

# Marek Szydło

---

## Wyznaczanie przedsiębiorców telekomunikacyjnych posiadających znaczącą pozycję na rynku zgodnie ze znowelizowanym prawem telekomunikacyjnym

---

Kwartalnik Prawa Publicznego 6/2, 201-228

---

2006

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Marek Szydło\*

## WYZNACZANIE PRZEDSIĘBIORCÓW TELEKOMUNIKACYJNYCH POSIADAJĄCYCH ZNACZĄCĄ POZYCJĘ NA RYNKU ZGODNIE ZE ZNOWELIZOWANYM PRAWEM TELEKOMUNIKACYJNYM

### 1. Wyznaczanie przedsiębiorców telekomunikacyjnych posiadających znaczącą pozycję na rynku jako jeden z elementów cyklu regulacyjnego w sektorze telekomunikacyjnym

Sektor telekomunikacyjny jest jednym z tych sektorów gospodarki, które zostały poddane tzw. regulacji na rzecz konkurencji (*regulation for competition*), będącej sposobem wpływania przez państwo na zliberalizowane sektory sieciowe. Najogólniej rzecz ujmując, regulacja na rzecz konkurencji oznacza ogół podejmowanych przez państwo działań, które w swoim założeniu mają tworzyć, poszerzać oraz utrzymywać skuteczną konkurencję w sektorach sieciowych, a więc tam, gdzie działalność gospodarcza jest prowadzona za pomocą sieci infrastrukturalnych (np. sieci telekomunikacyjnych, elektroenergetycznych, gazowych, pocztowych, kolejowych)<sup>1</sup>. W sektorach tych, z uwagi

---

\* Dr Marek Szydło – Adiunkt, Zakład Prawa Administracyjnego Gospodarczego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

<sup>1</sup> Od regulacji na rzecz konkurencji (*regulation for competition*), której celem jest tworzenie w sektorach sieciowych skutecznej konkurencji, należałoby wyraźnie odróżnić tzw. regulację ekonomiczną (*economic regulation*), której celem jest z kolei gwarantowanie społeczeństwu dostępności, przystępności oraz odpowiedniej jakości określonego zestawu usług (zwłaszcza tzw.

na ich specyficzne (strukturalne) cechy<sup>2</sup>, działalność gospodarczą prowadzi wiele takich przedsiębiorstw, które dysponują bardzo dużą siłą rynkową i są w związku z tym w stanie w negatywny (szkodliwy) sposób (a zgodnie ze swoim interesem) wpływać na relacje konkurencyjne na rynku (ograniczając przez to skuteczną konkurencję). Aby temu zapobiec, państwo podejmuje wobec tychże przedsiębiorstw stosowne działania regulacyjne (określane właśnie mianem regulacji na rzecz konkurencji), polegające na nakładaniu na te przedsiębiorstwa – w interesie utrzymania oraz poszerzenia skutecznej konkurencji – określonych obowiązków (tj. nakazów lub zakazów działania). Istotne jest przy tym to, że wspomniane obowiązki mają charakter wyprzedzający, a więc krępują swobodę gospodarczych zachowań przedsiębiorstw, zanim jeszcze przedsiębiorstwa te dopuszczą się antykonkurencyjnych praktyk. W ten sposób podlegające regulacji przedsiębiorstwa poddane są *ex ante* (czyli wyprzedzająco) specjalnemu reżimowi prawnemu, który uniemożliwia lub też co najmniej bardzo utrudnia im dokonywanie działań antykonkurencyjnych. Dzięki temu tworzone są warunki do poszerzania się i umacniania w sektorach sieciowych skutecznej konkurencji<sup>3</sup>.

---

usług powszechnych) świadczonych w omawianych sektorach; ogólnie temat celów regulacji zob. M. Ruffert, *Regulierung im System des Verwaltungsrechts. Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post und Telekommunikation*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 1999, nr 2, s. 246 i n.; P.J. Slot, A. Skudder, *Common Features of Community Law Regulation in the Network-bound Sectors*, „Common Market Law Review” 2001, vol. 38, s. 87 i n.; T. Skoczny, *Wspólnotowe prawo regulacji in statu nascendi* [w:] *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, (red. C. Mik), Toruń 2002, s. 235 i n.; M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 89 i n.

<sup>2</sup> Do cech tych należałoby m. in. zaliczyć: 1) szerokie występowanie w przeszłości w tych sektorach monopoli prawnych, co sprawia, że wiele funkcjonujących w tych sektorach przedsiębiorstw zawdzięcza swoją obecną silną pozycję temu, iż w przeszłości korzystały one z prawnej wyłączności, 2) występowanie w wielu segmentach tych sektorów (zwłaszcza w obszarze zarządzania sieciami) monopoli naturalnego lub też co najmniej pewnych elementów charakterystycznych dla monopoli naturalnego (zwłaszcza chodzi tutaj o ekonomię skali oraz zakresu). Istnienie tychże elementów w wydatny sposób umacnia pozycję rynkową określonych – działających w takich warunkach – przedsiębiorstw, 3) kontrolowanie przez określone przedsiębiorstwa pewnych zasobów lub dóbr niezbędnych dla normalnego prowadzenia działalności gospodarczej w omawianych sektorach (np. urządzeń i instalacji sieciowych, zasobów częstotliwościowych). Kontrolowanie przez określone przedsiębiorstwa wzmiankowanych zasobów sprawia, że pozycja takich przedsiębiorstw jest o wiele silniejsza niż ich rywali rynkowych.

<sup>3</sup> W tym kontekście warto byłoby wspomnieć, że fakt nakładania na poszczególne przedsiębiorstwa określonych obowiązków w sposób wyprzedzający (*ex ante*), a więc zanim jeszcze przedsiębiorstwa te dopuszczą się antykonkurencyjnych działań jest czymś, co w istotny sposób odróżnia regulację (reżim regulacyjny) od typowych instrumentów prawa antymonopolowego, przewidzianych na wypadek dokonywania przez przedsiębiorstwa praktyk ograniczających kon-

W sektorze telekomunikacyjnym (albo – inaczej mówiąc – w sektorze łączności elektronicznej) regulacja na rzecz konkurencji znajduje swoją podstawę prawną w przepisach stosownych dyrektyw wydanych przez Wspólnotę Europejską, a zwłaszcza w przepisach dyrektywy 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (tzw. dyrektywa ramowa)<sup>4</sup>, w przepisach dyrektywy 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (tzw. dyrektywa dostępowo)<sup>5</sup> oraz w przepisach dyrektywy 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (tzw. dyrektywa o usłudze powszechnej)<sup>6</sup>. Dyrektywy te – które państwa członkowskie mają bezwzględny obowiązek implementować – przewidują specjalny kilkietapowy cykl regulacyjny, będący najbardziej wyrazistym przejawem regulacji na rzecz konkurencji w omawianym sektorze. Pierwszy etap wspomnianego cyklu regulacyjnego (o którym to etapie jest mowa w art. 15 dyrektywy ramowej) polega na wyznaczeniu przez krajową władzę regulacyjną określonych rynków właściwych podatnych na regulację *ex ante*. Rynki te są wyznaczane (na szczeblu krajowym) w sposób zgodny z zasadami ogólnego prawa konkurencji, z uwzględnieniem warunków krajowych, przy czym krajowa władza regulacyjna ma obowiązek w możliwie najwyższym stopniu wziąć pod uwagę specjalne Zalecenie Komisji Europejskiej w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podatnych na regulację *ex ante* (obecnie obowiązujące Zalecenie zostało wydane 11.2.2003 r.<sup>7</sup>, przy czym Komisja ma obowiązek dokonywania stałego i regularnego przeglądu tegoż Zalecenia w celu dokonywania w nim w przyszłości ewentualnych zmian). Zalecenie to przede wszystkim wprowadza określone kryteria, których spełnienie

---

kurencję. Te ostatnie instrumenty (zwłaszcza różnego rodzaju sankcje) stosowane są bowiem nie w sposób wyprzedzający (*ex ante*), lecz w sposób następczy (*ex post*), czyli już po zaistnieniu określonej antykonkurencyjnej praktyki, zob. T. Skoczny, *Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa*, „Problemy Zarządzania” 2004, nr 3, s. 16 i n.; M. Szydło, op.cit., s. 96–97; inna sprawa, że również w ramach reżimu regulacyjnego istnieją takie instrumenty prawne, które są stosowane wobec przedsiębiorstw w sposób następczy (*ex post*), a nie tylko wyprzedzająco. Stąd też można się czasem spotkać z podziałem działań regulacyjnych na następcze i wyprzedzające, zob. J. Kühling, *Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften*, München 2004, s. 23 i n.

<sup>4</sup> O.J. 2002, L 108/33.

<sup>5</sup> O.J. 2002, L 108/7.

<sup>6</sup> O.J. 2002, L 108/51.

<sup>7</sup> O.J. 2003, L 114/45.

sprawia, iż dany rynek może być uznany – przez krajową władzę regulacyjną – za rynek podatny na regulację *ex ante*<sup>8</sup>, po czym wymienia też ono listę osiemnastu rynków, które zdaniem Komisji spełniają wzmiankowane kryteria i stąd też powinny być co do zasady poddawane regulacji *ex ante* (regulacji na rzecz konkurencji). Krajowe władze regulacyjne wyznaczają, jak już powiedziano, owe rynki (rynki telekomunikacyjne) zgodnie z warunkami krajowymi, biorąc pod uwagę zasady ogólnego prawa konkurencji oraz przy możliwie daleko idącym uwzględnieniu treści Zalecenia Komisji (tzn. przy uwzględnieniu zarówno kryteriów zawartych w Zaleceniu, jak też zawartej tam listy rynków produktowych podatnych na regulację *ex ante*)<sup>9</sup>, przy czym każdy zamiar (projekt) wyznaczenia rynku właściwego w sposób odbiegający od listy rynków zawartych w Zaleceniu musi zostać zgłoszony Komisji Europejskiej. Komisja może zaś w określonych przypadkach nakazać organowi krajowemu wycofanie się z zamiaru takiego właśnie wyznaczenia rynku właściwego (art. 7 ust. 3 i 4 dyrektywy ramowej).

Drugim etapem przewidzianego w dyrektywach cyklu regulacyjnego jest przeprowadzenie przez krajową władzę regulacyjną analizy każdego ze wspomnianych wyżej rynków, przy uwzględnieniu specjalnych Wytycznych Komisji w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej na gruncie wspólnotowych ram regulacyjnych dla sieci i usług łączności elektronicznej<sup>10</sup>. Analiza taka powinna być przeprowadzana regularnie, zaś jej celem jest ustalenie, czy na danym rynku występuje efektywna konkurencja (to, czy na danym rynku występuje efektywna konkurencja uzależnione jest od tego, czy na tymże rynku działa jedno lub więcej przedsiębiorstw o znaczącej pozycji rynkowej – pkt 27 preambuły do dyrektywy ramowej).

Czynności dokonywane w trzecim etapie cyklu regulacyjnego uzależnione są od wyników przeprowadzonej wcześniej analizy każdego z rynków podatnych na regulację *ex ante*. Jeżeli organ regulacyjny stwierdzi, że na odnośnym rynku nie występuje skuteczna konkurencja, wówczas – w etapie

---

<sup>8</sup> Kryteriami tymi są: 1) występowanie poważnych i trwałych barier wejścia na dany rynek (barier strukturalnych oraz prawnych), 2) brak możliwości osiągnięcia na danym rynku w przewidywanym okresie skutecznej konkurencji z uwagi na charakterystykę tegoż rynku (charakterystykę kosztową, popytową oraz technologiczną), 3) nieskuteczność ogólnego prawa konkurencji w zakresie usuwania istniejących barier i zapewniania efektywnej konkurencji.

<sup>9</sup> W doktrynie wyrażono sugestię, że władze krajowe powinny się w zasadzie ograniczać jedynie do wyznaczania w obrębie danego państwa członkowskiego odnośnych rynków geograficznych w ramach tych rynków produktowych, które zostały wymienione w zaleceniu Komisji, zob. S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 74.

<sup>10</sup> O.J. 2002, C 165/6.

trzecim właśnie – wyznacza on konkretne przedsiębiorstwo posiadające na tymże rynku pozycję znaczącą. W etapie czwartym zaś organ regulacyjny podejmuje decyzję o nałożeniu na to przedsiębiorstwo, utrzymaniu w mocy lub zmianie stosownych obowiązków regulacyjnych, o których jest mowa w przepisach dyrektywy dostępowej lub dyrektywy o usłudze powszechnej. Jeżeli natomiast w ramach przeprowadzanej w etapie drugim analizy rynku organ regulacyjny stwierdzi, że na odnośnym rynku występuje efektywna konkurencja, to wówczas w etapie trzecim nie nakłada na żadne z przedsiębiorstw szczególnych obowiązków regulacyjnych, a jeżeli takowe zostały wcześniej nałożone, to wówczas ma obowiązek je znieść (art. 16 dyrektywy ramowej).

Przedstawiony powyżej kilkietapowy cykl regulacyjny został przewidywany również w polskim porządku prawnym, a konkretnie w ustawie z dnia 16.7.2004 r. Prawo telekomunikacyjne<sup>11</sup>. Ustawa ta została w ostatnim czasie dwukrotnie znowelizowana<sup>12</sup>, przy czym wiele elementów obu tych nowelizacji dotyczyło właśnie omawianego tutaj cyklu regulacyjnego. W najogólniejszym zarysie cykl ten wygląda w następujący sposób. W pierwszym etapie tegoż cyklu minister właściwy do spraw łączności, w drodze wydania stosownego rozporządzenia, wyznacza listę rynków właściwych podatnych na regulację *ex ante* (art. 22 Prawa telekomunikacyjnego). Obecnie obowiązujące w tym zakresie rozporządzenie zostało wydane 25.10.2004 r.<sup>13</sup>, przy czym lista rynków ustalonych w tymże rozporządzeniu jest w pełni zgodna z listą rynków zawartych w Zaleceniu Komisji Europejskiej<sup>14</sup>. Etapem drugim cyklu jest wszczynane przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE) – będącego polskim organem regulacyjnym właściwym w sprawach telekomunikacji<sup>15</sup> – postępowanie administracyjne w sprawie ustalenia, czy na odno-

<sup>11</sup> Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.

<sup>12</sup> Zob. ustawę z 29.12.2005 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2006 r., Nr 12, poz. 66) oraz ustawę z 29.12.2005 r. o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych właściwych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji (Dz. U. Nr 267, poz. 2258).

<sup>13</sup> Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 25.10.2004 r. w sprawie określenia rynków właściwych podlegających analizie przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (Dz.U. Nr 242, poz. 2420).

<sup>14</sup> W rozporządzeniu wyznaczono 7 rynków właściwych na szczeblu detalicznym (§ 1 rozporządzenia) oraz 11 rynków właściwych na szczeblu hurtowym (§ 2 rozporządzenia).

<sup>15</sup> Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE) przejął zadania i kompetencje dotychczas właściwego w omawianych sprawach organu regulacyjnego, tj. Prezesa Urzędu Telekomunikacji i Poczty (URTYP), zob. art. 4 ustawy z 29.12.2005 r. o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych właściwych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji.

śnym (podatnym na regulację *ex ante*) rynku występuje skuteczna konkurencja. Postępowanie takie jest wszczynane (w drodze postanowienia) niezwłocznie po wydaniu lub zmianie rozporządzenia, o którym była mowa wyżej, jednak nie później niż w terminie 30 dni od wejścia w życie lub każdej zmiany rozporządzenia (art. 23 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego). Jeżeli zaś wzmiankowane rozporządzenie nie ulega zmianie, to wówczas postępowanie to musi być wszczynane przez Prezesa UKE regularnie, nie rzadziej niż co dwa lata (art. 21 ust. 5 Prawa telekomunikacyjnego). Omawiane tutaj postępowanie – w ramach którego przeprowadzana jest analiza każdego z rynków właściwych, następująca z uwzględnieniem Wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej – może się zakończyć w dwojaki sposób. Po pierwsze, jeżeli Prezes UKE ustali, że na danym rynku występuje skuteczna konkurencja, to wówczas postępowanie to kończy się wydaniem przez Prezesa UKE, w porozumieniu z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), postanowienia, w którym organ ten stwierdza, że na danym analizowanym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja (art. 23 ust. 2–4 Prawa telekomunikacyjnego). Następnie, w trzecim etapie cyklu regulacyjnego, Prezes UKE w drodze decyzji administracyjnej znosi wszelkie obowiązki regulacyjne, jakie w przeszłości były ewentualnie nałożone na przedsiębiorcę posiadającego na takim rynku znaczącą pozycję (art. 25 ust. 4 w zw. z art. 21 ust. 5 pkt 3 Prawa telekomunikacyjnego).

Po drugie zaś, może się zdarzyć, iż Prezes UKE ustali (w etapie drugim), że na danym analizowanym rynku skuteczna konkurencja nie występuje, jako że na rynku tym działa jeden lub więcej przedsiębiorców o znaczącej pozycji rynkowej. Wówczas przechodzi on do trzeciego etapu cyklu regulacyjnego, w którym wyznacza, w drodze decyzji administracyjnej, przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych posiadających na tymże rynku znaczącą pozycję (art. 24 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego). W takim zatem przypadku wszczęte w etapie drugim cyklu regulacyjnego postępowanie w sprawie analizy rynku kończy się nie – tak jak w sytuacji opisanej wcześniej – wydaniem kończącego go postanowienia (stwierdzającego, iż na danym rynku występuje skuteczna konkurencja), lecz kończy się decyzją administracyjną wskazującą konkretnego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców jako posiadających znaczącą pozycję na rynku. Czwarty z kolei etap cyklu regulacyjnego, który to etap *nota bene* pokrywa się w sensie czasowym z etapem trzecim, polega na nałożeniu na wskazanego przedsiębiorcę (lub przedsiębiorców) określonych obowiązków regulacyjnych, względnie też na utrzymaniu tychże obowiązków lub ich zmianie (art. 25 ust. 4 w zw. z art. 21 ust. 5 pkt 1, 2 i 4 Prawa telekomunikacyjnego).

Niniejsze opracowanie w głównej mierze poświęcone zostanie drugiemu oraz trzeciemu etapowi wzmiankowanego wyżej cyklu regulacyjnego, a więc analizie odnośnych rynków właściwych (podatnych na regulację *ex ante*) oraz wyznaczeniu przedsiębiorcy lub przedsiębiorców, którzy posiadają na tychże rynkach pozycję znaczącą. W pierwszym przy tym rządzie podjęta zostanie próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy etapy te stanowią (lub też mogą stanowić) przedmiot jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego, unormowanego w kodeksie postępowania administracyjnego (k.p.a.).

## 2. Analiza rynku oraz wyznaczanie przedsiębiorców telekomunikacyjnych posiadających znaczącą pozycję na rynku jako przedmiot jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego

Jak była już o tym mowa, postępowanie w sprawie analizy określonego – podatnego na regulację *ex ante* – rynku wszczynane jest przez Prezesa UKE w drodze postanowienia (art. 23 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego). W doktrynie zwrócono uwagę na fakt, że postanowienie to nie ma ściśle oznaczonego adresata, lecz kierowane jest faktycznie do wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzących działalność telekomunikacyjną na danym (analizowanym) rynku. Postanowienie to nie nakłada przy tym bezpośrednio na tychże przedsiębiorców żadnych obowiązków<sup>16</sup>.

W tym kontekście trzeba zauważyć, że wzmiankowane postanowienie nie wszczyna bynajmniej żadnego jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego, do którego wprost należałoby stosować przepisy k.p.a. Trzeba przecież pamiętać, że k.p.a. stosuje się jedynie w „sprawach indywidualnych rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnych” (art. 1 pkt 1 k.p.a.), a więc po prostu w indywidualnych sprawach administracyjnych. To właśnie indywidualne sprawy administracyjne są przedmiotem jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego (o którym jest mowa w przepisach k.p.a.), przy czym sprawa administracyjna jest to otwarta kwestia (a więc swego rodzaju pytanie) dotyczące tego, czy w danym stanie faktycznym (w danej sytuacji życiowej) oraz wobec ściśle oznaczonego podmiotu (adresata) można zastosować określoną generalno-abstractyjną normę prawną, czyli dokonać jej konkretyzacji (tj. przekształcenia w normę indywidualno-konkretną). Efektem tejże konkretyzacji powinno być ustalenie pewnych praw lub obowiązków danego podmiotu (adresata)<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 237.

<sup>17</sup> Na temat pojęcia „sprawy administracyjnej” zob.: W. Dawidowicz, *Zarys procesu administracyjnego*, Warszawa 1989, s. 7–8; J. Zimmermann, *Polska jurysdykcja administracyjna*,



Istotne jest również zastrzeżenie, że byt sprawy administracyjnej ma charakter obiektywny i jest warunkowany prawem przedmiotowym, jako że sprawa ta powstaje nie wskutek woli strony czy też woli organu administracji, lecz wskutek ziszczenia się w rzeczywistości społecznej tych faktów, które wyróżnia hipoteza stosownej normy prawa materialnego, upoważniającej właściwy organ administracji do orzekania w danej sprawie. Sprawa administracyjna ma przy tym charakter uprzedni względem postępowania administracyjnego, którego jest przedmiotem i w którym jest rozpatrywana oraz rozstrzygana. Uprzednie zaistnienie (powstanie) sprawy administracyjnej jest niezbędną przesłanką umożliwiającą wszczęcie każdego jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego, zaś postępowanie wszczęte w sytuacji nieistnienia sprawy administracyjnej jest po prostu bezprzedmiotowe i powinno być bezzwłocznie umorzone<sup>18</sup>.

Poczynione powyżej teoretyczne uwagi na temat pojęcia sprawy administracyjnej mają w omawianym tutaj kontekście dosyć istotne znaczenie, gdyż przekonują, iż wszczynane przez Prezesa UKE (w drodze postanowienia) postępowanie w sprawie analizy rynku nie jest typowym jurysdykcyjnym postępowaniem administracyjnym, którego przedmiotem musi być przecież (indywidualna) sprawa administracyjna. W omawianym przypadku za sprawę administracyjną należałoby uznać kwestię tego, czy wobec ściśle określonego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców można skonkretyzować normę prawną zawartą w art. 24 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, a więc czy można autorytatywnie stwierdzić, że określony przedsiębiorca lub przedsiębiorcy posiadają na danym (poddawanym analizie) rynku pozycję znaczącą. Sprawa ta (kwestia) powstaje wtedy, gdy albo dany przedsiębiorca lub przedsiębiorcy rzeczywiście uzyskają taką pozycję na rynku albo też, gdy zmieni się przedsiębiorca lub przedsiębiorcy posiadający na tymże rynku pozycję znaczącą, względnie też gdy nastąpi zmiana wydawanego przez ministra właściwego do spraw łączności rozporządzenia ustalającego rynki właściwe (podatne na regulację *ex ante*) i na którymś z nowo wyznaczonych w ten sposób rynków określony przedsiębiorca lub przedsiębiorcy uzyskają pozycję znaczącą. We wskazanych powyżej momentach powstaje (zostaje wykreowana) indywidu-

---

Warszawa 1996, s. 28 i n.; T. Woś, *Pojęcie „sprawy” w przepisach kodeksu postępowania administracyjnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, nr 1022, Prawo CLXVIII, Wrocław 1990, s. 329 i n.; K. Jandy-Jendrośka, J. Jendrośka, *System jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego* [w:] *System prawa administracyjnego*, t. III, (red. T. Rabska, J. Łętowski), Ossolineum 1978, s. 195–196; T. Kiełkowski, *Sprawa administracyjna*, Zakamycze 2004, s. 11 i n.

<sup>18</sup> Por. T. Kiełkowski, *op.cit.*, s. 32–33.

alna sprawa administracyjna i to właśnie ona może stać się przedmiotem jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego.

Tymczasem postępowanie w sprawie analizy rynku (o którym jest mowa w art. 23 Prawa telekomunikacyjnego) nie jest bynajmniej wszczynane bezpośrednio po to, aby wspomnianą wyżej sprawę administracyjną rozpatrzyć oraz rozstrzygnąć. Celem tegoż postępowania jest bowiem jedynie autorytatywne stwierdzenie przez Prezesa UKE prawnie relewantnej okoliczności, tj. tego, czy dany rynek jest czy też nie jest skutecznie konkurencyjny (zaś kwestia tego, czy dany rynek jest czy też nie jest skutecznie konkurencyjny nie może być uznana za „sprawę administracyjną” w przedstawionym wyżej rozumieniu). Prawdą jest oczywiście, że w trakcie tego postępowania następuje badanie rynku oraz analiza pozycji konkurencyjnej poszczególnych jego uczestników (przedsiębiorców). Niemniej jednak wspomniane postępowanie nie jest prowadzone w sprawie żadnego indywidualnego przedsiębiorcy, tym bardziej, że w momencie jego wszczynania wcale nie jest jeszcze wiadome, czy na danym rynku rzeczywiście działa przedsiębiorca lub przedsiębiorcy o znaczącej pozycji. Może być bowiem tak, że żaden przedsiębiorca o znaczącej pozycji na odnośnym rynku nie funkcjonuje, a wówczas przecież nie powstaje (nie zostaje wykreowana) żadna „sprawa administracyjna”, która mogłaby być przedmiotem jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego. Nawet zaś, jeżeli na danym rynku określony przedsiębiorca lub przedsiębiorcy posiadają taką pozycję (w rezultacie czego powstaje sprawa administracyjna), to przecież na etapie wszczynania postępowania w sprawie analizy rynku Prezes UKE nie może o tym jeszcze wiedzieć (nie może być tego pewnym) i w rezultacie nie może też zainicjować typowego jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego, prowadzonego przecież zawsze w sprawie ściśle określonego podmiotu lub podmiotów. Na omawianym tutaj etapie Prezes UKE nie wie zatem jeszcze, w sprawie którego z przedsiębiorców mógłby on ewentualnie zainicjować typowe jurysdykcyjne postępowanie administracyjne (tj. postępowanie, do którego wprost stosuje się przepisy k.p.a.).

Jeżeli w wyniku analizy odnośnego rynku Prezes UKE ustali, że występuje na nim skuteczna konkurencja (jako że nie działa tam żaden przedsiębiorca o znaczącej pozycji), to wówczas wydaje stwierdzające ten fakt postanowienie, zamykając w ten sposób prowadzone postępowanie (art. 23 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego). Oczywiście, zgodnie z tym, co zostało już powiedziane, postanowienie to nie może być uznane za rozstrzygające jakąkolwiek sprawę administracyjną i konkretyzujące w ten sposób czyjekolwiek prawa lub obowiązki. Jest to bowiem postanowienie *stricte* proceduralne, kończące w formalny sposób analizę rynku.

Jeżeli natomiast w wyniku przeprowadzonej analizy odnośnego rynku Prezes UKE ustali, iż nie występuje na nim skuteczna konkurencja (bo działa tam jeden lub więcej przedsiębiorca posiadający pozycję znaczącą), to wówczas – jak o tym stanowi art. 24 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego – „wyznacza przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych o znaczącej pozycji na rynku właściwym” (oraz nakłada na nich obowiązki regulacyjne przewidziane w ustawie). To „wyznaczenie” przedsiębiorcy posiadającego pozycję znaczącą następuje w drodze decyzji administracyjnej (art. 25 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego) i musi być oczywiście poprzedzone normalnym (jurysdykcyjnym) postępowaniem administracyjnym. Przedmiotem tego postępowania jest „sprawa administracyjna” w przedstawionym wyżej rozumieniu, która jest przez Prezesa UKE – w trybie przepisów k.p.a. – rozpatrywana oraz rozstrzygana.

Problem polega jednak na tym, że nie jest do końca jasne, czy postępowanie w sprawie „wyznaczenia” przedsiębiorcy posiadającego pozycję znaczącą jest w sensie prawnym postępowaniem w pełni odrębnym od postępowania w sprawie analizy rynku, a więc wszczynanym odrębnie i niezależnie od tego ostatecznego postępowania, czy też jest może ono kontynuacją postępowania w sprawie analizy rynku i nie musi być w sposób odrębny wszczynane (inicjowane).

Odpowiedź na powyższe pytanie była prosta i oczywista w poprzednim stanie prawnym, tj. przed dokonaną 29.12.2005 r. nowelizacją przepisów Prawa telekomunikacyjnego. Wówczas bowiem art. 23 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego (w dawnym brzmieniu) jednoznacznie stanowił, że zakończenie postępowania w sprawie analizy rynku w każdym przypadku (a więc niezależnie od jego wyniku) następuje w drodze postanowienia (w postanowieniu tym organ regulacyjny stwierdzał, czy na danym analizowanym rynku występuje czy też nie występuje skuteczna konkurencja). Jasne więc było, że „wyznaczenie” przedsiębiorcy lub przedsiębiorców posiadających znaczącą pozycję musiało następować w zupełnie odrębnym w sensie prawnym postępowaniu (w postępowaniu jurysdykcyjnym właśnie), którego przedmiotem była typowa sprawa administracyjna. Rozwiązanie takie wydawało się być przy tym stosunkowo czytelne (przejrzyste) oraz w pełni poprawne z punktu widzenia podstawowych zasad rządzących jurysdykcją administracyjną. Mimo to zostało ono jednak poddane krytyce przez S. Piątka, który stwierdził, iż polska ustawa zupełnie niepotrzebnie przewidziała odrębne postępowanie, w którym w sposób abstrakcyjny rozstrzyga się o konkurencyjności danego rynku lub o jej braku<sup>19</sup>. Byłoby bowiem lepiej, jak utrzymywał powołany au-

<sup>19</sup> S. Piątek, *Komentarz...*, s. 237–238.

tor, gdyby analiza rynku oraz rozstrzygnięcie o posiadaniu przez danego przedsiębiorcę pozycji znaczącej następowały w ramach jednego i tego samego postępowania, gdyż dzięki temu Prezes UKE mógłby łatwiej jakoby stosować Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej.

W dokonanej 29.12.2005 r. nowelizacji przepisów Prawa telekomunikacyjnego ustawodawca podążył co do zasady wskazaną powyżej przez S. Piątka drogą, gdyż uchylił konieczność wydawania przez Prezesa UKE odrębnego postanowienia konstatującego brak skutecznej konkurencji na odnośnym rynku. Wprawdzie w sytuacji, gdy rynek jest skutecznie konkurencyjny Prezes UKE nadal wydaje stwierdzające ten fakt postanowienie (art. 23 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego)<sup>20</sup>, niemniej jednak w przypadku, gdy na danym rynku skuteczna konkurencja nie występuje Prezes UKE nie wydaje już żadnego postanowienia (inaczej zatem niż miało to miejsce w poprzednim stanie prawnym), lecz od razu przechodzi do „wyznaczenia” (w drodze decyzji administracyjnej) określonego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców jako posiadających na danym rynku pozycję znaczącą. Wyznaczenie tegoż przedsiębiorcy lub przedsiębiorców następuje, rzecz jasna, w ramach jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego, a ponieważ w takim przypadku postępowanie w sprawie analizy rynku nie jest formalnie zamykane należy, jak się wydaje, sądzić, że ustawodawca chciał, by postępowanie w sprawie wyznaczenia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców o znaczącej pozycji było w sensie prawnym prostą kontynuacją postępowania w sprawie analizy rynku. Skoro bowiem to ostatnie postępowanie nie zostaje zakończone w sposób formalny (tj. w drodze postanowienia), zaś jego wyniki dają podstawę do „wyznaczenia” przedsiębiorcy lub przedsiębiorców o pozycji znaczącej, to można chyba przyjąć, że w zamierzeniu ustawodawcy oba omawiane tutaj etapy cyklu regulacyjnego miały po prostu stanowić przedmiot jednego i tego samego w sensie prawnym postępowania.

Od razu jednak trzeba w tym miejscu stwierdzić, że takie rozwiązanie prawne (przyjęte przez ustawodawcę w wyniku ostatniej nowelizacji Prawa telekomunikacyjnego) nie jest bynajmniej prawidłowe, gdyż pozostaje w sprzeczności z podstawowymi zasadami rządzącymi jurysdykcją administracyjną. Można oczywiście zrozumieć wolę ustawodawcy pewnego uproszczenia i odformalizowania cyklu regulacyjnego, co znalazło swój wyraz w zrezygnowaniu z konieczności wydawania odrębnego postanowienia stwierdzającego brak na od-

---

<sup>20</sup> Przy czym postanowienie to – w przeciwieństwie do poprzedniego stanu prawnego – może być zaskarżone zażaleniem, wnoszonym do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu ochrony konkurencji i konsumentów (art. 206 ust. 2b Prawa telekomunikacyjnego).

nośnym rynku skutecznej konkurencji. Niemniej jednak w obecnym stanie prawnym jedno postępowanie administracyjne, rozpoczynane przez Prezesa UKE postanowieniem inicjującym analizę danego rynku, a kończące się decyzją wyznaczającą przedsiębiorcę lub przedsiębiorców o znaczącej pozycji na tymże rynku, obejmuje w istocie – w sensie prawnym – dwa zupełnie różne i odrębne postępowania, mające odmienny charakter oraz przedmiot. Pierwsze postępowanie, tj. postępowanie w sprawie analizy rynku, ma charakter jedynie wyjaśniający, gdyż jego przedmiotem nie jest bynajmniej typowa sprawa administracyjna. Postępowanie to nie jest prowadzone w sprawie żadnego określonego przedsiębiorcy i nie kończy się też konkretyzacją czyichkolwiek praw lub obowiązków. Tymczasem postępowanie drugie, tj. postępowanie w sprawie wyznaczenia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców o znaczącej pozycji na danym rynku, jest już jak najbardziej postępowaniem jurysdykcyjnym, gdyż jego przedmiotem jest typowa (indywidualna) sprawa administracyjna. Postępowanie to ma w swoim założeniu doprowadzić do skonkretyzowania obowiązków ściśle określonego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców, a więc do autorytatywnego stwierdzenia, że przedsiębiorca ten lub przedsiębiorcy posiadają na odnośnym rynku pozycję znaczącą. W postępowaniu tym kodeks postępowania administracyjnego powinien być stosowany w całej pełni oraz wprost (bezpośrednio), w przeciwieństwie do postępowania pierwszego, w którym może on być co najwyżej (i jedynie) stosowany odpowiednio. Biorąc powyższe pod uwagę należałoby stwierdzić, że oba omawiane tutaj postępowania powinny *de lege ferenda* toczyć się odrębnie i niezależnie od siebie: najpierw pierwsze postępowanie (wyjaśniające) powinno zostać w sposób formalny zamknięte (najlepiej postanowieniem), zaś dopiero potem może zostać wszczęte postępowanie drugie (jurysdykcyjne). *De lege lata* sprawa wygląda jednak inaczej, co należy uznać za poważny mankament obecnej regulacji prawnej.

Warto w tym miejscu dodać, że takie rozwiązanie prawne, gdzie jurysdykcyjne postępowanie administracyjne poprzedzane jest swego rodzaju postępowaniem wyjaśniającym (którego przedmiotem nie jest jeszcze żadna określona sprawa administracyjna) nie jest bynajmniej niczym wyjątkowym i nadzwyczajnym, jako że przewidują je również niektóre inne akty prawne<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> W tym kontekście należy chociażby wspomnieć o ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów (ustawa z 15.12.2000 r., t.j.: Dz.U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080). Ustawa ta w art. 42 i 43 przewiduje specjalne postępowanie wyjaśniające, które może poprzedzać wszczęcie typowego (jurysdykcyjnego) postępowania antymonopolowego lub też postępowania (także jurysdykcyjnego) w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (art. 42 ust. 2 u.o.k.i k.). Postępowanie wyjaśniające może mieć przy tym na celu m.in. wstępne ustalenie, czy

Co więcej, w doktrynie postępowania administracyjnego zauważa się, że w istocie każde typowe jurysdykcyjne postępowanie administracyjne poprzedzone jest czymś w rodzaju mniej lub bardziej rozbudowanego postępowania wyjaśniającego, mającego doprowadzić do ustalenia, czy dana sprawa administracyjna rzeczywiście istnieje (czy rzeczywiście już powstała) i czy może być w związku z tym przedmiotem jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego<sup>22</sup>. Takie postępowanie wyjaśniające ma też dać organowi administracji wstępny (prowizoryczny) obraz danej sprawy administracyjnej. Słuszne jest więc to, że również postępowanie w sprawie wyznaczenia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców o znaczącej pozycji rynkowej jest poprzedzone specjalnym postępowaniem wyjaśniającym w sprawie analizy rynku. Rozwiązanie to stanowi nie tylko przejaw implementacji odnośnych przepisów dyrektywy ramowej (dyrektywy 2002/21/WE), ale jest również w pełni zasadne z praktycznego (pragmatycznego) punktu widzenia: trudno byłoby przecież zgodzić się na to, żeby Prezes UKE wszczynał jurysdykcyjne postępowanie administracyjne (w sprawie wyznaczenia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców o znaczącej pozycji rynkowej) nie mając jeszcze dostatecznej pewności, czy dana sprawa administracyjna w ogóle istnieje. Problem polega tylko na tym, co raz jeszcze warto dobitnie powtórzyć, że oba te postępowania (wyjaśniające oraz jurysdykcyjne) powinny być toczone odrębnie od siebie, a nie być łączone – tak jak to jest obecnie – w jedno w istocie postępowanie.

Odmienny w sensie prawnym charakter obu wskazanych wyżej postępowań nie jest oczywiście w stanie przekreślić faktu, że pomiędzy tymi postępowaniami istnieją liczne związki funkcjonalne. Należy przecież pamiętać, że w postępowaniu w sprawie analizy rynku Prezes UKE gromadzi liczne dane oraz informacje obrazujące stan danego rynku oraz panującą na nim sytuację konkurencyjną. Bada on pozycję rynkową poszczególnych – działają-

---

nastąpiło naruszenie przepisów ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym, czy dana sprawa ma charakter antymonopolowy (art. 43 ust. 2 pkt 1 u.o.k. i k.). Jak z powyższego wynika, jurysdykcyjne postępowanie antymonopolowe może zostać poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym, przy czym przedmiotem tego ostatniego postępowania nie jest jeszcze bynajmniej żadna (indywidualna) sprawa administracyjna. Postępowanie to bowiem ma dopiero doprowadzić do ustalenia, czy rzeczywiście doszło już do powstania (wykreowania) sprawy administracyjnej (sprawy antymonopolowej), która następnie mogłaby stać się przedmiotem jurysdykcyjnego postępowania antymonopolowego.

<sup>22</sup> Por. J. Borkowski, *Decyzja administracyjna*, Warszawa 1970, s. 165; J. Filipek, *Założenia strukturalne procesu administracyjnego* [w:] *Studia z dziedziny prawa administracyjnego*, (red. L. Bar), Ossolineum 1971, s. 196; M. Zimmermann, *Z rozważań nad postępowaniem jurysdykcyjnym i pojęciem strony w kodeksie postępowania administracyjnego* [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Kamila Stefki*, Warszawa–Wrocław 1967, s. 444; T. Kielkowski, *op.cit.*, s. 121.

cych na analizowanym rynku – przedsiębiorców oraz zachodzące pomiędzy nimi powiązania i zależności<sup>23</sup>. Takie badanie powinno pozwolić Prezesowi UKE zdobyć względną pewność co do tego, czy któryś ze wspomnianych przedsiębiorców (a jeśli tak, to który) posiada na odnośnym rynku pozycję znaczącą. W oparciu o te wszystkie zgromadzone uprzednio dane rynkowe Prezes UKE może następnie wszcząć (jurysdykcyjne) postępowanie administracyjne, którego przedmiotem będzie autorytatywne wyznaczenie określonego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców jako posiadających znaczącą pozycję rynkową. W postępowaniu tym Prezes UKE będzie rzecz jasna w szerokim zakresie wykorzystywał oraz, przynajmniej częściowo, powtórnie weryfikował wszelkie dowody (środki dowodowe) zdobyte w postępowaniu w sprawie analizy rynku, przy czym istotną różnicą w porównaniu z tym ostatnim postępowaniem będzie to, iż w postępowaniu w sprawie wyznaczenia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców o znaczącej pozycji rynkowej będzie już uczestniczył w charakterze strony określony przedsiębiorca (lub przedsiębiorcy), którego (których) indywidualnego interesu prawnego postępowanie to będzie przecież dotyczyło. Stronie tej lub stronom Prezes UKE będzie musiał w pełni zagwarantować te wszystkie uprawnienia proceduralne, jakie wynikają dla nich z przepisów k.p.a., w tym zwłaszcza uprawnienie do czynnego udziału w postępowaniu oraz uprawnienie do wypowiedzenia się na temat zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań (art. 10 § 1 k.p.a.)<sup>24</sup>. Ważne jest też to, iż w postępowaniu tym, jeszcze przed wydaniem kończącej je decyzji, trzeba będzie przeprowadzić określoną procedurę uzgodnieniową z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK)<sup>25</sup>.

### 3. Pojęcie przedsiębiorcy lub przedsiębiorców posiadających znaczącą pozycję na rynku

Jak była już o tym szeroko mowa, postępowanie w sprawie wyznaczenia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców o znaczącej pozycji ma do-

---

<sup>23</sup> Warto dodać, że w zakresie niezbędnym do dokonania badania rynku przedsiębiorcy telekomunikacyjni są obowiązani do udzielania Prezesowi UKE, na jego żądanie, wszelkich informacji oraz dostarczania mu posiadanych przez siebie dokumentów – art. 21 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego.

<sup>24</sup> Zob. B. Adamiak [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 82 i n.; P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 55 i n.; A. Wróbel [w:] M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Zakamycze 2000, s. 149 i n.

<sup>25</sup> Art. 25 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego; zob. szerzej w punkcie 4 niniejszego opracowania.

prorowadzić do autorytatywnego stwierdzenia, że na odnośnym rynku dany przedsiębiorca (lub przedsiębiorcy) pozycję taką rzeczywiście posiada (lub posiadają). Jak przy tym stanowi art. 24 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, „znaczącą pozycję rynkową zajmuje przedsiębiorca telekomunikacyjny, który na rynku właściwym samodzielnie posiada pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego”. Wynika z tego, że prowadzone przez Prezesa UKE (jurysdykcyjne) postępowanie administracyjne (a jeszcze wcześniej postępowanie wyjaśniające w sprawie analizy rynku) powinno prowadzić do ustalenia, czy na danym rynku określony przedsiębiorca posiada pozycję dominującą w rozumieniu przyjmowanym we wspólnotowym prawie konkurencji. Ustawodawca przyjął bowiem rozwiązanie, zgodnie z którym znacząca pozycja rynkowa jest równoznaczna z pozycją dominującą na rynku, tak, jak się ją definiuje na użytek prawa wspólnotowego, a konkretnie na użytek art. 82 TWE.

Zrównanie znaczącej pozycji na rynku telekomunikacyjnym z pozycją dominującą w rozumieniu przepisów wspólnotowego prawa konkurencji jest zabiegiem, którego dokonał również ustawodawca wspólnotowy, co znalazło swój wyraz w art. 14 ust. 2 dyrektywy ramowej<sup>26</sup>. Istotna natomiast różnica w porównaniu z polskim unormowaniem polega na tym, że dyrektywa ramowa wprost (*expressis verbis*) stanowi, czym jest pozycja dominująca na rynku i jak właściwie należy ją rozumieć. Mianowicie, dane przedsiębiorstwo telekomunikacyjne powinno być uznawane za posiadające pozycję dominującą wów-

---

<sup>26</sup> Na marginesie warto wspomnieć, że w poprzednim stanie prawnym, tj. pod rządami dyrektyw dotyczących sektora telekomunikacji uchwalonych w latach 90-tych ubiegłego wieku, przyjmowano, iż znaczącą pozycję rynkową posiada przedsiębiorstwo, którego udział w danym rynku przekracza pułap 25% (zob. art. 4 ust. 3 dyrektywy 97/33/WE, O.J. 1997, L 199/32; art. 2 ust. 1 lit. i) dyrektywy 98/10/WE, O.J. 1998, L 101/24; art. 2 ust. 3 dyrektywy 92/44/EWG, O.J. 1992, L 165/27). Wobec takich też przedsiębiorstw adresowano cały mechanizm regulacji wyprzedzającej (regulacji *ex ante*). W końcu wszakże ustawodawca wspólnotowy doszedł do wniosku, że „konceptcja znaczącej pozycji rynkowej ustalonej na poziomie 25% udziału w rynku spełniła swoją rolę w początkowym okresie otwierania rynków telekomunikacyjnych. Obecnie jednak, na rynkach znacznie bardziej złożonych i dynamicznych, uzasadnione jest zastosowanie mechanizmu adresowania regulacji wyprzedzającej na podstawie kryterium siły rynkowej odpowiadającej dominacji w rozumieniu wspólnotowego prawa konkurencji. Stosowanie instrumentów regulacji wyprzedzającej już na poziomie 25% udziału w rynku mogłoby utrudnić rozwój nowych operatorów, którzy stopniowo wzmocniają swoją pozycję na rynku”: S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne...*, s. 73; na temat pojęcia „znaczącej pozycji rynkowej” w rozumieniu dyrektywy ramowej oraz jego stosunku wobec pojęcia „pozycji dominującej” w rozumieniu przepisów wspólnotowego prawa konkurencji zob.: A. De Stree, *The new concept of „significant market power” in electronic communications: the hybridisation of the sectoral regulation by competition law*, „European Competition Law Review” 2003, vol. 24, s. 535 i n.



czas, gdy posiada „tak silną pozycję ekonomiczną, że uprawnia go ona do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów” (art. 14 ust. 2 dyrektywy ramowej).

Warto dodać, że Europejski Trybunał Sprawiedliwości wypracował w swoim orzecznictwie nieco bardziej rozbudowaną definicję pozycji dominującej. W licznych swoich orzeczeniach miał bowiem nie raz okazję stwierdzać, że pozycja dominująca jest to pozycja siły ekonomicznej posiadana przez przedsiębiorstwo, która umożliwia mu zapobieganie (przeszkadzanie w powstawaniu) skutecznej konkurencji na danym (relevantnym) rynku oraz która pozwala mu zachowywać się w znaczącym stopniu niezależnie od jego konkurentów, klientów oraz konsumentów<sup>27</sup>. Jednakże ta drobna dystynkcja pomiędzy obydwoma definicjami nie stanowi jakiegoś istotniejszego problemu, jako że art. 14 ust. 2 dyrektywy ramowej wyraźnie stanowi, iż oceniając, czy dane przedsiębiorstwo (lub przedsiębiorstwa) ma (lub mają) dominującą pozycję na rynku, krajowe organy regulacyjne powinny w postępować „zgodnie z przepisami prawa wspólnotowego”, co obejmuje też oczywiście obowiązek uwzględniania całości orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości oraz Sądu Pierwszej Instancji. Warto wspomnieć, że w orzecznictwie tym wielokrotnie wskazywano na rozmaite kryteria (czynniki) pomocne (i mające instruktywny charakter) przy ustalaniu tego, czy dane przedsiębiorstwo posiada na odnośnym (relevantnym) rynku pozycję dominującą. Do kryteriów tych zalicza się m.in.: udział danego przedsiębiorstwa w rynku (zarówno bezwzględny, jak też względny, a więc w porównaniu do innych konkurentów), rozmiar i wielkość danego przedsiębiorstwa, posiadany przez nie dostęp do źródeł (środków) finansowych, techniczna (technologiczna) przewaga przedsiębiorstwa, dysponowanie przez nie prawami własności przemysłowej lub intelektualnej, posiadanie rozbudowanej sieci dystrybucyjnej, istnienie określonych barier wejścia na dany rynek, a także brak potencjalnej konkurencji<sup>28</sup>. Wszystkie te,

---

<sup>27</sup> Zob. orzeczenia ETS w sprawach: 85/76 *Hoffmann-La Roche i Co AG v. Komisja* ECR [1979] 461, pkt 38; 27/76 *United Brands Company i United Brands Continentaal BV v. Komisja* ECR [1978] 207, pkt 65; 322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Komisja* ECR [1983] 3461, pkt 30.

<sup>28</sup> Zob. szerzej: C. W. Baden Fuller, *Article 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position*, „European Law Review” 1979, vol. 4, s. 427 i n.; V. Korah, *Concept of a dominant position within the meaning of article 86*, „Common Market Law Review” 1980, vol. 17, s. 399–400, s. 406 i n.; R. Lane, *EC Competition Law*, „Pearson Education Limited” 2000, s. 148; C. E. Mosso, S. Ryan, *Article 82 – Abuse of a dominant position [w:] The EC law of competition*, (red. J. Faull, A. Nikpay), Oxford 1999, s. 125 i n.; D.G. Goyder, *EC Competition Law*, Oxford 2003, s. 268 i n.; J. Steiner, L. Woods, C. Twigg-Flesner, *Textbook on EC Law*,

wskazane tutaj jedynie przykładowo, kryteria powinny być również brane pod uwagę przy ocenie tego, czy dane przedsiębiorstwo telekomunikacyjne posiada na odnośnym (poddanym regulacji *ex ante*) rynku właściwym pozycję znaczącą, tym bardziej, że o kryteriach tych wyraźnie wspominają także Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej na gruncie wspólnotowych ram regulacyjnych dla sieci i usług łączności elektronicznej. Jak zaś stanowi art. 14 ust. 2 dyrektywy ramowej, w trakcie ustalania pozycji dominującej (znaczącej) Wytyczne te powinny być przez krajowe organy regulacyjne brane pod uwagę, na równi z innymi przepisami wspólnotowego prawa konkurencji<sup>29</sup>.

Treść wzmiankowanych wyżej Wytycznych została przy tym w określonym zakresie implementowana w polskim Prawie telekomunikacyjnym, a konkretnie w art. 24 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego. Przepis ten stanowi mianowicie, iż oceniając posiadanie przez danego przedsiębiorcę pozycji znaczącej na rynku właściwym Prezes UKE powinien w szczególności brać pod uwagę następujące kryteria:

- 1) udział przedsiębiorcy w rynku właściwym (w orzecznictwie ETS uznaje się, że z reguły dopiero udział przedsiębiorcy w rynku właściwym na poziomie wyższym niż 40% przemawia za posiadaniem przez tego przedsiębiorcę pozycji dominującej; trzeba wszakże dodać, że sam – oceniany w oderwaniu od innych kryteriów – udział w rynku nie jest jeszcze w stanie w miarodajny sposób przesądzić o posiadaniu pozycji dominującej lub też znaczącej);
- 2) brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej (brak takiej zasadności sprawia, że pozycja rynkowa już działającego na danym rynku przedsiębiorcy zostaje przez to utrwalona i wzmocniona)<sup>30</sup>;

---

Oxford 2003, s. 443 i n.; D. Wyatt, A. Dashwood, *The substantive law of the EEC*, London 1980, s. 299 i n.; V. Emmerich, *Kartellrecht*, München 2001, s. 431 i n.; R. Bieber, *Wettbewerbspolitik* [w:] B. Beutler, R. Bieber, J. Pipkorn, J. Streil, *Die Europäische Gemeinschaft – Rechtsordnung und Politik*, Baden-Baden 1987, s. 343–344.

<sup>29</sup> W związku z powyższym art. 23 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego stanowi, że przeprowadzana przez Prezesa UKE analiza rynków właściwych (poddanych regulacji *ex ante*) powinna następować „z uwzględnieniem” Wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej. Należy to rozumieć w ten sposób, że wspomniane Wytyczne muszą być uwzględniane przez Prezesa UKE nie tylko w trakcie analizy rynku, o której jest mowa w art. 23 Prawa telekomunikacyjnego (a więc w ramach swobodnego postępowania wyjaśniającego), ale także w trakcie „wyznaczenia” określonego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców jako posiadających pozycję znaczącą (a więc w ramach jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego).

<sup>30</sup> W wydanych przez siebie Wytycznych Komisja podkreśla, że dla uznania, iż dany przedsiębiorca posiada pozycję znaczącą nie jest bynajmniej konieczne by kontrolowana przez niego

- 3) istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorcy (dla stwierdzenia pozycji znaczącej wspomniana przewaga musi być wszakże zjawiskiem trwałym, zaś na rynkach charakteryzujących się szybkimi zmianami technologicznymi – a do takich rynków z pewnością należą rynki telekomunikacyjne – jest to raczej mało prawdopodobne);
- 4) brak albo niewielki poziom równoważącej siły nabywczej (tj. siły reprezentowanej przez stronę popytową);
- 5) łatwy bądź uprzywilejowany dostęp przedsiębiorcy do rynków kapitałowych bądź zasobów finansowych (który to dostęp istotnie odbiega od normalnych warunków rynkowych);
- 6) ekonomię skali (ekonomia skali polega na tym, że w miarę rosnącego ruchu oraz struktury sieci spada przeciętny koszt jednostki usługi)<sup>31</sup>;
- 7) ekonomię zakresu (ekonomia zakresu występuje wówczas, gdy połączenie wytwarzania w jednym przedsiębiorstwie dwóch lub więcej różnych rodzajów usług sprawia, że koszt ich wytwarzania jest niższy, niż gdyby ich świadczenie następowało w odrębnych przedsiębiorstwach);
- 8) pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy (w sektorze telekomunikacyjnym pionowa integracja polega najczęściej na tym, że jeden przedsiębiorca łączy w swoim ręku zarówno działalność na rynkach hurtowych, polegającą na eksploatacji sieci, jak też działalność na rynkach detalicznych, polegającą na świadczeniu usług użytkownikom końcowym za pomocą tejże sieci<sup>32</sup>; taka pionowa integracja znacząco wzmacnia pozycję rynkową danego przedsiębiorcy);

---

infrastruktura telekomunikacyjna mieściła się w kategorii *essential facility* w rozumieniu wspólnotowego prawa konkurencji; na temat *essential facility* zob. szerzej: B. Doherty, *Just what are essential facilities?*, „Common Market Law Review” 2001, vol. 38, s. 397 i n.; A. Capobianco, *The essential facility doctrine: similarities and differences between the American and the European approach*, „European Law Review” 2001, vol. 26, s. 548 i n.

<sup>31</sup> Przewagę oraz korzyści, jakie daje danemu przedsiębiorcy ekonomia skali należy przy tym wyraźnie odróżniać od korzyści wynikających z lepszego wykorzystania przez przedsiębiorcę zdolności przesyłowych swojej sieci. O ile te pierwsze korzyści rzeczywiście dają danemu przedsiębiorcy trwałą przewagę konkurencyjną i przesadzają w dużej mierze o posiadaniu przez niego pozycji znaczącej, o tyle te drugie korzyści już takiej trwałej przewagi konkurencyjnej nie dają i mogą być łatwo uzyskane także przez innych (konkurencyjnych) przedsiębiorców, chociażby poprzez przyciągnięcie nowych klientów do swoich sieci, zob. decyzję Komisji w sprawie FI/2004/0082: dostęp i rozpoczynanie połączeń w publicznych sieciach telefonii ruchomej w Finlandii, COM (2004) 3682 *final*, pkt 32–34.

<sup>32</sup> Przy czym wykonywaniem tych dwóch różnych rodzajów działalności mogą się zajmować dwie jednostki organizacyjne wewnątrz tego samego przedsiębiorstwa (np. dwa zakłady)

- 9) poziom rozwoju sieci dystrybucji i sprzedaży przedsiębiorcy (rozwinęta sieć dystrybucji i sprzedaży wydatnie ułatwia danemu przedsiębiorcy docieranie do użytkowników końcowych);
- 10) brak potencjalnej konkurencji (a więc brak jakiegokolwiek przedsiębiorcy, który byłby zdolny wejść na dany rynek właściwy w średnio-okresowym horyzoncie czasowym);
- 11) istnienie barier dla dalszego rozwoju przedsiębiorcy oraz rynku właściwego, a także
- 12) istnienie barier wejścia na rynek właściwy (bariery takie mogą mieć bardzo różny charakter; mogą być one bowiem barierami strukturalnymi, wynikającymi z panujących na rynku warunków kosztowych i popytowych, jak też mogą być barierami prawnymi lub regulacyjnymi, a więc wynikającymi ze stosowania przez państwo określonych środków ustawowych lub administracyjnych; w każdym wszakże przypadku bariery takie utrudniają przedsiębiorcom wchodzenie na dany rynek i umacniają pozycję rynkową już tam działających przedsiębiorców).

Dla stwierdzenia, iż dany przedsiębiorca telekomunikacyjny posiada na danym rynku pozycję znaczącą nie jest bynajmniej konieczne łączne występowanie tych wszystkich wymienionych wyżej kryteriów (art. 24 ust. 6 Prawa telekomunikacyjnego). Należy się przy tym chyba zgodzić z twierdzeniem, że im większy jest udział w rynku danego przedsiębiorcy (kryterium pierwsze), tym mniejszą rolę odgrywają kryteria pozostałe<sup>33</sup> i tym bardziej jest prawdopodobne stwierdzenie jego znaczącej pozycji na rynku (co nie znaczy oczywiście, że te pozostałe kryteria mogą być w ogóle pominięte)<sup>34</sup>.

W dotychczasowych rozważaniach wielokrotnie była mowa o tym, że Prezes UKE wyznacza, jako posiadających na danym rynku pozycję znaczącą, określonego „przedsiębiorcę lub przedsiębiorców”. Wyznaczenie określonego

---

lub też mogą się tym zajmować dwa różne przedsiębiorstwa, które wprawdzie są od siebie odrębne w sensie prawnym, ale są ze sobą powiązane majątkowo i kapitałowo i są własnością tego samego podmiotu (przedsiębiorcy).

<sup>33</sup> Por. V. Emmerich, *op.cit.*, s. 431.

<sup>34</sup> Przykładowo, w sprawie FI/2004/0082 Komisja stwierdziła, że mimo, iż operator sieci ruchomej *TeliaSonera* posiadał na określonym rynku udział przekraczający 60%, to jednak po wzięciu pod uwagę wielu innych kryteriów nie można było uznać, że operator ten posiada na tymże rynku pozycję znaczącą, zob. decyzję Komisji w sprawie FI/2004/0082: dostęp i rozpoczęcie połączeń w publicznych sieciach telefonii ruchomej w Finlandii, C(2004)3682 *final*, zwłaszcza pkt 8 i 37–39; na temat tej decyzji zob. szerzej: L. Di Mauro, A. G. Inotai, *Market analyses under the New Regulatory Framework for electronic communications: context and principles behind the Commission's first veto decision*, „Competition Policy Newsletter” 2004, nr 2, s. 52 i n.

„przedsiębiorcy” (liczba pojedyncza) następuje wtedy, gdy posiada on pozycję znaczącą „samodzielnie” (zob. uwagi wyżej). Natomiast wyznaczenie przez Prezesa UKE „przedsiębiorców” (liczba mnoga) może nastąpić w dwóch – istotnie różniących się od siebie – sytuacjach. Po pierwsze, może to nastąpić w sytuacji, gdy na danym rynku właściwym pozycję znaczącą posiada niezależnie od siebie dwóch lub więcej przedsiębiorców. Nie są to wprawdzie sytuacje częste, tym niemniej może się zdarzyć tak, że np. na jednym rynku będzie działało dwóch silnych przedsiębiorców, którzy łącznie posiadają przeważający udział w rynku (np. 80 lub 90%) i ostro przy tym ze sobą konkurują. Wówczas Prezes UKE w jednej decyzji wyznacza tych dwóch przedsiębiorców jako posiadających pozycję znaczącą i rozstrzyga w ten sposób dwie, w sensie prawnym odrębne od siebie, sprawy administracyjne.

Po drugie natomiast, wyznaczenie przez Prezesa UKE „przedsiębiorców” (liczba mnoga), jako posiadających na danym rynku pozycję znaczącą, może nastąpić w sytuacji, w której przedsiębiorcy ci posiadają tzw. kolektywną pozycję znaczącą. Pojęcie kolektywnej pozycji znaczącej definiuje art. 24 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego, zgodnie z którym „Dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmuje kolektywną pozycję znaczącą, jeżeli nawet przy braku powiązań organizacyjnych lub innych związków między nimi posiadają na rynku właściwym pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego”. Chodzi zatem tutaj o sytuację, w której dwóch lub więcej przedsiębiorców posiada względem swoich konkurentów, klientów i konsumentów taką samą pozycję rynkową, jaką posiada jeden przedsiębiorca o pozycji dominującej, z tym wszakże zastrzeżeniem, że pomiędzy tymi – posiadającymi kolektywną pozycję znaczącą – przedsiębiorcami nie może istnieć żadna efektywna konkurencja. Brak takiej konkurencji może być przy tym wynikiem powiązań organizacyjnych lub innych formalnych związków pomiędzy wspomnianymi przedsiębiorcami, aczkolwiek dla stwierdzenia kolektywnej pozycji znaczącej istnienie takich powiązań i związków nie jest bynajmniej konieczne. Wystarczy bowiem, że przedsiębiorcy ci niejako milcząco upodabniają do siebie swoje zachowania rynkowe, a więc antycypując reakcję rywali (lub rywali) dostosowują wzajemnie do siebie swoją politykę rynkową<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Na temat pojęcia kolektywnej pozycji dominującej na gruncie wspólnotowego prawa konkurencji (które to pojęcie jest odpowiednikiem kolektywnej pozycji znaczącej w sektorze telekomunikacyjnym) zob. np. J.S. Venit, *Two steps forward and no steps back: economic analysis and oligopolistic dominance after Kali&Salz*, „Common Market Law Review” 1998, vol. 35,

W orzecznictwie sądów wspólnotowych oraz w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej została wypracowana lista pewnych czynników, których zaistnienie na danym rynku sprawia, iż rynek ten staje się szczególnie podatny na kolektywną dominację (i sprzyja milczącemu uzgadnianiu przez przedsiębiorców swoich działań). Czynniki te zostały przeniesione również na grunt polskiego Prawa telekomunikacyjnego i wymienione w art. 24 ust. 5 powołanej ustawy. Należą do nich m.in.:

- 1) dojrzałość rynku,
- 2) zastój albo umiarkowany wzrost popytu,
- 3) niska elastyczność popytu,
- 4) jednorodność produktów,
- 5) podobne struktury kosztów przedsiębiorców,
- 6) podobne udziały w rynku,
- 7) brak innowacji technologicznych, dojrzałość technologii,
- 8) brak możliwości zwiększenia produkcji lub świadczenia usług,
- 9) wysokie bariery dostępu do rynku,
- 10) brak równoważącej siły nabywczej,
- 11) brak potencjalnej konkurencji,
- 12) różnego rodzaju nieformalne lub inne powiązania pomiędzy danymi przedsiębiorcami,
- 13) brak albo ograniczenie konkurencji cenowej,
- 14) możliwość stosowania mechanizmów odwetowych.

Należy podkreślić, że wyznaczając dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych jako posiadających na danym rynku kolektywną pozycję znaczącą Prezes UKE rozstrzyga w istocie jedną sprawę administracyjną (a nie, jak w sytuacji pierwszej, dwie lub więcej odrębne sprawy administracyjne), gdyż w tym przypadku rozstrzygana sprawa administracyjna ma tak naprawdę charakter wielopodmiotowy i dotyczy wspólnego interesu prawnego dwóch lub więcej podmiotów.

---

s. 1101 i n.; G. Monti, *The scope of collective dominance under articles 82 EC*, „Common Market Law Review” 2001, vol. 38, s. 131 i n.; S. Baxter, F. Dethmers, *Collective dominance under EC merger control – after Airtours and the introduction of unilateral effects is there still a future for collective dominance*, „European Competition Law Review” 2006, vol. 27, s. 148 i n.; H. Haupt, *Collective dominance under article 82 E.C. and E.C. merger control in the light of the Airtours judgment*, „European Competition Law Review” 2002, vol. 23, s. 434 i n.; C. Gordon, *Collective dominance: the third way*, „European Competition Law Review” 2001, vol. 22, s. 416 i n.; C.E. Mosso, S. Ryan, op.cit., s. 138 i n.; V. Emmerich, op.cit., s. 434–435; B. Majewska-Jurczyk, *Dominacja w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Wrocław 1998, s. 101 i n.

#### 4. Współdziałanie Prezesa UKE z Prezesem UOKiK w trakcie wyznaczania przedsiębiorcy lub przedsiębiorców o znaczącej pozycji rynkowej

Art. 25 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego stanowi, że decyzja dotycząca wyznaczenia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców o znaczącej pozycji na rynku właściwym jest przez Prezesa UKE wydawana „w porozumieniu” z Prezesem UOKiK. Wydawanie decyzji administracyjnej przez jeden organ w porozumieniu z innym organem jest określoną formą współdziałania dwóch różnych organów administracji i od strony proceduralnej zostało uregulowane w art. 106 k.p.a. Ten ostatni przepis stanowi, że 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 (§1). Organ załatwiający sprawę, zwracając się do innego organu o zajęcie stanowiska, zawiadamia o tym stronę (§2). Organ obowiązany do zajęcia stanowiska może w razie potrzeby przeprowadzić postępowanie wyjaśniające (§4), przy czym zajęcie stanowiska przez ten organ następuje w drodze postanowienia, na które służy stronie zażalenie (§5)<sup>36</sup>. Z powyższego wynikałoby, że wydanie przez Prezesa UKE decyzji administracyjnej wyznaczającej określonego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców jako posiadających znaczącą pozycję rynkową może nastąpić dopiero po wydaniu przez Prezesa UOKiK stosownego postanowienia wyrażającego jego stanowisko w danej sprawie, przy czym z istoty działania „w porozumieniu” wynika, że w kwestii posiadania przez określonego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców pozycji znaczącej stanowiska Prezesa UKE oraz Prezesa UOKiK muszą być ze sobą zgodne (a nie rozbieżne).

W praktyce współdziałanie Prezesa UKE z Prezesem UOKiK w trakcie wyznaczania przedsiębiorcy lub przedsiębiorców o znaczącej pozycji rynkowej wywołuje wiele sporów i kontrowersji. Podstawowa wątpliwość dotyczy przy tym tego, na jakim etapie prowadzonego przez siebie (jurysdykcyjnego) postępowania administracyjnego Prezes UKE powinien występować do Prezesa UOKiK, aby ten zajął w danej sprawie – w drodze postanowienia – swoje stanowisko. W tym zakresie istnieją bowiem zasadniczo dwie możliwości<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Zob. szerzej J. Borkowski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, op.cit., s. 489 i n.; P. Przybysz, op.cit., s. 229 i n.; A. Wróbel [w:] M. Jaśkowska, A. Wróbel, op.cit., s. 587 i n.

<sup>37</sup> Por. B. Podlasek, *Współdziałanie Prezesa URTiP i Prezesa UOKiK przy ustalaniu znaczącej pozycji rynkowej operatorów telekomunikacyjnych* [w:] *Regulacje rynku telekomunikacji*

Po pierwsze, Prezes UKE może występować do Prezesa UOKiK o zajęcie stanowiska w końcowym stadium prowadzonego przez siebie postępowania, a więc już po przeprowadzeniu (przy czynnym udziale strony) postępowania dowodowego, po przekonaniu się, że określony przedsiębiorca lub przedsiębiorcy rzeczywiście posiadają pozycję znaczącą oraz po przygotowaniu przez siebie projektu decyzji administracyjnej rozstrzygającej daną sprawę. W takim przypadku Prezes UOKiK musiałby się ustosunkować do już gotowego i przekazanego mu przez Prezesa UKE projektu decyzji. Mógłby on oczywiście przeprowadzić w określonym zakresie postępowanie wyjaśniające (art. 106 § 4 k.p.a.), lecz byłoby to jedynie postępowanie dla własnych potrzeb (tj. dla potrzeb wydania postanowienia) i nie zastępowałoby ono w żadnym razie głównego postępowania dowodowego, pozostającego w zakresie kompetencji Prezesa UKE. Prezes UOKiK musiałby rzecz jasna wyrazić swoją zgodę (aprobatę) na treść przekazanej mu przez Prezesa UKE decyzji, aczkolwiek nie rozstrzygałby bynajmniej we własnym zakresie, że określony przedsiębiorca lub przedsiębiorcy posiadają znaczącą pozycję rynkową.

Po drugie, do wyobrażenia jest jeszcze taki model współdziałania Prezesa UKE z Prezesem UOKiK w omawianych tutaj sprawach, w którym główny ciężar postępowania dowodowego w tym zakresie bierze na siebie Prezes UOKiK. Do pomyslenia jest zatem sytuacja, w której Prezes UKE po wszczęciu przez siebie jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego przekazuje wszelkie posiadane przez siebie dane i informacje rynkowe (pozyskane chociażby w ramach analizy rynku) Prezesowi UOKiK, zaś ten przeprowadza pełne postępowanie dowodowe, wraz z pogłębioną analizą struktury i konkurencyjności danego rynku. Następnie wydaje on postanowienie stwierdzające fakt posiadania przez określonego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców pozycji znaczącej i przekazuje je Prezesowi UKE. W dalszej kolejności Prezes UKE uzupełnia ewentualnie postępowanie dowodowe (zapewniając przy tym czynny udział stronie lub stronom) oraz wydaje formalną decyzję administracyjną o uznaniu danego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców za posiadających pozycję znaczącą.

Warto w tym miejscu dodać, że w orzecznictwie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) były w przeszłości bronione i akceptowane oba omówione wyżej modele współdziałania<sup>38</sup>, co świadczy o dużej niekon-

---

*cyjnego. Stwierdzenie znaczącej pozycji rynkowej operatorów – problemy proceduralne*, (red. M. Kulesza, A. Szpor), Warszawa 2005, s. 39 i n.

<sup>38</sup> I tak, pierwszy model współdziałania został zaprezentowany w postanowieniu SOKiK z 29.12.2003 r. (XVII Amz 18/03). Z kolei model drugi został zaakceptowany przez SOKiK w wyroku z 10.5.2004 r. (XVII Amt 3/03). Treść obu orzeczeń znajduje się w cytowanej już pracy:



sekwencji tego sądu oraz o braku jednolitości stanowisk w gronie jego sędziów<sup>39</sup>. Wydaje się przy tym, że obecnie należałoby się zdecydowanie opowiedzieć za pierwszym z wyżej omówionych modeli współdziałania, jako że jedynie on w prawidłowy sposób odzwierciedla intencje prawodawcy (i to zarówno prawodawcy polskiego, jak i wspólnotowego). Trzeba bowiem pamiętać, że to właśnie Prezes UKE jest organem regulacyjnym w sprawach telekomunikacji i że to właśnie na nim powinien spoczywać główny ciężar postępowania w sprawach wyznaczania przedsiębiorców o pozycji znaczącej. Powinien on zatem zawsze przeprowadzać pełne postępowanie dowodowe (z czynnym udziałem strony) i dopiero w końcowym stadium postępowania powinien przekazywać przygotowany przez siebie projekt decyzji administracyjnej Prezesowi UOKiK. Ten ostatni musi oczywiście zaaprobować jej treść (aby Prezes UKE mógł wydać formalną decyzję kończącą postępowanie), lecz to bynajmniej nie on jest tym organem, który przeprowadza zasadnicze czynności dowodowe w omawianym tutaj postępowaniu.

Na zakończenie warto byłoby się odnieść do jeszcze jednej spornej kwestii dotyczącej współdziałania Prezesa UKE i Prezesa UOKiK w trakcie postępowania prowadzącego do wyznaczenia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców o pozycji znaczącej. Kwestią tą jest mianowicie znaczenie prawomocności postanowienia wydawanego przez Prezesa UOKiK dla możliwości wydania przez Prezesa UKE decyzji administracyjnej kończącej postępowanie w sprawie. Otóż do czasu ostatniej nowelizacji Prawa telekomunikacyjnego nie było do końca jasne, czy Prezes URTiP mógł wydać wspomnianą decyzję administracyjną dopiero w momencie, gdy postanowienie Prezesa UOKiK stało się prawomocne (a więc nie zostało w terminie zaskarżone zażaleniem do SOKiK lub też zostało przez SOKiK utrzymane w mocy), czy też może Prezes URTiP był uprawniony do wydania decyzji administracyjnej nawet wtedy, gdy postanowienie Prezesa UOKiK nie było jeszcze prawomocne (gdyż np. nie upłynął jeszcze termin wniesienia zażalenia lub też sprawa dotycząca zażalenia jest jeszcze przez SOKiK rozpatrywana). Również w tej kwestii orzecznictwo SOKiK nie było jednolite<sup>40</sup>, przy czym wydaje się, że należało się wówczas opo-

---

*Regulacje rynku telekomunikacyjnego. Stwierdzenie znaczącej pozycji rynkowej operatorów – problemy proceduralne*, s. 194 i n.

<sup>39</sup> Przyznał to nawet Przewodniczący Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, sędzia Andrzej Turliniński, zob.: *Regulacje rynku telekomunikacyjnego...*, s. 23.

<sup>40</sup> Przykładowo, w wyroku z 18.2.2004 r. (XVII Amt 2/03) SOKiK stwierdził, że Prezes URTiP może wydać decyzję administracyjną nawet mimo nieprawomocności postanowienia Prezesa UOKiK. Z kolei w wyroku z dnia 17.6.2004 r. (XVII Amt 4/03) SOKiK stanął na stanowisku, że dopiero prawomocne postanowienie Prezesa UOKiK daje Prezesowi URTiP możliwość wydania decyzji administracyjnej rozstrzygającej sprawę.

wiedzieć za rozwiązaniem do pewnego stopnia kompromisowym. Mianowicie, można było przyjąć, że Prezes URTiP był uprawniony do tego, by wydać decyzję administracyjną wyznaczającą określonego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców jako posiadających pozycję znaczącą, nawet, jeżeli postanowienie Prezesa UOKiK nie było jeszcze prawomocne. Tyle tylko, że jeżeli następnie od decyzji tej wniesione zostało do SOKiK odwołanie i jeżeli na dzień zamknięcia rozprawy przed SOKiK wspomniane zażalenie wciąż jeszcze nie było prawomocne, to wówczas decyzja Prezesa URTiP musiała zostać przez SOKiK uchylona. Jeżeli natomiast na dzień zamknięcia rozprawy przed SOKiK postanowienie Prezesa UOKiK było już prawomocne, to wówczas brak było podstaw prawnych, aby decyzję Prezesa URTiP uchylać, nawet, jeżeli została ona wydana w momencie, gdy postanowienie to nie korzystało jeszcze z atrybutu prawomocności<sup>41</sup>. Jak się wydaje, rozwiązanie takie było najbardziej prawidłowe, gdyż z jednej strony sprzyjało ono szybkości postępowania i zapobiegało sabotowaniu przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych procesu regulacyjnego, zaś z drugiej strony chroniło też ono w należyty sposób uprawnienia proceduralne stron postępowania.

W obecnym stanie prawnym powyższe rozważania – dotyczące znaczenia prawomocności postanowienia wydawanego przez Prezesa UOKiK dla możliwości wydania przez Prezesa UKE decyzji administracyjnej kończącej postępowanie w sprawie – tracą w ogóle sens, jako że zgodnie ze znowelizowanym Prawem telekomunikacyjnym „Na postanowienie wydane w trybie art. 106 Kodeksu postępowania administracyjnego przez organ współdziałający z Prezesem UKE, zażalenie nie przysługuje” (art. 206 ust. 4). W praktyce oznacza to, iż omawiane tutaj postanowienie Prezesa UOKiK jest już od chwili swojego wydania prawomocne i nie może zostać w odrębny sposób zaskarżone ani też wzruszone. Ewentualna zaś ocena jego legalności oraz merytorycznej zasadności możliwa jest jedynie w ramach toczącego się przed SOKiK postępowania odwoławczego, zainicjowanego wniesieniem odwołania od – kończącej postępowanie w sprawie – decyzji wydawanej przez Prezesa UKE. Dzięki temu cały proces regulacyjny ma szansę toczyć się sprawniej i efektywniej, gdyż nie będzie mógł być niepotrzebnie przewlekany przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wnoszących często zupełnie bezzasadne zażalenia na postanowienia Prezesa UOKiK.

---

<sup>41</sup> S. Piątek, *Komentarz...*, s. 254.

## 5. Przyszłe możliwe i pożądane zmiany legislacyjne w zakresie wyznaczania przedsiębiorców posiadających znaczącą pozycję na rynku

Chociaż znowelizowane Prawo telekomunikacyjne, wprowadzające nowe zasady wyznaczania przedsiębiorców posiadających znaczącą pozycję na rynku, dopiero niedawno weszło w życie, na horyzoncie rysują się już projekty kolejnych zmian, które być może za jakiś czas staną się legislacyjną rzeczywistością i ponownie zmodyfikują normatywny kształt regulacji tego dynamicznie rozwijającego się sektora gospodarki. Mam tu mianowicie na myśli zmiany, jakie w omawianym tutaj zakresie zamierza w przyszłości wprowadzić Komisja Europejska, która w listopadzie 2005 roku zainicjowała proces publicznych konsultacji na temat pożądanych modyfikacji legislacyjnych we wspólnotowym prawie łączności elektronicznej. Wspomniane zmiany będą przy tym polegały zarówno na wydaniu nowego przez Komisję nowego Zalecenia w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podatnych na regulację *ex ante*, jak też na znowelizowaniu – po przeprowadzeniu rzecz jasna formalnego postępowania ustawodawczego z udziałem Rady i Parlamentu Europejskiego – całego obowiązującego obecnie pakietu dyrektyw łączności elektronicznej. Nie ulega wątpliwości, że sygnalizowane tutaj zmiany są obecnie bardzo potrzebne, przy czym wymusza je zarówno postępująca zmiana warunków rynkowych, jak też dynamika stale się dokonującego w omawianym sektorze postępu technologicznego.

Jeśli chodzi o pożądany i postulowany kształt przyszłego Zalecenia Komisji w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podatnych na regulację *ex ante*, to w tym kontekście w doktrynie zwrócono uwagę na fakt, że zmiany wymagają już same kryteria wyodrębniania rynków podatnych na regulację *ex ante*<sup>42</sup>. Kryteria te nie są bynajmniej proste w praktycznym stosowaniu i stąd też zaproponowano

---

<sup>42</sup> Należy przypomnieć, że obecnie kryteriami tymi są: 1) występowanie poważnych i trwałych barier wejścia na dany rynek (barier strukturalnych oraz prawnych), 2) brak możliwości osiągnięcia na danym rynku w przewidywanym okresie skutecznej konkurencji z uwagi na charakterystykę tegoż rynku (charakterystykę kosztową, popytową oraz technologiczną), 3) nieskuteczność ogólnego prawa konkurencji w zakresie usuwania istniejących barier i zapewniania efektywnej konkurencji.

w związku z tym rozważenie określonej ich modyfikacji. Ponadto z całą pewnością, czego już nikt nie kwestionuje, pewnych zmian będzie wymagała lista konkretnych – obecnie 18 – rynków podatnych na regulację wyprzedzającą, gdyż takie chociażby rynki, jak rynek usług tranzytowych świadczonych w sieciach stacjonarnych, czy też rynek dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych sieciach telefonicznych wydają się już być dostatecznie konkurencyjne, co uzasadnia wyłączenie ich spod obowiązku periodycznego analizowania<sup>43</sup>.

Jeśli chodzi natomiast o postulowane – a dotyczące omówionego w niniejszym opracowaniu obszaru tematycznego – zmiany w dyrektywach łączności elektronicznej, to warto zwrócić uwagę na zgłoszoną w doktrynie propozycję nieco innego niż dotychczas ustalania przedsiębiorców posiadających na danym rynku pozycję znaczącą. O ile przy tym w odniesieniu do przedsiębiorców, którzy taką pozycję posiadają samodzielnie zmiany takie nie są obecnie konieczne (chodzi jedynie o dalszą konwergencję stosowanych tutaj zasad z tymi, które obowiązują również w ramach prawa antymonopolowego), o tyle w przypadku przedsiębiorców posiadających kolektywną pozycję znaczącą (a więc na rynkach oligopolistycznych) warto byłoby rozważyć nieco inne sposoby ustalania ich kolektywnej pozycji, gdyż zasady wykształcone w tym zakresie w prawie antymonopolowym się wydają być – z uwagi na specyfikę wąskich oligopoli w sektorze łączności elektronicznej – w pełni adekwatne<sup>44</sup>.

Z kolei Komisja Europejska w specjalnym opracowanym przez siebie dokumencie roboczym (z 28.6.2006 r.)<sup>45</sup> zaproponowała wprowadzenie w omawianym tutaj zakresie m. in. następujących zmian:

- 1) uproszczenie i zmniejszenie formalności odnoszących się do procedur notyfikacyjnych, w ramach których krajowe organy regulacyjne muszą informować Komisję Europejską o wyznaczeniu określonych rynków właściwych oraz o wynikach dokonanej ich analizy (co ma w swoim założeniu zmniejszyć administracyjne obciążenia spoczywające obecnie na organach krajowych,
- 2) wprowadzenie do dyrektywy 2002/21/WE (tj. do dyrektywy ramowej) specjalnego upoważnienia dla Komisji do wydania przez nią rozporzą-

---

<sup>43</sup> D. Grewe, A.G. Inotai, *Regulation of electronic communications – time for a review?*, „Competition Policy Newsletter” 2006, nr 1, s. 38.

<sup>44</sup> Ibidem.

<sup>45</sup> Commission Staff Working Document. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services, COM (2006) 334 final.

dzenia, które by kodyfikowało oraz syntetyzowało określone rozwiązania proceduralne dotyczące analizy rynków właściwych podatnych na regulację *ex ante*. Obecnie wiele z tych rozwiązań proceduralnych jest rozproszonych pomiędzy dyrektywę ramową oraz Zalecenie Komisji (w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podatnych na regulację *ex ante*), co z pewnością nie tworzy przejrzystego stanu prawnego,

- 3) zawarcie we wspomnianym wyżej rozporządzeniu ściśle określonych i prawnie wiążących terminów na rozpoczęcie oraz zakończenie analizy rynków właściwych, a także na nałożenie i zniesienie nakładanych na poszczególne przedsiębiorstwa obowiązków. W szczególności projektuje się, aby krajowe organy regulacyjne miały odtąd 12-miesięczny okres czasu na dokonanie analizy poszczególnych rynków, licząc od dnia każdorazowego przyjęcia przez Komisję zmienionej (znowelizowanej) wersji Zalecenia, 4) zwiększenie uprawnień Komisji w zakresie przyjmowania tzw. decyzji wetujących (zob. art. 7 ust. 3 i 4 dyrektywy 2002/21/WE), tak, aby Komisja miała odtąd możliwość zawarcia w decyzji wetującej propozycji określonych pozytywnych rozwiązań dla krajowych organów regulacyjnych.

Komisja przedstawiła również i poddała publicznym konsultacjom nową wersję Zalecenia w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podatnych na regulację *ex ante*<sup>46</sup>. W tym kontekście warto zwłaszcza zwrócić uwagę na fakt, że Komisja zaproponowała w tymże projekcie pewne zmniejszenie liczby rynków podatnych na regulację wyprzedzającą, gdyż w miejsce dotychczasowych 18 rynków proponuje się obecnie objęcie omawianymi tutaj specyficznymi instrumentami regulacyjnymi jedynie 12 rynków (w tym tylko jednego na poziomie detalicznym).

Należy mieć nadzieję, że wszystkie te projektowane zmiany wejdą niebługo w życie i przyczynią się tym samym do znaczącego ulepszenia obowiązującego w sektorze łączności elektronicznej reżimu regulacyjnego.

---

<sup>46</sup> SEC (2006) 837.