



RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Obywatelskich

Irena LIPOWICZ

RPO-739943-V/13/KM

00-090 Warszawa Tel. centr. 22 551 77 00
Al. Solidarności 77 Fax 22 827 64 53

Warszawa, *21. X. 2013.*

Pan

Michał Boni

Minister Administracji i Cyfryzacji

ul. Królewska 27

00-060 Warszawa

Szanowny Panie Ministrze,

Na tle badanej sprawy dotyczącej uregulowania zawartego w *art. 139 ust. 1a - 1c ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne - Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm. - dalej „Pt”* pragnę przekazać uwagi wskazujące na niekonstytucyjny charakter tych przepisów.

Art. 139 ust. 1 Pt określa zasady dostępu do nieruchomości, w tym do budynku, oraz infrastruktury telekomunikacyjnej będących we władaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Przez infrastrukturę telekomunikacyjną należy rozumieć urządzenia telekomunikacyjne, oprócz telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, oraz w szczególności linie, kanalizacje kablowe, słupy, wieże, maszty, kable, przewody oraz osprzęt, wykorzystywane do zapewnienia telekomunikacji (*art. 2 pkt 8 Pt*).

Art. 139 ust. 1 Pt nakłada na przedsiębiorców telekomunikacyjnych jednolity obowiązek umożliwienia ww. dostępu innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, a także innym podmiotom niebędącym przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, a wykonującym działalność telekomunikacyjną na podstawie odrębnych regulacji (np. na podstawie *art. 4 Pt* lub jednostkom samorządu terytorialnego). Dostęp ten polega w szczególności na:

1) zakładaniu, eksploatacji, nadzorze i konserwacji urządzeń telekomunikacyjnych, jeżeli wykonanie tych czynności bez uzyskania dostępu do nieruchomości i infrastruktury telekomunikacyjnej jest niemożliwe lub niecelowe z punktu widzenia planowania przestrzennego, zdrowia publicznego, ochrony środowiska lub bezpieczeństwa i porządku publicznego;

2) wykorzystywaniu istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku, jeżeli powielenie takiej infrastruktury byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe;

3) doprowadzeniu przyłącza telekomunikacyjnego lub wykonaniu w budynku instalacji telekomunikacyjnej budynku, o ile nie jest możliwe wykorzystanie istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku lub do

budynku nie jest doprowadzone takie przyłącze lub budynek nie jest wyposażony w taką instalację.

Zgodnie z *art. 139 ust. 2 Pt* warunki zapewnienia dostępu, w zakresie, o którym mowa w *ust. 1*, przedsiębiorcy telekomunikacyjni ustalają w umowie, która powinna być zawarta w terminie 30 dni od dnia wystąpienia o jej zawarcie. Umowny sposób zapewnienia dostępu następuje w trybie przepisów o dostępie telekomunikacyjnym (*rozdział 2. Działu II Pt*). Zgodnie bowiem z *art. 139 ust. 4 Pt* do zapewnienia dostępu do nieruchomości, w tym do budynku, oraz infrastruktury telekomunikacyjnej, stosuje się przepisy *art. 27 - 30 Pt, art. 31 ust. 1 Pt oraz art. 33 Pt*. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej w decyzji określa szczegółowe warunki rozliczeń z tytułu zapewnienia tego dostępu uwzględniające stopień występującego w danym przypadku ryzyka.

Przepisy wymienione w odwołaniu regulują zasady, na jakich dochodzi do udzielenia dostępu telekomunikacyjnego, w tym dostępu w zakresie połączeń sieci. Przepis *art. 27 Pt* stanowi o uprawnieniach Prezesa UKE w stosunku do przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzących negocjacje o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym. W *art. 27 ust. 2 i 2b Pt* określona została kompetencja Prezesa UKE do wydania na wniosek każdej ze stron decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy. Wydając decyzję, stosownie do *art. 28 ust. 1 Pt* Prezes UKE powinien wziąć pod uwagę szereg kryteriów, tj.:

- interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych,
- obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych,
- rozwój nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej, w tym promowanie efektywnego inwestowania w dziedzinie infrastruktury oraz technologii innowacyjnych,
- promocję nowoczesnych usług telekomunikacyjnych,
- charakter zaistniałych kwestii spornych oraz praktyczną możliwość wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, zarówno zaproponowanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych będących stronami negocjacji, jak też mogących stanowić rozwiązania alternatywne,
- zapewnienie:
 - a) integralności sieci oraz interoperacyjności usług,
 - b) niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego,
 - c) rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych,
- pozycje rynkowe przedsiębiorców telekomunikacyjnych, których sieci są łączone,
- interes publiczny, w tym ochronę środowiska,
- utrzymanie ciągłości świadczenia usługi powszechnej.

Skutek materialnoprawny decyzji polega na kształtowaniu w akcie władztwa administracyjnego elementów stosunku cywilnoprawnego między przedsiębiorcami

telekomunikacyjnymi, w oparciu o wszystkie wymienione w *art. 28 ust. 1 Pt* przesłanki. Decyzja ta może jednak wola stron zostać zastąpiona umową zawartą pomiędzy zainteresowanymi stronami. Z kolei w *art. 29 Pt* zawarta została kompetencja nadzorcza Prezesa UKE nad treścią umów o dostępie telekomunikacyjnym. Prezes UKE kierując się przesłankami uzasadnionej potrzeby zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług, może w drodze decyzji zmienić lub zobowiązać strony do zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym. W literaturze wskazuje się, że decyzje z *art. 29 Pt* są wydawane z urzędu w celu realizacji interesu publicznego.

Ustawą z dnia 16 listopada 2012 r. o zmianie ustawy - Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2012 r., poz. 1445), do art. 139 Pt dodane zostały ust. la - lc.

Zgodnie z *ust. la* Prezes UKE może wezwać przedsiębiorcę telekomunikacyjnego do przedstawienia informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu, o którym mowa w *art. 139 ust. 1 Pt*.

Na mocy *art. 139 ust. 1b Pt* po przedstawieniu informacji, o której mowa w *ust. la* tego artykułu, Prezes UKE, kierując się potrzebą zapewnienia skutecznej konkurencji, może, w drodze decyzji, określić warunki zapewnienia dostępu do nieruchomości, w tym do budynku, oraz infrastruktury telekomunikacyjnej będących we władaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

W konsekwencji zaś, stosownie do *art. 139 ust. 1c Pt* przedsiębiorca telekomunikacyjny, dla którego została wydana decyzja w sprawie określenia warunków zapewnienia dostępu, jest obowiązany do zawierania umów o dostępie, na warunkach nie gorszych niż określone w tej decyzji.

Powyższe przepisy wprowadzają mechanizm regulacji wyprzedzającej na dostęp do nieruchomości i infrastruktury telekomunikacyjnej pozostającej w dyspozycji przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Decyzja Prezesa UKE wydawana jest w zasadzie w ramach uznania administracyjnego, natomiast jedynym kryterium, które wyraźnie zostało wskazane w przepisie i które powinno motywować działanie regulatora jest zapewnienie skutecznej konkurencji. Decyzją o przymusowo określonych warunkach dostępu może zostać objęty każdy przedsiębiorca telekomunikacyjny, bez względu na posiadaną pozycję rynkową.

Należy zauważyć, że wprowadzona dodatkowa administracyjna droga regulacji wzajemnych stosunków między podmiotami ustalającymi warunki dostępu do infrastruktury oraz nieruchomości stanowi wyjątek od zasady umownego kształtowania tych stosunków. Jest także środkiem wpływającym na stosunki umowne w zakresie dostępu do nieruchomości oraz infrastruktury telekomunikacyjnej najdalej idącym spośród przewidywanych uprzednio przez ustawę, a więc również obciążonym ryzykiem nadmiernej ingerencji władzy publicznej w sferę swobody działalności gospodarczej.

W przeciwieństwie do decyzji rozstrzygających kwestie sporne, o których mowa w *art. 28 ust. 1 Pt* oraz *art. 29 Pt*, decyzja określona w *art. 139 ust. 1b Pt* oparta jest

wyłącznie o niejasną przesłankę zapewnienia skutecznej konkurencji oraz wydana jest w oparciu o ocenę bliżej niesprecyzowanych informacji przedstawionych przez przedsiębiorcę.

Odnosząc się szczegółowo do wskazanych przepisów należy podkreślić, że przepisowi *art. 139 ust. 1a Pt* można przypisać brak dostatecznej jasności. W *art. 6 ust. 1 i 2 Pt* znajduje się już norma prawna nakazująca przedsiębiorcom telekomunikacyjnym przekazywanie informacji niezbędnych do wykonywania przez Prezesa UKE jego uprawnień i obowiązków określonych w *art. 192 ust. 1 Pt*. Przepis ten wskazuje na elementy, które powinno zawierać żądanie informacji, jak również określa, iż żądanie to powinno być proporcjonalne do celu, jakiemu ma służyć. *Art. 6 Pt* określa więc również gwarancje dla podmiotu zobowiązanego do przedstawienia informacji. Związane są z nim także dalsze normy, jak chociażby *art. 9 Pt* przewidujący możliwości zastrzeżenia przedkładanych informacji, dokumentów lub ich części zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast *art. 139 ust. 1a Pt* nie pozwala na stwierdzenie, w jakiej pozostaje relacji do ogólnego przepisu *art. 6 Pt*, który dostatecznie szeroko precyzuje obowiązki przedsiębiorców telekomunikacyjnych, dotyczące przedstawiania informacji na żądanie Prezesa UKE. Zaś w wyniku realizacji przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego niedookreślonego obowiązku z *art. 139 ust. 1a Pt* może zostać wobec niego wszczęte postępowanie administracyjne zmierzające do administracyjnoprawnego uregulowania jego działalności gospodarczej w zakresie dostępu do swoich nieruchomości, w tym do budynku, oraz infrastruktury telekomunikacyjnej.

Kwestia braku przejrzystości w większym jeszcze stopniu dotyczy uregulowania zawartego w *art. 139 ust. 1b Pt*. Przepis ten nie wskazuje, jakimi względami, ujętymi w niejednoznacznej przesłance „potrzeby zapewnienia skutecznej konkurencji”, kieruje się Prezes UKE przy wydawaniu swojej decyzji o warunkach zapewnienia dostępu. Można podzielić zarzut stawiany omawianej regulacji przez Skarżących, że ww. kryterium jest tak ogólne, że może być interpretowane dowolnie, tj. jako wytyczna zmierzająca do ograniczenia zakresu udzielanego dostępu w celu ochrony konkurencji na poziomie rynku hurtowego dostępu do sieci, jak i rozszerzająco w celu zagwarantowania konkurencji na rynku usług detalicznych.

Brak określenia szerszego zakresu przesłanek, które Prezes UKE powinien brać pod uwagę stanowi również niekonsekwencję wobec rozbudowanych celów ustawy wskazanych w *art. 1 ust. 2 Pt*, do których należą wspieranie równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych, rozwój i wykorzystanie nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej, zapewnienie użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych czy zapewnienie neutralności technologicznej.

Co więcej prawodawca pominął to, że w przypadku, w którym Prezes UKE może podejmować interwencję mniej ingerującą w swobodę działalności przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, a więc dotyczącą warunków negocjowanej umowy o warunkach dostępu powinien kierować się katalogiem uwarunkowań wymienionych w *art. 28 ust. 1 Pt*,

zaś w przypadku decyzji określającej jednostronnie treść umów o warunkach zapewnienia dostępu, organ ten ograniczony został jedynie jednym z aspektów związanych z ingerencją regulatora wobec działalności przedsiębiorcy telekomunikacyjnego - potrzebą zapewnienia skutecznej konkurencji.

Decyzja ta może zostać wydana wobec każdego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, niezależnie do tego czy jest przedsiębiorcą o znaczącej pozycji rynkowej. **Omawiane przepisy nie precyzują jednak, w jaki sposób Prezes UKE ustali przesłankę swego działania**, w szczególności brak wskazania czy będzie musiał ustalić stan stosunków konkurencyjnych na danym rynku w jego ujęciu geograficznym oraz jeżeli chodzi o rodzaj kontrolowanych przez danego przedsiębiorcę zasobów infrastrukturalnych.

Uwagę zwraca także brak określenia w przepisie art. 139 ust. 1b Pt, jakie elementy powinna zawierać decyzja. Przepis stanowi jedynie, że będzie ona określała warunki zapewnienia dostępu, nie wskazując precyzyjnie zakresu ustaleń przekazanych do dyskrecjonalnej kompetencji Prezesa UKE a dotyczących współpracy między przedsiębiorcą zobowiązanym na mocy decyzji i jego kontrahentami. W szczególności nie zostało uregulowane, w jaki sposób Prezes UKE będzie ustalał warunki rozliczeń związanych z udzielanym dostępem. Kwestia rozliczeń, przede wszystkim opłat pobieranych za dostęp, jest jednym z głównych czynników rozpatrywanych przez przedsiębiorców w ramach negocjowania umów w tym zakresie.

Z kolei przedsiębiorca telekomunikacyjny zobowiązany do zapewnienia dostępu do nieruchomości i infrastruktury nie powinien ponosić nieuzasadnionego obciążenia ekonomicznego z tego tytułu ani pozostawać w stanie niepewności co do tego, w jaki sposób jego interesy zostaną zrównoważone z zapewnieniem dostępu, o którym mowa w *art. 139 ust. 1 Pt*.

Wobec powyższego w omawianej regulacji nie zostały określone podstawowe elementy wskazujące na granice oddziaływania organu władzy publicznej na stosunki gospodarcze istniejące między uczestnikami rynku międzyoperatorskiego. Przedsiębiorca telekomunikacyjny nie może obecnie stwierdzić, na podstawie zapisu zawartego w art. 139 ust. 1b Pt, na jakich przesłankach Prezes UKE oprze swoją decyzję, jak również nie może przewidzieć, jakie elementy treściowe taka decyzja będzie zawierać, do jakich konkretnie działań i w odniesieniu do jak dużej części swych zasobów będzie przedsiębiorca zobowiązany, i z jakimi konsekwencjami ekonomicznymi będzie wiązało się objęcie decyzją określającą warunki dostępu na rzecz innych operatorów ani czy obowiązek ten jest wydany na określony czas czy bezterminowo.

Należy również podnieść, że wprowadzona regulacja milczy na temat sytuacji, w której Prezes UKE lub zobowiązany przedsiębiorca wskażą na to, że do zapewnienia skutecznej konkurencji nie jest już potrzebna decyzja wydana na podstawie *art. 139 ust. 1b Pt*, gdyż pożądaný stan stosunków między uczestnikami rynku może być utrzymany w oparciu o umowy cywilnoprawne zawierane w ramach swobody kontraktowej.

Powyższe zarzuty dotyczące przepisów *art. 139 ust. 1a - 1c Pt* mogą uzasadniać wniosek, że wprowadzone ustawą nowelizującą przepisy o administracyjnoprawnej regulacji treści umów o warunkach zapewnienia dostępu prowadzą do naruszenia zasady swobody działalności gospodarczej oraz zakazu jej ograniczania, określonych w *art. 20, art. 22* w zw. z *art. 31 ust. 1 Konstytucji*. Z przytoczonych zasad konstytucyjnych wynika, że swoboda działalności gospodarczej, której przejawem jest również swoboda zawierania umów, może doznawać ograniczenia jedynie w drodze ustawy i ze względu na istnienie ważnego interesu publicznego. Jednocześnie orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego nakazuje dokonywać wykładni *art. 22 Konstytucji*, w aspekcie materialnoprawnej przesłanki ograniczenia swobody działalności gospodarczej z uwzględnieniem *art. 31 ust. 3 Konstytucji*. Wprowadzona regulacja może prowadzić do stworzenia warunków nadmiernej i niepopartej dookreślonymi przesłankami ingerencji organu regulacyjnego w stosunki gospodarcze w zakresie dostępu, o którym mowa w *art. 139 ust. 1 Pt*. Natomiast *art. 31 ust. 3 Konstytucji* stanowi, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw muszą pozostawać w zgodzie z zasadą proporcjonalności oraz być stosowane w odpowiedniej relacji pomiędzy wartością dóbr podlegających ograniczeniu a metodą ograniczenia. Ograniczenie takie jest więc dopuszczalne, jeżeli jest „konieczne w demokratycznym państwie”, a więc jest oparte na rzeczywiście niezbędnej ingerencji w zakres praw bądź wolności jednostki, a stosowane środki prawne będą rzeczywiście służyły realizacji zamierzonych przez prawodawcę celów. Chodzi też o środki niezbędne, to znaczy takie, które chronią określone wartości w sposób lub w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 maja 1999 r., sygn. K 13/98, OTK 1999/4/74).

Konfrontując rozwiązania zawarte w *art. 139 1a - 1c Pt* z treścią wskazanych powyżej norm *Konstytucji* oraz z treścią *art. 2 Konstytucji (zasadą poprawnej legislacji)* należy podnieść, że brak określoności tych przepisów ustawy, nawet w przypadku przyznania Prezesowi UKE kompetencji do wydania uznaniowej decyzji określającej danemu przedsiębiorcy warunki zapewnienia dostępu, nie pozwala na stwierdzenie, jakiego rodzaju środek prawny w istocie organ zastosuje. Nie można bowiem odtworzyć minimalnego zakresu treściowego takiego środka. Trudno zatem również stwierdzić czy *art. 139 ust. 1a - 1c Pt* mieści się w dozwolonym przez przepisy *Konstytucji* zakresie działania prawodawcy, ograniczającym swobodę działalności gospodarczej.

Jednocześnie istnieje uzasadniona wątpliwość co do tego czy decyzja nie jest środkiem nadmiernie ingerującym i pozbawionym cech niezbędności. Należy podkreślić, że Prezes UKE na etapie negocjacji umownych warunków dostępu do nieruchomości i infrastruktury ma wśród swych uprawnień środki pozwalające na nadzorowanie tych procesów. Temu działaniu organu służy regulacja zawarta w *art. 139 ust. 1, 2 i 4 Pt* - odsyłająca do stosowania innych przepisów dotyczących negocjowania umów o warunkach dostępu telekomunikacyjnego.

Ponadto kolejnym zarzutem rysującym się na tle stosowania przez Prezesa UKE rozwiązania przyjętego w *art. 139 ust. 1a - 1c Pt* jest ryzyko nierównego traktowania podmiotów posiadających wspólną cechę relewantną (przedsiębiorcy telekomunikacyjni) znajdujących się w porównywalnej sytuacji faktycznej co do zapewnienia warunków dostępu innym uprawnionym podmiotom. Ponieważ w przepisach ustawy nie zostało określone obiektywnie, jakie warunki muszą zaistnieć, by Prezes UKE mógł podjąć swe działania interwencyjne o charakterze *ex ante* oraz, jaki będzie zakres nałożonego w decyzji obowiązku, możliwe są sytuacje nieuzasadnionego różnicowania sytuacji przedsiębiorców zobowiązanych na podstawie decyzji określającej warunki zapewnienia dostępu.

Wskazywanym skutkiem niedookreślonej regulacji *art. 139 ust. 1a - 1c Pt* jest również niepewność przedsiębiorców w podejmowaniu inwestycji służących rozbudowie własnej infrastruktury, gdyż dysponowanie nią, może wiązać się z nieprzewidywalnymi negatywnymi konsekwencjami dla prowadzonej działalności, w postaci określonych przez Prezesa UKE w decyzji administracyjnej warunków zapewnienia dostępu.

Przedstawione zarzuty dotyczące norm zawartych w *art. 139 ust. 1a - 1c Pt* mogą również uzasadniać naruszenie *art. 12 ust. 5 dyrektywy 2002/21/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. U. UE. L. Nr 108, str. 33 ze zm.)*. *Art. 12 dyrektywy ramowej* określa zasady prawidłowej regulacji współkorzystania z infrastruktury. Zgodnie z jego *ust. 5 zd. 1* środki podjęte przez krajowy organ regulacyjny zgodnie z tym artykułem są obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne.

Niedookreślone przesłanki uznaniowego działania organu regulacyjnego stwarzają wątpliwości co do obiektywnego, niedyskryminującego i proporcjonalnego charakteru przyjętego środka.

W związku z powyższym, na podstawie *art. 16 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 ze zm.)* zwracam się do Pana Ministra, z uprzejmą prośbą o zajęcie stanowiska co do wskazanych w piśmie zarzutów dotyczących *art. 139 ust. 1a - 1c Pt* oraz co do potrzeby przeprowadzenia zmian legislacyjnych w tym zakresie.

Z powierzeniem

Jens Jjpcu