OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
DÁMASA RUIZA-JARABA COLOMERA
przedstawiona w dniu 10 czerwca 2008 r. [1]

I — Wprowadzenie

1. Komisja Wspólnot Europejskich wnosi na podstawie art. 226 WE do Trybunału Sprawiedliwości o stwierdzenie uchybienia przez Rzeczpospolitą Polską zobowiązaniom, które na niej ciążą na mocy art. 4 ust. 1 i art. 5 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (zwanej dalej „dyrektywą o dostępie" lub „dyrektywą 2002/19") [2].

2. Niewłaściwa transpozycja przepisów wspólnotowych zarzucana Rzeczpospolitej Polskiej przez Komisję wymaga zbadania skromnych możliwości interwencji przysługujących organom władzy publicznej na zliberalizowanych rynkach, takich jak rynek telekomunikacji.

3. Pozwane państwo przy włączaniu do swojego prawa dyrektywy 2002/19 nie pozostaje bynajmniej neutralne, lecz podejmuje działania w celu pobudzenia procesu otwarcia rynku, nakazując ex lege wszystkim operatorom negocjowanie dostępu do sieci, nie uzależniając tego obowiązku od uprzedniej analizy konkurencji.

4. Analiza poruszonych w skardze zagadnień i zaproponowanie właściwej odpowiedzi są dość złożone, ponieważ polskie uregulowania nie stanowią przeszkody w zawieraniu porozumień między przedsiębiorstwami [3], lecz przeciwnie, wymagają tego, by przynajmniej podejmowano takie próby.

5. Ponadto brak pożądanego rezultatu uprawnia właściwy krajowy organ do

1 — Język oryginału: hiszpański.

2 — Dz.U. L 108, s. 7.

3 — Artykuł 3 dyrektywy 2002/19 zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia, by nie istniały ograniczenia, które utrudniałyby przedsiębiorstwom prowadzenie pomiędzy sobą negocjacji w sprawie umów o technicznych i handlowych warunkach dotyczących dostępu lub wzajemnych połączeń, zgodnie z prawem wspólnotowym.

wydania wiążącej decyzji zastępczej, co współgra z sięgającymi najgłębiej założeniami klasycznego liberalizmu [4].

6. W związku z tym należy rozwiać wszelkie nieporozumienia i osiągnąwszy niezbędną klarowność pojęć, wydobyć, niczym skarb, rozwiązanie kryjące się w gąszczu wspólnotowych przepisów [5].

II — Ramy prawne

A — *Prawo wspólnotowe*

1. „Zasada lojalnej współpracy"

7. Zgodnie z art. 10 WE „[p]aństwa członkowskie podejmują wszelkie właściwe środki ogólne lub szczególne w celu zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z niniejszego traktatu lub z działań instytucji Wspólnoty", ułatwiając „Wspólnocie wypełnianie jej zadań". Także „powstrzymują się one od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrozić urzeczywistnieniu celów" Unii.

2. Dyrektywa 2002/19

8. Dyrektywa ta stanowi część „nowych ram regulacyjnych" [6], uchwalonych w dniu 7 marca 2002 r., a ogłoszonych w dniu 24 kwietnia 2002 r. [7].

9. Dyrektywa 2002/19 — należąca do systemu, którego zasady określone są w dyrektywie ramowej [8] — zajmuje się harmonizacją dostępu i połączeń wzajemnych, by udostępnianie sieci i usług przebiegało zgodnie z zasadami rynku wewnętrznego.

4 — Hasło z ekonomii „laissez faire, laissez passer", spopularyzowane przez teorie gospodarcze Adama Smitha, stanowiło jasną deklarację tych idei.

5 — Tak jak w niniejszym przypadku, oczywisty charakter problemu nie zawsze oznacza, że będzie go łatwo rozwiązać, gdyż jak pisze F. Quevedo y Villegas, w książce *Sny; Godzina dla każdego, czyli Fortuna mózgiem obdarzona*, tłum. K. Wojciechowska, PIW, Warszawa 1982, s. 92, ostrzegając w alegorycznej formie o ludzkiej hipokryzji, „[…] Mędrcem nie jest ten, kto wie, gdzie się skarb znajduje, lecz ten, kto pracuje, by go na światło wydobyć. A i wtedy nie jest nim w zupełności, lecz dopiero gdy, skarb posiadłszy, dobry zeń czyni użytek".

6 — Określam w ten sposób, w opinii z dnia 28 czerwca 2007 r. w sprawie C-262/06 Deutsche Telekom, w której wydano wyrok w dniu 22 listopada 2007 r., Zb.Orz. s. I-10057, cztery dyrektywy parlamentu Europejskiego i Rady: przywołaną już dyrektywę 2002/19/WE; dyrektywę 2002/20/WE w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o zezwoleniach), dyrektywę 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa, zwana dalej również „dyrektywą 2002/21") i dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej).

7 — Dz.U. L 108, s. 7, 21, 33 i 51.

8 — Przywołana w przypis 6, w którym znajduje się wyjaśnienie tej nazwy.

10. Wspólnotowe prawo telekomunikacji wykształciło się w dwóch dziedzinach, które — choć pozostają ze sobą ściśle związane — są łatwe do rozróżnienia ze względu na adresatów.

11. Zatem obok dziedziny odnoszącej się do operatorów, zawierającej powiązane ze sobą regulacje dotyczące połączeń wzajemnych i konkurencji, istnieje drugi zakres, luźniej zdefiniowany, regulujący prawa użytkowników pod hasłami liberalizacji tego sektora i zapewnienia usługi powszechnej, nabierający najgłębszego znaczenia tam, gdzie dotyka podstawowych wolności osób [9].

12. Wydaje się oczywiste, że niniejsza sprawa należy bez wątpienia do pierwszej z tych dziedzin.

13. Artykuł 4 ust. 1 dyrektywy o dostępie stanowi:

„Operatorzy publicznych sieci łączności mają prawo, a na wniosek innego uprawnionego przedsiębiorstwa obowiązek negocjowania wzajemnych połączeń celem świadczenia usług łączności elektronicznej publicznie dostępnych, w sposób zapewniający świadczenie tych usług oraz ich interoperacyjności w obrębie Wspólnoty. Operatorzy zapewnią dostęp i wzajemne połączenia innym przedsiębiorstwom na zasadach i warunkach zgodnych z wymogami nałożonymi przez krajowy organ regulacyjny zgodnie z art. 5, 6, 7 oraz 8".

14. Artykuł 5 ust. 1 akapit pierwszy tej dyrektywy stanowi, że dla realizacji celów określonych w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej) krajowe organy regulacyjne wspierają i, w razie potrzeby, zapewniają, zgodnie z przepisami niniejszej dyrektywy, odpowiedni dostęp oraz wzajemne połączenia, jak również interoperacyjność usług, oraz wykonują swoje zadania w taki sposób, by promować wydajność, zrównoważoną konkurencję oraz zapewnić maksymalne korzyści dla użytkowników końcowych.

W szczególności i niezależnie od środków, które mogłyby zostać podjęte w stosunku do przedsiębiorstw dysponujących znaczącą

9 — Należy tu przywołać ochronę danych osobowych lub poszanowanie życia prywatnego w Internecie.

pozycją rynkową zgodnie z art. 8, krajowe organy regulacyjne mogą nakładać:

a) w granicach tego, co niezbędne dla zapewnienia możliwości połączenia typu koniec-koniec, obowiązki na przedsiębiorstwa, które kontrolują dostęp do użytkowników końcowych, w tym, w uzasadnionym przypadku, obowiązek wzajemnych połączeń ich sieci w sytuacji, kiedy nie zostało to jeszcze zrealizowane;

b) na operatorów, w granicach tego, co jest niezbędne dla zapewnienia użytkownikom końcowym dostępu do cyfrowych usług radiowych i telewizyjnych, określonych przez państwa członkowskie — obowiązek zapewnienia dostępu do innych urządzeń, o których mowa w załączniku I część II, na sprawiedliwych, rozsądnych i niedyskryminujących warunkach.

15. Choć art. 18 dyrektywy o dostępie wskazał dzień 24 lipca 2003 r. jako termin, do którego państwa członkowskie miały przyjąć i opublikować przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania jej przepisów, akt przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej [10] wydłużył termin transpozycji do dnia 30 kwietnia 2004 r.

B — *Polska ustawa prawo telekomunikacyjne*

16. Artykuł 26 polskiej ustawy prawo telekomunikacyjne [11] zobowiązuje wszystkich operatorów publicznych sieci telekomunikacyjnych do prowadzenia negocjacji w sprawie zawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym na wniosek innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego lub podmiotów, o których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5, 7 i 8, w celu świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych oraz zapewnienia interoperacyjności usług.

17. Aby uniknąć niepożądanych zachowań, art. 27 ust. 1 upoważnia prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwanego dalej „UKE") do określenia terminu zakończenia negocjacji o zawarcie tej umowy, nie dłuższego niż 90 dni, licząc od dnia wystąpienia z wnioskiem o zawarcie umowy o dostęp telekomunikacyjny.

10 — Akt dotyczący warunków przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej oraz dostosowań w traktatach stanowiących podstawę Unii Europejskiej (Dz.U. 2003, L 236, s. 987).

11 — Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. (Dz.U. 2004, nr 171, poz. 1800).

18. W przypadku niepodjęcia negocjacji, odmowy dostępu telekomunikacyjnego lub upływu wyznaczonego terminu każda ze stron może zwrócić się do prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy (art. 27 ust. 2), załączając do wniosku projekt umowy o dostępie, zawierający stanowiska stron, z zaznaczeniem tych części umowy, co do których strony nie doszły do porozumienia (art. 27 ust. 3).

19. Prezes UKE, podejmując decyzję, powinien wyważyć interes użytkowników, obowiązki nałożone na przedsiębiorców, promocję nowoczesnych usług telekomunikacyjnych, charakter zaistniałych kwestii spornych oraz praktyczną możliwość wdrożenia zaproponowanych i alternatywnych rozwiązań, w szczególności dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu [12], a także dbać o integralność sieci oraz interoperacyjność usług, niedyskryminujące warunki dostępu telekomunikacyjnego i rozwój konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych [13].

20. Pozycja dominująca jednego z przedsiębiorców, których sieci są łączone, interes publiczny, w tym ochrona środowiska, oraz utrzymanie ciągłości świadczenia usługi powszechnej również stanowią wyznaczniki przymusowego arbitrażu [14] sprawowanego przez prezesa UKE [15].

21. Jeśli chodzi o zmiany do ustanowionego w ten sposób dostępu, art. 28 ust. 5 prawa telekomunikacyjnego stanowi, iż w przypadku zawarcia przez zainteresowane strony umowy, decyzja o dostępie telekomunikacyjnym wygasa z mocy prawa w części objętej umową [16], choć decyzja wciąż może zostać zmieniona przez prezesa UKE na wniosek każdej ze stron, której ona dotyczy, lub z urzędu, w przypadkach uzasadnionych potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług [17].

22. Analogicznie, z tych samych względów art. 29 upoważnia prezesa UKE do dokonania z urzędu zmian nie swojej własnej decyzji, lecz

12 — Artykuł 28 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 4.
13 — Artykuł 28 ust. 1 pkt 5.
14 — Na temat tego wyrażenia, L. Bellodi, *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario*, Ed. Scientifica, Napoli 1999, s. 209.
15 — Artykuł 28 ust. 1 pkt 6, 7 i 8.
16 — Artykuł 28 ust. 5.
17 — Artykuł 28 ust. 6.

treści umowy o dostępie lub do zobowiązania stron umowy do jej zmiany [18].

23. Ponadto art. 45 polskiego prawa telekomunikacyjnego zezwala prezesowi UKE nałożyć na przedsiębiorcę kontrolującego dostęp do użytkowników końcowych obowiązki regulacyjne niezbędne do zapewnienia im komunikowania się z użytkownikami innego operatora, w tym obowiązek wzajemnego połączenia sieci, o ile obowiązki te stanowić będą proporcjonalne i adekwatne rozwiązania zidentyfikowanego problemu.

III — Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi, stanowiska stron i postępowanie przez Trybunałem Sprawiedliwości

24. W dniu 21 marca 2005 r. Komisja poinformowała pozwane państwo członkowskie o swoich wątpliwościach co do zgodności prawa telekomunikacyjnego z 2004 r. z art. 4 ust. 1 i art. 5 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy o dostępie.

18 — Z zastrzeżeniem odesłania zawartego w art. 30 ustawy do procedury administracyjnej ustanowionej w celu dokonywania zmian w umowach o dostępie.

25. W odpowiedzi z dnia 25 maja 2005 r. rząd polski podtrzymał swoje stanowisko, iż wskazane przepisy są zgodne z prawem, opowiedział się za rozszerzeniem obowiązku negocjacji w celu ograniczenia kosztów budowy nowej infrastruktury po stronie niezależnych operatorów i przyznał, że przepisy art. 5 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy o dostępie zostały przetransponowane w sposób pośredni.

26. Nie zgodziwszy się z tymi wyjaśnieniami, Komisja skierowała do tego państwa członkowskiego w dniu 4 lipca 2006 r. uzasadnioną opinię; w dniu 4 września 2006 r. Polska zakwestionowała tę opinię ze względu na to, że chociaż dyrektywa o dostępie nie przewiduje expressis verbis obowiązku z mocy prawa negocjowania umów o dostępie, obowiązek ten działa na korzyść trwałej konkurencji i promuje interoperacyjność, chroniąc użytkownika, tym samym ma on oparcie w art. 5 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy o dostępie, który jest przepisem o charakterze programowym, wyznaczającym organom regulacyjnym zadanie zapewnienia dostępu i połączeń wzajemnych sieci.

27. W dniu 8 maja 2007 r. Komisja, na podstawie art. 226 akapit drugi WE, wniosła skargę w niniejszej sprawie, w toku której instytucja skarżąca i pozwane państwo podtrzymały swoje stanowiska.

28. Po bezskutecznym upływie terminu na wystąpienie z wnioskiem o przeprowadzenie rozprawy oraz po zgromadzeniu ogólnym, które miało miejsce w dniu 6 maja 2008 r., sprawa znalazła się na etapie sporządzenia opinii.

IV — Analiza podniesionych uchybień

A — *Przedstawienie zagadnienia*

29. Od zarania liberalizacji telekomunikacji Komisja nie kryła niepokoju o dostęp do kluczowych zasobów i sprzeciwiała się przypadkom nadużyć w korzystaniu z zasobów przez przedsiębiorstwa, które mając na wyłączność infrastrukturę niezbędną do prowadzenia danej działalności, nie udostępniały jej konkurentowi.

30. Przyjęcie liberalnego kierunku miało wiązać się również z otwarciem mechanizmów wchodzenia na rynek, natomiast aby elastyczny system dostępu nie pozostawał na drugim planie, prawo wspólnotowe nadało impuls przekształceniu jego tradycyjnej koncepcji.

31. Lecz samo zastosowanie wolności handlu nie umożliwiało pomyślnego ustanowienia uczciwej konkurencji; faktyczny monopol dawnego operatora publicznego i prawa, z których korzystał przez długi czas, wraz z jego dogłębną znajomością rynku i zajmowaną przez niego uprzywilejowaną pozycją wymagały bodźca powodującego powstawanie innych przedsiębiorstw, poprzez wprowadzenie działań je wspierających.

32. Teoria „essential facilities” [19] znajduje odzwierciedlenie w komunikacie Komisji o stosowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym (zwanym dalej „komunikatem o dostępie”) [20], którego celem jest wspieranie rozwoju połączeń wzajemnych nowych operatorów, na tych samych prawach, do istniejącej infrastruktury i do istniejących sieci telekomunikacyjnych, stanowiących w większości przypadków własność dawnych monopolistów.

33. W tym celu wymaga się łącznie, by infrastruktura była uważana za „kluczową” w tym sensie, że aby konkurować z kontrolu-

19 — B. Doherty, *Just what are essential facilities?*, CMLR 2001, s. 397–436 i L. Richer, *Le droit à la paresse? Essential Facilities, version française,* Dalloz 1999, nr 44, s. 523.

20 — Dz.U. C 265, s. 2.

jącym ją podmiotem, nie można się bez niej obejść i by nie mogła być w racjonalny sposób powielona; oraz że — choć może być udostępniona innemu przedsiębiorstwu — nie udziela się mu do niej dostępu bądź nakłada się niemożliwe do spełnienia ograniczenia [21].

34. Trybunał Sprawiedliwości przyznał w odniesieniu do sytuacji niemającej związku z telekomunikacją, że jeżeli infrastruktura zostanie opatrzona przymiotem „kluczowa", właściciel zobowiązuje się do układania się z innymi przedsiębiorstwami co do jej użytkowania, o ile ich działalność wymaga dostępu do tej infrastruktury; jednak zasada ta została poddana szeregowi warunków, które powinny być ściśle stosowane i mają zapobiegać nadużyciom pozycji dominującej (art. 82 WE) [22].

35. Porozumienia stanowią uprzywilejowane narzędzia służące osiągnięciu niezakłóconej konkurencji, w związku z czym Komisja zastrzegła sobie prawo rozstrzygania konfliktów o znaczeniu wspólnotowym [23], a sądom krajowym powierzyła konflikty nieposiadające takiego znaczenia.

36. Motyw 5 dyrektywy 2002/19 odrzuca w ramach otwartego i konkurencyjnego rynku istnienie ograniczeń, które uniemożliwiałyby przedsiębiorstwom negocjowanie pomiędzy sobą porozumień, w szczególności transgranicznych, i *co do zasady* [24] wymaga prowadzenia negocjacji w dobrej wierze, według reguł handlowych.

37. Wszelkiego rodzaju państwowa interwencja w tej branży podporządkowana jest ochronie rozmaitych interesów publicznych, takich jak wspieranie rozwoju, rozbudowa sieci, a nawet spójność terytorialna, gospodarcza i społeczna.

38. Zatem nie należy bez powodu ograniczać gospodarki rynkowej, ponieważ odstępstwa od niej tolerowane są jedynie dla celów, których osiągnięciu służy prawo wspólnotowe, a i to jedynie pod warunkiem poszanowania zasad adekwatności i proporcjonalności.

21 — Znaczną część tych ograniczeń określonych w orzecznictwie amerykańskim można odnaleźć w pkt 91 komunikatu o dostępie.

22 — W wyroku z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97 Oscar Bronner GMBH przeciwko Mediat Zeitung, Rec. s. I-7791, zbadano wcześniejsze orzecznictwo (wyroki: z dnia 6 marca 1974 r. w sprawach połączonych 6/73 i 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano i Commercial Solvents przeciwko Komisji, Rec. s. 223, z dnia 3 października 1985 r. w sprawie 311/84 CBEM, Rec. s. 3261, i z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 P i C-242/91 P RTE i ITP przeciwko Komisji, Rec. s. I-743) i stwierdzono, że właściciel jedynego w kraju systemu roznoszenia gazet nie nadużywa pozycji dominującej, odmawiając roznoszenia gazet innego wydawcy, ponieważ istnieją inne alternatywne sposoby dystrybucji, jak poczta lub sprzedaż w sklepach i kioskach, a poza tym nie istnieją techniczne, prawne ani ekonomiczne przeszkody uniemożliwiające lub utrudniające konkurentom stworzenie własnego systemu dostarczania.

23 — Punkt 26 komunikatu o dostępie.

24 — Zaznaczenie kursywą własne.

39. W tym duchu motyw 19 dyrektywy 2002/19 stanowi, że: „[u]czynienie obowiązkowym przyznawania dostępu do infrastruktury sieciowej może być uzasadnione zwiększaniem konkurencji, jednakże krajowe organy regulacyjne powinny zrównoważyć prawa właściciela infrastruktury do jej eksploatowania dla własnych korzyści z prawami innych usługodawców do dostępu do zasobów niezbędnych dla zapewnienia konkurencyjnych usług […]".

40. Wobec tego Komisja zarzuca Rzeczypospolitej Polskiej, że w dwójnasób uchybiła wymaganiom dyrektywy 2002/19: po pierwsze, negatywnie ocenia fakt, że polska ustawa reguluje kompetencje krajowego organu regulacyjnego, nakazując obowiązkowe podjęcie negocjacji; po drugie, zarzuca jej brak upoważnienia go do realizacji niektórych celów.

B — *W przedmiocie pierwszego zarzutu uchybienia*

41. Komisja zarzuca wykroczenie poza dozwolone ramy przy transpozycji art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/19, ze względu na to, że Polska: 1) nakazuje z mocy prawa przedsiębiorstwom dojście do porozumienia, podczas gdy dyrektywa przewiduje taki obowiązek jako szczególny środek naprawczy sytuacji odbiegającej od normy, wiążący jedynie krajowy organ regulacyjny, 2) pomija okoliczności, które mają miejsce w tym sektorze, i nie czyni rozróżnienia między operatorami w zależności od ich wpływu na sytuację na rynku i 3) myli obowiązek uzgadniania połączeń wzajemnych, zapisany w dyrektywie, z zawieraniem umów o dostępie.

42. W obecnym kształcie rynku telekomunikacji w Europie obowiązki ex ante uprawnione są jedynie wówczas, gdy wymaga tego rynek, wobec poważnych zagrożeń wolnej konkurencji.

43. Dyrektywa o dostępie podejmuje to wyzwanie i bez ogródek przyznaje w motywie 13, że „[c]elem jest stopniowe zmniejszenie zakresu regulacji sektorowych uprzednio obowiązujących [ex ante] w miarę intensyfikacji konkurencji na rynku", choć nie wyklucza możliwości ich stosowania, jeżeli wraz z nastawaniem nowych technologii pojawią się wąskie gardła, np. w odniesieniu do sieci szerokopasmowych.

44. Motyw 27 dyrektywy ramowej rzuca nieco światła na tę kwestię, wyjaśniając, że skutecznej konkurencji nie ma na rynkach,

gdzie działa jedno przedsiębiorstwo lub więcej przedsiębiorstw o znaczącej pozycji rynkowej, w razie gdy krajowe lub wspólnotowe rozwiązania prawne „okazały się niewystarczające dla rozwiązania problemu".

45. Z upływem lat zaszły takie zmiany, że dyrektywa ramowa obwieściła, iż odniesiony został sukces „w tworzeniu warunków dla wdrażania efektywnej konkurencji w sektorze telekomunikacji" [25].

46. Zatem transponowanie wspólnotowych przepisów [26] poprzez nakazanie zawierania umów wydaje się z tym sprzeczne i oznacza zanegowanie podstawowej wytycznej, zgodnie z którą na tym etapie wolna konkurencja powinna już panować w sposób niekwestionowany.

47. Można by ewentualnie szukać usprawiedliwienia za pomocą teorii, że polski ustawodawca przyjął założenie, iż brak jest prawdziwie wolnego rynku, wobec przesłanek jego zakłóceń, lecz wątpliwości znikają, gdy odwołamy się do logiki, gdyż wówczas przystąpiono by do wdrożenia innego unormowania, a nie dyrektywy o dostępie, przynależącej do „nowych ram regulacyjnych".

48. Prawo wspólnotowe nie zaniedbuje reagowania na pewne wyjątkowe patologie, które mogą zaatakować zdrową konkurencję.

49. Lecz aby zdiagnozować dolegliwości i przepisać odpowiednie dla każdego przypadku leczenie, wymagana jest interwencja wyspecjalizowanych i bezstronnych jednostek, takich jak krajowe ograny regulacyjne, powołane do tych celów przez dyrektywę 2002/19.

50. Na płaszczyźnie krajowej, zgodnie z art. 12 ust. 1 tej dyrektywy, to do krajowego organu regulacyjnego, a nie do ustawodawcy

25 — Motyw 1.

26 — Choć skarga odnosi się do dyrektywy o dostępie, nie można pominąć faktu, że jej źródłem jest dyrektywa ramowa.

należy zadanie polegające na zapewnieniu, by operatorzy uwzględniali uzasadnione wnioski o dostęp do specyficznych elementów sieci oraz urządzeń towarzyszących oraz ich użytkowanie.

51. Ponadto zadanie to odnosi się jedynie do sytuacji, które jako numerus apertus określone są w tym przepisie, takich jak odmowa przyznania dostępu lub ustanowienie nierozsądnych zasad i warunków mających podobny skutek, uniemożliwiających pojawienie się trwałego konkurencyjnego rynku detalicznego.

52. Wśród działań naprawczych znajduje się „negocjowanie w dobrej wierze z przedsiębiorstwami ubiegającymi się o dostęp" [art. 12 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2002/19], przy uprzednim badaniu, czy nałożenie tego obowiązku będzie właściwe i proporcjonalne w odniesieniu do celów określonych w art. 8 dyrektywy ramowej (art. 12 ust. 2 dyrektywy 2002/19), które krajowe organy regulacyjne powinny przeprowadzić na podstawie realistycznych kryteriów o charakterze technicznym i ekonomicznym, odwołujących się do słusznej ochrony [27].

53. Prawo wspólnotowe nie chce wprowadzenia automatyzmu, który Rzeczpospolita Polska narzuca działaniem swego ustawodawcy, przeciwnie, opowiada się na tym, by to niezależne organy decydowały o tym, co jest najbardziej odpowiednie w danej sytuacji, po przeanalizowaniu rynku [28].

54. Postępowanie państwa polskiego paraliżuje w ten sposób dynamikę charakterystyczną dla tego sektora, który ulega stałym przekształceniom dzięki nieustannemu postępowi, który dokonuje się w łączności elektronicznej.

55. Wobec spodziewanego rozwoju konkurencji przebiegającego w zróżnicowanym tempie w zależności od danego segmentu rynku i państwa członkowskiego nie można lekceważyć możliwości wycofania się z pewnych wymogów, w związku z czym krajowe organy regulacyjne powinny mieć kompetencje do złagodzenia ustanowionych prawem obowiązków, gdy konkurencja pozwala na uzyskanie oczekiwanych efektów (motyw 13 dyrektywy o dostępie) [29].

27 — W art. 12 ust. 2 mowa jest o technicznej i ekonomicznej wiarygodności użytkowania lub wprowadzania konkurencyjnych urządzeń, mając na uwadze tempo ewolucji rynku oraz rodzaj danych wzajemnych połączeń i dostępu; wykonalności zapewnienia dostępu, pierwotnych inwestycjach właściciela urządzeń, konieczności zapewnienia długoterminowej konkurencji oraz o prawach własności intelektualnej i świadczeniu usług ogólnoeuropejskich.

28 — Artykuł 16 ust. 3 dyrektywy ramowej wymaga wręcz, by nie nakładać i nie utrzymywać w mocy wymogów, o których mowa w ust. 2 (wśród których, poprzez odesłanie, znajdują się wymogi określone w art. 8 dyrektywy o dostępie), jeżeli krajowy organ regulacyjny ustali, że na danym rynku występuje skuteczna konkurencja.

29 — Artykuł 8 dyrektywy o dostępie, aczkolwiek w odniesieniu do innych wymogów (z art. 9–13), przewiduje, że krajowe organy regulacyjne mają możliwość ich zmiany lub uchylenia.

56. Polska ustawa stoi w sprzeczności z takim uelastycznieniem, ponieważ wprowadzając tego rodzaju zastrzeżenia, powoduje zamrożenie danego stopnia regulacji, uniemożliwiające niezależnemu organowi regulacyjnemu zmniejszenie stopnia interwencji.

57. Dyrektywa o dostępie określa obowiązki wszystkich operatorów, z poszanowaniem zasad przejrzystości i jawności [30], aczkolwiek kładzie nacisk na obowiązki dotyczące przedsiębiorstw „posiadających znaczącą pozycję rynkową" [31]. To wyrażenie oddaje w moim przekonaniu sens przechodzenia od monopolu do otwarcia i w tym pozbawionym merkantylistycznych konotacji kontekście pasuje lepiej niż pojęcie „pozycja dominująca".

58. Choć przyznawanie połączeń wzajemnych jest ujęte jako mające ogólny charakter, istnieje brak symetrii w zakresie warunków jego stosowania, różnych w zależności od tego, czy dane przedsiębiorstwo ma mocniejszą czy słabszą pozycję, ponieważ już na wstępie nałożenie odpowiedniego wymogu na przedsiębiorstwo o znaczącej pozycji rynkowej nie wymaga dodatkowej analizy rynku [32], a jedynie uzasadnienia, że dany wymóg jest stosowny [33].

59. Zresztą w art. 8 dyrektywy o dostępie wyraźnie jest mowa o „operator[ze] […] posiadający[m] znaczącą pozycję na danym rynku", a w innych przepisach tej dyrektywy można znaleźć odesłania do tego pojęcia.

60. Artykuł 4 tej dyrektywy poddaje udzielanie dostępu i połączenia wzajemnego obowiązkom ustanawianym przez krajowy organ regulacyjny zgodnie z art. 8.

61. Podobnie art. 12, zawierający postanowienie o negocjowaniu w dobrej wierze, zyskuje normatywne znaczenie dzięki wspomnianemu art. 8, jako że wymogi nakładane przez krajowe organy regulacyjne powinny być zgodne z jego wytycznymi.

30 — F. Saracci, *L´interconnexion, objet du droit communautaire des télécommunications:exemple de régulation (application comparée France-Italie)*, Atelier national de reproduction de thèses, 2004, s. 97, zwraca uwagę, że telekomunikacja rozwija się bardziej dynamicznie dzięki klasycznym zasadom prawa wspólnotowego, takim jak równość i niedyskryminacja, uznanym przez Trybunał Sprawiedliwości za prawa podstawowe (wyroki: z dnia 19 października 1977 r. w sprawach połączonych 117/76 i 16/77 Ruckdeschel, Rec. s. 1753, i z dnia 15 czerwca 1978 r. w sprawie 149/77 Defrenne, Rec. s. 1365).

31 — Artykuł 14 ust. 2 dyrektywy ramowej stanowi, że są nimi przedsiębiorstwa, które samodzielnie lub wspólnie z innymi mają pozycję równoważną pozycji dominującej, to jest tak silną pozycję ekonomiczną, że uprawnia je ona do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i wreszcie konsumentów.

32 — Wynikającej ogólnie z art. 16 dyrektywy 2002/21.

33 — Motyw 15 dyrektywy 2002/19.

62. W polskiej ustawie nie można zaobserwować tego dualizmu systemów w zależności od pozycji rynkowej przedsiębiorstwa.

63. Ponadto fakt utożsamienia, na podstawie art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/19, „dostępu" [34] i „wzajemnych połączeń" [35] działa z całą mocą na poparcie tezy o uchybieniu [36].

64. Połączenia wzajemne zachodzą między podmiotami prywatnymi, upodabniając się do instytucji prywatnoprawnej [37], i stanowią sposób współdziałania sieci zaprojektowanych w różny sposób.

65. Ze swej strony pojęcie „dostęp" wywołuje skutki prawne o szerszym zasięgu, niż zwykłe połączenie infrastruktur, gdyż obejmuje udostępnienie całości urządzeń lub usług i ostatecznie mieści w sobie „połączenia wzajemne", które stanowią specyficzny rodzaj dostępu realizowanego pomiędzy operatorami sieci publicznych [art. 2 lit. b) in fine dyrektywy 2002/19].

66. W tych okolicznościach sporny przepis nie odpowiada zasadzie minimum interwencji, odzwierciedlającej zasadę proporcjonalności, której zakres jest dokładnie określony w orzecznictwie Trybunału, Sprawiedliwości [38], zbudowanej na pojęciach adekwatności, niezbędności i stosunku kosztów do korzyści.

67. Argument rządu polskiego, że spółki telekomunikacyjne przyjęły polskie regulacje ze spokojem, nic nie wnosi, ponieważ do jednostek nie należy sprawowanie kontroli nad zakresem wiernego przestrzegania prawa wspólnotowego, podobnie jak zwykła prak-

34 — Zdefiniowanego w art. 2 lit. a) dyrektywy 2002/19.

35 — Zakres tego pojęcia określa art. 2 lit. b) dyrektywy 2002/19.

36 — Zadziwiający jest fakt, że samo polskie prawo telekomunikacyjne w art. 2 pkt 6 lit. a) określa połączenia wzajemne jako jeden z elementów dostępu.

37 — F. Saracci, op.cit., s. 106, i X. Strubel, Breves observations sur la nature juridique du contrat d'interconnexion de réseaux de télécomunications, *Lex Electronica*, nr 4/1998, na stronie: www.lex-electronica.org.

38 — Wśród wcześniejszych wyroków warto moim zdaniem zwrócić uwagę na wyroki: z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie 11/70 Internationale Handelsgesellschaft przeciwko Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Rec. s. 1125, z dnia 24 października 1973 r. w sprawie 5/73 Balkan Import Export przeciwko Hauptzollamt Berlin Packhof, Rec. s. 1091, z dnia 28 października 1975 r. w sprawie 36/75 Rutili, Rec. s. 1219, z dnia 7 lipca 1976 r. w sprawie 118/75 Watson i Belmann, Rec. s. 1185, z dnia 5 lipca 1977 r. w sprawie 114/76 Bela Mühle przeciwko Grows Farm, Rec. s. 1211, z dnia 20 lutego 1979 r. w sprawie 122/78 Buitoni, Rec. s. 677, z dnia 21 czerwca 1979 r. w sprawie 240/78 Atalanta, Rec. s. 2137, i z dnia 13 grudnia 1979 r. w sprawie 44/79 Hauer przeciwko Land Rheinland-Pfalz, Rec. s. 3727.

tyka administracyjna, z natury rzeczy zmienna w zależności do woli administracji i pozbawiona należytej jawności, nie zapewnia prawidłowej transpozycji dyrektywy [39].

68. Tak więc mechanizmy ustanowione przez dyrektywę o dostępie i przez polskie prawo telekomunikacyjne różnią się od siebie, przy czym prawo telekomunikacyjne odbiega od wyznaczonego mu wzorca, ponieważ z wyjątku czyni regułę, utożsamia możliwość nakazania przez krajowy organ, by podjęto negocjacje o połączenia wzajemne z powszechnym obowiązkiem zawarcia umowy o dostępie, a ponadto utrwala system interwencji, którego organ regulacyjny nie może uchylić ani nawet zmienić, co sprawia, że należy uwzględnić pierwszy zarzut Komisji.

C — W przedmiocie drugiego zarzutu uchybienia

69. Komisja utrzymuje, że art. 5 ust. 1 dyrektywy o dostępie wymaga upoważnienia krajowego organu regulacyjnego do działania, w jednostkowych przypadkach, na rzecz celów określonych w art. 8 dyrektywy ramowej, poprzez ustalanie przejrzystych, proporcjonalnych i niedyskryminacyjnych warunków, a jej zdaniem polska ustawa nie przewiduje tych szczególnych uprawnień.

70. I znów klucza do rozwiązania tego problemu należy szukać w dyrektywie 2002/21, w której od art. 8 rozpoczyna się rozdział III, poświęcony „zadaniom krajowych organów regulacyjnych” [40].

71. Choć podzielam zdanie pozwanego rządu, że art. 8 dyrektywy ramowej cechuje ogromny stopień ogólności, technika legislacyjna, w tym przypadku w zakresie dyrektyw, prowadzi czasami do znacznego stopnia abstrakcyjności po to, by pozostawić wystarczające pole manewru państwom członkowskim i zachować w ten sposób swą skuteczność.

72. W każdym razie ust. 2, 3 i 4 wspomnianego art. 8 stawiają za cel zachowanie, odpowiednio, konkurencji w dziedzinie sieci

39 — Wyroki Trybunału Sprawiedliwości: z dnia 13 marca 1997 r. w sprawie C-197/96 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-1489, z dnia 9 marca 2000 r. w sprawie C-358/98 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-1255, i z dnia 10 marca 2005 r. w sprawie C-33/03 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Zb.Orz. s. I-1865.

40 — Artykuł 5 dyrektywy 2002/19 odwołuje się do celów określonych w art. 8 dyrektywy 2002/21.

łączności elektronicznej, wspieranie rozwoju rynku wewnętrznego i promowanie interesów obywateli Unii Europejskiej.

73. Trybunał Sprawiedliwości w swoim niedawnym wyroku z dnia 31 stycznia 2008 r. [41] (pkt 81) wywiódł z art. 8 dyrektywy ramowej obowiązek zapewnienia, żeby krajowe organy regulacyjne podejmowały wszelkie rozsądne środki mające na celu wspieranie rzeczywistej i niezakłóconej konkurencji, co osłabia tezę, że ma on jedynie programowy charakter, przy której obstaje Polska.

74. W tych okolicznościach jednolite stosowanie prawa wspólnotowego i zasada równości wymagają tego, by znaczenie i zakres tego przepisu również miały jednolity charakter, tym bardziej że nie ma w nim wyraźnego odesłania do prawa krajowego [42].

75. Orzecznictwo doprecyzowało tę wykładnię w ten sposób, że transpozycja do prawa krajowego nie wymaga bezwzględnie formalnego i dosłownego przejęcia wspólnotowego przepisu, bo wystarczy, by kontekst prawny gwarantował jego pełne stosowanie w sposób jasny i precyzyjny [43].

76. Argument, iż w państwie członkowskim nie podejmuje się działań niezgodnych ze wspólnotowymi przepisami, nie usprawiedliwia ich pominięcia w prawie krajowym [44].

77. Aby rozstrzygnąć ten problem, należy podkreślić, że art. 5 ust. 1 dyrektywy o dostępie powierza organom regulacyjnym stałe zadanie [45] obserwowania rynku, w celu wspierania i zapewniania odpowiedniego dostępu, wzajemnych połączeń i interoperacyjności usług.

78. Zatem upoważnienie, na którego brak skarży się Komisja, nie tylko powinno umożliwiać organom regulacyjnym jednostkowe

41 — Wyrok w sprawie C-380/05 Centro Europa 7, Zb.Orz. I-349.

42 — Wyroki Trybunału Sprawiedliwości: z dnia 18 stycznia 1984 r. w sprawie 327/82 Ekro, Rec. s. 107, z dnia 19 września 2000 r. w sprawie C-287/98 Linster, Rec. s. I-6917, i z dnia 18 października 2007 r. w sprawie C-195/06 Österreichischer Rundfunk, Zb.Orz. s. I-8817.

43 — Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 kwietnia 1988 r. w sprawie 252/85 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. 2243.

44 — Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 marca 1990 r. w sprawie C-339/87 Komisja przeciwko Niderlandom, Rec. s. I-851.

45 — W tym względzie zgadzam się z twierdzeniami rządu polskiego.

działania, lecz także sprawowanie nadzoru, co zostało pominięte w skardze.

79. Artykuł 5 dyrektywy 2002/19 ustanawia „w szczególności" szereg obowiązków, których spełnienia organy regulacyjne powinny być w stanie wymagać, w celu zapewnienia możliwości połączenia typu koniec-koniec, a użytkownikom końcowym dostępu do cyfrowych usług radiowych i telewizyjnych (ust. 1 akapit drugi).

80. Lecz artykuł ten nie zamyka tego katalogu, tylko kształtuje go w sposób na tyle otwarty, by zobowiązać wspomniane organy do nakładania tych obowiązków na zasadach skuteczności, zrównoważonej konkurencji oraz jak największych korzyści dla konsumenta.

81. Teza ta znalazła potwierdzenie w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 grudnia 2001 r. [46], w którym poruszono kwestię kompetencji tych organów wynikających z dyrektywy 97/33/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 czerwca 1997 r. w sprawie wzajemnych połączeń w telekomunikacji ze względu na zapewnienie usług powszechnych oraz interoperacyjności poprzez zastosowanie zasady otwartej sieci (ONP) [47].

82. To orzeczenie [48], odnoszące się do Królestwa Hiszpanii, zapewniło Rzeczypospolitej Polskiej ochronę bardziej trwałą niż schronienie, które znaleźli Fryderyk Chopin wraz z George Sand w Cartuja de Jesús Nazareno de Valldemosa [klasztorze zakonu Kartuzów pod wezwaniem Jezusa z Nazaretu w Valldemosie] [49], ponieważ na podstawie swego rodzaju pozytywnego związania [50] krajowych organów administracji postanowieniami dyrektywy o połączeniach wzajemnych przyznało im szeroki wachlarz uprawnień, tak aby poza wspieraniem porozumień negocjowanych między konkurentami ustanowiły również ex ante [51] dostęp do pętli abonenckiej i połączenia wzajemne w centralach komutacyjnych na poziomie lokalnym i wyższym.

46 — Wyrok w sprawie C-79/00 Telefónica de España SA, Rec. s. I-10075.

47 — Dz.U. L 199, s. 32.

48 — W którym przyjęto wnioski z opinii rzecznika generalnego F.G. Jacobsa ogłoszonej w dniu 21 czerwca 2001 r.

49 — Sławna para, wraz z dziećmi pisarki, zamieszkała na Majorce jesienią 1838 r., w nadziei, że łagodna zima przyniesie ulgę w gruźlicy, na którą cierpiał polski muzyk. Jednak panująca niepogoda, a zwłaszcza wilgotność, spowodowały ich wcześniejszy wyjazd w lutym 1839 r., choć Chopin zdążył przedtem poczynić postępy w komponowaniu 24 Preludiów op. 28, po tym jak dotarło do niego z Paryża, po przezwyciężeniu uciążliwych formalności celnych, pianino Pleyela, które zamówił. George Sand opisała ich przeżycia na wyspie w utrzymanej w intymnym i romantycznym nastroju *Zimie na Majorce*, Bernardinum Wydawnictwo Diecezji Pelplińskiej, Pelplin 2006.

50 — Które można wyrazić jako: „co nie jest przez dyrektywę zakazane, jest dozwolone".

51 — Wobec znaczącej pozycji rynkowej.

83. Wobec tych zmian, które dowodzą nieokreślonego charakteru uprawnień organów regulacyjnych, Komisja nie wykazała w wystarczający sposób zasadności swojego argumentu [52], który nie da się pogodzić z podnoszonym brakiem staranności przy transpozycji art. 5 dyrektywy o dostępie, gdyż art. 26–30 polskiej ustawy prawo telekomunikacyjne, jak wskazano, przyznają organowi regulacyjnemu szeroki zakres uprawnień do działania [53].

84. Ponadto — choć zgadzam się ze skarżącą, że nie należałoby uzależniać tych uprawnień od wymogu uprzedniego zaistnienia sporu między operatorami — nie można też wywieść z dyrektywy o dostępie zakazu w tym względzie, gdyż choć art. 26–30 polskiej ustawy wpisują się w zakres postępowania administracyjnego, nie ma to jednak miejsca w przypadku art. 45, który stanowczo wzywa prezesa UKE do nałożenia obowiązków regulacyjnych niezbędnych do zastosowania się do celów wskazanych w art. 1 ust. 2 i 3 prawa telekomunikacyjnego, zbieżnych z celami określonymi w art. 8 dyrektywy ramowej.

85. Nie popieram zatem stanowiska Komisji w przedmiocie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, które podnosi w drugim zarzucie, ponieważ cele określone w sposób ogólny w prawie wspólnotowym [54] znajdują odzwierciedlenie w zbiorze przepisów art. 26–30 i 45 spornej ustawy krajowej.

V — W przedmiocie kosztów

86. Zgodnie z art. 69 § 2 i 3 regulaminu w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań Trybunał może postanowić, że koszty zostaną podzielone albo że każda ze stron pokryje swoje własne koszty.

87. Ponieważ został uwzględniony tylko jeden z zarzutów stawianych Rzeczypospolitej Polskiej przez Komisję, słusznym jest, by każda ze stron pokryła własne koszty.

52 — W związku ze skargą o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego o podobnej treści, jak w niniejszej sprawie, w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 stycznia 2008 r. w sprawie C-387/06 Komisja przeciwko Finlandii, Zb.Orz. s. I-1*, odrzucono pogląd, by krajowy przepis ograniczał uprawnienia organu regulacyjnego, ponieważ Komisja nie przeprowadziła jego szczegółowej analizy ani nie wykazała, że krajowy organ nie może podejmować środków odpowiednich do osiągnięcia celów art. 8 dyrektywy ramowej.

53 — Pomijając fakt, że popadają w przesadę, co właśnie uzasadnia uwzględnienie pierwszego zarzutu uchybienia.

54 — Zwracam uwagę na art. 5 dyrektywy 2002/19 w związku z art. 8 dyrektywy 2002/21.

VI — Wnioski

88. Wobec powyższych rozważań proponuję, by Trybunał Sprawiedliwości:

1) stwierdził, że Rzeczpospolita Polska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążą na mocy art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie), nakładając ex lege na wszystkich operatorów telekomunikacyjnych obowiązek negocjowania umowy o dostępie;

2) oddalił skargę w pozostałym zakresie;

3) obciążył każdą ze stron własnymi kosztami.