

Warszawa, dnia 13 listopada 2012 roku

Szanowna Pani Marszałek

Ewa Kopacz

Sejm Rzeczypospolitej Polskiej



***Dot. projektu ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne i niektórych innych ustaw (druk nr 730 i in.)***

*Szanowna Pani Marszałek,*

działając w imieniu Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej (dalej: PIKE), w związku ze skierowaniem do rozpatrzenia w Komisji Infrastruktury uchwały Senatu w sprawie *Projektu ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne i niektórych innych ustaw* (dalej: Projekt) chciałbym przedstawić bardzo istotne uwagi oraz zaniepokojenie PIKE odnośnie procedur, w jakich przyjęte i zaproponowane zostały poprawki Senatu w zakresie projektowanego art. 139 ustawy Prawo telekomunikacyjne (dalej: PT).

PIKE jest organizacją zrzeszającą operatorów sieci kablowych z terenu całego kraju. Jest ona zatem szczególnie zainteresowana wszelkimi regulacjami prawnymi mogącymi mieć wpływ na funkcjonowanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce. W najwyższym interesie PIKE leży dbałość o możliwie najlepszą jakość i poprawność tychże regulacji. Stąd też PIKE uważa się za zobowiązaną do przedstawienia Wysokiemu Sejmowi bardzo istotnych wątpliwości co do poprawności procedur, w jakich przyjęte zostały proponowane przez Senat poprawki art. 139 PT. PIKE przedstawia również poniżej swoje istotne zastrzeżenia co do merytorycznej zgodności propozycji Senatu z przepisami prawa unijnego oraz Konstytucji RP.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Projekt przekazany do rozpatrzenia przez Senat (druk senacki nr 216) w zakresie dotyczącym art. 139 PT przewidywał wyłącznie jedną zmianę, polegającą na dodaniu do niego ust. 4 o następującej treści:

*„4. Do zapewnienia dostępu do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej stosuje się przepisy art. 27–30, art. 31 ust. 1, art. 33. Prezes UKE w decyzji określa szczegółowe warunki rozliczeń z tytułu zapewnienia tego dostępu uwzględniające stopień występującego w danym przypadku ryzyka.”*

Tymczasem Senat w przekazanym Sejmowi Projekcie przedstawił następujące propozycje nowych ustępów 1a-1c powoływanego art. 139 PT:

*„1a. Prezes UKE może wezwać przedsiębiorcę telekomunikacyjnego do przedstawienia informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu, o którym mowa w ust. 1.*

*1b. Po przedstawieniu informacji, o której mowa w ust. 1a, Prezes UKE, kierując się potrzebą zapewnienia skutecznej konkurencji, może, w drodze decyzji, określić warunki zapewnienia dostępu, o którym mowa w ust. 1.*

*1c. Przedsiębiorca telekomunikacyjny, dla którego została wydana decyzja w sprawie określenia warunków zapewnienia dostępu, jest obowiązany do zawierania umów, o których mowa w ust. 2, na warunkach nie gorszych niż określone w tej decyzji.”*

**Należy zauważyć, że wprowadzenie dodatkowych, nieprzewidzianych w projekcie sejmowym postanowień do art. 139 PT stanowi bardzo istotne przekroczenie konstytucyjnych kompetencji przysługujących Senatowi.** Stosownie bowiem do art. 121 ust. 2 Konstytucji RP: *„Senat w ciągu 30 dni od dnia przekazania ustawy może ją przyjąć bez zmian, uchwalić poprawki albo uchwalić odrzucenie jej w całości”*. Jak wynika jednoznacznie z brzmienia powoływanego przepisu, Senat jest uprawniony albo do odrzucenia albo przyjęcia ustawy w całości albo do wprowadzenia do niej poprawek. Nie jest natomiast uprawniony do samodzielnego wprowadzania nowych regulacji, które nie były przewidywane przez Sejm. **Jak podkreśla się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Senat jest uprawniony wyłącznie do wprowadzania poprawek do ustawy nowelizującej. Nie ma natomiast kompetencji do samodzielnego modyfikowania ustawy nowelizowanej, gdyż stanowiłoby to obejście przepisów dotyczących inicjatywy i procedury ustawodawczej.** Tytułem przykładu wskazać można wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 lipca 2006 r. K 40/05, w którym wskazano, że: *„poprawki senackie w granicach materii objętej ustawą mogą przewidywać rozwiązania alternatywne (przeciwstawne w stosunku do treści przyjętej przez Sejm). Z tym, że owa alternatywność (przeciwstawność) materii zawartej w poprawce Senatu odnosić się musi wyłącznie do tekstu ustawy, który został przekazany Senatowi. Jeżeli zatem Senat otrzymuje tekst ustawy nowelizującej, to może proponować alternatywne rozwiązania tylko w zakresie tej ustawy, nie zaś w zakresie ustawy nowelizowanej, to bowiem ustawa nowelizująca i tylko ona została przekazana Senatowi przez Marszałka Sejmu. Jeżeli więc ustawa nowelizująca obejmuje tylko jakiś wybrany aspekt materii zawartej już w ustawie nowelizowanej, to alternatywność i przeciwstawność dotyczyć może tylko tego aspektu, który Sejm zdecydował się wyrazić w ustawie nowelizującej. Obejmowanie "przy okazji" zmiany ustawy nowelizowanej poprawkami uchwalanymi w trybie art. 121 ust. 2 Konstytucji materii nie wyrażonych wprost w treści ustawy nowelizującej stanowi obejście art. 118 ust. 1, art. 119 i art. 121 Konstytucji”*.

Powyższe niewątpliwie potwierdza również Regulamin Senatu. Stosownie bowiem do jego art. 69 ust. 1: *„Jeżeli w toku prac nad ustawą uchwaloną przez Sejm komisja dostrzeże potrzebę wprowadzenia zmian legislacyjnych **wykraczających poza materię rozpatrywanej ustawy**, to wraz z projektem uchwały, o którym mowa w art. 68 ust. 2, komisja może przedstawić wniosek o podjęcie inicjatywy ustawodawczej wraz z projektem **odpowiedniej ustawy**”*. Jak wynika natomiast jednoznacznie z cytowanego wyżej

orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, zakres materii rozpatrywanej ustawy odnosić należy do ustawy nowelizującej. Dodanie przez Senat nowych ustępów do art. 139 PT stanowi natomiast samoistną i niezależną próbę modyfikacji ustawy nowelizowanej, co w świetle powoływanych przepisów i stanowiska Trybunału Konstytucyjnego jest absolutnie niedopuszczalne.

**Stąd też PIKE stanowczo postuluje odrzucenie propozycji Senatu w zakresie art. 139 PT, sygnalizując, że przyjęcie niedopuszczalnej w świetle przepisów konstytucyjnych poprawki skutkować będzie wadliwością procesu ustawodawczego.** Jak podkreślił bowiem Trybunał Konstytucyjny w powoływanym wcześniej wyroku z dnia 20 lipca 2006 r. K 40/05: *„w sytuacji stwierdzenia przekroczenia przez Senat dopuszczalnego zakresu poprawek, ich nieodrzućenie przez Sejm nie powoduje konwalidacji takiego uchybienia. Przyjęcie odmiennego założenia oznaczałoby w konsekwencji, że parlament może swobodnie modyfikować bezwzględnie wiążące go normy i zasady Konstytucji. Należy tu zwrócić uwagę, że w trakcie rozpatrywania przez Sejm stanowiska Senatu wobec określonej ustawy wykluczone jest wnoszenie jakichkolwiek poprawek (art. 121 ust. 3 Konstytucji). Art. 7 Konstytucji wyklucza domniemywanie kompetencji organów konstytucyjnych, a zatem przekroczenie przez Senat granic poprawek wnoszonych w trybie art. 121 ust. 2 Konstytucji należy kwalifikować także jako naruszenie tego przepisu Konstytucji. Konstytucyjnie uregulowane zasady trybu ustawodawczego, jako proceduralne gwarancje stanowionego prawa w demokratycznym państwie prawnym (art. 2 Konstytucji), nie mieszczą się w zakresie autonomii Sejmu i Senatu i nie mogą stanowić podstawy dla ustawodawczej "drogi na skróty". Jest to ważna gwarancja dla społeczeństwa w demokratycznym państwie prawnym stanowienia prawa ze szczególną rozważą, przy istnieniu i przestrzeganiu instytucjonalnych warunków wszechstronnego rozważenia zgłaszanych propozycji legislacyjnych, zanim staną się one obowiązującym prawem (por. orzeczenie z 9 stycznia 1996 r., sygn. K 18/95, OTK ZU nr 1/1996, poz. 1)”.*

Kolejnym ważkim argumentem przeciwko zgłoszonej poprawce jest jej niezgodność z regułami prawidłowej regulacji. Zasady prawidłowej regulacji stwarzają wyłącznie dwie możliwe ścieżki nakładania obowiązków. Jeśli potrzeba regulacji wynika z pozycji rynkowej przedsiębiorcy oraz stwarzanych przez tę pozycję problemów rynkowych, obowiązki nakłada się zgodnie z przepisami regulującymi w PT postępowanie w sprawach rynków właściwych (Dział II Rozdział I): to jest poprzez analizę rynku, zdefiniowanie go od strony geograficznej i przedmiotowej, ustalenie problemów, jakie na danym rynku występują, określenie podmiotów, które posiadają pozycję znaczącą na zdefiniowanym rynku oraz nałożenie (zdejście lub zmianę) obowiązków. Oznacza to, iż nie jest możliwe nałożenie obowiązku na jakikolwiek podmiot, bez uprzedniej analizy rynku i zdiagnozowania, czy mamy do czynienia z problemami na rynku tego rodzaju, że wymagają interwencji władzowej, w postaci narzucenia regulacji. Dopiero wówczas, gdy ustalony zostanie podmiot posiadający znaczącą pozycję na danym szczegółowo zdefiniowanym rynku, badane są problemy, jakie powstają w związku z nadużywaniem tej pozycji przez ten podmiot i projektowane są środki zaradcze, spośród wyraźnie wskazanych w ustawie. Środki zaradcze projektowane mają być w sposób zgodny z art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z

dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dalej: Dyrektywa ramowa).

Jeżeli zaś potrzeba regulacji nie wynika z pozycji rynkowej tylko z innych, mających uniwersalny charakter przesłanek realizacji interesu publicznego, np. konsumenckich czy bezpieczeństwa i porządku publicznego, obowiązki nakładane są wyłącznie po upływie odpowiedniego terminu, **wyznaczonego na przeprowadzenie konsultacji społecznych, podczas których wszystkie zainteresowane strony mogą przedstawić swoje stanowisko. Sposób, w jaki ujęto proponowane regulacje, nie spełnia wymagań żadnego z wymienionych trybów, pozostawiając przyczyny, termin i sposób regulacji całkowicie dyskrecjonalnej władzy organu.**

Potwierdza to również treść przepisu Dyrektywy ramowej, który miała stanowić przedmiot implementacji. Jak wskazano bowiem w uzasadnieniu Projektu, wprowadzany ust. 4 do art. 139 PT stanowić ma implementację art. 12 tej dyrektywy. Przepis ten wyznacza zasady, na jakich odbywać się powinna kolokacja oraz współużytkowanie elementów sieci i urządzeń towarzyszących przez podmioty udostępniające sieci łączności elektronicznej. Dodanie w Projekcie do art. 139 PT ust. 4, który odsyła w tym zakresie do stosowania regulacji dotyczących podmiotów o znaczącej pozycji rynkowej, jest zdaniem PIKE zupełnie wystarczające w kontekście zakresu i unormowań art. 12 Dyrektywy ramowej.

Tymczasem wniesiona przez Senat propozycja nowych ustępów art. 139 PT jest nie tylko istotnym przekroczeniem zakresu regulacji proponowanego przez projektodawcę, ale również naruszeniem zasady wyrażonej w art. 12 Dyrektywy ramowej, ustalającej zasady prawidłowej regulacji współkorzystania z infrastruktury. Zgodnie bowiem z ust. 5 powoływanego przepisu: *„Środki podjęte przez krajowy organ regulacyjny zgodnie z niniejszym artykułem są obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne. W razie potrzeby realizację tych środków koordynują organy lokalne”*. Tymczasem wskazana w propozycji Senatu przesłanka „potrzeby zapewnienia skutecznej konkurencji” jest na tyle niedookreślona i wieloznaczna, że nie powinna stanowić samoistnej podstawy do tak istotnej i daleko idącej ingerencji w stosunki prywatnoprawne, jaką miałyby stanowić decyzja Prezesa UKE. W szczególności proponowana przez Senat regulacja nie spełnia kryterium obiektywności, ponieważ nie opiera się na jasnych przesłankach, pozostawiając je uznaniu organu administracji publicznej (podczas gdy stosownie do art. 31 ust. 3 Konstytucji RP powinny być one określone w ustawie). Nie jest ona tym samym przejrzysta, gdyż opiera się na uznaniowej ocenie przez organ informacji przekazanych przez operatora, a także uznaniowej decyzji o podjęciu lub nie postępowania w stosunku do tego operatora. Może w ten sposób więc wpływać na pozycję konkurencyjną i ograniczać swobodę działalności gospodarczej, bez wskazania w ustawie przyczyn takiego ograniczenia (co jest niedopuszczalne w kontekście art. 22 Konstytucji RP). Wbrew art. 12 ust. 5 Dyrektywy ramowej, propozycja Senatu nie jest także niedyskryminacyjna, gdyż nie jest zapewnione stosowanie tej regulacji jednolicie w tych samych sytuacjach. Nie jest także proporcjonalna, ponieważ nie precyzuje do jakich okoliczności powinna być stosowana i w jak znacznym stopniu może ona ingerować w zakres swobody działalności przedsiębiorcy. Regulacja ta

narusza zatem szereg zasad, poczynawszy od trybu jej przyjęcia, przez wątpliwości merytoryczne a skończywszy na zgodności z Konstytucją RP. Co więcej, według wiedzy PIKE nawet Prezes UKE sygnalizuje, że w przypadku przyjęcia tak wadliwej regulacji konieczne będzie doprecyzowanie jej w drodze odpowiednich stanowisk.

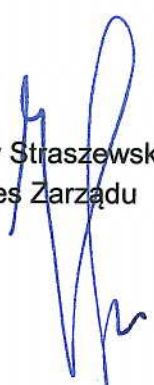
Należy również wskazać, że proponowany przepis rodzi wątpliwości także w odniesieniu do treści art. 1 ust. 2 PT, który wspieranie skutecznej konkurencji określa wyłącznie jako jeden z kilku celów PT. Powstaje zatem pytanie, czy w tym wypadku Prezes UKE winien pomijać pozostałe kryteria, takie jak choćby „zapewnienie neutralności technologicznej.” Niestety zapis ten nie pozwala udzielić na nie jednoznacznej odpowiedzi. Analogicznie zastanawiające w przedmiotowym zakresie jest pominięcie, wskazanego w art. 1 ust. 2 pkt 1 PT, kryterium „równoprawnej” konkurencji i ograniczenie się do jej „skuteczności”. Rozwiązanie to – oddając zapewne ducha proponowanej regulacji – narusza jednak w opinii PIKE nie tylko zasady prawidłowej legislacji, ale i normy prawa unijnego.

Na marginesie wskazać należy, że również przedstawiona przez Senat propozycja dodania do art. 139 ustępu 1a jest całkowicie zbędna. Jak słusznie wskazano bowiem w uzasadnieniu Projektu: *„Nie jest konieczne uzupełnienie zmian art. 139 o przepis implementujący art. 12 ust. 4 umowy ramowej dotyczący obowiązku dostarczania przez przedsiębiorców informacji o elementach sieci i urządzeniach towarzyszących. Powyższe dane będą pokazane podczas inwentaryzacji sporządzonej przez Prezesa UKE, zgodnie z rozporządzeniem „mapowym” (Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 28 stycznia 2011 r. w sprawie inwentaryzacji pokrycia istniejącą infrastrukturą telekomunikacyjną i publicznymi sieciami telekomunikacyjnymi zapewniającymi lub umożliwiającymi zapewnienie szerokopasmowego dostępu do Internetu oraz budynkami umożliwiającymi kolokację (Dz. U. Nr 46, poz. 238)” (str. 82-83 uzasadnienia Projektu).*

Reasumując powyższe należy więc wskazać, że propozycje Senatu odnośnie art. 139 PT są niedopuszczalne zarówno z przyczyn proceduralnych, jak i materialnych. Jak to zostało wyjaśnione powyżej, **przepisy konstytucyjne oraz Trybunał Konstytucyjny jednoznacznie wskazują, że w ramach procedury określonej w art. 121 Konstytucji RP, Senat jest wyłącznie uprawniony do modyfikowania przekazanej mu przez Sejm ustawy nowelizującej. Nie jest natomiast dopuszczalne autonomiczne wprowadzanie nieprzewidzianych w projekcie zmian ustawy nowelizowanej, a w szczególności nie jest dopuszczalne wprowadzanie do niej regulacji, które w ogóle nie były przedmiotem przekazanego Senatowi projektu, zatem nie były także konsultowane. Inicjatywa przyjęcia zmian, w trybie poprawki Senatu uzyskała jedynie poparcie rządu. Należy również wskazać, że niezależnie od proceduralnej nieprawidłowości propozycji Senatu odnośnie rozbudowania art. 139 PT, również jej merytoryczna treść budzi istotne zastrzeżenia. Stąd też ewentualne rozpatrzenie propozycji Senatu w zakresie rozbudowania art. 139 PT powinno nastąpić w ramach przyznanej mu inicjatywy ustawodawczej. Należy mieć na względzie, że propozycja Senatu dotyczy bardzo istotnego ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw, stąd też wymaga wyjątkowej ostrożności i gruntownej analizy w ramach wyspecjalizowanych komisji i grup eksperckich. Możliwe jest to wyłącznie**

w ramach kompleksowego trybu ustawodawczego. Przyjęcie tak istotnej ingerencji w konstytucyjne wolności i prawa na ostatnim etapie procesu ustawodawczego, bez jej wcześniejszej analizy przez ekspertów i konsultacji ze stroną społeczną stawiałoby pod znakiem zapytania przestrzeganie przez Ustawodawcę wyrażonej w Konstytucji RP zasady demokratycznego państwa prawnego. Stąd też w imieniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych zrzeszonych w PIKE stanowczo postuluję odrzucenie propozycji Senatu w zakresie zmiany art. 139 PT.

Jerzy Straszewski  
Prezes Zarządu



Jerzy Straszewski

Otrzymują:

1. Pan Bogdan Borusewicz – Marszałek Senatu Rzeczypospolitej Polskiej
2. Pan Zbigniew Rynasiewicz – Przewodniczący Komisji Infrastruktury Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej
3. Pan Piotr Kędziora – Dyrektor Biura Legislacyjnego Kancelarii Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej
4. Pan Roman Kapeliński – Dyrektor Biura Legislacyjnego Kancelarii Senatu Rzeczypospolitej Polskiej
5. Pan Michał Boni – Minister Administracji i Cyfryzacji
6. Pani Magdalena Gaj – Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej
7. Pani Małgorzata Olszewska – Podsekretarz Stanu Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji