszkoda dla ponownego wydania decyzji z powołaniem się na ten przepis, jeżeli ponownie zaistniała rozbieżność, o której mowa w hipotezie tego przepisu [czyli rozbieżność co do wysokości kosztów ponoszonych przez operatora – przyp. AM]”. Oznacza to, że – jak wskazuje Sąd – „w świetle gramatycznej jak i systemowej wykładni przepisu art. 40 ust. 4 Pt, nie ma przeszkód dla sukcesywnego stosowania tego przepisu w odniesieniu do operatora o znaczącej pozycji na rynku w razie zmiany okoliczności faktycznych będących podstawą do wydania wcześniejszej decyzji MTR opartej na tym przepisie”.

Zdaniem NSA, nie ma przeszkód dla wydania w każdym czasie przez Prezesa UKE decyzji uchylającej, bądź zmieniającej dotychczasową decyzję w przedmiocie opłat stosowanych przez operatora, wydaną na podstawie art. 40 pkt 4 P.t., jeżeli utraciła swoją adekwatność w następstwie zmiany kosztów uzasadnionych operatora, czy też opłat stosowanych na porównywalnych rynkach konkurencyjnych, będących podstawą do wydania wcześniejszej decyzji.

Taki wywód prowadzi Sąd do wniosku, że „przepis art. 40 ust. 4 Pt, pozwalający Prezesowi UKE zmienić decyzję w przedmiocie opłat stosowanych przez wspomnianego operatora, o ile zaszła rozbieżność między wysokością opłat a ustawową podstawą ich ustalania, ma charakter przepisu szczególnego, do którego odsyła art. 163 k.p.a.”. Przepis ten stanowi, że organ administracji publicznej może uchylić lub zmienić decyzję, na mocy której strona nabyła prawo, także w innych

[6] Wyrok NSA z 3.02.2011 r., sygn. akt II GSK 59/10. WSA w Warszawie oddalił skargę spółki na decyzję o wygaśnięciu decyzji MTR 2007. NSA uchylił ten wyrok oraz obie decyzje Prezesa UKE o wygaśnięciu decyzji MTR 2007.

przypadkach oraz na innych zasadach niż określone w Dziale II rozdziale 13 k.p.a., o ile przewidują to przepisy szczególne.

Przypomnijmy, że podstawowe tryby zmiany i uchylenia decyzji określają art. 154 §1 („decyzja ostateczna, na mocy której żadna ze stron nie nabyła prawa, może być w każdym czasie uchylona lub zmieniona przez organ administracji publicznej, który ją wydał, jeżeli przemawia za tym interes społeczny lub słuszny interes strony") oraz 155 k.p.a. („decyzja ostateczna, na mocy której strona nabyła prawo, może być w każdym czasie za zgodą strony uchylona lub zmieniona przez organ administracji publicznej, który ją wydał, jeżeli przepisy szczególne nie sprzeciwiają się uchyleniu lub zmianie takiej decyzji i przemawia za tym interes społeczny lub słuszny interes strony"). Przesłanki przewidziane w obu przepisach nie dają się jednak zastosować w omawianym przypadku, stąd też NSA uznał, że należy rozważyć uznanie art. 40 ust. 4 P.t. za przepis szczególny w rozumieniu art. 163 k.p.a. i jako taki mający pierwszeństwo przed trybami kodeksowymi na zasadzie *lex specialis derogat legi generali*.

Wywód NSA w tym zakresie budzi jednak pewne wątpliwości. Otóż w doktrynie podkreśla się, że odrębne przepisy, o których mowa w art. 163 k.p.a. muszą dopuszczać wzruszenie decyzji administracyjnej **wprost**[7]. Co więcej, piśmiennictwo odwołując się do przykładów takich przepisów, podaje ich charakterystykę, z której również wynika, że przepis taki musi **wyraźnie** przewidywać możliwość wzruszenia decyzji w odpowiednim, szczególnym trybie. Art. 40 ust. 4 P.t. takiego warunku w mojej ocenie nie spełnia, mówi on jedynie o wydaniu decyzji, nie określając w żaden sposób losów decyzji dotychczasowej.

Warto na marginesie zwrócić uwagę, że P.t. zawiera przepisy szczególne dotyczące zmiany decyzji. Jest nim art. 28 ust. 6, zgodnie z którym decyzja o dostępie telekomunikacyjnym może zostać zmieniona przez Prezesa UKE na wniosek każdej ze stron, której ona dotyczy, lub z urzędu, w przypadkach uzasadnionych potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług.

Niewątpliwie art. 28 ust. 6 P.t. jest przepisem szczególnym, o którym mowa w art. 163 k.p.a., przewidującym odstępstwo do zasady trwałości decyzji administracyjnych. Na podstawie tego przepisu decyzja może zostać zmieniona, jeżeli zostaną spełnione szczególne przesłanki w nim określone.

Przepis art. 28 ust. 6 P.t. określa uprawnienie Prezesa UKE do zmiany wyłącznie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym, tj. decyzji, które zastępują (art. 28 ust. 4 ustawy P.t.) lub zmieniają umowy o dostępie telekomunikacyjnym (art. 30 w związku z art. 28 ust. 4 P.t.). Nie ma on oczywiście zastosowania do decyzji o wysokości opłat za dostęp, o których mowa w art. 40 ust. 4 P.t., a ten ostatni przepis nie przewiduje wprost zmiany decyzji o wysokości opłat.

Problem trybu zmiany stawek nie jest chyba jednak jednolicie traktowany w orzecznictwie, o czym może świadczyć wyrok NSA dotyczący wygaśnięcia decyzji MTR 2008[8]. Sąd skupił się tu wprawdzie na stosunku decyzji o wygaśnięciu decyzji MTR 2008 do toczącego się przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów postępowania odwoławczego w sprawie decyzji MTR, ale jednocześnie nie odrzucił koncepcji stwierdzenia wygaśnięcia takiej decyzji.

[7] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Warszawa 2005, s. 781.

[8] Wyrok NSA z 12.09.2012 r., sygn. akt II GSK 1191/11.

VI. Wygaśnięcie decyzji a postępowanie odwoławcze

Jedną z istotnych różnic pomiędzy postępowaniem w sprawie wygaśnięcia decyzji MTR 2007 a postępowaniem w sprawie wygaśnięcia decyzji MTR 2008 było to, że w tym drugim przypadku w chwili wydawania decyzji o wygaśnięciu toczyło się w stosunku do tej samej decyzji postępowanie odwoławcze.

NSA w wyroku dotyczącym wygaśnięcia decyzji MTR 2008 wskazał, że istota sporu sprowadza się do zagadnienia, „czy prezes UKE jest uprawniony do stwierdzenia wygaśnięcia decyzji MTR, wydanej na podstawie art. 40 ust. 4 Pt, w sytuacji gdy toczy się postępowanie odwoławcze przed Sądem Okręgowym w Warszawie – sądem ochrony konkurencji i konsumentów, na skutek odwołania wniesionego na podstawie art. 206 ust. 2 Pt.”.

Sąd wyraził pogląd, iż skoro P.t. przewiduje hybrydowy model postępowania tj. ostatecznego załatwienia jednej sprawy administracyjnej na dwóch różnych płaszczyznach procesowych, to odwołanie nie traci swojego charakteru tylko dlatego, że przysługuje do sądu powszechnego. Odwołanie do SOKiK jako sądu właściwego do rozpoznania odwołania jest trybem kontroli decyzji administracyjnej przewidzianym w art. 206 ust. 2 P.t.

NSA wskazał, że k.p.a. „nie ogranicza formalnie możliwości stwierdzenia wygaśnięcia decyzji administracyjnej tylko do decyzji ostatecznej, należy jednak przyjąć pierwszeństwo trybu odwoławczego przed trybem określonym w art. 162 § 1 k.p.a. Uprawnienie organu administracji publicznej do stwierdzenia wygaśnięcia decyzji przysługuje tylko wtedy, kiedy nie toczy się postępowanie odwoławcze (…). Skoro niedopuszczalnym jest stwierdzenie wygaśnięcia aktu będącego przedmiotem rozpoznania w postępowaniu odwoławczym, a także w postępowaniu przed sądem administracyjnym (…), to podobnie należy przyjąć, że nie jest również dopuszczalne stwierdzenie wygaśnięcia decyzji administracyjnej po tym, jak adresat tej decyzji odwołał się do SOKiK”.

Tak więc, zdaniem NSA, stwierdzenie wygaśnięcia decyzji jest niedopuszczalne, gdy w sprawie tej decyzji toczy się postępowanie odwoławcze. Z powyższą tezą należy się zgodzić.

Zakaz stwierdzenia wygaśnięcia decyzji administracyjnej podczas jej rozpatrywania przez sąd podyktowany jest realizacją zasady zakazu konkurencji środków prawnych odnoszących się do tego samego aktu administracyjnego. Gdy akt administracyjny został wydany przez organ a następnie został zaskarżony do sądu, to w postępowaniu tym organ staje się pozwanym a więc równoprawną stroną procesową, która nie może działając „równolegle” z sądem zmieniać lub uchylać aktu poddanego sądowej kontroli.

Choć zasada powyższa została wypracowana na gruncie orzecznictwa NSA, (co do zasady badaniem rozstrzygnięć organów administracji zajmują się sądy administracyjne), brak jest jakichkolwiek argumentów prawnych, które wykluczałyby jej zastosowanie w sytuacji, gdy decyzja jest przedmiotem postępowania przed innym sądem, tu: Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Niezależnie bowiem od tego, jaki sąd dokonuje kontroli decyzji administracyjnych i jakie są funkcje jurysdykcyjne obu pionów sądowniczych, zasada niekonkurencyjności środków prawnych chroni uniwersalną wartość sprowadzającą się do pewności rozstrzygnięć sądowych, które w sposób ostateczny winny kończyć daną sprawę.

Należy w pierwszej kolejności odpowiedzieć na pytanie, czy Prezes UKE działając na podstawie przepisów rozdziału 13 k.p.a.[9] może dokonywać zmiany swojej decyzji w sytuacji, gdy jest ona przedmiotem skargi (odwołania) do sądu, a postępowanie sądowe dotyczące tej decyzji cały czas jest w toku.

Odwołując się na wstępie do zasad ogólnych należy stwierdzić, że zgodnie z treścią art. 110 k.p.a. organ administracji publicznej jest związany decyzją, którą wydał, nie mając możliwości jej zmiany. Rozwiązanie to uzupełnia art. 16 k.p.a. wskazując, w jakich warunkach decyzja uzyskuje przymiot ostateczności. Jakakolwiek ingerencja organu w obowiązywanie decyzji ostatecznej, choć przewidziana już w treści art. 16 § 1 k.p.a., jest wyjątkiem od tej zasady. Przełamaniem wskazanej zasady są tzw. postępowania nadzwyczajne (określone właśnie w rozdziale 13 k.p.a.).

Powstaje jednak wątpliwość, czy z nadzwyczajnego – w przeciwieństwie do zasad ogólnych, określających charakter i konsekwencje ostateczności danej decyzji – trybu zmiany decyzji Prezes UKE może skorzystać, w sytuacji, w której prawidłowość rozstrzygnięcia weryfikowana jest przez inny organ czy sąd (wojewódzki sąd administracyjny lub Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów). Innymi słowy, czy przykładowo, w sytuacji, gdy strona zaskarżyła decyzję do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego lub Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Prezes UKE może stwierdzić nieważność decyzji (art. 156 k.p.a.), wznowić postępowanie (art. 145 k.p.a.) czy stwierdzić wygaśnięcie decyzji (art. 162 k.p.a.).

NSA udzielił na to pytanie jednoznacznej odpowiedzi wskazując, że wówczas decyzja zmieniająca decyzję nie tylko nie może zostać wydana, ale także, że samo wszczęcie postępowania w przedmiocie zmiany decyzji będącej przedmiotem oceny sądu jest niedopuszczalne. Zdaniem NSA „nie jest dopuszczalne wszczęcie przez organ administracji publicznej postępowania w celu zmiany, uchylenia lub stwierdzenia nieważności decyzji, w tym także postępowania o wznowienie postępowania, po wniesieniu skargi w tej samej sprawie do sądu administracyjnego”[10].

Istotne znaczenie mają argumenty sformułowane zarówno przez Sąd w uzasadnieniu tego orzeczenia oraz w wypowiedziach doktryny na jego gruncie sformułowanych[11]. Po pierwsze, nie do zaakceptowania jest sytuacja „zbiegu uprawnień” – z jednej strony sądu do analizy i oceny zaskarżonej decyzji, a z drugiej strony organu do dokonywania zmian w takiej decyzji. Zdaniem NSA, taki zbieg uprawnień sprowadzający się w istocie do jednoczesnej zmiany decyzji przez dwa podmioty, tj. organ i sąd jest nie do przyjęcia na gruncie obowiązującego porządku prawnego.

Po drugie, bardzo istotne znaczenie ma również i to, że z chwilą złożenia skargi (odwołania) do sądu *ex lege* powstaje stosunek prawno-procesowy, w którym organ administracji publicznej „przekształca” się w przeciwnika procesowego uczestnika uprzedniego postępowania administracyjnego i tym samym traci atrybuty do weryfikacji wcześniej ukształtowanego przez swoją decyzję stosunku prawnego, zarówno w znaczeniu materialnym jak i procesowym. Od tej chwili mamy do czynienia z kontradyktoryjnym procesem równoprawnych stron postępowania, które w takiej samej mierze korzystają z zasady równości instrumentów procesowych. W konsekwencji tak długo, jak długo decyzja jest przedmiotem skargi do sądu, organ traci swą kompetencję (właściwość) do prowadzenia postępowania administracyjnego w sprawie objętej sporem sadowym, którego jest stroną. Jedynym

[9] *„Uchylenie, zmiana oraz stwierdzenie nieważności decyzji”* – w ramach którego usytuowany jest także art. 162 k.p.a., stanowiący podstawę do stwierdzenia wygaśnięcia decyzji.

[10] Wyrok NSA z dnia 7.01.1999 r., w sprawie o sygn. akt II SA/Gd 1353/98.

[11] Glosa aprobująca Ludwika Żukowskiego, OSP 2000, nr 5 poz. 81 str. 266–270.

wyjątkiem od tej zasady – przewidzianym wprost w ustawie – jest kompetencja do tzw. „samokontroli", w którą przepisy zarówno k.p.a. jak i k.p.c. wyposażają organ jakim jest Prezes UKE.

Po trzecie, zakaz wszczynania postępowań o zmianę decyzji będącej przedmiotem skargi do sądu znajduje wprost wsparcie w zasadzie „prawa do sądu", wypływającej z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, w szczególności w tym jego aspekcie, który każe postrzegać owo prawo jako prawo podmiotowe jednostki, do załatwienia swojej sprawy przed sądem. Tym samym akceptacja sytuacji, w której organ będący stroną procesu stwierdza wygaśnięcie decyzji w trakcie takiego postępowania, eliminuje *de facto* sens dalszego jego prowadzenia i w tym sensie faktycznie pozbawia stronę prawa do sądu. Tak więc tylko przyjęcie zakazu stwierdzenia wygaśnięcia decyzji będącej przedmiotem postępowania sądowego pozwala na pełną realizację prawa do sądu.

Powyższy pogląd w sposób konsekwentny przewija się w judykaturze już od lat 80., dotycząc zarówno przepisów k.p.a. (dawniej obowiązujący art. 199 k.p.a.) jak i przepisów prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (dalej „P.p.s.a.").

Podkreślić przy tym należy, że w żadnej z wymienionych ustaw ustawodawca nie wskazał wprost, by zmiana decyzji ostatecznej w oparciu o przepisy szczególne („nadzwyczajne tryby postępowania") miała być niedopuszczalna w sytuacji, w której rozstrzygnięcie organu zostało zaskarżone do sądu. Jedynie pośrednio odnosi się do tego problemu art. 56 P.p.s.a., wskazując, że „w razie wniesienia skargi do sądu po wszczęciu postępowania administracyjnego w celu zmiany, uchylenia, stwierdzenia nieważności aktu lub wznowienia postępowania, postępowanie sądowe podlega zawieszeniu".

Wskazany przepis, po pierwsze nie stawia żadnych ograniczeń przed organem administracyjnym i nakazuje zawiesić postępowanie sądowe w przypadku, gdy przed wniesieniem skargi podjęte zostało nadzwyczajne postępowanie administracyjne. Po drugie, w ogóle nie odnosi się on do sytuacji, w której organ wykazałby wolę podjęcia postępowania zmierzającego do zmiany decyzji ostatecznej już po wniesieniu skargi do sądu. Porównując więc rozwiązania z k.p.c. oraz z P.p.s.a., należy stwierdzić, że oba milczą na temat zbiegu uprawnień sądu oraz organu do zmiany albo uchylenia tej samej decyzji.

Analizując art. 56 P.p.s.a. warto odwołać się do poglądów sformułowanych przez J.Tarno, który w komentarzu do tego przepisu wskazał, że „komentowany przepis nie reguluje kwestii, czy możliwe jest wszczęcie postępowania administracyjnego w trybie nadzwyczajnym już po wniesieniu skargi do sądu administracyjnego. Zarówno na tle poprzednio obowiązujących ustaw, które również nie normowały tej kwestii, jak i obecnie przyjęto stanowisko, że skuteczne wniesienie skargi do sądu administracyjnego stanowi przeszkodę do wszczęcia postępowania administracyjnego mającego na celu usunięcie z obrotu prawnego zaskarżonej decyzji. Podstawowym argumentem przemawiającym za taką wykładnią jest wzgląd na konieczność wyeliminowania niekorzystnego zbiegu uprawnień do weryfikacji ostatecznych decyzji w trybie postępowania sądowego oraz w nadzwyczajnym trybie postępowania administracyjnego – por. szerzej A. Kabat, w: P.p.s.a. Komentarz II, s. 153-154 i powołana tam literatura, a także wyr. WSA w Warszawie z 3 czerwca 2005 r., II SAB/Wa 76/05 (LEX nr 171672)"[12].

[12] J. Tarno, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 194,195.

W powyższej sprawie NSA wypowiedział się wprost w wyroku z dnia 5.12.1989 r.[13], stwierdzając m.in., że „uprawnienie organu administracji do stwierdzenia wygaśnięcia decyzji, określone w art. 162 par. 1 k.p.a, przysługuje tylko wtedy, kiedy nie toczy się postępowanie odwoławcze".

Jak już wspomniałem, nawet pomimo nie do końca jasnego brzmienia przepisów, sądy administracyjne, które rozstrzygały wskazany problem „kolizji" postępowań nie miały w tej kwestii żadnych wątpliwości. Wskazać należy w szczególności uchwałę NSA z dnia 27.06. 2000 r.[14], czy wcześniejszy wyrok NSA z dnia 7.01. 1999 r.[15], w którym Sąd stwierdził m.in.: „wskazany zbieg uprawnień do weryfikacji ostatecznych decyzji w trybie postępowania sądowego oraz w trybie nadzwyczajnego postępowania administracyjnego nie powinien mieć miejsca. Jest to sytuacja rodząca niekorzystne skutki tak ze względu na zasady ekonomii postępowania organów państwa, jak i z uwagi na ochronę powagi rozstrzygnięć tych organów. Przede wszystkim konieczne jest uniknięcie możliwości wydania przez organ administracji publicznej oraz przez sąd administracyjny sprzecznych orzeczeń w tej samej sprawie (por. T. Woś: *Postępowanie sądowoadministracyjne*, Warszawa 1996, str. 167)*".*

Można przyjąć, że sądy administracyjne wykształciły trwałą, jednoznaczną linię orzeczniczą[16] co do niedopuszczalności stwierdzenia wygaśnięcia decyzji administracyjnej, która została uprzednio zaskarżona. Pogląd powyższy został zaakceptowany przez doktrynę: „ze względu na to, że przepis art. 162 § 1 i 2 może być stosowany do decyzji ostatecznych i nieostatecznych, trafnie w wyroku NSA stwierdzono, że zawisłość sprawy administracyjnej przed organem odwoławczym stanowi przeszkodę w skorzystaniu z uprawnienia do stwierdzenia wygaśnięcia decyzji"[17].

Nie może być zatem żadnych wątpliwości, że uprzednie zaskarżenie decyzji MTR 2008 wyłączało możliwość stwierdzenia wygaśnięcia tej decyzji. Nie ma przy tym znaczenia odmienność drogi odwoławczej, a więc fakt, że w tym przypadku środkiem zaskarżenia decyzji jest odwołanie do SOKiK.

Mamy bowiem do czynienia z generalną zasadą „kolizyjną", określającą stosunek wewnętrznych procedur weryfikowania rozstrzygnięć organów administracji (tj. procedur realizowanych na gruncie k.p.a., takich jak procedura stwierdzenia wygaśnięcia decyzji) do procedur zewnętrznych realizowanych przez niezawisłe sądy, niezależnie od tego czy są to sądy administracyjne czy też cywilne.

Z powyższych powodów uzasadnienie wyroku NSA w sprawie decyzji o wygaśnięciu decyzji MTR 2008 nie budzi moim zdaniem wątpliwości, niemniej można zadać pytanie dlaczego Sąd w ogóle nie wypowiedział się na temat możliwości uznania art. 40 ust. 4 P.t. za przepis szczególny w stosunku do art. 163 k.p.a. a tym samym uznania tego pierwszego za szczególny tryb zmiany lub uchylenia decyzji. Czy oznacza to, że Sąd nie podziela poglądu wyrażonego przez NSA w sprawie II GSK 59/10? Pytanie jest o tyle zasadne, że sąd pierwszej instancji w sprawie o wygaśnięcie decyzji MTR 2008 podzielił pogląd wyrażony we wspomnianym wyroku NSA z 3.02.2011 r. Jeśli NSA w wyroku z 12.09. 2012 r. dopuścił co do zasady możliwość stwierdzenia wygaśnięcia decyzji o wysokości stawek i odrzucił koncepcję zmiany lub uchylenia takiej decyzji to oznacza, że organ regulacyjny nadal nie ma jasnych reguł postępowania w takich przypadkach. Na marginesie warto zwrócić uwagę, że – jak

[13] Sygn. akt SA/Wr 335/89.

[14] Uchwała (7) NSA z dnia 27.06.2000 r., FPS 12/99, ONSA 2001/1/7.

[15] Wyrok NSA w Gdańsku z dnia 7.01.1999 r., II SA/Gd 1353/98.

[16] Wyrok NSA z dnia 20.06.2002 r., sygn. akt SA/Bk 220/02 oraz wyroki wojewódzkich sądów administracyjnych z dnia 16.03.2006 r., sygn. akt II SA/Kr 1523/02, z dnia 24.01. 2006 r., sygn. akt IV SA/Gl 635/04 i z dnia 19.04.2005 r., sygn. akt II SA/Wr 1806/03.

[17] J. Borkowski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, 9 wyd. Warszawa 2008, Art. 162 Nb 3, str. 804.

wynika z pism procesowych organu – kwestionował on pogląd, że art. 40 ust. 4 P.t. stanowi przepis szczególny umożliwiający zmianę lub uchylenie uprzedniej decyzji wydanej na podstawie tego przepisu.

VII. Forma zatwierdzenia opłat w dotychczasowej wysokości

Jak łatwo zauważyć, wysokość opłat wprowadzona decyzją MTR 2009 pokrywała się z wysokością dotychczas obowiązującą na podstawie decyzji MTR 2008. Pojawia się tu zatem pytanie o sens wydawania nowej decyzji, szczególnie w świetle art. 156 §1 pkt 3 k.p.a., zgodnie z którym stwierdzeniu nieważności podlega decyzja, która dotyczy sprawy już poprzednio rozstrzygniętej inną decyzją ostateczną. W tym przypadku sprawą rozstrzygniętą uprzednio była wysokość opłat za okres od 1 lipca 2009 r., ustalono je w wysokości 16,77 gr/min. Następnie tę samą wysokość opłat organ ustalił na okres od 10 grudnia 2009 r., przy czym w dacie wydania decyzji obowiązywała już powyższa stawka. Do ustalenia tożsamości spraw w rozumieniu powołanego przepisu k.p.a. niezbędna jest tożsamość stron, stanu prawnego oraz stanu faktycznego. W omawianej sprawie organ uznał, że zmienił się stan faktyczny, ponieważ zmieniły się koszty świadczenia usługi a zatem zaistniała konieczność wydania nowej decyzji w sprawie stawek MTR. Do tej argumentacji przychylił się Sąd Apelacyjny w wyroku z 25.05.2012 r. uznając, że nie doszło do naruszenia art. 156 §1 pkt 3 k.p.a. z uwagi na zmieniony stan faktyczny.

W mojej ocenie, można mieć w powyższej kwestii wątpliwości. Istotnie, tożsamość stanu faktycznego jest jednym z elementów niezbędnych do stwierdzenia tożsamości sprawy. Jednak jak wskazują komentatorzy: „stan faktyczny sprawy musi być (…) brany pod uwagę w ocenie, czy ma miejsce tożsamość sprawy, lecz tylko w odniesieniu do faktów prawotwórczych. Nie wydaje się możliwe, ani potrzebne oczekiwanie, iż stan faktyczny będzie trwał długi czas niejako zamrożony we wszystkich jego elementach i szczegółach. Elementy prawnie obojętne, **niewpływające w niczym na załatwienie sprawy** [podkreślenie – AM], powinny być pominięte w ocenie tożsamości sprawy”[18]. Wydaje się zatem, że wydanie decyzji, której rozstrzygnięcie nie zmienia niczego w aktualnym stanie prawnym i faktycznym było bezzasadne, a decyzja taka powinna zostać uchylona.

[18] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 740.

Patryk Koralewski*

Usługi oparte na przetwarzaniu danych geograficznych

Spis treści:

I. Wstęp
II. Podstawy prawne świadczenia usług LBS
III. Charakterystyka usług LBS
IV. Techniki i metody obliczania pozycji
1. Uwagi wstępne
2. Ustalanie pozycji na podstawie danych z systemu GPS
3. Ustalanie pozycji na podstawie danych o sieciach wi-fi
3.1. Uwagi ogólne
3.2. Warunki świadczenia usług LBS na podstawie danych o punktach wi-fi
4. Ustalanie pozycji na podstawie danych pochodzących z ruchomej sieci telekomunikacyjnej
4.1. Uwagi ogólne
4.2. Przetwarzanie danych o lokalizacji a świadczenie usługi telekomunikacyjnej
V. Podsumowanie

Streszczenie:
Artykuł omawia warunki prawne świadczenia usług opartych na przetwarzaniu danych geograficznych (Location Based Services LBS). Wskazuje w jaki sposób pozyskiwane są dane o położeniu geograficznym urządzeń mobilnych, bez których świadczenie usług LBS nie byłoby możliwe. Artykuł identyfikuje i omawia zależności pomiędzy sposobem pozyskiwania danych o położeniu geograficznym a regulacjami prawnymi, które mają zastosowanie do danego przypadku.

Słowa kluczowe: dane geograficzne, dane lokalizacyjne, dane o lokalizacji, usługa o wartości wzbogaconej, usługa LBS.

I. Wstęp

Obecnie jesteśmy świadkami szybkiego rozwoju usług bazujących na przetwarzaniu danych geograficznych – usług LBS (ang. *Location Based Services*). Zwiększająca się mobilność użytkowników, pojawienie się na rynku urządzeń typu smartfony czy tablety sprzyja rozwojowi i popularyzacji tych usług. Usługi LBS polegają generalnie rzecz biorąc na łączeniu danych o położeniu geograficznym urządzenia z innymi informacjami i tworzeniu na tej bazie określonej usługi[1].

* Doktorant w Instytucie Nauk Prawnych PAN.

[1] T. Abulleif, A. Al-Dossary; Location Base Services (LBS), Surveying Services Divison, Saudi Armco Dhahran, Saudi Arabia, http://www.saudigis.org/FCKFiles/File/SaudiGISArchive/3rdGIS/Papers/79_E_ThamerAbulleif_KSA.pdf
Według J. Schiller usługi bazujące na lokalizacji mogą zostać zdefiniowane jako „usługi które łączą lokalizację lub pozycję urządzenia mobilnego z innymi informacjami tak, aby stanowiły one dla użytkownika wartość dodaną".

Obecnie możemy wyróżnić całą gamę usług LBS oferujących najrozmaitsze rozwiązania od prostych wskazań punktu, w którym znajduje się usługobiorca, poprzez nawigację i dostarczanie map, lokalizowanie interesujących usługobiorcę miejsc, sprawdzanie rozkładu jazdy komunikacji miejskiej. Do tego dochodzą usługi oferowane przez popularne portale społecznościowe, takie jak Facebook, polegające m.in. na lokalizowaniu znajomych.

Popularność usług LBS niewątpliwie rośnie, na co wskazują wyniki badań w ramach programu TNS Mobile Life[2]. Składa się na to coraz większa ich dostępność oraz coraz większa liczba osób deklarujących chęć korzystania z nich.

W związku ze świadczeniem usług opartych na przetwarzaniu danych geograficznych pojawiają się ważne kwestie dotyczące prawnej dopuszczalności i warunków przetwarzania danych geograficznych oraz ochrony prywatności w związku z przetwarzaniem tych danych.

Celem tego artykułu jest zobrazowanie w jaki sposób przetwarzane są dane służące do ich świadczenia, a następnie ustalenie jakie są warunki prowadzenia takiej działalności. W tym celu konieczne jest w pierwszej kolejności dokonanie analizy technologii wykorzystywanych do świadczenia usług LBS, ustalenie zakresu przetwarzanych danych i sposobu ich gromadzenia. Usługi LBS mogą być świadczone w oparciu o różne technologie, a zakres danych dotyczących osób, na rzecz których są one świadczone może być bardzo różny.

Projektowanie aplikacji czy modelu świadczenia usługi wymaga ustalenia, kto będzie zbierał dane, w jaki sposób będą przetwarzane, jaką kontrolę nad danymi będzie miał użytkownik usługi i jak będzie pozyskiwana zgoda na ich przetwarzanie, w jaki sposób będzie on informowany o zakresie przetwarzania danych. Świadczeniem tych usług zajmują się podmioty, które działają na skalę globalną. Dlatego ustalenia w tych sprawach wymagają uwzględnienia różnic w podejściu do spraw wykorzystywania danych dotyczących położenia geograficznego użytkownika lub jego urządzenia końcowego. Z uwagi na międzynarodowy charakter stosunków związanych ze świadczeniem tych usług należy uwzględniać odmienności co najmniej dwóch podstawowych systemów podejścia do prywatności, europejskiego i amerykańskiego[3].

II. Podstawy prawne świadczenia usług LBS

Regulacje krajowe dotyczące zagadnienia przetwarzania danych w celu świadczenia usług LBS wynikają głównie z prawa unijnego. Możemy wyróżnić trzy źródła regulacji dotyczących świadczenia usług LBS w prawie UE. Poprzez implementację dyrektyw UE dotyczących łączności elektronicznej, ochrony danych osobowych oraz handlu elektronicznego wprowadzono do prawa krajowego podstawowe uregulowania dotyczące świadczenia usług opartych na przetwarzaniu danych o położeniu geograficznym. Uregulowania te są zawarte w:

– ustawie z dnia 16.7.2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm. dalej „ustawa Pt.") implementującej w tym zakresie uregulowania dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12.07.2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz.U.UE L 201 z 31.7.2002 r.)[4].

[2] http://www.tnsglobal.com/mobile-life/#map/global/feature/lbs/both.

[3] A. Levin and M. Jo Nicholson, *Privacy Law in the United States, the EU and Canada: The Allure of the Middle Ground*. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894079.

[4] M. Rogalski (red), K. Kawałek, *Prawo telekomunikacyjne, Komentarz*, LEX 2010, komentarz do art.159 Pt., pkt 5.

– ustawie z dnia 29.8.1997 r. o ochronie danych osobowych (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 ze zm. – dalej „u.o.d.o.") implementującej dyrektywę 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24.10.1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz.U.UE L z 23.11. 1995 r.),
– ustawie z dnia 18.7.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204 ze zm. dalej „u.ś.u.d.e.") , która implementuje postanowienia dyrektywy 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 8.6.2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym) (Dz. Urz. WE L 178/1 z 17.07.2000). Dyrektywa ta ma znacznie szerszy zakres przedmiotowy, a ustawa implementuje tylko część jej postanowień[5]

Podstawowe znaczenie w sprawach świadczenia usług LBS ma ustawa Prawo telekomunikacyjne. Ona też określa podstawowe pojęcia wykorzystywane przy regulowaniu usług opartych na danych geograficznych. Jednak paradoksalnie w wielu wypadkach ustawa ta nie będzie mieć zastosowania, a regulacja świadczenia usług LBS i ochrona interesów użytkowników tych usług będzie oparta na ustawie o ochronie danych osobowych oraz ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

III. Charakterystyka usług LBS

Wykonanie usługi opartej na przetwarzaniu danych geograficznych (usługi LBS) wymaga przetworzania danych, które wyznaczają położenie geograficzne usługobiorcy lub jego urządzenia. Dane wyznaczające położenie geograficzne usługobiorcy są pozyskiwane w procesie wyznaczania pozycji geograficznej, zwanym również pozycjonowaniem. Wyznaczanie pozycji geograficznej nie może być utożsamiane z usługą LBS, która jest z nim co prawda nierozerwalnie związana, jednak samo wyznaczenie pozycji jest dopiero warunkiem wstępnym prowadzącym do wykonania usługi. Sposób wyznaczania pozycji determinuje jednak to w jaki sposób chroniony będzie usługobiorca oraz wyznacza sposób zachowania usługodawcy. W tym kontekście źródło pochodzenia danych geograficznych jest kluczowym kryterium dla wyznaczenia sposobu postępowania przy świadczeniu usługi LBS.

W procesie świadczenia usług LBS możemy wyróżnić poszczególne elementy, które umożliwiają ich dostarczanie. W pierwszej kolejności składa się na nie ustalanie **pozycji**, które oznacza wyznaczanie punktu zgodnie ze współrzędnymi geograficznymi (długość i szerokość geograficzna). Następnie wyróżniamy **lokalizowanie** polegające na odniesieniu tych danych do konkretnego punktu w rzeczywistym świecie (ze wskazaniem jego nazwy), który może być rozpoznany przez użytkownika. Kolejnym elementem są usługi lokalizacyjne, polegające na dostarczeniu na potrzeby usługi LBS danych o lokalizacji (wskazujących, gdzie znajduje się użytkownik/urządzenie). Na podstawie tych trzech komponentów dostarczana jest usługa LBS[6] łącząc je, aby wskazać np. w jaki sposób dojechać z miejsca A do miejsca B, korzystając z komunikacji miejskiej. Wartością dodaną dla usługobiorcy będzie, stanowiący o istocie usługi LBS, komponent dostarczania dodatkowej informacji, niewynikającej wprost z połączenia tych trzech wyżej wskazanych elementów. W powyższym przykładzie będzie

[5] J. Gołaczyński (red.), K. Kowalik-Bańczyk, A. Majchrowska, M. Świerczyński,*Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz*; Oficyna, 2009, komentarz do art. 1. u.ś.u.d.e. pkt 2.

[6] Shu Wang, Jngwon Min, Byung K. Yi; LG "LG – Location Based Services for Mobiles: Tehnologies and Standards Electronics Mobile Reserch, USA" http://mobile-location-services.googlecode.com/svn-history/r75/trunk/Reference/ICC2008LBSforMobilessimplifiedR2.pdf

to wskazanie użytkownikowi jak za pomocą komunikacji miejskiej dojechać do konkretnego punktu miasta. Artykuł ten dotyczy zagadnień leżących u podstawy świadczenia usług LBS tj. pozyskiwania danych umożliwiających ustalenie pozycji użytkownika/urządzenia, gdyż to będzie determinowało prawa i obowiązki, tak ich dostawcy jak i użytkownika.

IV. Techniki i metody obliczania pozycji

1. Uwagi wstępne

Ustalanie położenia obiektu jest oparte na zjawiskach fizycznych, takich jak prędkość rozchodzenia się sygnałów w przestrzeni oraz metodach kalkulacji, dzięki którym możliwe jest obliczenie dokładnego położenia tego obiektu względem punktów orientacyjnych. W systemie GPS punktami orientacyjnymi są satelity umieszczone na orbicie ziemskiej, natomiast w innych systemach lokalizacji mogą to być punkty wi-fi, czy maszty BTS.

Podstawowymi technikami wyznaczania pozycji są metody trilateracji i triangulacji[7] oraz wskazywana jako samodzielna metoda multilateracji.

Przy wykorzystywaniu tych technik obliczania pozycji potrzebne są dane, które mogą posłużyć do dokonania obliczeń, a które można uzyskać w oparciu o różne metody (źródła).

Obecnie można wyróżnić trzy podstawowe źródła pozyskiwania danych na temat pozycji geograficznej[8]:

– dane pochodzące z modułu GPS lub uzyskane przez taki moduł,

– dane o lokalizacji sieci/punktów wi-fi,

– dane pochodzące z ruchomej sieci telekomunikacyjnej.

Nie jest to podział wyczerpujący, jednak wskazuje on trzy najważniejsze obecnie źródła ustalania danych geograficznych. Sprawę komplikuje fakt, iż w celu szybszego i bardziej wydajnego świadczenia usług LBS, często wykorzystywane są wszystkie trzy źródła pozyskiwania danych. To zaś powoduje łączne stosowanie do konkretnego przypadku pozyskiwania danych praw i obowiązków mających zastosowanie do każdego z osobna źródła pozyskiwania danych.

2. Ustalanie pozycji na podstawie danych z systemu GPS

GPS (ang. *Global Positioning Service*) jest obecnie najbardziej znaną technologią bezprzewodowego określania położenia. Najlepszym przykładem wykorzystania techniki GPS jest powszechnie stosowana nawigacja samochodowa. System GPS został stworzony przez Stany Zjednoczone Ameryki i jest obecnie kontrolowany przez Siły Powietrzne tego kraju. System GPS wykorzystuje zbiór satelitów umieszczonych na orbicie ziemskiej, które poprzez emisję sygnałów umożliwiają określanie położenia odbiorcom tych sygnałów. Do poprawnego działania systemu na orbicie ziemskiej system wykorzystuje 24 aktywne satelity, choć ich rzeczywista liczba jest większa. Każdy z satelitów transmituje jednokierunkowy sygnał, zawierający informację o położeniu satelity oraz dokładnym czasie liczonym zegarami atomowymi znajdującymi się na pokładzie każdego z satelitów[9]. Odbiornik GPS

[7] Trilateracja, metoda wyznaczania na powierzchni Ziemi współrzędnych punktów geodezyjnych za pomocą układu trójkątów, w których mierzy się wszystkie boki. Metoda ta bazuje na wyznaczaniu odległości w przeciwieństwie do triangulacji, która wykorzystuje obliczania kątów za pomocą układu trójkątów. Tak: W. Salejda, www.if.pwr.wroc.pl/~wsalejda/pop/gps_final.ppt.

[8] S. Shek, *CSC Next-Generation Location-Based Services For Mobile Devices*, CSC Grants February 2010, http://assets1.csc.com/lef/downloads/CSC_Grant_2010_Next_Generation_Location_Based_Services_for_Mobile_Devices.pdf.

[9] Oficjalna strona rządu Stanów Zjednoczonych – U.S. Government information about the Global Positioning System (GPS) and related topics: http://www.gps.gov/systems/gps/space

dla obliczenia swojej pozycji względem satelitów powinien znajdować się, przynajmniej w teorii, w zasięgu trzech satelitów. Z uwagi jednak na różnice w pomiarze czasu przez kwarcowy zegar odbiornika względem zegarów atomowych znajdujących się na satelitach, do poprawnego ustalenia pozycji konieczna jest korekta przeprowadzana na podstawie danych o położeniu czwartego satelity[10]. Dane pochodzące z tych satelitów umożliwiają odbiornikowi GPS określenie dokładnej własnej pozycji w trójwymiarowej przestrzeni, do czego służy technika trilateracji.

Satelity systemu GPS służą za punkty orientacyjne. Na podstawie dokładnej znajomości ich położenia oraz precyzyjnych danych dotyczących czasu służącego do poprawnego zmierzenia odległości pomiędzy satelitami a odbiornikiem GPS, możliwe jest wyznaczenie pozycji odbiornika GPS.

Podkreślona wcześniej jednokierunkowość sygnału transmitowanego z satelity do odbiornika oznacza, iż urządzenie (odbiornik) działający w systemie GPS, który dokonuje obliczeń, nie transmituje żadnych danych. Stąd też odbiornik GPS, o ile nie jest wyposażony w dodatkowy moduł GSM z kartą SIM, nie może zostać zlokalizowany przez żaden inny system.

Dopóki dane pochodzące z odbiornika nie są transmitowane na zewnątrz, tak długo nie istnieje zagadnienie usługowego przetwarzania danych geograficznych. Co ważne, system GPS nie może służyć do świadczenia usług telekomunikacyjnych ponieważ usługi te polegają głównie na transmisji sygnałów na rzecz użytkownika usługi, co w tym systemie nie może mieć miejsca. Z tego punktu widzenia system GPS sam w sobie nie umożliwia świadczenia żadnych usług, w tym usług LBS przez osoby trzecie, które wymagałyby przetwarzania przez te podmioty danych o położeniu urządzenia lub usługodawcy. Z tego powodu system ten można zakwalifikować jako system służący do samodzielnego przetwarzania danych służących lokalizacji wyłącznie w urządzeniu użytkownika (tzw. samo-pozycjonowanie).

Wyposażenie urządzenia w możliwość przesyłania danych ustalonych na podstawie systemu GPS, poprzez dodanie modułu GSM i wyposażenie go w kartę SIM, przez co stanie się możliwe łączenie urządzenia z siecią telekomunikacyjną, umożliwia świadczenie usług LBS bazujących na danych pochodzących z systemu GPS. Uwagi dotyczące świadczenia usług LBS i przetwarzania danych w ich ramach, w takim przypadku będą analogiczne do uwag poczynionych poniżej przy omawianiu dostarczania usług LBS bazujących na danych o sieciach wi-fi.

3. Ustalanie pozycji na podstawie danych o sieciach wi-fi

3.1. Uwagi ogólne

Prekursorem metody przetwarzania danych lokalizacyjnych uzyskiwanych z sieci wi-fi była firma Skyhook[11]. Ta technika wyznaczania pozycji oparta jest na sieci wi-fi bazującej na standardzie IEEE 802.11[12]. Wi-Fi (ang. *Wireless Fidelity*) to technologia bezprzewodowego przesyłania danych pomiędzy urządzeniami z wykorzystaniem komunikacji radiowej. Wi-Fi jest znakiem towarowym należącym do Wi-Fi Alliance[13]

W metodzie tej dane geograficzne pozyskiwane są poprzez obliczenie pozycji lokalizowanego urządzenia względem punktów wi-fi. Punkt wi-fi rozumiany jest jako urządzenie emitujące publicznie

[10] M. Brain, T.Harris,"*How GPS Receivers Works*, http://electronics.howstuffworks.com/gadgets/travel/gps3.htm.

[11] Z. Kaleem, *WiFI Positionig Databases*, http://wlanbook.com/wifi-positioning-databases/.

[12] IEEE Standards Association: http://standards.ieee.org/about/get/802/802.11.html.

[13] Strona internetowa Wi-fi Alliance: http://www.wi-fi.org/about/wi-fi-brand.

sygnał wi-fi. Urządzenia emitujące takie sygnały służą jako punkty orientacyjne, podobnie jak satelity umieszczone na orbicie ziemskiej w przypadku GPS.

Przy omawianiu tej metody pozyskiwania danych ważne jest wyróżnienie dwóch elementów przetwarzania danych. Pierwszy element obejmuje zbieranie danych o punktach wi-fi w celu stworzenia mapy punktów wi-fi. Drugi element to wykorzystanie tych danych w celu wyznaczenia lokalizacji urządzenia dla celów usług LBS. Usługodawca posługując się stworzoną mapą punktów wi-fi może ustalić gdzie znajduje się określone urządzenie poprzez przetwarzanie danych o położeniu tego urządzenia względem punktów wi-fi.

Ustalanie mapy punktów wi-fi następuje w procesie zbierania informacji emitowanych publicznie przez każde urządzenie wi-fi, bez względu na to, czy jest to urządzenie ogólnodostępne, takie jak publiczny hot spot, czy też niezabezpieczony prywatny punkt dostępowy wi-fi, czy wreszcie urządzenie wi-fi zabezpieczone, do którego dostęp mają wyłącznie osoby znające hasło dostępowe. W standardzie IEEE 802.11 każde z urządzeń publicznie emituje dwa rodzaje identyfikatorów: Service Set Identifiers (SSIDs) oraz Basic Service Set Identifiers (BSSIDs)/Media Access Control (MAC) adres[14]. Z uwagi na aspekt prawny istotne jest wskazanie jakie informacje zawarte są w tak emitowanych identyfikatorach.

SSIDs jest nadawaną domyślnie przez producenta punktu dostępowego nazwą mogącą zawierać np. nazwę producenta. Nazwę tę można zmienić, tak aby dla osób, które łączą się z daną siecią miała ona znaczenie i mogły ją rozpoznać np. Imie_Nazwisko 123 (nazwa może zawierać do 32 znaków). Każde inne urządzenie wi-fi wyszukując sieci wi-fi, gdy znajdzie się w pobliżu urządzenia emitującego SSIDs wyświetli komunikat zawierający nazwę tej sieci. Ta publicznie nadawana nazwa może ewentualnie być rozważana jako dana osobowa, jednak sytuacja taka wystąpi tylko w wyjątkowych okolicznościach[15].

Kolejnym publicznie udostępnianym identyfikatorem urządzenia wi-fi jest adres BSSID/MAC, będący unikalnym, przypisanym konkretnemu urządzeniu, numerem identyfikacyjnym, który nie może być zmieniany przez użytkownika. Numer ten identyfikuje urządzenie, nie odnosi się bezpośrednio do użytkownika i jest nadawany przez producenta zgodnie z ustalonym przez standard wi-fi wzorem.

Powyższe dane są emitowane publicznie przez każde włączone urządzenie wi-fi i są niezbędne do jego prawidłowego funkcjonowania. Usługodawca przetwarza te publicznie emitowane sygnały w celu ustalenia pozycji urządzenia dla celów świadczenia usługi LBS. Wyznaczanie pozycji urządzenia możliwe jest dzięki temu, iż odbiera ono dane publicznie nadawane przez punkty wi-fi, następnie dane te przesyła siecią telekomunikacyjną do podmiotu, który stworzył mapę punktów wi-fi i na jego serwerach zostaje wyznaczona pozycja urządzenia względem punktów wi-fi[16]. Informacja o tej pozycji zostaje wysłana zwrotnie do urządzenia[17].

W tym miejscu należy wskazać, iż taką mapę służącą lokalizacji mogą tworzyć stacje BTS[18] sieci telekomunikacyjnej, które również transmitują unikalny sygnał identyfikujący. Na podstawie wiedzy

[14] M. Watts,J. Brunger, K. Shires,*Do European data protection laws apply to the collection of WiFi network data for use in geolocation look-up services?*, http://idpl.oxfordjournals.org/content/early/2011/06/19/idpl.ipr013.full#fn-10.

[15] Ibidem.

[16] Niekiedy oprogramowanie pozwala na dokonywanie obliczeń bez konieczności korzystania z serwerów zewnętrznych; zob. http://www.computerworld.com/s/article/9229322/Skyhook_promises_constant_mobile_location_without_battery_drain.

[17] Strona internetowa spółki Skyhook, opis funkcjonowania usługi, http://www.skyhookwireless.com/howitworks/loader_howitworks.swf

[18] ang. *Base Transceiver Station.*

o lokalizacji poszczególnych stacji BTS[19] oraz wykorzystania metod kalkulacji tych danych możliwe jest ustalenie pozycji urządzenia względem tych stacji. Podkreślić należy, iż dane takie nie pochodzą z sieci telekomunikacyjnej tj. są to dane o samej sieci, a nie dane przetwarzane w sieci, co odróżnia tę metodę pozyskiwania danych od opisanej poniżej metody pozyskiwania danych z mobilnej sieci telekomunikacyjnej

3.2. Warunki świadczenia usług LBS na podstawie danych o punktach wi-fi

Rozważenia wymaga umiejscowienie w porządku prawnym warunków przetwarzania danych o punktach wi-fi w celu świadczenia usługi LBS, z uwzględnieniem dwóch etapów tego procesu: zbierania danych o punktach wi-fi w celu stworzenia mapy punktów wi-fi oraz wykorzystania tych danych w celu świadczenia usług LBS.

Ustawa Prawo telekomunikacyjne wskazuje, iż tajemnicą komunikowania w sieciach telekomunikacyjnych objęte są dane geograficzne określone jako dane lokalizacyjne lub dane o lokalizacji. Dane lokalizacyjne oznaczają wszelkie dane przetwarzane w sieci telekomunikacyjnej wskazujące położenie geograficzne urządzenia końcowego użytkownika publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Dane o lokalizacji zostały zdefiniowane jako dane lokalizacyjne wykraczające poza dane niezbędne do transmisji komunikatów lub wystawienia rachunku. Sposób sformułowania tych definicji mógłby wskazywać, iż dane o lokalizacji są innymi danymi niż dane lokalizacyjne. Nie jest to prawidłowy wniosek, gdyż dane lokalizacyjne i dane o lokalizacji są danymi tego samego rodzaju wykorzystywanymi w różnych celach. Dane lokalizacyjne są przetwarzane w sieci telekomunikacyjnej w celu transmisji komunikatów lub wystawienia rachunku, a w momencie kiedy służą one jakiemukolwiek innemu celowi będą stawały się danymi o lokalizacji.

Wynika z tego wniosek, iż dane o lokalizacji można zdefiniować jako dane przetwarzane w sieci telekomunikacyjnej wskazujące położenie geograficzne urządzenia końcowego użytkownika publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Siecią telekomunikacyjną, zgodnie z ustawą Prawo telekomunikacyjne, są systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju.

Sieć wi-fi w świetle tej definicji jest siecią telekomunikacyjną. Należy jednak w tym miejscu zauważyć, iż zbieranie danych o punktach wi-fi nie jest przetwarzaniem danych o lokalizacji urządzeń końcowych w tej sieci. To powoduje, iż zbierane dane nie są danymi lokalizacyjnymi w rozumieniu ustawy Prawo telekomunikacyjne. Stąd też ustawa ta nie będzie miała zastosowania do tego procesu. Podobny wniosek można sformułować na podstawie dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej [20].

Zgodnie z ustawą o ochronie danych osobowych, ochronie podlegają dane osobowe, którymi są wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej. Jak wskazano wcześniej, w procesie zbierania danych w celu stworzenia mapy punktów wi-fi przetwarzane są dane publicznie emitowane przez te punkty. Są to głównie dane o numerze SSID oraz adresie BSSID/MAC. Numer SSID jest standardowo nadawany przez producenta sprzętu i nie

[19] Mapa wskazująca lokalizację stacji BTS jest ogólnie dostępna na stronie: http://mapa.btsearch.pl/.

[20] M. Watts, J. Brunger, K. Shires, Do European data protection laws apply to the collection of WiFi network data for use in geolocation look-up services?, http://idpl.oxfordjournals.org/content/early/2011/06/19/idpl.ipr013.full.

może posłużyć do identyfikacji osoby fizycznej bez posiadania dodatkowych informacji, które mogłyby być skojarzone z tym numerem. Użytkownik sprzętu może jednak nadać nazwę indywidualizującą, która może zawierać dane identyfikujące użytkownika. Wyłącznie w tym przypadku można by mówić o zbieraniu danych osobowych. Jednak wciąż informacja taka nie może być przypisana do konkretnej osoby jeżeli nie jest połączona z dodatkowymi informacjami. Generalnie rzecz biorąc bardzo rzadko informacja wskazana w numerze SSID będzie zawierała dane osobowe. Adres BSSID/MAC to numer nadawany przez producenta urządzeniu według standardu stosowanego w technologii wi-fi. Jest to numer unikatowy dla urządzenia i nie może być tak jak w przypadku numeru SSID zmieniany przez użytkownika w normalnym toku używania urządzenia. Numer ten nie odnosi się do osoby fizycznej i bez połączenia go z innymi danymi nie może zostać uznany za dane osobowe. Nie istnieje żaden oficjalny rejestr, w którym numer BSSID/MAC byłby kojarzony z danymi o użytkowniku, w przeciwieństwie do numeru IMEI, który jest przechowywany wraz z innymi danymi dotyczącymi abonenta zgodnie z wymogami obowiązku retencyjnego.

Proces zbierania danych o punktach wi-fi nie podlega również ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Zgodnie z tą ustawą, świadczenie usług drogą elektroniczną polega na wykonaniu usługi świadczonej bez jednoczesnej obecności stron (na odległość), poprzez przekaz danych na indywidualne żądanie usługobiorcy, przesyłanej i otrzymywanej za pomocą urządzeń do elektronicznego przetwarzania, włącznie z kompresją cyfrową, i przechowywania danych, która jest w całości nadawana, odbierana lub transmitowana za pomocą sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu ustawy Pt. Zbieranie danych o punktach wi-fi w zakresie przedstawionym wyżej nie mieści się w tej definicji, a zatem nie może być zakwalifikowane jako świadczenie usług drogą elektroniczną.

Proces zbierania danych o punktach wi-fi nie będzie więc podlegał, poza wyjątkowymi okolicznościami, żadnej z wymienionych ustaw.

Drugim elementem w omawianej metodzie pozycjonowania jest wyznaczanie pozycji urządzenia z wykorzystaniem danych o punktach wi-fi na potrzeby usług LBS.

Jak wskazano powyżej przy świadczeniu usługi LBS z wykorzystaniem danych o punktach wi-fi, dane te nie pochodzą z sieci telekomunikacyjnej i nie są w niej przetwarzane. Podobnie dzieje się w przypadku lokalizowania urządzenia z wykorzystaniem mapy punktów wi-fi, gdyż także dane o urządzeniu przetwarzane w celu określenia jego lokalizacji nie są danymi pozyskanymi z sieci telekomunikacyjnej.

Kolejną ustawą, której zastosowanie należy rozważyć jest ustawa o ochronie danych osobowych. W związku z tym konieczna jest odpowiedz na pytanie, czy podmiot świadczący usługi LBS przetwarza dane osobowe w rozumieniu u.o.d.o. Świadczący usługę otrzymuje dane z urządzenia o sieciach wi-fi, które, jak wskazano wyżej, nie są danymi osobowymi. Możliwe jest jednak, iż dojdzie do skojarzenia tych danych z danymi o urządzeniu uczestniczącym w procesie lokalizacji np. jego numerem IMEI lub numerem adresu BSSID/MAC. Numery te służą generalnie do identyfikacji urządzenia, nie zaś konkretnego użytkownika, ale nie można jednak wykluczyć, iż w niektórych przypadkach możliwe będzie ich skojarzenie z danymi osobowymi usługobiorcy. Zastosowanie tej ustawy będzie wiec uzależnione od szczegółowych rozwiązań zastosowanych w celu świadczenia usługi LBS i możliwości zakwalifikowania przetwarzanych danych jako danych osobowych.

Zauważyć należy, iż przetwarzanie danych geograficznych, o ile mogą być uznane za dane osobowe nie wymaga odrębnej zgody podmiotu danych bowiem realizowane jest na podstawie

przepisu art. 23 ust. 1 pkt. 3 u.o.d.o. Przepis ten obejmuje przypadki, w których przetwarzanie danych jest konieczne do realizacji umowy, gdy osoba, której dane dotyczą, jest jej stroną lub gdy jest to niezbędne do podjęcia działań przed zawarciem umowy na żądanie osoby, której dane dotyczą. Podstawa prawna przetwarzania danych osobowych będących danymi geograficznymi, niezbędnych do wykonania usługi LBS, wynika z umowy między usługodawcą a usługobiorcą o wykonanie tej umowy. Odrębną zaś kwestią, omówioną poniżej jest użycie przez ustawodawcę sformułowania „w celu realizacji umowy", a nie „w celu świadczenia usługi".

Świadczenie usług LBS z wykorzystaniem danych o punktach wi-fi (w przeciwieństwie do samego procesu zbierania tych danych w celu stworzenia mapy) jest świadczeniem usług drogą elektroniczną. W przypadku świadczenia usług drogą elektroniczną do przetwarzania danych osobowych, w rozumieniu u.o.d.o., stosuje się przepisy tej ustawy, o ile przepisy rozdziału 4 u.ś.u.d.e. nie stanowią inaczej. Tym samym w przypadku kolizji przepisów tych ustaw, ustawodawca wyłączył stosowanie przepisów u.o.d.o. do danych osobowych przetwarzanych w ramach świadczenia usługi drogą elektroniczną. Art. 18 ust. 1 u.ś.u.d.e. zawiera katalog danych jakie może przetwarzać podmiot świadczący usługę drogą elektroniczną. Wśród danych tam wskazanych nie ma danych dotyczących położenia geograficznego. Możliwość ich przetwarzania w usługach LBS w celu wyznaczania pozycji mógłby uzasadniać ust. 2 tego artykułu, który wskazuje, iż usługobiorca w celu **realizacji umowy** może przetwarzać inne dane, o ile jest to niezbędne ze względu na właściwość świadczonej usługi. Przy świadczeniu usług LBS dane dotyczące położenia geograficznego są danymi niezbędnymi do świadczenia usługi, jednak pojęcie to nie jest tożsame z pojęciem „realizacji umowy", którym posługuje się ustawodawca.

Jak się wskazuje w literaturze, dane niezbędne do realizacji umowy, o których mowa w art. 18 ust. 1-3 u.ś.u.d.e. to dane niezbędne do nawiązania, ukształtowania treści, zmiany lub rozwiązania stosunku prawnego przez usługodawcę i usługobiorcę, które są udostępniane przez usługobiorcę świadomie[21]. Dane geograficzne nie są danymi niezbędnymi do wykonania umowy w powyżej przytoczonym rozumieniu, choć niewątpliwie służą do wykonania usługi. Skoro ustawodawca odnosi się w art. 18 ust. 2 u.ś.u.d.e tylko do możliwości przetwarzania innych danych (wśród których moglibyśmy umiejscowić dane dotyczące położenia geograficznego) w celu wykonania umowy, a nie przetwarzania innych danych w celu świadczenia usługi, a zakres tych dwóch zwrotów nie jest tożsamy, to musi prowadzić do wniosku, iż dane te nie mogą być wykorzystywane w celu świadczenia usług LBS. Wymaga zatem rozważenia, czy art. 18 ust. 2 ustawy u.ś.u.d.e. obejmuje swoją dyspozycją dane o położeniu geograficznym. Jest to szczególnie istotne ze względu na wyróżnienie w ust. 5 omawianego artykułu danych eksploatacyjnych, które są przetwarzane automatycznie w związku z właściwością danego systemu informatycznego. Dane geograficzne można byłoby zakwalifikować jako dane eksploatacyjne, jednak ustawodawca nie wyróżnił ich w katalogu wskazanym w ust. 5 u.ś.u.d.e.

Pojawia się zatem poważna wątpliwość dotycząca legalności przetwarzania danych geograficznych na podstawie tej ustawy, także na podstawie zgody, bowiem ustawodawca nie przewidział takiego rozwiązania. Wskazuje wyłącznie na możliwość wyrażenia zgody na przetwarzanie innych danych, które nie są niezbędne do świadczenia usługi, co kłóci się z istotą świadczenia usług LBS.

[21] J. Gołaczyński, K. Kowalik-Bańczyk, A. Majchrowska, M. Świerczyński, *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz*, Oficyna 2009, komentarz do art. 18 u.ś.u.d.e. pkt 5.

Za przyjęciem stanowiska, iż dane geograficzne objęte są dyspozycją art. 18 ust. 2 u.ś.u.d.e. tj. są przetwarzane w celu świadczenia usługi, a nie tylko w celu wykonania umowy przemawia wykładnia celowościowa i systemowa. Celem stosunku prawnego, w ramach którego następuje przetwarzanie danych jest świadczenie usługi, zatem ten cel powinien być wskazywany jako przesłanka legalizująca przetwarzanie danych. Ponadto odmienna interpretacja oznaczałaby istnienie poważniej luki prawnej, uniemożliwiającej świadczenie usługi LBS.

Istnieje jeszcze jeden element, który należy uwzględnić przy świadczeniu usług LBS z wykorzystaniem omawianej techniki pozyskiwania danych. Elementem tym jest występowanie w procesie realizacji usługi LBS podmiotu telekomunikacyjnego, gdyż jak wskazano wyżej, w celu obliczenia pozycji geograficznej urządzenia dane są wysyłane do usługodawcy **przy wykorzystaniu sieci telekomunikacyjnej** w rozumieniu ustawy Pt.

Podmiot zapewniający usługę telekomunikacyjną polegającą na przesyłaniu danych pomiędzy usługobiorcą a usługodawcą usługi LBS jest zwolniony z odpowiedzialności na podstawie art. 12 u.ś.u.d.e. Przepis ten stanowi, iż usługodawca, który świadczy usługi drogą elektroniczną obejmujące transmisję w sieci telekomunikacyjnej danych przekazywanych przez odbiorcę usługi lub zapewnienie dostępu do sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu ustawy Pt., nie ponosi odpowiedzialności za treść tych danych, jeżeli nie jest inicjatorem przekazu danych; nie wybiera odbiorcy przekazu danych i nie wybiera oraz nie modyfikuje informacji zawartych w przekazie.

4. Ustalanie pozycji na podstawie danych pochodzących z ruchomej sieci telekomunikacyjnej

4.1. Uwagi ogólne

Konstrukcja ruchomej sieci telekomunikacyjnej wymusza wymianę danych geograficznych w procesie świadczenia usług telekomunikacyjnych. Dane przetwarzane dla potrzeb związanych ze świadczeniem usług telekomunikacyjnych określa się w ustawie Pt. jako dane lokalizacyjne.

Sieć telefonii ruchomej bazuje na tzw. komórkach. Są to obszary zasięgu stacji bazowych (stacji BTS[22]). Urządzenie końcowe w sieci ruchomej (np. telefon komórkowy) będąc w obszarze zasięgu danej stacji BTS łączy się z nią wymieniając informacje. Informacje lokalizacyjne są również przetwarzane w wielu innych komponentach sieci ruchomej, takich jak MSC[23], bazy danych HLR[24] oraz VLR[25],w których przetwarzane są dane dotyczące abonentów, w tym ich dane lokalizacyjne.

Każda stacja BTS transmituje dane (np. swój indywidualny znacznik) i otrzymuje dane z telekomunikacyjnego urządzenia końcowego używanego w sieci ruchomej. Stacja BTS oraz urządzenie końcowe wymieniają dane pomiędzy sobą jeżeli znajdują się w zasięgu transmisji[26]. Każde urządzenie korzystające z ruchomej sieci telekomunikacyjnej wyposażone jest w kartę SIM (ang. *Subscriber Identity Module),* która umożliwia łączenie się urządzenia z siecią. Karta SIM przechowuje w swojej pamięci różne dane, przy czym najistotniejszy z punktu widzenia funkcjonowania urządzenia końcowego jest numer IMSI[27]. Obok tego numeru identyfikacyjnego urządzenie mobilne posiada również

[22] Stacja BTS (*ang. Base Transceiver Station*) – urządzenie umożliwiające połączenie telekomunikacyjnego urządzenia końcowego, używanego w ruchomej publicznej sieci telefonicznej z częścią stałą tej sieci.

[23] Ang. *Mobile Switching Center* - centrale telefoniczne, które umożliwiają zestawianie połączeń w sieci.

[24] Ang. *Home Location Register* – centralna baza danych, w której przechowywane są informacje o wszystkich abonentach należących do danego operatora.

[25] Ang. *Visitor Location Register* – lokalna baza danych, w której przechowywane są czasowo informacje o abonentach znajdujących się w określonym obszarze geograficznym sieci.

[26] http://mapa.btsearch.pl/

[27] Ang. *International Mobile Subscriber Identity.*

unikatowy numer IMEI, który jest nadawany przez producenta i umożliwia jednoznaczną identyfikację urządzenia.

Jak wskazano powyżej, kiedy urządzenie mobilne pozostaje w zasięgu stacji bazowej BTS dochodzi do wymiany danych pomiędzy stacją BTS a urządzeniem mobilnym. W ten sposób można określić w zasięgu jakiej stacji BTS (czyli na jakim obszarze) znajduje się konkretne urządzenie identyfikowane za pomocą danej karty SIM. W ruchomej sieci telekomunikacyjnej występuje również proces aktualizacji położenia (ang. *Location updating*). W procesie tym dochodzi do zmian w bazie danych VLR, w której odnotowywana jest zmiana położenia urządzenia w obrębie danej sieci[28].

Przedstawiony wyżej proces przetwarzania danych geograficznych (danych lokalizacyjnych) wynika z samej budowy sieci, jest koniecznym elementem świadczenia usług telekomunikacyjnych, gdyż bez takiej wymiany danych pomiędzy urządzeniami końcowymi a urządzeniami sieciowymi nie byłoby możliwe zlokalizowanie urządzeń końcowych w celu zapewnienia transmisji między nimi.

Powyżej wskazane procesy są związane z przetwarzaniem danych lokalizacyjnych. Jednak ustalanie pozycji urządzenia *sensu stricto* następuje poprzez wykorzystanie technik, takich jak: Cell ID, Cell ID/TA, EFLT, AFLT, AOA, TDOA, EOTD, GPS, A-GPS[29]. Przy ich wykorzystaniu dochodzi, co do zasady, do wykorzystania i kojarzenia tych samych danych m.in. numeru IMSI. Stąd też wykorzystując tę technikę można dokonywać lokalizacji określonego urządzenia, czy nawet określonego abonenta. Można to zrobić posiadając powiązane z daną kartą SIM lub urządzeniem numery identyfikacyjne, tak jak dzieje się to w przedstawionych wyżej procesach koniecznych do prawidłowego działania sieci telekomunikacyjnej.

Wspomniany numer IMSI jest kluczowym numerem w sieci telekomunikacyjnej, jest on unikatowy i przypisany do konkretnej karty SIM. Nazwa tego numeru mogłaby wskazywać, iż numer ten jest przypisany do użytkownika sieci, jednak w rzeczywistości IMSI nadawana jest zawsze karcie SIM (obok jej numeru seryjnego) i służy do jej prawidłowej identyfikacji w systemie sieci ruchomych. Inaczej mówiąc IMSI identyfikuje zakończenie sieci ruchomej. Zgodnie z definicją ustawową zakończeniem tym jest fizyczny punkt, w którym abonent otrzymuje dostęp do publicznej sieci telekomunikacyjnej.

Numery przetwarzane w ruchomej sieci telekomunikacyjnej nie zostały przytoczone bez przyczyny. Ich przetwarzanie jest nierozerwalnie związane z procesem ustalania położenia w ruchomej sieci telekomunikacyjnej, a ponieważ numery te mogą zostać powiązane z innymi danymi, to mogą one stanowić źródło danych o lokalizacji konkretnego użytkownika. I tak sam numer IMSI nie może co prawda służyć bezpośrednio do identyfikowania konkretnego użytkownika, jednak numer IMSI można przypisać do konkretnej osoby, o ile dostawca usługi posiada jego dane osobowe w bazie danych. Nie we wszystkich przypadkach takie dane są w posiadaniu usługodawcy, jak w przypadku usług przedpłaconych, których abonent może podać swoje dane dostawcy usług, ale nie ma takiego obowiązku.

Należy jednocześnie zauważyć, iż na operatorze publicznej sieci telekomunikacyjnej czy dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych ciąży obowiązek gromadzenia danych

[28] Sieć GSM pod względem geograficznym jest podzielona na obszary (LA – *ang. Location Area*), którym nadaje się unikatowy numer LAI (ang. *Location Area Identity*). Ten numer jest nadawany w sieci, a urządzenie mobilne przechowuje je w karcie SIM. W momencie kiedy urządzenie mobilne zmienia położenie i zmienia się obszar LAI na inny, wtedy urządzenie mobilne wykrywa zmieniony numer LAI i inicjuje procedurę aktualizacji położenia. W jedynym obszarze LAI może funkcjonować wiele BTS, dopiero połączenie się z BTS, który należy do innego obszaru LAI rozpoczyna procedurę aktualizacyjną.

[29] Szerszy opis tych technik znajduje się na stronie internetowej „Mobile Positioning Techniques": http://etutorials.org/Mobile+devices/mobile+wireless+design/Part+Four+Beyond+Enterprise+Data/Chapter+17+Location-Based+Services/Mobile+Positioning+Techniques/.

i ich łączenia w ramach obowiązku retencyjnego[30]. Do tak gromadzonych danych należy MSISDN[31], wspomniany IMSI, IMEI[32] oraz imię i nazwisko, o ile abonent / użytkownik końcowy udostępnił te dane osobowe. Można zauważyć, iż numer IMEI, który sam w sobie nie stanowi danej osobowej, w przypadku powiązania go z konkretnym abonentem będzie już zaliczany do danych osobowych. Rozporządzenie regulujące wykonywanie obowiązku retencji danych nakazuje gromadzenie, w celu lokalizacji telekomunikacyjnego urządzenia inicjującego połączenie oraz urządzenia, do którego było kierowane połączenie, dodatkowych danych, którymi są identyfikator anteny stacji BTS (w czasie inicjowania połączenia) oraz współrzędne geograficzne stacji BTS, na obszarze której znajdowało się telekomunikacyjne urządzenie końcowe, a także azymut, wiązkę i zasięg roboczy anteny stacji BTS (w czasie, przez który zatrzymywane są dane dotyczące połączenia)

W świetle ustawy Prawo telekomunikacyjne wskazane numery oraz dane są danymi transmisyjnymi. Dane transmisyjne są definiowane w Prawie telekomunikacyjnym przez cel przetwarzania. Celem tym jest przekazywanie komunikatów w sieciach telekomunikacyjnych lub naliczanie opłat za usługi telekomunikacyjne. Do danych transmisyjnych zalicza się również dane lokalizacyjne, które oznaczają wszelkie dane przetwarzane w sieci telekomunikacyjnej wskazujące położenie geograficzne urządzenia końcowego użytkownika publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, o ile służą wyżej wskazanym celom. Dane transmisyjne to informacje towarzyszące samemu komunikatowi i ich przetwarzanie jest konieczne ze względów technicznych np. do zestawienia połączenia, transmisji komunikatów, wystawienia rachunku za usługi telekomunikacyjne[33].

Dane służące do przekazywania komunikatów zostały wskazane powyżej. Jeżeli zaś chodzi o naliczanie opłat za usługi telekomunikacyjne, to każde połączenie telefoniczne generuje plik o nazwie CDR (ang. *Call Data Record*). CDR może zawierać wiele danych, w tym numer abonenta inicjującego połączenie, numer abonenta odbierającego połączenie, czas ustanowienia połączenia, czas zakończenia połączenia i datę. W ruchomej sieci telekomunikacyjnej przy wystawianiu prawidłowego rachunku ważna jest jeszcze jedna informacja, a mianowicie informacja o lokalizacji urządzenia mobilnego, która może służyć między innymi do wystawienia rachunku za usługi świadczone w roamingu, czy rozliczeń między operatorami. Dane lokalizacyjne mogą z tego względu być zawarte w pliku CDR i będą służyć systemowi bilingowemu do wygenerowania rachunku za usługi telekomunikacyjne. Wskazane wyżej dane geograficzne będą się mieścić w kategorii danych lokalizacyjnych w zakresie, w jakim będą służyć przekazywaniu komunikatów i naliczaniu opłat. Dane lokalizacyjne mogą być również wykorzystywane do innych celów, a jednym z nich jest świadczenie usług LBS, przy czym wykorzystanie ich w tym celu zmienia ich kwalifikację prawną i przekształca je w dane o lokalizacji w rozumieniu ustawowym. Zgodnie z art. 166 ust. 4 ustawy Pt. dane o lokalizacji mogą być przetwarzane wyłącznie dla celów niezbędnych do świadczenia usług o wartości wzbogaconej. Zgodnie z art. 2 ust. 47 ustawy Pt. usługa o wartości wzbogaconej oznacza każdą usługę telekomunikacyjną

[30] Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 28.12.2009 r. w sprawie szczegółowego wykazu danych oraz rodzajów operatorów publicznej sieci telekomunikacyjnej lub dostawców publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych obowiązanych do ich zatrzymywania i przechowywania (Dz. U. Nr 226 poz.1828)

[31] Numer MSISDN (ang. *Mobile Subscriber Integrated Services Digital Network*) - numer przydzielony użytkownikowi końcowemu ruchomej publicznej sieci telefonicznej.

[32] Numer IMEI (ang. *International Mobile Equipment Identity*) –- indywidualny międzynarodowy numer identyfikujący telekomunikacyjne urządzenie końcowe, używane w ruchomej publicznej sieci telefonicznej.

[33] Patrz również S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 857.

wymagającą przetworzenia danych o lokalizacji, czyli danych geograficznych wykraczających poza niezbędne do transmisji komunikatu lub wystawienia rachunku.

W celu legalizacji przetwarzania danych o lokalizacji dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych obowiązany jest spełnić jeden z dwóch warunków, albo uzyskać zgodę abonenta lub użytkownika końcowego albo dokonać anonimizacji tych danych.

Uzyskanie zgody abonenta podlega regułom wskazanym w art. 174 ustawy Pt. Zgoda taka nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści; może być wyrażona drogą elektroniczną, pod warunkiem jej utrwalenia i potwierdzenia przez użytkownika i może być wycofana w każdym czasie, w sposób prosty i wolny od opłat. Zgoda na przetwarzanie danych o lokalizacji nie wymaga zachowania formy pisemnej w rozumieniu kodeksu cywilnego tj. dla jej ważności nie jest wymagany własnoręczny podpis, czy podpis elektroniczny. Może więc ona być złożona także poprzez zaznaczenie odpowiedniego *checkbox'a* w formularzu znajdującym się na stronie internetowej lub poprzez potwierdzenie jej w aplikacji służącej do świadczenia usługi LBS.

Ustawa Pt. nie definiuje na czym polega anonimizacja danych. W związku z tym należy skorzystać z definicji anonimizacji wskazanej w art. 19 ust. 4 u.ś.u.d.e., który poprzez anonimizację każe rozumieć usunięcie wszelkich oznaczeń identyfikujących usługobiorcę lub zakończenie sieci telekomunikacyjnej albo system teleinformatyczny, z którego on korzystał. Jak zauważa S. Piątek, dla potrzeb ustawy Prawo telekomunikacyjne anonimizacja oznacza pozbawienie tych danych cech pozwalających na ustalenie przez dysponenta danych tożsamości osoby, której te dane dotyczą. Odnosząc to do danych przetwarzanych w sieci GSM należałoby uznać, iż usunięte muszą być dane takie jak numer MSIDN, IMSI i IMEI.

Zanonimizowane dane o lokalizacji podlegają w dalszym ciągu przepisowi art. 166 ust. 4 ustawy Pt., a więc mogą być wykorzystywane wyłącznie w celu świadczenia usług o wartości wzbogaconej.

4.2. Przetwarzanie danych o lokalizacji a świadczenie usługi telekomunikacyjnej

Świadczenie usługi LBS z wykorzystaniem ruchomej sieci telekomunikacyjnej należy rozpatrywać w powiązaniu z usługami telekomunikacyjnymi świadczonymi w tej sieci.

Pojęcie usługi telekomunikacyjnej wyznaczające zakres działalności telekomunikacyjnej ma podstawowe znaczenie dla określenia podmiotów objętych regulacjami ustawy Pt., a co za tym idzie będzie miało znaczenie dla ustalenia obowiązków przedsiębiorców świadczących usługi LBS.

Usługa telekomunikacyjna oznacza usługę polegającą głównie na przekazywaniu sygnałów w sieci telekomunikacyjnej (art. 2 ust. 48 ustawy Pt.). Centralnym elementem tej definicji jest więc „przesyłanie sygnałów w sieci telekomunikacyjnej". Sieć telekomunikacyjna oznacza systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju. Świadczenie usługi telekomunikacyjnej może być wykonywanie za pomocą własnej sieci, z wykorzystaniem sieci innego operatora lub może polegać na sprzedaży we własnym imieniu i na własny rachunek usługi telekomunikacyjnej wykonywanej przez innego dostawcę usług. Wiele podmiotów świadczących usługi LBS nie świadczy jednocześnie usług telekomunikacyjnych, gdyż nie zapewnia możliwości przekazywania sygnałów w sieci telekomunikacyjnej, a w związku z tym nie będzie mogło świadczyć usługi o wartości wzbogaconej w rozumieniu ustawy Pt.

Usługa LBS jako usługa o wartości wzbogaconej, z uwagi na definicję tej ostatniej, która wskazuje, iż usługa o wartości wzbogaconej jest usługą telekomunikacyjną, może być kwalifikowana w taki sposób wyłącznie wtedy, gdy dostawca usługi LBS świadczy jednocześnie usługę telekomunikacyjną, czyli zapewnia transmisję danych. W przedstawionych wyżej modelach zbierania danych i świadczenia usług LBS (na podstawie danych GPS oraz sieci wi-fi) przy pozyskiwaniu danych nie dochodzi do świadczenia usługi telekomunikacyjnej, gdyż podmioty zbierające dane nie zapewniają transmisji danych w sieci telekomunikacyjnej. W modelu pozyskiwania danych z ruchomej sieci telekomunikacyjnej jest jednak inaczej. Usługa LBS jest wręcz nierozerwalnie związana z usługą telekomunikacyjną na skutek definicji wprowadzonych do ustawy Pt., które sytuują usługę o wartości wzbogaconej w ramach usług telekomunikacyjnych.

W przypadku usług LBS, które są usługami o wartości wzbogaconej musi więc dojść do połączenia czynności polegającej na świadczeniu usługi LBS oraz przekazywania danych w sieci telekomunikacyjnej w ramach jednej usługi. Z tym wiąże się z kolei zagadnienie podmiotu świadczącego usługę LBS na gruncie ustawy Pt. oraz przetwarzającego dane o lokalizacji, który jest związany obowiązkiem zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej.

Dane przetwarzane w ruchomej sieci telekomunikacyjnej są objęte tajemnicą telekomunikacyjną, która pod względem podmiotowym obejmuje wszystkie osoby, które mają do nich dostęp.

Dane lokalizacyjne mogą być przetwarzane przez osoby inne niż nadawca i odbiorca komunikatu, jeżeli czynności te są przedmiotem usługi lub są niezbędne do jej wykonania (art. 159 ust. 2 pkt 1 ustawy Pt.). Dotyczy to wszystkich usług telekomunikacyjnych, w tym usług o wartości wzbogaconej. Przy świadczeniu usług LBS, dane lokalizacyjne wykorzystywane są w celu wykraczającym poza transmisję komunikatu lub wystawienie rachunku i tym samym są kwalifikowane do kategorii danych o lokalizacji. Usługa LBS jest więc niewątpliwie usługą o wartości wzbogaconej.

W przypadku usługi LBS warunek wskazany w art. 159 ust. 2 pkt 1 ustawy Pt., o którym mowa powyżej, nie będzie podstawą dozwolonego przetwarzania danych. W przypadku przetwarzania danych o lokalizacji ustawodawca przewidział bowiem dodatkową ochronę polegającą na nałożeniu obowiązku uzyskania zgody usługobiorcy (abonenta lub użytkownika końcowego) na ich przetwarzanie albo na dokonaniu ich anonimizacji.

Dostęp do danych o lokalizacji posiada wyłącznie dostawca usługi telekomunikacyjnej lub operator sieci. W przypadku świadczenia usługi LBS na podstawie danych uzyskanych z ruchomej sieci telekomunikacyjnej oznacza to, iż musi on być zaangażowany w ich świadczenie.

Skoro jednak usługa LBS to usługa o wartości wzbogaconej, która jest usługą telekomunikacyjną, a ta polega na przesyłaniu danych w sieci telekomunikacyjnej, co może zapewnić wyłącznie przedsiębiorca telekomunikacyjny, to oznacza, że usługodawcą usługi LBS w tym modelu może być wyłącznie podmiot świadczący usługi telekomunikacyjne (zapewniający przesyłanie danych w sieci telekomunikacyjnej).

W przypadku świadczenia usług na podstawie danych zebranych z wykorzystaniem sieci wi-fi, podmiot świadczący usługę telekomunikacyjną nie odgrywa kluczowej roli, w szczególności nie może być traktowany jako dostawca usługi LBS. W przypadku świadczenia usług z wykorzystaniem danych lokalizacyjnych pozyskanych z sieci telekomunikacyjnej, ze względów wskazanych powyżej, podmiot ten jest podmiotem kluczowym, w szczególności należy go traktować jako dostawcę usługi LBS, która jest na gruncie ustawy Pt. usługą o wartości wzbogaconej.

Jak wskazuje art. 166 ust. 3 ustawy Pt. przetwarzanie danych w celu świadczenia usług LBS mogą prowadzić podmioty działające z upoważnienia operatora sieci telekomunikacyjnej lub dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych oraz świadczące usługę o wartości wzbogaconej. Ostatnia kategoria ze względu na definicje zawarte w ustawie jest zbędna ponieważ nie ma możliwości, aby podmiotem świadczącym usługę o wartości wzbogaconej był ktokolwiek inny niż świadczący usługę telekomunikacyjną, a tym musi być albo sam operator (jeżeli występuje również w roli dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych), albo dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych jeżeli nie jest jednocześnie operatorem sieci (np. w przypadku podmiotów MVNO[34]). Usługa LBS nie może być, również z uwagi na definicje ustawowe, świadczona przez operatora publicznej sieci telekomunikacyjnej, o ile nie jest on jednocześnie dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych.

W związku z tym przy świadczeniu usług LBS możemy mówić jedynie o podmiotach działających z upoważnienia dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Sytuacja taka będzie miała miejsce, gdy dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych powierzy przetwarzanie danych o lokalizacji podwykonawcy w swoim imieniu lub w przypadku odsprzedaży usługi tj. świadczenia usługi telekomunikacyjnej polegającej na sprzedaży we własnym imieniu i na własny rachunek usługi telekomunikacyjnej wykonywanej przez innego dostawcę usług (art. 2 pkt. 41 ustawy Pt.).

W pierwszym i drugim przypadku podmiotem świadczącym usługę LBS, ponoszącym pełną odpowiedzialność za prawidłowość przetwarzania danych o lokalizacji będzie zawsze bezpośrednio dostawca publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej, nawet jeśli w praktyce usługę wykonywać będzie osoba trzecia.

Drugi przypadek, polegający na odsprzedaży usług umożliwia jednak, przynajmniej teoretycznie, świadczenie usługi LBS przez podmiot specjalizujący się w jej dostarczaniu. Oznacza to jednak dla niego wejście w rolę przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Model taki umożliwiałby świadczenie usługi o wartości wzbogaconej przez podmiot, który nie świadczy żadnych innych usług telekomunikacyjnych jak tylko te, które umożliwiają mu świadczenie usługi o wartości wzbogaconej, czyli usługi polegającej na przekazywaniu w sieci telekomunikacyjnej sygnałów dotyczących usługi LBS. W ten sposób ustawa Pt. poprzez przyjęte w niej kategorie pojęciowe zawarte w definicjach ustawowych stworzyła stosunkowo wąski model świadczenia usług LBS z wykorzystaniem danych pochodzących z ruchomej sieci telekomunikacyjnej.

V. Podsumowanie

Warunki prawne świadczenia usług LBS obejmują wiele czynników. Przy ich świadczeniu istotne są takie elementy jak: podmiot przetwarzający dane, rodzaj przetwarzanych danych i źródło ich pochodzenia. Od ustaleń dotyczących tych elementów uzależniona jest prawna kwalifikacja takiej działalności, a w konsekwencji dopuszczalność poszczególnych wariantów świadczenia tych usług. Ustawa Prawo telekomunikacyjne, jak się okazuje, nie obejmuje wszystkich przypadków przetwarzania danych geograficznych w środowisku łączności elektronicznej. Jednocześnie ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną oraz ustawa o ochronie danych osobowych nie odnoszą się do usług LBS wprost, a gwarancje wynikające z tych ustaw mogą w pewnych sytuacjach okazać się niewystarczające.

[34] Ang. *Mobile Virtual Network Operator.*

Dodatkowe trudności dotyczące ustalania właściwej podstawy prawnej dla świadczenia usług LBS oraz warunków prowadzenia takiej działalności wynikają z łączenia przy świadczeniu usług LBS różnych metod pozyskiwania danych umożliwiających lokalizację, co jeszcze bardziej komplikuje stosowanie obowiązujących przepisów ustawowych.

Stanisław Piątek*

Nowa strategia regulacyjna na rynku telekomunikacyjnym

Spis treści:

I. Wprowadzenie
II. Struktura strategii regulacyjnej
III. Inwestycje i rozwój infrastruktury
IV. Konkurencyjność
V. Polityka prokonsumencka
VI. Wykorzystanie zasobów częstotliwości
VII. Podsumowanie

Streszczenie:
Artykuł omawia nową strategię regulacyjną Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w odniesieniu do rynku telekomunikacyjnego. Przedstawiono kontekst instytucjonalny dokumentów tego typu. Omówiono podstawowe cele strategii i środki, jakie mają być stosowane w celu realizacji tych celów oraz pomiaru wyników. Artykuł wskazuje na uwarunkowania rynkowe, jakie towarzyszyć będą realizacji nowej strategii.

Słowa kluczowe: strategia, Prezes UKE, infrastruktura, konkurencyjność, częstotliwości, ochrona konsumenta.

I. Wprowadzenie

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ogłosił w listopadzie 2012 r. nową strategię regulacyjną do roku 2015[1]. Nowa strategia została zaprezentowana przez Prezes UKE Magdalenę Gaj na IX Forum Usług Szerokopasmowych w Warszawie. Dokument ten jest kontynuacją wcześniejszej praktyki polegającej na formułowaniu celów regulatora rynku telekomunikacyjnego na okresy kilkuletnie i precyzowaniu sposobów ich osiągania z wykorzystaniem instrumentów przysługujących regulatorowi na podstawie obowiązującego prawa. Praktyka ta nie ma bezpośredniej podstawy w przepisach prawa, ale niewątpliwie przyczynia się do wzrostu przewidywalności działań regulatora i stabilności regulacyjnej na rynku telekomunikacyjnym. Należy także odnotować, że w listopadzie 2012 r. Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji przedstawiło do konsultacji Narodowy Plan Szerokopasmowy. Jest to dokument przygotowany jako program rozwoju infrastruktury szerokopasmowej nowej generacji, zmierzający do osiągnięcia celów Europejskiej Agendy Cyfrowej dotyczących dostępu do szybkiego Internetu oraz innych celów związanych z podnoszeniem sprawności funkcjonowania państwa. Projekt planu obejmuje okres do 2020 r.

* Doktor habilitowany, profesor Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego. .
[1] Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Strategia regulacyjna do roku 2015, listopad 2012, www.uke.gov.pl

Publikacja strategii regulacyjnych przez organy odpowiedzialne za kształtowanie rynku telekomunikacyjnego ma dłuższą tradycję. Na gruncie obecnego porządku prawnego strategia taka została ogłoszona przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty we wrześniu 2004 roku. Utworzenie Urzędu Komunikacji Elektronicznej spowodowało intensyfikację działań w zakresie programowania regulacji sektora telekomunikacyjnego oraz podniesienia rangi tych działań. „Strategia Regulacyjna 2006-2007 na rynku telekomunikacyjnym" została przygotowana przez UKE i zaaprobowana przez Radę Ministrów[2]. Kolejny dokument obejmował strategię regulacyjną na lata 2008-2010[3].

Od końca roku 2010 brak było dokumentu ujmującego w sposób całościowy strategię oddziaływania Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rynek telekomunikacyjny, choć kilkakrotnie sygnalizowano prowadzenie prac nad takim dokumentem. Brak strategii do pewnego stopnia tłumaczyła opóźniająca się nowelizacja Prawa telekomunikacyjnego, której zadaniem miało być wdrożenie do prawa krajowego zmian wprowadzonych do dyrektyw Unii Europejskiej o łączności elektronicznej w grudniu 2009 r. Opóźnienie dotyczące implementacji tych zmian w prawie krajowym musiało hamować prace nad strategią, która powinna już realizować zmodyfikowane wymagania unijne z wykorzystaniem nowych instrumentów. Równocześnie pojawiało się wiele sygnałów wskazujących na pewną reorientację polityki legislacyjnej i regulacyjnej w kierunku dowartościowania czynników wzmacniających konkurencję infrastrukturalną, opartą na funkcjonowaniu alternatywnych infrastruktur.

II. Struktura strategii regulacyjnej

Strategia obejmuje sprawy telekomunikacji i poczty, mieszczące się w zakresie właściwości Prezesa UKE, przy czym przedmiotem dalszych uwag będą jedynie działania przewidziane w odniesieniu do rynku telekomunikacyjnego. Strategia powołuje się na kluczowe dokumenty europejskie i krajowe dotyczące perspektyw wykorzystania infrastruktury i usług komunikacji elektronicznej w procesach rozwojowych. Przy opracowaniu strategii wykorzystano m.in. „Strategię Rozwoju Kraju 2020" i dokument „Polska 2030, Trzecia fala nowoczesności. Długookresowa Strategia Rozwoju Kraju" oraz podstawowe dokumenty unijne dotyczące Europejskiej Agendy Cyfrowej.

Strategia jest dokumentem o niejednorodnym charakterze. Zawiera zarówno fragmenty formułujące cele i wskaźniki dotyczące ich osiągania, jak i dość obszerne partie o charakterze opisowym, diagnozujące sytuację na krajowym rynku telekomunikacyjnym, przedstawiające wcześniejsze działania i inicjatywy oraz uwarunkowania prowadzenia działań regulacyjnych.

Znacząca jest deklaracja dotycząca celów nadrzędnych, jakie powinny być osiągnięte w wyniku realizacji strategii. Jako cele nadrzędne wymienia się wprowadzenie narzędzi stymulujących przedsiębiorców telekomunikacyjnych do inwestowania w infrastrukturę w oparciu o nowoczesne technologie, stymulowanie wzrostu konkurencji na rynku telekomunikacyjnym oraz wzmocnienie pozycji konsumenta i zapewnienie wymaganego poziomu jakości usług. Wyeksponowanie celu związanego z inwestowaniem w infrastrukturę wskazuje na narastającą świadomość, iż możliwości dalszego rozwoju rynku z wykorzystaniem konkurencji usługowej, opartej na udostępnianiu innym przedsiębiorcom zasobów sieciowych i usługowych przedsiębiorcy zasiedziałego stopniowo ulegają wyczerpaniu. Osiągnięcie celów Europejskiej Agendy Cyfrowej jest możliwe tylko poprzez budowę nowej infrastruktury, opartej

[2] Obwieszczenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 września 2006 r. w sprawie Strategii Regulacyjnej 2006-2007 na rynku telekomunikacyjnym. Mon. Pol. z 2006, Nr 65, poz. 674.

[3] Strategia regulacyjna Prezesa UKE na lata 2008–2010. Warszawa 2008, www.uke.gov.pl

na technologii światłowodowej i radiowej, a w tym zakresie zapewnianie dostępu do istniejących zasobów sieciowych może mieć tylko ograniczone znaczenie. Cel polegający na stymulowaniu wzrostu konkurencji pozostaje jednak wysoko w hierarchii priorytetów regulacyjnych, przy czym sposoby jego realizacji muszą uwzględniać zmieniające się pod względem technologicznym i ekonomicznym środowisko sieci nowej generacji, w którym cel ten ma być realizowany. Spośród celów nadrzędnych dotyczących telekomunikacji należy jeszcze wymienić zamiar zwiększenia dostępu do usług poprzez efektywne zarządzanie widmem. Efektywne wykorzystanie częstotliwości będzie nabierało znaczenia w miarę jak korzystanie z transmisji danych i usług audiowizualnych będzie się przenosić do sieci bezprzewodowych. Osiągnięcie celów strategicznych w zakresie powszechności i jakości dostępu do Internetu nie jest możliwe bez szerokiego wykorzystania technologii radiowych.

Deklaracje dotyczące celów nadrzędnych zostały wsparte analizą mocnych i słabych stron oraz szans i zagrożeń rynku telekomunikacyjnego w Polsce. Oceny dotyczące tych spraw odzwierciedlają sposób postrzegania sytuacji na krajowym rynku telekomunikacyjnym przez regulatora, oczekiwany sposób reakcji rynku na działania regulatora oraz przeszkody jakie spodziewa się napotkać przy podejmowaniu tych działań.

Regulator pozytywnie ocenia otwartość uczestników rynku na nowe technologie i typy usług, uznając to za silną stronę polskiego rynku. Do tej samej kategorii zaliczono fakt wdrożenia technologii LTE na polskim rynku telekomunikacyjnym. Prezes UKE pozytywnie wypowiada się na temat wyników wcześniejszych działań regulacyjnych uznając, iż stopień konkurencyjności rynków telekomunikacyjnych należy zaliczyć do silnych stron sektora telekomunikacyjnego. Z perspektywy regulatora silną stroną krajowego rynku jest kompleksowe prawodawstwo zapewniające regulatorowi bardzo silną pozycję i bogaty zestaw instrumentów umożliwiających kształtowanie sytuacji na rynku telekomunikacyjnym. Jednocześnie do słabych stron zaliczono długotrwały proces legislacyjny, gdyż wielokrotnie potwierdziła się prawidłowość, iż wymagania dyrektyw dotyczące komunikacji elektronicznej są wprowadzane do prawa krajowego z wyraźnym opóźnieniem, po interwencjach Komisji Europejskiej.

Wśród słabych stron zidentyfikowano przede wszystkim niedostateczny stan infrastruktury. Odnotowano ograniczony rozwój infrastruktury telekomunikacyjnej, czyli niezadowalające tendencje wzrostowe w tym zakresie. Stwierdzono również dysproporcje w postaci nierównomiernego pokrycia kraju infrastrukturą, a także niewielki udział łączy o wyższych przepływnościach. Słabość infrastruktury telekomunikacyjnej jest głównym wątkiem, który przewija się w różnych częściach omawianego dokumentu i wpływa na hierarchię oraz sposób formułowania zadań stojących przed regulatorem. Kolejne słabości zidentyfikowano w zakresie oferty usług telekomunikacyjnych, którą charakteryzuje mała przejrzystość oraz brak gwarancji wymaganego poziomu jakości usług.

Zidentyfikowane w dokumencie szanse wskazują na ukształtowaną świadomość zapóźnienia w zakresie rozwoju infrastruktury, jasno wyznaczone priorytety rynku, dostęp do funduszy na rozbudowę infrastruktury, wolne zasoby częstotliwości przewidziane do rozdysponowania oraz silną pozycję organu regulacyjnego. Szanse są jednak co najmniej równoważone zagrożeniami, gdyż regulator stwierdza brak zainteresowania przedsiębiorców inwestowaniem w infrastrukturę oraz brak środków własnych na takie inwestycje.

W strategii wyodrębniono 5 obszarów, w ramach których Prezes UKE określił swoje cele. Obszary związane ściśle z działalnością telekomunikacyjną to: inwestycje, konkurencyjność, polityka

prokonsumencka i wykorzystanie zasobów częstotliwości. Natomiast obszar wspólny dla telekomunikacji i poczty to sprawny i efektywny Urząd.

III. Inwestycje i rozwój infrastruktury

Podstawowe cele w zakresie inwestycji w infrastrukturę są związane z szerokopasmowym dostępem do Internetu i zrealizowaniem celów wyznaczonych w Europejskiej Agendzie Cyfrowej. Agenda wymaga zapewnienia wszystkim Europejczykom dostępu do szerokopasmowego Internetu do 2013 r., do roku 2020 dostępu o przepustowości przekraczającej 30 Mb/s oraz wymaga, aby przynajmniej połowa europejskich gospodarstw domowych miała dostęp do połączeń o przepustowości przekraczającej 100 Mb/s.

Strategia wskazuje cele, których realizacja pozwoli na osiągnięcie stanu założonego w Europejskiej Agendzie Cyfrowej. Pierwszy z tych celów, polegający na wprowadzeniu narzędzi stymulujących przedsiębiorców telekomunikacyjnych do inwestowania w infrastrukturę w oparciu o nowoczesne technologie, został w świetle informacji przedstawionych w strategii w zasadzie osiągnięty. Wszystkie instrumenty, które umożliwiają wzajemne udostępnianie dostępu do infrastruktury na zasadach symetrycznych, korzystanie z infrastruktury samorządów terytorialnych, dostęp do budynków i zasobów infrastruktury pozostających w dyspozycji osób niebędących przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, zostały już przyznane regulatorowi. Zwrócono również uwagę na nowe zasady ustalania opłat hurtowych, które powinny uwzględniać dokonane przez operatora inwestycje, w tym inwestycje w sieci nowej generacji. Operatorowi należy umożliwić uzyskanie zwrotu stosownej części zainwestowanego kapitału, z uwzględnieniem ryzyka typowego dla konkretnego nowego przedsięwzięcia inwestycyjnego. Zadaniem organu regulacyjnego jest teraz wykorzystanie nowych i zmodyfikowanych instrumentów regulacyjnych do osiągania celów związanych z rozbudową infrastruktury. Precyzyjnemu dobieraniu narzędzi regulacyjnych w zależności od sytuacji na lokalnych rynkach ma służyć wykorzystanie informacji zebranych w Systemie Informacyjnym o Infrastrukturze Szerokopasmowej (SIIS).

Ze strategii wynika, że szczególnie na obszarach o mniejszej gęstości zaludnienia trudno liczyć na znaczące inwestycje poszczególnych operatorów w sieci nowej generacji. Prezes UKE zapowiada zatem działania, których celem będzie wspieranie współpracy operatorów przy rozbudowie światłowodowej infrastruktury dostępowej. Ponieważ jednak regulator nie może wymusić na operatorach takich wspólnych inwestycji, więc zapowiada się jedynie poddanie analizom możliwości ewentualnego zastosowania w Polsce modelu, w którym operatorzy udostępniają sobie nawzajem wybudowaną samodzielnie światłowodową infrastrukturą dostępową na z góry ustalonych warunkach.

Zapowiada się również zmianę w podejściu do regulacji rynku dostępu szerokopasmowego. Prezes UKE zapowiada regulację opartą o segmentację geograficzną, co pozwoli na ograniczenie obowiązków operatora o pozycji znaczącej na obszarach konkurencyjnych. Znacząca zapowiedź dotyczy uwzględnienia pozycji operatorów sieci kablowych na tym rynku oraz innych substytucyjnych wobec DSL form hurtowego dostępu szerokopasmowego.

Nowa strategia przypisuje istotne znaczenie polityce wspierania przedsiębiorców oraz bezpośredniej interwencji[4]. Wsparcie dla inwestycyjnych przedsięwzięć przedsiębiorców będzie realizowane poprzez Centrum Inwestycji Telekomunikacyjnych. Ma ono ułatwiać lokalnym operatorom prowadzenie

[4] Zob. na temat struktury polityki telekomunikacyjnej S. Piątek, *Sieci szerokopasmowe w polityce telekomunikacyjnej*, Warszawa 2011, s. 18.

inwestycji telekomunikacyjnych. Centrum na dokonywać certyfikacji wzorowych inwestycji telekomunikacyjnych na obszarach dotychczas pozbawionych dostępu do szybkiego Internetu.

Bezpośrednia interwencja ma polegać na wsparciu procesu pozyskiwania środków unijnych oraz opracowaniu wspólnie z instytucjami bankowymi i poręczeniowymi odpowiednich produktów kredytowych i poręczeniowych. Wsparcia mogą oczekiwać również samorządy terytorialne angażujące się w budowę infrastruktury szerokopasmowej. Prezes UKE zamierza przygotować uniwersalną ofertę udostępniania sieci wybudowanej z funduszy unijnych obejmującą tryb zawierania, zmiany i rozwiązywania umów, zasady rozstrzygania sporów, dzierżawę kanalizacji teletechnicznej, włókien światłowodowych, łączy cyfrowych w różnych technologiach, kanałów optycznych, powierzchni technicznej oraz warunków świadczenia usług.

Główny miernik osiągania celu związanego z rozwojem inwestycji dotyczy odsetka gospodarstw domowych z określoną przepływnością usługi dostępu do Internetu. Zakłada się, że w połowie 2014 r. zapewniona zostanie przepływność 2 Mb/s dla 85% gospodarstw domowych, na koniec 2015 r. – przepływność 30 Mb/s dla 30% gospodarstw domowych oraz na koniec 2020 r. – przepływność 30 Mb/s dla 100% gospodarstw domowych. Pod tym względem strategia wykracza zatem znacznie poza horyzont roku 2015, ale obejmuje okres przewidziany w Europejskiej Agendzie Cyfrowej. Prezes UKE zastrzega jednak, że osiągnięcie tych celów będzie uzależnione od wyniku przetargu dla częstotliwości 1800 i 800 MHz oraz od wykorzystania w terminie funduszy unijnych. Tylko część tych uwarunkowań pozostaje w zakresie bezpośredniego oddziaływania regulatora.

IV. Konkurencyjność

Deklarowany cel w postaci stymulowania wzrostu konkurencji na rynku telekomunikacyjnym jest potwierdzeniem realizacji obowiązku ustawowego, natomiast strategia ma wskazać, w jaki sposób cel ten ma być osiągany w okresie do roku 2015. Regulator zamierza w tym zakresie wykonywać ustawowe obowiązki związane z definiowaniem rynków, ustalaniem przedsiębiorców o pozycji znaczącej i dobieraniem odpowiednich obowiązków regulacyjnych. Nadrzędnym hasłem jest geograficzne zróżnicowanie regulacji, które ma tworzyć zachęty do inwestycji nie tylko dla operatora zasiedziałego, lecz także dla operatorów alternatywnych. Regulator otwarcie deklaruje, że oznacza to złagodzenie regulacji na obszarach, na których stwierdzone problemy rynkowe będą miały mniej nasilony charakter oraz uwzględnienie nakładów jakich wymaga budowa infrastruktury FTTx, a w szczególności zapewnienie inwestorowi rozsądnej stopy zwrotu z kapitału zaangażowanego w budowę sieci nowej generacji.

W strategii bezpośrednio nawiązano do koncepcji drabiny inwestycyjnej, która powinna prowadzić do nasilenia konkurencji infrastrukturalnej oraz zwiększenia zaangażowania operatorów alternatywnych w budowę sieci NGA. Strategia wskazuje na konieczność pewnej zmiany podejścia operatorów alternatywnych do inwestycji w infrastrukturę telekomunikacyjną. Zdaniem Prezesa UKE operatorzy alternatywni powinni dostrzec korzyści z inwestowania w infrastrukturę, a nie tylko zalety korzystania z sieci operatora zasiedziałego.

Regulator zapowiada zmianę podejścia do kształtowania stawek rozliczeniowych za zakańczanie połączeń. Zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych ma być oparte na zasadzie symetrii stawek hurtowych (MTR), opartych o koszty operatora efektywnego. Poziom stawek rozliczeniowych ma być

znacząco obniżony. Regulator nie wypowiada się natomiast ostatecznie w sprawie wprowadzenia zasady rozliczeń symetrycznych w sieciach stacjonarnych. Ma o tym przesądzić analiza rynku i dopiero wyniki tej analizy przesądzą o celowości zastosowania symetrii w rozliczeniach minutowych oraz rozliczeniach za pojemność łącza E1 (Płaska Stawka Interkonektowa). W strategii podkreślono znaczenie procesu TTM (*Time-to-Market*), który zapewnia wdrożenie oferty usług hurtowych przez TP przed uruchomieniem własnej usługi detalicznej. Istotną rolę będą nadal odgrywać testy zawężenia marży i ceny (testy MS i PS), które mają umożliwić ocenę, czy proponowana przez operatora zasiedziałego stawka hurtowa lub cena detaliczna pozwalają alternatywnemu dostawcy na stworzenie konkurencyjnej usługi detalicznej.

Ważnym instrumentem realizacji strategii mają być oferty ramowe, które będą modyfikowane stosownie do potrzeb rynku. Regulator zapowiada możliwość modyfikacji całościowej oferty SOR obejmującej rozpoczynanie i zakańczanie połączeń, hurtowy dostęp do sieci TP, dostęp do linii abonenckich oraz dostęp poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych. W krótszej perspektywie regulator zmierzać będzie jednak przede wszystkim do pełnego wdrożenia oferty ramowej SOR do współpracy międzyoperatorskiej.

Wskaźniki zaproponowane do oceny postępów konkurencyjności mają zróżnicowany charakter. Pierwszy proponowany wskaźnik dotyczy rozpiętości cenowej dla usług Internetu stacjonarnego z najwyższymi przepływnościami. Prezes UKE definiuje rozpiętość cenową jako różnicę między najdroższą a najtańszą ofertą. Rozpiętość ta na koniec roku 2015 powinna się zwiększyć o 25%. Drugi wskaźnik dotyczy udziału nakładów przeznaczonych przez przedsiębiorców na rozwój sieci światłowodowej w inwestycjach ogółem. Ten wskaźnik powinien wzrosnąć w okresie realizacji strategii o 30%. Wreszcie, zakłada się, że liczba obszarów gminnych, na których działa co najmniej trzech dostawców stacjonarnych usług szerokopasmowych powinna się zwiększyć w tym okresie o 20%.

V. Polityka prokonsumencka

Obszar polityki prokonsumenckiej obejmuje głównie przedsięwzięcia związane z budową bazy informacyjnej, dzięki której użytkownik usług telekomunikacyjnych może w sposób świadomy, bezpieczny i zgodny z własnym interesem ekonomicznym korzystać z usług telekomunikacyjnych. Wymaga to wdrożenia nowych rozwiązań przewidzianych w Prawie telekomunikacyjnym, polegających na zapewnianiu użytkownikom wielu nowych informacji przez dostawców usług, a także uruchomienia przez Prezesa UKE nowych źródeł informacji dla użytkowników, poprawiających przejrzystość rynku i podnoszących bezpieczeństwo korzystania z usług telekomunikacyjnych.

Zadania Prezesa UKE w zakresie gwarancji ochrony praw konsumentów polegają na rozwijaniu działalności Stałego Polubownego Sądu Konsumenckiego, prowadzeniu mediacji w sporach między dostawcami a konsumentami oraz kontroli przestrzegania praw konsumentów. Nowelizacja Prawa telekomunikacyjnego wprowadziła nowe możliwości ochrony interesów użytkowników w zakresie jakości usług telekomunikacyjnych. Prezes UKE przygotowuje się do realizacji nowych zadań związanych z ustalaniem, weryfikowaniem i egzekwowaniem należytej jakości usług szerokopasmowego dostępu do Internetu, którym w ostatniej nowelizacji poświęcono szczególną uwagę. Zapowiedziano w szczególności, że każdy użytkownik Internetu będzie mógł na stronie UKE dokonać pomiaru parametrów swojej usługi, a każdy operator będzie miał prawo przystąpić do programu monitorowania

jakości i zgłosić swój serwer pomiarowy. Strategia obejmuje nie tylko wdrażanie nowych rozwiązań ustawowych w zakresie ustalania i weryfikowania jakości usług, ale także podejmowanie inicjatyw pozaustawowych, w szczególności związanych z realizacją podpisanego w dniu 26 października 2012 r. *Memorandum w sprawie współpracy na rzecz podnoszenia jakości świadczonych dla użytkowników usług na rynku telekomunikacyjnym*.

W strategii odnotowano konieczność realizacji zasady neutralności sieci. Działania Prezesa UKE mają zmierzać do wypracowania modelu, który zapewni poszanowanie zasad wolności i swobody w sieci przysługującej konsumentowi, uwzględni biznesową zasadność i interesy przedsiębiorców oraz umożliwi stabilny rozwój usług szerokopasmowych. Prezes UKE zamierza w tej sprawie prowadzić dialog z uczestnikami rynku krajowego reprezentującymi poszczególne ogniwa łańcucha wartości.

Strategia potwierdza kierunek dotychczasowej praktyki w zakresie usługi powszechnej oraz uwzględnia zmiany ustawowe w tej sprawie. Prezes UKE potwierdza wcześniejsze stanowisko, iż obowiązek świadczenia usługi powszechnej w dotychczasowej formie nie spełnia swojej roli i nie prowadzi do zapewnienia powszechnego dostępu do podstawowych usług w sieci stacjonarnej. Ustawowa zmiana modelu świadczenia usługi powszechnej zmierza do elastycznego dostosowywania zakresu świadczeń objętych usługą powszechną do zmieniających się warunków rynkowych. Regulator będzie wyznaczał przedsiębiorcę zobowiązanego do zapewniania usługi powszechnej tylko wówczas, gdy faktyczne potrzeby użytkowników nie będą zaspokajane przez rynek. W strategii zapowiedziano takie analizy w odniesieniu do poszczególnych usług wchodzących w skład usługi powszechnej. Analizy mają być prowadzone na poziomie regionalnym. Aktywność regulatora będzie ewoluować w kierunku przedsięwzięć zmierzających do ograniczenia wykluczenia cyfrowego, szczególnie w stosunku do osób niepełnosprawnych oraz osób zamieszkujących na terenach niezurbanizowanych. Działalność Prezesa UKE w tej sprawie ma polegać na opiniowaniu planów jednostek samorządu terytorialnego w zakresie świadczenia usługi bezpłatnego Internetu i wydawaniu decyzji określających warunki na jakich samorządy mogą zapewniać usługi dostępu do Internetu dla swojej lokalnej społeczności na warunkach nierynkowych.

Prezes UKE zapowiada kompleksowe działania zmierzające do zwalczania praktyki przesyłania niezamówionych komunikatów handlowych (spamu). Polityka antyspamowa obejmie przegląd obowiązujących przepisów prawa krajowego i międzynarodowego, działania informacyjno–edukacyjne dla konsumentów oraz kształtowanie pożądanych praktyk dostawców usług dostępu do sieci Internet w kwestii zwiększania poziomu świadomości konsumentów na temat prawnych możliwości walki ze spamem i ochrony przed otrzymywaniem niezamówionych komunikatów.

Wśród kilku wskaźników dotyczących realizacji polityki prokonsumenckiej zwraca uwagę zamiar osiągnięcia udziału spraw skuteczne przeprowadzonych w trybie interwencji lub mediacji na poziomie 60% oraz doprowadzenia do stanu, w którym 80% konsumentów będzie usatysfakcjonowanych poziomem jakości usług telekomunikacyjnych.

VI. Wykorzystanie zasobów częstotliwości

Polityka gospodarki zasobami widma ma przede wszystkim realizować cele i zadania wyznaczone na poziomie unijnym. Nie ma zapowiedzi dotyczących konkretnych zmian Tablicy Przeznaczeń Częstotliwości. Zadeklarowano jedynie regularną aktualizację tego dokumentu nie rzadziej niż raz

na 4 lata. Zapowiedziano zawarcie do końca 2014 r. porozumień z Ministerstwem Obrony Narodowej w sprawie przejęcia przez Prezesa UKE do użytkowania cywilnego częstotliwości z zakresu 410–412 MHz oraz 420–422 MHz , a także zmiany użytkowania zakresu 2300–2350 MHz z rządowego na cywilny. Pozyskane zasoby zostaną przeznaczone na rozbudowę systemów szerokopasmowych i podniesienie jakości świadczonych usług. Poza dokończeniem trwającego aktualnie przetargu na rozdysponowanie z pasma 1800 MHz, zapowiedziano przydział pozostałych częstotliwości z pasma 800 MHz oraz z pasma 2,6 GHz na przełomie lat 2013/2014 w drodze aukcji.

Prezes UKE planuje dwa przedsięwzięcia w zakresie refarmingu. Przewidywany refarming w zakresie 3600-3800 MHz oraz w miarę możliwości w zakresie 3400-3600 MHz ma umożliwić zharmonizowanie wykorzystania zasobów częstotliwości z tych zakresów w Polsce i w Europie. Planuje się także zmianę aranżacji zasobów w zakresie pasm częstotliwości 900 MHz i 1800 MHz . Ma ona zmierzać do takiego stanu, aby wszyscy operatorzy uzyskali ciągłe bloki częstotliwości, które umożliwią im w przyszłości zastosowanie efektywniejszych szerokopasmowych technik radiowych.

Prezes UKE przywiązuje dużą wagę do ułatwień dla przedsiębiorców dysponujących rezerwacjami częstotliwości związanych z możliwością uruchamiania nadajników bez uzyskania pozwolenia radiowego, jeżeli takie uprawnienie zostanie wprowadzone do rezerwacji częstotliwości określającej warunki wykorzystywania częstotliwości. Istotne jest to, że można będzie wystąpić do Prezesa UKE o taką zmianę rezerwacji wcześniej udzielonej. Przed uruchomieniem nadajnika konieczne będzie wpisanie go do rejestru prowadzonego przez Prezesa UKE.

Strategia obejmuje cele związane z pozyskaniem i rozdysponowaniem drugiej dywidendy cyfrowej w zakresie 694-790 MHz. Ma być ona przeznaczona głównie dla mobilnych systemów telekomunikacyjnych zgodnych ze standardem IMT. Wyłączenie nadawania analogowego programów telewizyjnych uwolni zasoby częstotliwości umożliwiające uruchomienie dwóch multipleksów. Prezes UKE rozważy sposób zagospodarowania zwolnionych zasobów częstotliwości po pełnym przejściu na nadawanie cyfrowe.

Podstawowym miernikiem realizacji strategii w zakresie gospodarowania częstotliwościami są uwolnione zasoby widma. Prezes UKE zamierza w roku 2012 uwolnić 50 MHz w paśmie 1800 MHz, w roku 2013 r. – 60 MHz w paśmie 800 MHz, 140 MHz w paśmie 2600 MHz oraz 15 MHz w zakresie 2010-2025 MHz. Natomiast w latach 2014-2015 przewiduje się rozdysponowanie 100 MHz w zakresie 2300-2400 MHz, co jednak jest uzależnione od udostępnienia zasobów przez MON.

VII. Podsumowanie

Dokument w sprawie strategii regulacyjnej dla rynku telekomunikacyjnego łączy trzy elementy. Po pierwsze, diagnozę sytuacji, opis kluczowych wielkości i tendencji występujących na rynku. Po drugie, podsumowanie możliwości podejmowania działań przez Prezesa UKE z uwzględnieniem ostatnich zmian Prawa telekomunikacyjnego. Po trzecie, prezentację zamierzeń Prezesa UKE w kluczowych obszarach i mierniki oceny efektów podejmowanych działań.

Strategia ma typowo wykonawczy charakter, ograniczony do zakresu właściwości Prezesa UKE. Wprawdzie zawiera nawiązania do krajowych strategii w zakresie długoterminowego rozwoju, ale jej związki z procesami decyzyjnymi na poziomie polityczno-rządowym są znacznie słabsze niż w państwach, które sprawę rozwoju komunikacji elektronicznej zaliczają do absolutnych priorytetów.

Niewątpliwa jest reorientacja strategii, po dwuletnim okresie oczekiwania na wprowadzenie do prawa polskiego nowych rozwiązań wynikających ze znowelizowanych dyrektyw o łączności elektronicznej. Kluczowym zewnętrznym impulsem wymuszającym reorientację strategii są cele Europejskiej Agendy Cyfrowej, które nie mogą być zrealizowane w zakresie upowszechnienia dostępu do usług szerokopasmowych bez wyraźnego nacisku na rozwój inwestycji w sieci nowej generacji. Cele strategii regulacyjnej, które dominowały w latach 2006–2010, związane z zapewnianiem maksymalnych korzyści cenowych użytkownikom oraz z promowaniem konkurencji usługowej, zostały zrealizowane w wysokim stopniu. Dalsza koncentracja na obniżaniu cen usług detalicznych oraz zapewnianiu dostępu do zasobów miedzianej sieci operatora zasiedziałego nie daje szans na zrealizowanie celów Europejskiej Agendy Cyfrowej.

Strategia jest oparta na realistycznej ocenie możliwości sprawczych regulatora. Ma on niezwykle silną pozycję w sprawach udostępniania istniejącej infrastruktury sieciowej, kanalizacji i innych zasobów operatora zasiedziałego. Rozszerzenie tej mocy sprawczej na innych przedsiębiorców, którzy dysponują silną pozycją na rynkach lokalnych lub regionalnych, jest już zadaniem znacznie trudniejszym. Nie tylko ze względu na ustalony porządek regulacyjny, ale również ze względu na konieczność zbierania i przetwarzania bardzo szczegółowych danych. Wyraźna ewolucja w kierunku segmentacji rynków związanych z dostępem szerokopasmowym i różnicowania intensywności regulacji w zależności od poziomu konkurencji jest zadaniem stosunkowo prostym gdy polega tylko na wycofywaniu regulacji dotyczącej operatora zasiedziałego, a znacznie trudniejszym gdy zmierza do objęcia regulacją lokalnych liderów rynku. Regulator został wyposażony w instrumenty regulacji symetrycznej, niezależnej od pozycji rynkowej przedsiębiorcy, ale jest to z zasady mikro-regulacja, na poziomie konkretnej nieruchomości lub budynku, a zatem działanie angażujące w znacznym stopniu moce decyzyjne organu regulacyjnego. Możliwość wykorzystania w sprawach symetrycznego dostępu do infrastruktury mechanizmu takiego jak w przypadku rynków telekomunikacyjnych, dodana w końcowej fazie prac nad nowelizacją Prawa telekomunikacyjnego, może ułatwić to zadanie. Obciążanie zasobów innych sektorów sieciowych – energetyki, wodociągów, drogownictwa oraz inwestorów na rynku mieszkaniowym i dysponentów nieruchomości kosztami rozwoju sieci szerokopasmowych sprzyja realizacji polityki telekomunikacyjnej, ale jednocześnie napotyka na bariery wynikające z ochrony wolności gospodarczej i własności tych podmiotów.

Najdalej idącym ograniczeniom poddana jest moc sprawcza regulatora w zakresie nowych inwestycji, opartych na technologii światłowodowej. Siła regulacyjna pozwalająca wymusić dostęp do istniejących zasobów sieci miedzianej, zanika w odniesieniu do nowych inwestycji w sieci światłowodowe. Konfrontacja polityki regulacyjnej opartej na dotychczasowym zestawie instrumentów z uwarunkowaniami ekonomicznymi, technologicznymi i informacyjnymi sieci dostępowych następnej generacji pokazuje granice skuteczności instrumentów regulacyjnych opartych na zapewnianiu otwartego dostępu do sieci operatora zasiedziałego. Mimo stworzenia ogólnych ram regulacyjnych w stosunku do sieci NGA na poziomie unijnym, ciężar poszukiwania skutecznych rozwiązań sprzyjających rozwojowi tych sieci przenosi się na szczebel krajowy. W kolejnych cyklach regulacyjnych prowadzi to do dyferencjacji krajowych polityk regulacyjnych i poszerzenia „pasma" rozwiązań akceptowanych lub tolerowanych w ramach unijnej polityki łączności elektronicznej. Strategia zawiera zarys krajowej polityki w tym zakresie, ale do ukształtowania dojrzałych, sprawdzonych rozwiązań skutecznie pobudzających inwestycje w sieci światłowodowe jest jeszcze daleka droga.

Coraz bardziej widoczne ograniczenia skuteczności polityki regulacyjnej w sprawach rozwoju infrastruktury szerokopasmowej sprawiają, że większego znaczenia nabiera polityka wspierania przedsiębiorców deklarujących gotowość prowadzenia inwestycji, stymulowania współpracy przedsiębiorców w zakresie rozbudowy sieci dostępowych oraz polityki bezpośredniej interwencji władz publicznych z wykorzystaniem funduszy publicznych na obszarach poza aglomeracjami. Ogłoszona strategia wskazuje, iż Prezes UKE dostrzega uwarunkowania i ograniczenia występujące w środowisku sieci nowej generacji.

Regulacja telekomunikacji – decyzje Prezesa UKE w porozumieniu z innym organem.

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego
z dnia 24.01.2012 r.,
III SK 23/11

1. **Ocena, czy spełniony został wymóg porozumienia się przez Prezesa UKE z innym organem współdziałającym przy wydawaniu rozstrzygnięcia wymaga nie tylko analizy samej sekwencji czynności podejmowanych przez Prezesa UKE i organ współdziałający (wezwanie do zajęcia stanowiska, zajęcie stanowiska oraz wydanie decyzji kończącej postępowanie), ale przede wszystkim treści aktów wydanych w ramach tego współdziałania.**
2. **Porozumienie organów wymaga uzyskania jednomyślności organu załatwiającego sprawę decyzją administracyjną i organu, którego stanowisko jest niezbędną przesłanką rozstrzygnięcia sprawy.**
3. **Porozumienie zostaje osiągnięte, jeżeli po otrzymaniu stanowiska organu współdziałającego, Prezes UKE modyfikuje przekazany do konsultacji projekt decyzji, dostosowując treść decyzji do przesłanek postanowienia organu współdziałającego. Okoliczność, że zmieniony projekt decyzji Prezesa UKE nie został przesłany organowi współdziałającemu do ponownej oceny nie świadczy o wydaniu decyzji kończącej postępowanie bez wymaganego porozumienia.**

1. Stan faktyczny

Pismem z dnia 25.03.2008 r. Prezes UKE powiadomił Prezesa UOKiK o wszczęciu postępowania konsultacyjnego dotyczącego projektu decyzji wobec Polskiej Telefonii Cyfrowej sp. z o.o. (dalej „spółka") w przedmiocie wyznaczenia spółki jako przedsiębiorcy zajmującego znaczącą pozycję na rynku właściwym i nałożenia na spółkę obowiązków regulacyjnych na podstawie art. 34, art. 36 oraz art. 37 ustawy z dnia 16.07.2004 r. Prawo telekomunikacyjne[1] (dalej jako „P.t."), przesyłając jednocześnie projekt decyzji.

Dnia 16.09.2008 r. Prezes UKE powiadomił Prezesa UOKiK o zakończeniu postępowania konsultacyjnego i przekazał projekt decyzji z prośbą o zajęcie stanowiska w trybie art. 106 § 1 k.p.a[2]. W uzasadnieniu projektu decyzji przekazanym do konsultacji Prezesowi UOKiK, za rynek właściwy na poziomie hurtowym uznano rynek usługi zakańczania połączeń w sieci spółki obejmujący zakańczanie połączeń telefonicznych kierowanych do abonentów spółki oraz połączeń do numerów alarmowych przydzielonych służbom ustawowo powołanym do niesienia pomocy. Prezes UOKiK po

[1] Dz. U. nr 171, poz. 1800 ze zm.

[2] Art. 106 § 1 k.p.a.: „Jeżeli przepis prawa uzależnia wydanie decyzji od zajęcia stanowiska przez inny organ (wyrażenia opinii lub zgody albo wyrażenia stanowiska w innej formie), decyzję wydaje się po zajęciu stanowiska przez ten organ".

rozpatrzeniu projektu decyzji Prezesa UKE postanowieniem z dnia 1.10.2008 r.[3] stwierdził, że na rynku świadczenia usług zakańczania połączeń w stacjonarnej sieci publicznej spółki zgodnym z obszarem sieci, w którym następuje zakończenie połączenia nie występuje skuteczna konkurencja, tym samym przychylając się do nałożenia na spółkę obowiązków regulacyjnych z art. 34, art. 36 oraz art. 37 P.t. oraz uznania spółki za podmiot zajmujący znaczącą pozycję na rynku właściwym.

Decyzją Prezesa UKE z dnia 18.11.2008 r.[4] spółka została wyznaczona jako przedsiębiorca zajmujący znaczącą pozycję na rynku właściwym i zostały na nią nałożone obowiązki regulacyjne na podstawie art. 34, art. 36 oraz art. 37 P.t. W powyższej decyzji Prezes UKE ustalił, iż na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci, w której następuje zakończenie połączenia, nie występuje skuteczna konkurencja.

Spółka zaskarżyła decyzję Prezesa UKE odwołaniem, dodatkowo skarżąc postanowienie Prezesa UOKiK. Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 25.03.2010 r. odrzucił odwołanie spółki w zakresie dotyczącym postanowienia Prezesa UOKiK oraz uchylił decyzję Prezesa UKE. Sąd Okręgowy uznał, że w projekcie decyzji przekazanym Prezesowi UOKiK celem przedstawienia stanowiska w ramach porozumienia pomiędzy organami administracji znacznie szerzej określono rynek właściwy w porównaniu do rynku, który był przedmiotem oceny w postępowaniu prowadzonym przez Prezesa UKE i został ostatecznie zdefiniowany w wydanej decyzji. W konsekwencji, Sąd ten przyjął, iż postanowienie Prezesa UOKiK zapadło po przeprowadzeniu analizy sytuacji panującej na innym rynku, niż rynek będący przedmiotem analizy w zaskarżonej decyzji i tym samym decyzja ta została wydana bez określonego w art. 25 ust. 2 P.t. porozumienia z Prezesem UOKiK.

Prezes UKE zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego apelacją, zarzucając obrazę przepisów art. 328 § 2 kp.c.; art. 479^{64} § 1 k.p.c. oraz art. 25 ust. 2 P.t. Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 8.02.2011 r. oddalił apelację Prezesa UKE, podzielając stanowisko Sądu Okręgowego.

Wyrok Sądu Apelacyjnego został zaskarżony w całości skargą kasacyjną przez Prezesa UKE, który to w skardze zarzucił m.in. naruszenie prawa procesowego tj. art. 479^{64} § 1 k.p.c. poprzez uchylenie decyzji z uwagi na brak ponownego przeprowadzenia postępowania z art. 106 § 1 k.p.a. przez Prezesa UOKiK w sytuacji zmiany uzasadnienia decyzji, art. 328 § 2 k.p.c. poprzez zaniechanie wskazania wpływu stwierdzonego przez siebie uchybienia w postaci braku postępowania uzgodnieniowego na treść decyzji. Prezes UKE zarzucił również obrazę przepisów prawa materialnego, a konkretnie art. 25 ust. 2 P.t. poprzez przyjęcie, że na Prezesie UKE ciąży obowiązek ponownego uzyskania porozumienia z Prezesem UOKiK w sprawie każdorazowej zmiany projektu decyzji, nawet wówczas, gdy zmiana taka jest ograniczona jedynie do elementów uzasadnienia decyzji bez zmiany jej sentencji oraz podstaw, na których oparte zostały przyjęte przez organ środki regulacyjne w konsekwencji stwierdzenia braku wyczerpania trybu porozumienia z Prezesem UOKiK.

Sąd Najwyższy uznał skargę kasacyjną za zasadną, wskazując, iż zarówno Sąd Okręgowy jak i Sąd Apelacyjny w sposób błędny, bez odpowiedniej analizy merytorycznej treści decyzji i treści postanowienia Prezesa UOKiK, bez analizy istotnych przesłanek rozstrzygnięć obu organów ograniczyły się do analizy okoliczności niewskazujących na brak uzgodnienia przesłanek decyzji. Sąd Najwyższy zważył, że braku merytorycznego „porozumienia" organów nie można wyprowadzić z faktu, że po otrzymaniu stanowiska Prezesa UOKiK (organu współdziałającego), Prezes UKE (organ wydający

[3] DOK 2-0730-18-08.

[4] Nr DART-SMP-6043-2/08.

decyzję) zmodyfikował przekazany uprzednio do konsultacji projekt decyzji, dostosowując treść wydanej decyzji – w zakresie granic rynku właściwego lub obowiązków regulacyjnych – do przesłanek postanowienia Prezesa UOKiK.

2. Komentarz

Na wstępie należy wskazać, iż powyższy wyrok Sądu Najwyższego dotyczy działania w porozumieniu w trybie art. 25 ust. 2 P.t., który ustawą z dnia 24.04.2009 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw[5] utracił moc obowiązującą. W obecnym stanie prawnym brak jest obowiązku uzyskania porozumienia pomiędzy Prezesem UKE a Prezesem UOKiK w zakresie określania rynku właściwego, jego analizy i wyznaczania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej, jak i w sprawach dotyczących nałożenia, niesienia, utrzymania lub zmiany obowiązków regulacyjnych w stosunku do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji lub nieposiadającego takiej pozycji. Przepis art. 25c pkt 1 P.t. przewiduje jedynie zasięgnięcie opinii Prezesa UOKiK przez Prezesa UKE. Ponadto, zgodnie z art. 15 PrTelU w obowiązującym brzmieniu, decyzje te podejmowane są po przeprowadzeniu postępowania konsultacyjnego, którego celem jest umożliwienie zainteresowanym podmiotom wyrażenia na piśmie w określonym terminie stanowiska w sprawie projektu rozstrzygnięcia. Mechanizm konsultacji ma charakter proceduralny i dotyczy wymiany informacji pomiędzy władzami regulacyjnymi a zainteresowanymi stronami. Władza regulacyjna jest zobowiązana zapewnić możliwość przedstawienia stanowiska zainteresowanym stronom[6]. Obowiązek władzy regulacyjnej ogranicza się do przeprowadzenia konsultacji na temat projektu rozstrzygnięcia i rozważenia jej wyników, nie zaś uzgodnienia treści decyzji, jaka ma zostać podjęta w sprawie.

Przedmiotowy wyrok porusza jednak niezmiernie istotną problematykę, dotyczącą podejmowania decyzji administracyjnych w porozumieniu, w przypadkach gdy taki wymóg nakładają przepisy P.t. oraz innych ustaw. Należy bowiem mieć na względzie, iż przepisy PrTelU zobowiązują Prezesa UKE do wydawania decyzji administracyjnych po uprzednim osiągnięciu porozumienia również z innymi organami administracji, m.in. z Krajową Radą Radiofonii i Telewizji i w kontekście tego rodzaju porozumień komentowane orzeczenie należy interpretować.

W szczególności, Prezes UKE podejmuje w porozumieniu z KRRiT decyzję w sprawie zmiany podmiotu dysponującego rezerwacją częstotliwości na cele rozprowadzania programów radiowych lub telewizyjnych[7]. Rezerwacji częstotliwości na cele rozprowadzania lub rozpowszechniania programów radiofonicznych lub telewizyjnych, Prezes UKE dokonuje, zmienia lub cofa w porozumieniu z Przewodniczącym KRRiT[8]. Również zmiana warunków wykorzystywania lub cofnięcia rezerwacji częstotliwości przeznaczonych do rozpowszechniania lub rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych dokonywana jest w porozumieniu z Przewodniczącym KRRiT[9]. Co więcej, należy również zauważyć, że pojęcie „porozumienia" będącego przedmiotem rozważań poczynionych przez Sąd Najwyższy nie dotyczy jedynie P.t., jako jedynej podstawy prawnej. Należy mieć bowiem na

[5] Dz. U. Nr 85, poz. 716

[6] S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz.* Warszawa 2005, s. 199.

[7] Art. 122 ust. 6 P.t.

[8] Art. 114 ust. 2 P.t.

[9] Art. 123 ust. 3 P.t.

uwadze wszelkie akty prawne, które ustanawiają obowiązek osiągnięcia porozumienia z Prezesem UKE przez inne organy państwowe. W szczególności, przepisy ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji[10] zawierają wymagania tego rodzaju[11].

Sąd Najwyższy w komentowanym uzasadnieniu orzeczenia dokonał analizy pojęcia „porozumienia", do uzyskania którego zobowiązują Prezesa UKE przepisy P.t., jak również odniósł się do kwestii proceduralnych związanych z jego osiąganiem.

Jak słusznie zważył SN w glosowanym wyroku, podczas dokonywania oceny prawidłowości postępowania w trybie art. 25 ust. 2 P.t. (osiąganie porozumienia) należy mieć na względzie nie tylko samą sekwencję przebiegu czynności podejmowanych przez organy administracji w toku współdziałania, ale przede wszystkim treść wydanych w ramach tego współdziałania aktów (tutaj w postaci postanowienia Prezesa UOKiK i decyzji Prezesa UKE kończącej postępowanie w sprawie). Przy ocenie spełnienia warunku uzyskania porozumienia należy zatem brać pod uwagę dwie płaszczyzny: czy zachowany został określony tryb postępowania (tutaj art. 25 ust. 2 P.t.) oraz, czy stanowiska organów osiągających porozumienie są ze sobą zgodne co do *meritum*. Co więcej, trudno nie zgodzić się również z poglądem, że bez przeprowadzenia takich ustaleń oraz ich prawnej oceny konkluzja o naruszeniu przepisów nakazujących osiągnięcie porozumienia w trybie art. 106 § 1 k.p.a. w zasadzie byłaby niemożliwa. Za przesłankę pozwalającą na przypisanie wydanej w sprawie decyzji cechy nieważności można by uznać jedynie uchybienie w sposób rażący przepisom proceduralnym, w szczególności poprzez niezwrócenie się do właściwego organu o zajęcie stanowiska w sprawie lub też wydanie decyzji przed otrzymaniem takiego stanowiska. Istota obowiązku współdziałania organów administracji przejawia się przede wszystkim w tym, iż organ administracji wydający decyzję w sprawie nie może jej wydać w sposób prawidłowy bez udziału drugiego organu (postanowienia wyrażającego stanowisko w sprawie). Należy również zauważyć, że nawet jeżeli tryb konsultacyjny, o którym mowa w art. 16 P.t. zostanie zrealizowany w sposób prawidłowy, jak również projekt decyzji administracyjnej zostanie przekazany organowi administracji w trybie art. 106 § 1 k.p.a., a decyzja zostanie podjęta po wydaniu postanowienia przez organ administracji, o którym mowa w art. 106 § 5 k.p.a., nie przesądza to o prawidłowości wydanej decyzji. Zawsze bowiem trzeba rozważyć, czy decyzji organu załatwiającego sprawę decyzją administracyjną i organu, którego stanowisko jest niezbędną przesłanką do rozstrzygnięcia sprawy można przypisać walor jednomyślności.

W sytuacji, kiedy ustawodawca posługuje się pojęciem „ w uzgodnieniu", należy przez to rozumieć wymóg uzyskania zgody[12], natomiast zakres uzgodnienia, którego dokonuje organ uzgadniający obejmuje treść decyzji jaką ma wydać organ prowadzący postępowanie[13]. Jeżeli treść postanowienia organu wyrażającego stanowisko niezbędne do wydania rozstrzygnięcia w sprawie jest zgodna z treścią decyzji wydanej przez organ administracji, należy uznać, iż wymóg osiągnięcia porozumienia został spełniony. Można zatem zauważyć, iż organ administracji wydający rozstrzygnięcie w sprawie jest w pewien sposób związany stanowiskiem organu, jakie zostało wydane w trybie art. 106 § 1 k.p.a. Decyzja zawierająca rozstrzygnięcie sprawy nie może być bowiem sprzeczna ze stanowiskiem

[10] T.j. Dz. U. 43 poz. 226.

[11] Patrz art. 37 ust. 4; art. 26 ust. 5.

[12] Wyrok WSA w Warszawie z 8.11.2005 II SA WA 1200/05, Legalis.

[13] Wyrok WSA w Warszawie z 6.06.2006, IV SA WA 140/06, Legalis.

organu uzgadniającego (musi zatem respektować wszystkie zalecenia sformułowane przez organ uzgadniający)[14].

Bez znaczenia pozostaje zatem okoliczność, iż zmieniony projekt decyzji nie został przesłany do ponownej oceny. Ponowienie tej procedury powinno nastąpić jedynie w razie zmiany decyzji w taki sposób, że byłaby ona sprzeczna ze stanowiskiem organu administracji, stanowiącym przesłankę niezbędną dla rozstrzygnięcia sprawy. Wymóg „porozumienia", o którym mowa w przepisach P.t. oraz innych ustaw – jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy – należy interpretować jako jednomyślność reprezentowanych w sprawie stanowisk co do *meritum*. O fakcie osiągnięcia pomiędzy organami administracji „porozumienia" można mówić zatem w przypadku, jeżeli pomiędzy treścią projektu decyzji a stanowiskiem organu wyrażającego stanowisko w trybie art. 106 § 1 k.p.a. istnieją rozbieżności, natomiast decyzja kończąca postępowanie zostaje wydana z uwzględnieniem stanowiska tego organu.

3. Konkluzje

Dokonując podsumowania rozważań poczynionych przez Sąd Najwyższy w glosowanym wyroku należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że pomimo okoliczności, iż dotyczą one przepisu, który utracił moc obowiązującą, znajdują zastosowanie w obecnej praktyce. Nowelizacje przepisów P.t. jak i innych ustaw sukcesywnie wyłączały obowiązek uzyskania porozumienia przez Prezesa UKE z innymi organami administracji (tutaj Prezesem UOKiK), lecz na gruncie obecnego stanu prawnego mamy do czynienia z wieloma przepisami, które ten obowiązek w dalszym ciągu nakładają.

Po wtóre, nie ulega najmniejszej wątpliwości, iż ocena czy porozumienie zostało osiągnięte powinna być dokonywana z uwzględnieniem nie tylko przepisów proceduralnych, nakazujących podjęcie określonych działań w określonym czasie, lecz przede wszystkim należy badać, czy treść wydanego w sprawie rozstrzygnięcia w pełni odpowiada stanowisku organu będącego przesłanką do rozstrzygnięcia sprawy. Jedynie przy spełnieniu obu przesłanek, tj. prawidłowego toku postępowania uzgodnieniowego i końcowego efektu w postaci jednomyślnej decyzji prezentowanej zarówno przez organ wydający rozstrzygnięcie w sprawie, jak też organ wyrażający w niej stanowisko, możemy mówić o rozstrzygnięciu sprawy decyzją administracyjną w porozumieniu z innym organem.

Katarzyna Dyl
aplikant adwokacki
doktorant, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

[14] M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2012, Legalis, komentarz do art. 106.

Regulacja telekomunikacji – decyzja o dostępie telekomunikacyjnym.

Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14.06.2012 r., XVII AmT 106/09

1. **Decyzja o dostępie telekomunikacyjnym zastępuje umowę o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie objętym decyzją.**
2. **W przypadku zawarcia przez zainteresowane strony umowy o dostępie telekomunikacyjnym, decyzja o dostępie telekomunikacyjnym wygasa z mocy prawa w części objętej umową.**
3. **Zastąpienie postanowień decyzji administracyjnej postanowieniami umowy następuje z mocy samego prawa, z chwilą zawarcia umowy. Oznacza to, że nie jest konieczne wydawanie przez Prezesa UKE kolejnej decyzji zmieniającej decyzję w zakresie określonym umową albo stwierdzającej wygaśnięcie decyzji.**

Decyzją z dnia 16 kwietnia 2008 r. (nr DHRT-WWM-60600-6/08(40)) Prezes UKE ustalił warunki dostępu do sieci telekomunikacyjnej w zakresie połączenia sieci oraz zasady rozliczeń pomiędzy spółkami „C" S.A. i „P" Sp. z o.o. W załączniku nr 1 do wskazanej decyzji – Załączniku Finansowym, zostały uregulowane stawki opłat za zakończenie połączenia w sieci „P". Decyzja ta została uchylona wyrokiem SOKiK z dnia 18 marca 2011 r.

Porozumieniem z dnia 14 listopada 2008 r. „P" Sp. z o.o. oraz „C" S.A. zmieniły treść powyższej decyzji Prezesa UKE w zakresie wysokości opłat za zakończenie połączenia w sieci „P". Ponadto w § 2 porozumienia strony ustaliły harmonogram stopniowego obniżania opłaty na rzecz „P" wnoszonej przez „C" za minutę połączenia przychodzącego z sieci „C" i zakańczanego w sieci ruchomej „P" – z zastrzeżeniem, że będą one obowiązywały, o ile wcześniej nie zostaną wydane stosowne decyzje organów regulacyjnych w zakresie obniżenia tej stawki.

Pismem z dnia 5 grudnia 2008 r. „P" wystąpił do „C" z wnioskiem o zawarcie porozumienia regulującego zmianę wysokości stawek za zakańczanie połączeń głosowych w sieci „P" zgodnie z decyzją Prezesa UKE nr DHRT-WKO-6042-7/08(9). Na podstawie art. 27 P.t., w dniu 22.12.2008 r. „C" zwrócił się do Prezesa UKE z wnioskiem o wyznaczenie terminu zakończenia negocjacji w sprawie zawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie stawek za zakańczanie połączeń w ruchomej sieci „P". Postanowieniem z dnia 13 stycznia 2009 r. (nr DHRT-WWM-60600-230/08 (7)) Prezes UKE określił termin zakończenia negocjacji w przedmiocie zawarcia umowy dotyczącej stawek za zakańczanie połączeń w ruchomej sieci „P" na dzień 19.01.2009 r.

Wobec nieosiągnięcia przez strony porozumienia w wyznaczonym terminie, „C" pismem z dnia 20 stycznia 2009 r. zwrócił się do Prezesa UKE, na podstawie art. 27 ust. 2 P.t. w związku

z art. 30 P.t., z wnioskiem o wydanie decyzji w przedmiocie zmiany decyzji z dnia 16.04.2008 r. zgodnie z załączonym do wniosku projektem aneksu. „C" wskazał, że strony negocjacji nie doszły do porozumienia w terminie wskazanym przez Prezesa UKE w postanowieniu z dnia 19.01.2009 r., wobec czego wniósł o wydanie decyzji w sprawie zmiany decyzji w zakresie nowych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej „P" . Decyzję tę Prezes UKE wydał w dniu 23 lutego 2009 r. (nr DHRT-WWM-6080-31/09(10)). W całości zaskarżył ją „P".

SOKiK dokonał analizy decyzji Prezesa UKE z dnia 16 kwietnia 2008 r. (nr DHRT-WWM-60600-6/08(40)), porozumienia „P" Sp. z o.o. oraz „C." S.A. z dnia 14 listopada 2008 r. i zaskarżonej decyzji Prezesa UKE z dnia 23.02.2009 r. (nr DHRT-WWM-6080-31/09(10)).

SOKiK podkreślił, że art. 28 ust. 4 P.t. stanowi, iż decyzja o dostępie telekomunikacyjnym zastępuje umowę o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie objętym decyzją. Wskazany przepis stwarza Prezesowi UKE możliwość ukształtowania w drodze administracyjno–prawnej stosunków cywilno–prawnych pomiędzy przedsiębiorcami. Jednocześnie stosownie do art. 28 ust.5 P.t. w przypadku zawarcia przez zainteresowane strony umowy o dostępie telekomunikacyjnym, decyzja o dostępie telekomunikacyjnym wygasa z mocy prawa w części objętej umową.

Według SOKiK z analizy obu wskazanych wyżej przepisów wynika jednoznacznie, że ustawodawca przyznał prymat w regulacji stosunków cywilno-prawnych pomiędzy przedsiębiorcami, umowom zawieranym przez nich. Konsekwencją tego, jest przewidziane art. 28 ust. 5 *in fine* P.t. wygaśnięcie decyzji administracyjnej w zakresie w jakim przedsiębiorcy uregulowali pomiędzy sobą zasady dostępu telekomunikacyjnego w drodze umów. Umowa zastępuje więc decyzję administracyjną w części objętej umową. Zastąpienie postanowień decyzji administracyjnej postanowieniami umowy następuje z mocy samego prawa, z chwilą zawarcia umowy. Oznacza to, że nie jest konieczne wydawanie przez Prezesa UKE kolejnej decyzji zmieniającej decyzję w zakresie określonym umową albo stwierdzającej wygaśnięcie decyzji. Prezes UKE może ewentualnie, o ile wystąpi o to strona, stwierdzić wygaśnięcie decyzji w całości lub w części na podstawie art. 162 k.p.a.

Odnosząc powyższe rozważania do rozpatrywanej sprawy SOKiK uznał, że decyzja Prezesa UKE z dnia 16.04.2008 r. ustalająca połączenie sieci oraz zasady rozliczeń pomiędzy „C" a „P" wygasła z mocy samego prawa w zakresie w jakim regulowała stawki opłat za zakończenie połączenia w sieci „P" z dniem 14.11.2008 r. tj. z dniem zawarcia pomiędzy „C" a „P" porozumienia w tym zakresie. Wobec powyższego oczywistym jest, że decyzja Prezesa UKE z dnia 16.04.2008 r. nie mogła być zmieniona w zakresie objętym porozumieniem z dnia 14.11.2008 r., ponieważ przestała w tym zakresie istnieć. Pomimo tego, w następstwie przeprowadzonego postępowania administracyjnego Prezes UKE w dniu 23.02.2009 r. wydał decyzję nr DHTT-WWM-6080-31/09(10), w której zmienił swoją decyzję z dnia 16.04.2008 r. w zakresie załącznika nr 1 – Załącznika Finansowego, art. 3 ust. 4 tabela 10 Opłaty za zakończenie połączenia w sieci „P" – a więc w zakresie objętym porozumiem pomiędzy przedsiębiorcami z dnia 14.11.2008 r. W podstawie prawnej wydanej decyzji Prezes UKE wskazał art. 28 ust. 6 P.t. a w jej treści wskazał, że zmienia nią właśnie swoją wcześniejszą decyzję. Decyzja Prezesa UKE jednak, w zakresie objętym wnioskiem „C" z dnia 20.01. 2009 r., nie istnieje, a więc nie ma możliwości jej zmienienia. W ocenie SOKiK zachowanie Prezesa UKE polegające na wydaniu zaskarżonej decyzji stanowiło rażące naruszenie

przez niego przepisu art. 28 ust. 6 P.t. i w istocie sprowadzało się do wydania rozstrzygnięcia bez podstawy prawnej.

Ewa Galewska
adiunkt w Centrum Badań Problemów Prawnych
i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej Wydziału Prawa,
Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Grzegorz Sibiga, *Komunikacja elektroniczna w Kodeksie postępowania administracyjnego. Komentarz,* wydanie 1, LexisNexis, Warszawa 2011, 208 s.

Omawiana publikacja wpisuje się w ciekawy i potrzebny nurt analizy procedury administracyjnej w kontekście jednego, wybranego problemu. Choć komentarz ma charakter cząstkowy w stosunku do tradycyjnie ujmowanych tego typu dzieł, to wpisuje się on w potrzebny w praktyce stosowania prawa instrument wykładni, powodowany coraz szerszą skalą deregulacji k.p.a w przepisach proceduralnych ustaw materialnego prawa administracyjnego. Omawiana pozycja jest więc ważnym wycinkiem analizy zmian w tej procedurze powodowanych rozwojem środków komunikacji elektronicznej w Polsce. Publikacja pomimo stanu prawnego na dzień 15.02.2011 roku, uwzględnia również zmiany, które weszły w życie z dniem 1.7.2011.

Komentarz składa się z 3 części. Część pierwsza wprowadza w problematykę pojęcia elektronicznej administracji, podstaw prawnych administracji elektronicznej oraz ich genezę. W szczególności poruszono wzajemne relacje dwóch istotnych w tym zakresie ustaw, tj. kodeksu postępowania administracyjnego oraz ustawy z 17.02.2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. W części wprowadzającej odnajdziemy również paragraf odnoszący się do dalszych, projektowanych i postulowanych przez naukę prawa zmian w postępowaniu administracyjnym związanych z komunikacją elektroniczną. Chodzi tu m.in. o zmiany w zakresie: podpisywania i sporządzania ugód administracyjnych i protokołów, pełnego zdigitalizowania doręczeń pomiędzy organami administracji publicznej przy wykorzystaniu elektronicznego, urzędowego obiegu dokumentów oraz automatyzację rozstrzygnięć w prostych czynnościach faktycznych w postępowaniu administracyjnym.

Część druga zawiera komentarz do zmian z zakresu stosowania technologii informacyjno-telekomunikacyjnych w poszczególnych artykułach kodeksu postępowania administracyjnego, w których potrzeba elektronicznej komunikacji doprowadziła do największych zmian, tj. w art. 14, 39_1, 46, 54-55,57, 61, 63, 73-74, 107,109,124-125, 138, 217, 220 oraz 226 i 238.

Część trzecia komentarza stanowi załącznik w postaci omawianych aktów prawnych. Autor przywołuje w pracy dość pokaźny, jak na nową problematykę, dorobek literatury polskiej i zagranicznej co stanowi dodatkową zaletę komentarza.

W pracy, w jej części definicyjnej, nie przesądzono czym jest elektroniczna administracja. Autor pokazuje natomiast, co wydaje się słusznym zabiegiem metodologicznym w przypadku nowych pojęć, szersze tło zjawiska. Informatyzacja czynności w postępowaniu administracyjnym jest tu omawiana na tle szerszego zjawiska jakim według autora jest „e-urząd"(ang. *e-government*). Pokazuje też, że elektroniczna administracja może być postrzegana w wąskim i szerszym znaczeniu. Wąskie ujęcie zmierza do zakwalifikowania jej jako jednego z aspektów funkcjonowania administracji w postaci urzędu elektronicznego (e-urzędu), ujęcie szersze zaś dostrzega elektroniczną administrację jako, jak się wydaje, nowy rodzaj administracji zwany w skrócie e-urzędem (str. 11.).

Autor naświetla zarówno plusy, jak i minusy elektronicznej administracji (str. 14). Do zalet tej formy administracji zalicza się szybkość przetwarzania i dostarczania informacji oraz mniejszy koszt tych zabiegów. Nieocenioną zaletą będą też nowe możliwości przetwarzania danych oraz przyśpieszenie

wielu procedur. Wadą tych procesów jest jednak, jak słusznie podkreślono, złe korzystanie z tych technik oraz brak zaufania do nich społeczeństwa, co przy słabym i wąskim ich wykorzystaniu czyni koszty informatyzacji niewspółmierne do efektów.

Pomimo braku propozycji własnej definicji elektronicznej administracji G. Sibiga pokazuje, co cenne dla dalszych jej badań, pewne instrumenty służące do analizy tego zjawiska (str. 12). Chodzi tu o wyodrębnienie dwóch płaszczyzn, organizacyjnych części składowych e-adminstracji tj. *front-office* oraz *back-office*. Pierwsza płaszczyzna wydaje się być polskim odpowiednikiem obsługi zewnętrznej obywateli, drugą zaś sam autor określa jako „zaplecze administracji".

Cennym fragmentem opracowania jest także krótka ocena ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Autor pokazuje, iż ustawa ta nie obejmuje jednolitej kategorii przepisów (str. 21). Spośród trzech wymienionych w tej ustawie kategorii przepisów, komentowane przepisy kodeksu postępowania administracyjnego pozycjonować należy w trzeciej spośród nich a mianowicie w grupie przepisów dostosowujących zadania i czynności określone w ustawach szczególnych (materialnych i procesowych) do rozwiązań przewidzianych w ustawie o informatyzacji. Taki też jest cel zmian w kodeksie postępowania administracyjnego, które w sposób systematyczny zostały zreferowane w omawianej pracy (str. 23-29).

Bardzo cennym elementem opracowania jest analiza wzajemnych relacji k.p.a i ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Szczególną uwagę zwraca się na listę wzajemnych odesłań w obydwóch aktach prawnych (str. 31). Rzeczywiście skala odesłań związanych z elektroniczną administracją jest niespotykana w całym okresie obowiązywania k.p.a, to jest od 1961 roku. Istotną wadą zabiegu sprzężenia dwóch ustaw, poprzez liczne odesłania, na co pośrednio wskazuje autor (str. 35) jest jednak ryzyko utrudnień przy stosowaniu k.p.a w sytuacji różnorakich problemów z ustawą o informatyzacji. Problemy te mogą być związane z rozumieniem pojęć i definicji ustawowych, opóźnieniami w wydawaniu aktów wykonawczych, częstymi nowelizacjami tego aktu oraz procesem wykładni sądowej.

W części drugiej opracowania zaprezentowano komentarz szczegółowy do wymienionych wyżej artykułów k.p.a. Słusznie zwraca się uwagę na istotną zmianę treści zasady pisemności z art. 14 k.p.a, gdzie obok formy pisemnej i papierowej dopuszcza się dokument elektroniczny jako równoważny sposób utrwalenia czynności w postępowaniu. Autor analizuje kluczowe dla toku instancji administracyjnej pojęcie dokumentu elektronicznego, a w tym jego elementy definicyjne, takie jak: dane informatyczne, zbiór danych , informacja, utrwalenie danych czy forma dokumentu elektronicznego. Komentarz stanowi istotny wkład do praktyki stosowania dalszych przepisów k.p.a dotyczących doręczeń, podań, zachowania terminów, czy postępowania dowodowego, a także innych elementów procedury administracyjnej, w których pojęcie i rola dokumentu ma istotne znaczenie. Autor podjął również trud analizy innych pozakodeksowych pojęć na gruncie samej procedury administracyjnej w kontekście elektronicznej administracji. Dotyczyła ona przesłanek i sposobów dokonywania doręczeń, elementów i form wezwania, obliczania terminów, wszczęcia postępowania, wnoszenia podań wraz z jego formami i potwierdzeniami. Poruszono także kwestie dostępu do akt oraz zmiany treści decyzji i postanowień administracyjnych w kontekście podpisu elektronicznego. Aspekty elektronicznej administracji zostały omówione nie tylko na gruncie postępowania jurysdykcyjnego, ale także postępowań w sprawach zaświadczeń oraz skarg i wniosków.

Reasumując, komentarz autorstwa dr Grzegorza Sibigi jest cennym wkładem do dalszej dyskusji nad elektroniczną administracją oraz powinien być pomocny przy dokonywaniu wykładni omawianych przepisów.

Michał Możdżeń-Marcinkowski
Zakład Prawa Administracji Ogólnej Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego

Sprawozdanie z Krajowego Sympozjum Telekomunikacji i Teleinformatyki (KSTiT 2012), Warszawa 12-14 września 2012 r.

W dniach 12-14.09.2012 r. odbyło się XXVIII Krajowe Sympozjum Telekomunikacji i Teleinformatyki (KSTiT) zorganizowane w tym roku przez Instytut Łączności – Państwowy Instytut Badawczy. W ramach Sympozjum odbyły się dwie sesje plenarne, jedna sesja końcowa oraz 31 sesji tematycznych i firmowych. W ramach Sympozjum została również zorganizowana wystawa urządzeń, aparatury oraz realizowanych projektów dotyczących tematyki Sympozjum, w tym np. projektu „Inżynieria Internetu Przyszłości" (IIP).

Sympozjum w 2012 r. miało charakter wybitnie techniczny i nie było osobnej sesji poświęconej zagadnieniom prawno-regulacyjnym, ekonomicznym lub rynkowym w zakresie szeroko rozumianej telekomunikacji i teleinformatyki. Jednak kilka sesji, mimo ich technicznego charakteru, obejmowało również te zagadnienia. Dotyczyło to w szczególności sesji:

- „Radio kognitywne – nowa koncepcja efektywnego wykorzystania zasobów widmowych";
- „Wdrażanie IPv6 (IPv6 już dziś czy dopiero jutro?)" – sesja panelowa;
- „Jakość usług w sieci".

W ramach Sympozjum został wydany specjalny numer „Przeglądu Telekomunikacyjnego i Wiadomości Telekomunikacyjnych (8-9/2012)", w którym opublikowano ponad 100 referatów dotyczących tematyki Sympozjum. Problemy rynku telekomunikacyjnego oraz zagadnienia związane z jakością usług zostały podjęte m.in. w następujących opracowaniach:

- „Aplikacje Internetu przyszłości";
- „Optymalizacja transmisji danych w sieciach LTE";
- „Planowanie modernizacji sieci telewizji kablowej zbudowanej w strukturze HFC";
- „Perspectives of Household Internet in 35 Countries";
- „Parametryczny model do oceny jakości usługi IPTV";
- „Extensions of ETSI performance measurements methodology for statistical results analysis";
- „Otwarte narzędzia do pomiaru szerokopasmowego dostępu do Internetu";
- „Platforma informatyczna do celów analizy propagacyjnych, kompatybilności elektromagnetycznej i optymalizacji sieci bezprzewodowych systemów telekomunikacyjnych i teleinformatycznych (PIAST)";
- „Nowe scenariusze biznesowe wykorzystujące możliwości protokołu IPv6".

Wymienione wyżej sesje i referaty składają się na następujące grupy tematyczne:

- wykorzystanie częstotliwości;
- jakość usług telekomunikacyjnych;
- rozwój Internetu i sieci szerokopasmowych;
- rozwój nowych usług wykorzystujących architekturę Internetu przyszłości.

Wszystkie cztery grupy dotyczą tematów jak najbardziej aktualnych, również w kontekście zagadnień prawno-regulacyjnych, ekonomicznych lub rynkowych.

Optymalne wykorzystanie częstotliwości dotyczy zarówno częstotliwości służących do świadczenia usług telekomunikacyjnych, jak również usług medialnych. Zagadnienie dywidendy cyfrowej i spodziewanych korzyści z przejścia z nadawania analogowego na nadawanie cyfrowe, m.in. polegających na uwolnieniu nowych częstotliwości i przekazaniu ich do wykorzystania rynkowego, jest obecnie rozwiązywane w płaszczyźnie prawno-regulacyjnej i rynkowej. Do połowy przyszłego roku ma się zakończyć proces przechodzenia z nadawania programów telewizyjnych w technologii analogowej na technologię cyfrową. Do tej pory telewizja cyfrowa była nadawana przede wszystkim z wykorzystaniem satelitów (tzw. telewizja satelitarna) oraz w sieciach telewizji kablowej. Z pierwszej formy odbioru telewizji cyfrowej (satelitarnej) korzystali przede wszystkim odbiorcy zlokalizowani na obszarach mniej zurbanizowanych, a z drugiej formy (telewizji kablowej) odbiorcy zlokalizowani głównie w dużych aglomeracjach miejskich. Wprowadzenie naziemnej telewizji cyfrowej, z której będą mogli korzystać wszyscy odbiorcy na obszarze Polski, może spowodować istotne zmiany na rynku telewizyjnym, przede wszystkim w zakresie form odbioru oraz zmiany udziałów w rynku poszczególnych nadawców rozpowszechniających programy telewizyjne. Kolejnym etapem prac nad optymalnym wykorzystaniem częstotliwości będzie wdrożenie podobnego procesu przejścia z nadawania analogowego na nadawanie cyfrowe w zakresie emisji programów radiowych i między innymi temu zagadnieniu były poświęcone referaty dotyczące wykorzystania widma. Finalnym etapem będzie udostępnienie zwolnionych częstotliwości podmiotom, którym te częstotliwości są lub będą potrzebne do prowadzenia działalności rynkowej.

Kolejnym tematem wielu referatów i sesji była jakość usług telekomunikacyjnych i metody jej weryfikacji. Temat ten na jednej z sesji wywołał ożywioną dyskusję, przede wszystkim dotyczącą problemu: jak mierzyć jakość świadczonych usług internetowych, np. prędkość transmisji danych (przepływność w Internecie). W nowelizowanej aktualnie ustawie Prawo telekomunikacyjne wprowadzono regulację (art. 62a) umożliwiającą UKE weryfikację danych o jakości usługi podawanych w ofercie danego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, dotyczących prędkości transmisji danych oraz rzeczywistej prędkości tej transmisji. W przypadku stwierdzenia różnicy pomiędzy prędkością rzeczywistą a deklarowaną operator będzie zobowiązany do dostosowania prędkości rzeczywistej do tej wynikającej z umowy. Do czasu nowelizacji ustawy Prawo telekomunikacyjne obowiązek publikacji danych o jakości świadczonych usług dotyczył dostawców publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych (art. 63) w zakresie usług określonych w rozporządzeniu ministra właściwego ds. łączności (rozporządzenie fakultatywne – nigdy nie wydane), a także dostawców usług powszechnych, na podstawie obligatoryjnego rozporządzenia wydanego na podstawie art. 81 ust. 6 ustawy Prawo telekomunikacyjne. W tej sytuacji obowiązek publikacji danych o jakości usług telekomunikacyjnych spoczywał dotychczas tylko na dostawcach usług powszechnych i to w dość ograniczonym zakresie. Po nowelizacji ustawy Prawo telekomunikacyjne obowiązek przekazywania informacji o jakości świadczonych usług będzie spoczywał na każdym przedsiębiorcy telekomunikacyjnym świadczącym publicznie dostępną usługę dostępu do Internetu. Jest to dość daleko idąca regulacja, bardzo dogodna dla użytkowników Internetu, którzy od lat byli wprowadzani w błąd przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych odnośnie do faktycznej prędkości transmisji danych. W tym miejscu należy również wspomnieć o kolejnym wydarzeniu związanym z tematem jakości usług telekomunikacyjnych, a mianowicie o podpisanym 26.10.2012 r. Memorandum w sprawie współpracy na rzecz podnoszenia jakości świadczonych dla użytkowników usług na rynku telekomunikacyjnym. Inicjatorem Memorandum jest Prezes UKE

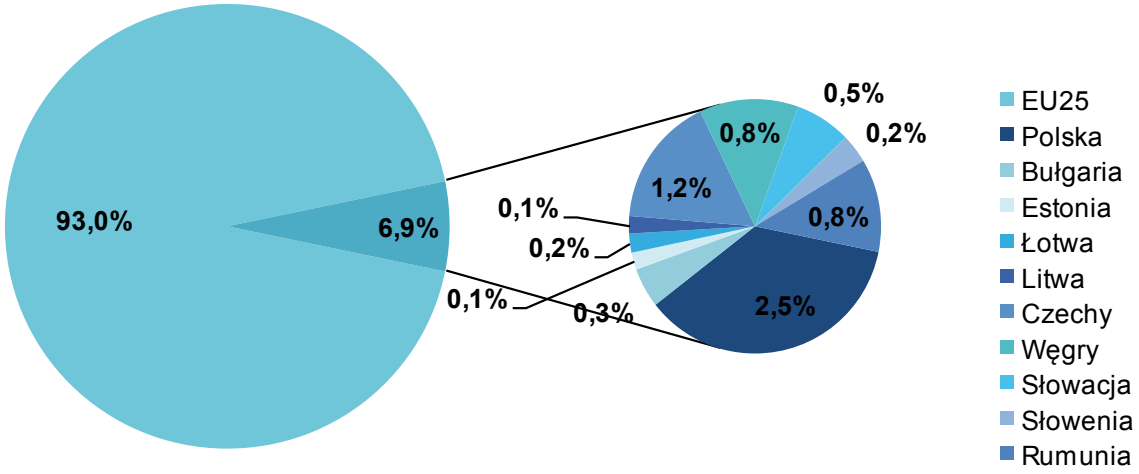
a sygnatariuszami ponad 20 podmiotów, w tym największych przedsiębiorc**ów** telekomunikacyjnych, uczelni, a także Instytut Łączności, który posiada doświadczenie w zakresie badania jakości usług telekomunikacyjnych i dostarcza UKE oraz przedsiębiorcom telekomunikacyjnym urządzenia (próbniki) pozwalające badać i analizować jakość świadczonych usług.

Trzecia grupa tematyczna o istotnym wymiarze rynkowym obejmowała referaty i sesje poświęcone rozwojowi Internetu i sieci szerokopasmowych. Z roku na rok wzrasta znaczenie technologii informacyjno-komunikacyjnych w różnych sferach życia. Kluczowe staje się zapewnienie dostępu do Internetu szerokopasmowego, za pomocą którego obywatele mają możliwość korzystania z nowoczesnych usług. Podstawowe znaczenie ma w tej sytuacji przyspieszenie budowy i rozwoju sieci dostępowych nowej generacji NGA (ang. Next Generation Access) zapewniających użytkownikom końcowym szerokopasmowy dostęp do Internetu przy użyciu łączy światłowodowych. Według Komisji Europejskiej (KE), inwestycje w szybki i bardzo szybki Internet są istotne ze względu na rolę jaką odgrywa w ożywieniu gospodarczym i w zapewnieniu platformy wspierającej innowacje w całej gospodarce. W 2011 r. KE rozpoczęła prace nad trzynastoma projektami badawczymi w zakresie fotoniki na potrzeby sieci szybkich łączy światłowodowych. Ich celem jest opracowanie technologii umożliwiającej dostarczenie gospodarstwom domowym bardzo szybkiego dostępu do Internetu o przepustowości przekraczającej 1 Gb/s. Projekty zostały wybrane w 2010 r. wspólnie przez KE oraz przedstawicieli: Austrii, Niemiec, Polski, Wielkiej Brytanii i Izraela, które przeznaczyły na ten cel łącznie 22,3 mln euro. Projekty te mają być prowadzone przez okres od dwóch do trzech lat. Kwestie techniczne związane z budową sieci NGN (ang. *Next Generation Network*) były prezentowane w referatach i dyskutowane na sesjach KSTiT.

W Polsce temat budowy nowoczesnych sieci telekomunikacyjnych oraz rozwoju Internetu szerokopasmowego jest aktualny od lat. Przełomowe znaczenie dla budowy i rozwoju sieci dostępowych nowej generacji ma ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, tzw. „Megaustawa", która weszła w życie 17.07.2010 r. Przepisy ustawy, uwzględniające wymagania dyrektyw i innych dokumentów UE dotyczących budowy sieci NGA, jak również zaangażowanie do tego celu środków i instytucji publicznych, znacznie ułatwiają realizację projektów związanych z zapewnieniem powszechnego dostępu do szerokopasmowych usług telekomunikacyjnych, a zwłaszcza dostępu do szerokopasmowego Internetu. Ustawa usprawnia i wyraźnie skraca proces projektowania inwestycji teletechnicznych w wyniku zmian dotyczących prawa budowlanego, zagospodarowania przestrzennego i drogownictwa. W ocenie przedsiębiorców telekomunikacyjnych Megaustawa przyspieszyła procesy inwestycyjne o ok. 50%. Szczególnie pozytywne są opinie na temat przepisów dotyczących prawa drogi, przejścia przez nieruchomość, dostępu do budynków i istniejącej infrastruktury.

Pomimo trudności dotyczących rozbudowy i modernizacji sieci telekomunikacyjnych, polski rynek technologii telekomunikacyjnych i informatycznych (ICT) jest największy w Europie Środkowej i w 2011 r. osiągnął 36% potencjału w tej dziedzinie wszystkich państw przyjętych do Unii Europejskiej po 2004 r. Na rys. 1 przedstawiono procentowy udział w ogólnej wartości rynku technologii telekomunikacyjnych i informatycznych wszystkich nowych członków Unii Europejskiej w 2011 r.

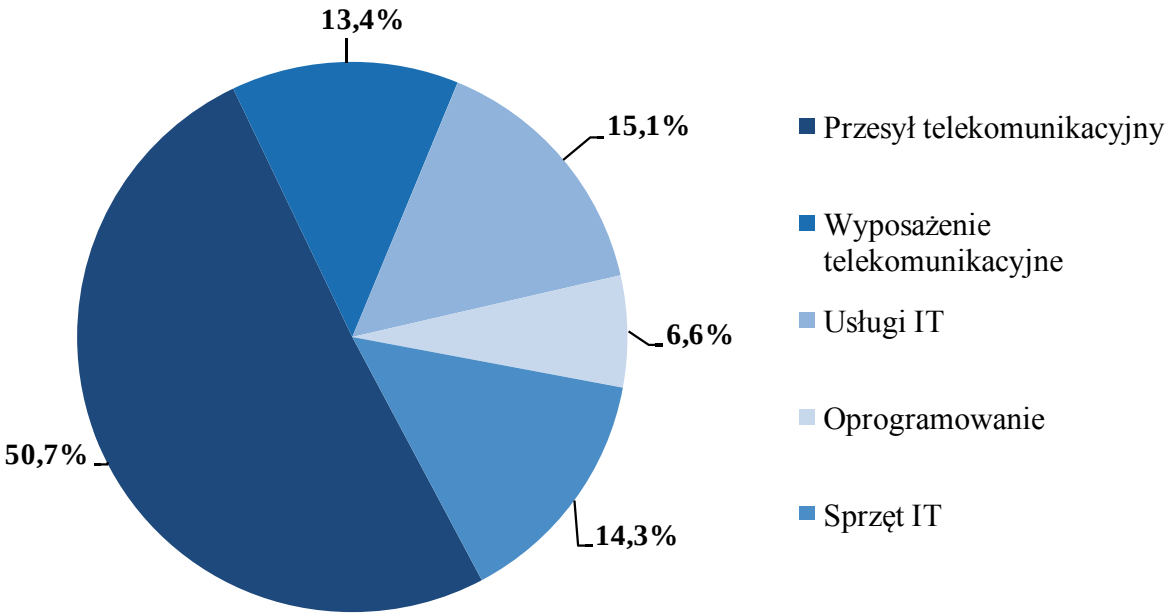
Rys. 1. Udział w ogólnej wartości rynku ICT UE wszystkich nowo przyjętych państw członkowskich (%), 2011 r.



Źródło: Raport „Stan rozwoju rynku ICT w Polsce„ Instytut łączności – Państwowy Instytut Badawczy.

Wartość rynku ICT w Polsce w 2011 roku szacuje się na około 16,7 mld euro, z czego 50,7% przypada na przesył telekomunikacyjny, 14,3% na sprzęt IT, 15,1% na usługi IT, 13,4% na wyposażenie telekomunikacyjne i 6,6% na oprogramowanie. Udział poszczególnych segmentów w całości rynku technologii telekomunikacyjnych i informatycznych zaprezentowano na rys. 2.

Rys. 2. Rynek ICT w Polsce w podziale na segmenty (%), 2011 r.



Źródło: Raport „Stan rozwoju rynku ICT w Polsce„ Instytut łączności – Państwowy Instytut Badawczy.

Ostatni obszar tematyczny o charakterze technicznym, który ma również wymiar rynkowy, dotyczy rozwoju nowych usług wykorzystujących architekturę Internetu przyszłości. Internet w obecnej wersji odniósł ogromny sukces na świecie. Poziom tego rozwoju jest wręcz uznawany za wskaźnik rozwoju cywilizacji. Oczekuje się, iż w dającej się przewidzieć przyszłości (tj. do ok. roku 2020) liczba nowych urządzeń przyłączonych do Internetu będzie 10 razy większa niż obecnie. Wiąże się to z nowymi zastosowaniami w takich dziedzinach, jak e-zdrowie, e-edukacja, sieci otoczenia człowieka (domowe, samochodowe) itd. Jednocześnie uznaje się, iż dalszy rozwój Internetu oparty na protokole IP będzie stanowił istotną barierę dla wprowadzenia nowych zastosowań. Główne przyczyny tego stanu rzeczy wynikają z własności sieci TCP/IP. Sieć ta jest zbyt prosta, co powoduje, iż dodanie do niej nowych funkcji powoduje powstanie skomplikowanych systemów, trudnych do zaimplementowania i utrzymania przez operatorów sieci. Przykładem rozwiązań sieciowych, które zostały przetestowane w prototypach, a jeszcze nie zaimplementowane, jest sieć NGN, która wymaga wprowadzenia sygnalizacji i rezerwacji zasobów do realizacji połączeń z tzw. gwarancją jakości przekazu pakietów, co jest z kolei wymagane dla wielu aplikacji. Dlatego zagadnienie opracowania nowej architektury dla Internetu przyszłości jest obecnie zagadnieniem podstawowym. Sprawy związane z Internetem przyszłości były szeroko prezentowane na KSTiT 2012; można nawet stwierdzić, że były tematem dominującym na Sympozjum.

Na zakończenie Sympozjum został podpisany list Intencyjny pomiędzy czterema największymi operatorami sieci komórkowych w Polsce (Orange, Plus, T-Mobile i Play) i Instytutem Łączności dotyczący opracowania standardów dostępu do sieci komórkowych z wykorzystaniem otwartych interfejsów programowania API (ang. *Application Programming Interface*). Sygnatariusze listu opracują ujednoliconą technicznie specyfikację dostępu do sieci komórkowych wykorzystującą interfejs oprogramowania API. Oznacza to, że aplikacja stworzona zgodnie z nowym standardem będzie działała poprawnie w sieciach wszystkich operatorów. Dzięki stworzeniu jednolitych zasad, firmy zajmujące się tworzeniem oprogramowania uzyskają dostęp do takich funkcji jak wysyłanie informacji SMS, MMS, USSD, czy też funkcji niezbędnych do zlokalizowania telefonu użytkownika.

Udostępnienie podmiotom zewnętrznym otwartych interfejsów programowania w sieciach komórkowych umożliwi rozwój nowych aplikacji i usług telekomunikacyjnych. Zwiększy to możliwość wyboru usług przez ich odbiorców, a także zmniejszy bariery wejścia na rynek dostawcom tych usług, co korzystnie wpłynie na wzrost konkurencji.

Mirosław Fereniec
Z-ca Dyrektora ds. Ekonomicznych
Instytut Łączności – PIB

Amendment of Telecommunications Law (Stanisław Piątek)

Articles

Mateusz Chołodecki, The model of judicial review of decisions issued by President of Electronic Communications Office

Table of contents:

I. Scope of consideration
II. Shaping the model of judicial review of decisions issued by President of UKE
III. President of UKE as national regulatory authority
IV. Proceedings in front of President of UKE
V. Right to appeal in cases covered by Telecommunications Law
VI. Legal character of issues decided by President of UKE
VII. Legal character of judicial review of decisions issued by President of UKE
VIII. Summary

Abstract: The model of judicial control of the decisions of the President of the Office of Electronic Communications (hereinafter the UKE President) is subject of this paper. This model is defined in the Telecommunications Law Act (hereinafter the TL) and provides two different judicial procedures against decisions of the UKE President. It is a general principle that the UKE President decisions are subject to judicial control exercised by administrative courts. However, some decisions enumerated in the TL are subject of judicial review exercised by common courts [the Regional Court in Warsaw – the Court of Competition and Consumer Protection (hereinafter the SOKiK)]. Both types of judicial control differ from each other substantially. Therefore, the main goal of the article was to present a model of judicial control of the decisions made by the UKE President together with an indication of the legal basis of this model. In addition, significant differences were determined in the way of judicial control by both types of courts, i.e. the administrative courts and common courts (SOKiK).

Key words: Telecommunication law, right to appeal, judicial control, Office of Electronic Communications, right to court access, national regulatory authority, regulatory law, SOKiK (Regional Court in Warsaw – the Court of Competition and Consumer Protection).

Mariusz Czyżak, Financial penalty as instrument of regulation of telecommunications market

Table of contents:

I. Introduction
II. Regulation as a task of public administration
III. Financial penalty in Telecommunications Law and the status of President of UKE
IV. Functions of the financial penalty in the light of jurisprudence and doctrine
V. Regulatory function of financial penalty in the light of statutory directives on the size of the penalty
VI. Regulatory character of the penalty and the category of infringement
VII. Regulatory function of the financial penalty in the light of selected decisions of the President of UKE
VIII. Final remarks

Abstract: The article presents regulatory aspects of financial penalty established in Telecommunications Law of 2004. Discussed are the elements influencing the regulatory functions of the financial penalty such as: the status of the regulatory body authorized to impose financial penalties, statutory rules of the size of the penalty, and the categories of infringements punished by financial penalties. The analysis of this institution of administrative law bases on the provisions of the generally binding law, as well as on the views of the jurisprudence and doctrine and selected decisions of the President of UKE.
Key words: telecommunications, financial penalty, telecommunications market regulation

Ewa M. Kwiatkowska, Competitiveness of the telecommunication markets - quantitative and qualitative evaluation methods in antitrust and sector specific regulations proceedings

Table of contents:

I. Introduction
II. Empirical base
III. Classification of competitiveness evaluation criteria in the telecommunications markets
IV. The process of selection of competitiveness evaluation criteria
V. Conclusions

Abstract: The article presents evaluation criteria for competitiveness of the telecommunications markets. Criteria are divided into two groups – quantitative and qualitative, the latter including criteria from two different points of view (two different perspectives): market and telecom enterprises. The paper concludes with analysis of competitiveness evaluation criteria as applied by regulatory authorities in proceedings, highlighting asymmetry in the use of different criteria in particular type of proceeding.
Key words: quantitative criteria, qualitative criteria, evaluation of competitiveness, telecommunications markets, regulatory task

Arwid Mednis, Change of rates for telecommunications access – selected problems

Table of contents:

I. Introductory remarks
II. Procedure concerning the amount of rates for telecommunications access
III. Practice of regulatory authority
IV. Application of procedure for expiry of a decision
V. Procedure for amendment or repeal of a decision
VI. Expiry of a decision and appeal procedure
VII. Legal form of approving rates in current amount

Abstract: Article presents legal problems arising in case of regulatory decision fixing wholesale rates, which is superseded by new decision, covering the period of validity of preceding decision. Discussed are problems concerning the declaration of expiry of a decision as well as repeal of such decision. Analyzed are consequences of the expiry of a decision for the appeal procedure.
Keywords: telecommunications access, wholesale termination rates, expiry of a decision, amendment of a decision, repeal of a decision

Patryk Koralewski, Services based on processing geographical data

Table of contents:

I. Introduction
II. Legal basis for provision of Location Based Services LBS
III. Features of LBS
IV. Techniques and methods of calculating location
1. General remarks
2. Determination of location based on GPS data
3. Determination of location based on wi-fi networks data
3.1. General remarks
3.2. Conditions of service provision based on data on wi-fi points
4. Determination of location based on data gathered in mobile networks
4.1. General remarks
4.2. Processing of location data in connection to provision of telecommunications services
V. Summary

Abstract: Article discusses legal conditions for provision of services based on processing location data (Location Based Services LBS). Article indicates how geographic data concerning location are gathered, which are necessary for the provision of LBS. Identified and discussed are problems of relationships between methods of gathering data on geographical location and legal regulations applied to specific cases of service provision.

Key words: geographical data, location data, value added service, Location Based Service

Stanisław Piątek, New regulatory strategy for telecommunications market

Table of contents:

I. Introduction
II. Structure of the regulatory strategy
III. Investment and the development of infrastructure
IV. Competitiveness
V. Consumer policy
VI. Utilization of radio frequencies
VII. Summary

Abstract:
Article discusses new regulatory strategy of the President of Electronic Communications Office for the telecommunications market. The institutional conditions of documents presenting regulatory strategy are presented. Article discusses strategic goals and instruments, that are to be applied in order to attain declared goals and assess the results. Article indicates market conditions that will accompany the implementation of new strategy.

Key words: strategy, President of UKE, infrastructure, competitiveness, radio frequencies, consumer protection

Legislation and Case Law Reviews

Telecommunications regulation – decisions of President of UKE agreed with other body. Case Comment of the Supreme Court judgment of 24 January 2012 in case III SK 23/11 (Katarzyna Dyl)

Telecommunications regulation – decision on telecommunications access.
Judgment of the Court of Competition and Consumers Protection of 14 June 2012 in case XVII AmT 106/09 (Ewa Galewska)

Book Reviews

Grzegorz Sibiga, *Komunikacja elektroniczna w Kodeksie postępowania administracyjnego. Komentarz,* [*Electronic communications in Administrative Procedure Code*] (Michał Możdżeń-Marcinkowski)

Events and activity reports

National Symposium on Telecommunications and Information Technology (KSTiT 2012), Warsaw, 12-14 September 2012 (Mirosław Fereniec)

internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

Rekomendowany skrót cytowania iKAR

Podstawowe informacje dla Autorów

Teksty do opublikowania w iKAR winny dostarczane na skrzynkę mailową redakcji (ikar@mail.wz.uw.edu.pl) jako dokumenty elektroniczne w edytorach MS Word (2000/XP/2003) lub Open Office.

Artykuły powinny zawierać także spis treści, streszczenie i słowa kluczowe.

Artykuły nie powinny zawierać nie mnie niż 4500, a nie więcej niż 9000 słów.

Redakcja będzie dbać, żeby w iKAR nie miały miejsca przypadki ghostwriting czy guest authorship.

Zasady recenzowania

Wszystkie teksty każdego numeru iKAR są wstępnie recenzowane przez redaktora tematycznego.

Artykuły są oceniane przez dwóch niezależnych recenzentów spoza CARS. Autorzy i recenzenci nie znają swoich tożsamości *(double blind peer review)*.

Recenzja jest sporządzana na formularzu w wersji dla tekstów prawniczych i ekonomicznych, dostępnym na stronie www.ikar.wz.uw.edu.pl. Recenzja kończy się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.

Zbiorcza lista recenzentów iKAR jest publikowana w ostatnim iKAR w danym roku.

Prawa autorskie

iKAR jest dostępny dla każdego czytelnika na podstawie nieodpłatnej licencji Creative Commons 3.0 Polska (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/pl/).

Korzystanie z zawartości całego numeru oraz z każdego z jego tekstów jest zatem uzależnione wyłącznie od akceptowania przez użytkownika trzech zasad: uznania autorstwa, korzystania z tekstów tylko dla celów komercyjnych oraz nietworzenia na ich bazie utworów zależnych.

Udostępnianie

iKAR jest publikowany wyłącznie w wersji elektronicznej za pośrednictwem odrębnej strony internetowej www.ikar.wz.uw.edu.pl.

Jest udostępniany w wersji .pdf dostosowanej m.in. do e-booków.

Będzie także dostępny we wszystkich najważniejszych polskich bazach wolnego dostępu oraz – na zasadach niewyłącznych – w bazach największych polskich wydawców książek i czasopism z zakresu prawa, ekonomii i zarządzania.

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

UNIWERSYTET WARSZAWSKI
WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

- prowadzi badania naukowe
- wydaje książki i periodyki, w tym YARS www.yars.wz.uw.edu.pl oraz iKAR www.ikar.wz.uw.edu.pl
- organizuje konferencje naukowe i warsztaty
- świadczy usługi doradcze i prowadzi szkolenia
- oferuje studia podyplomowe ARIS www.aris.wz.uw.edu.pl
- prowadzi Otwarte Seminarium Doktoranckie
- współpracuje z instytucjami naukowymi w kraju i zagranicą oraz z organami regulacyjnymi (UKE, URE, UTK)