



Identyfikator sprawy	:	C-243/21
Numer pisma	:	1
Numer rejestru	:	1182944
Data złożenia	:	14/04/2021
Data wpisu do rejestru	:	16/04/2021
Rodzaj pisma	:	Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym
<hr/>		
Numer referencyjny złożonego przez e-Curia pisma	:	Pismo DC144846
Numer fiszki	:	2
Podmiot składający pismo	:	Godlewska-Kur Agnieszka (J358915)

POSTANOWIENIE

Dnia 6 kwietnia 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w składzie następującym:

Przewodniczący: Sędzia Sądu Okręgowego Anna Maria Kowalik

po rozpoznaniu w dniu 6 kwietnia 2021 r. w Warszawie

na posiedzeniu niejawnym

sprawy z powództwa **Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji w Warszawie**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej**

z udziałem **„TOYA” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej w Warszawie**

o ustalenie warunków dostępu

oraz z powództwa **„TOYA” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi**

z udziałem **Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji w Warszawie i Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej w Warszawie**

o ustalenie warunków dostępu

na skutek odwołania **Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji w Warszawie** oraz **„TOYA” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi** od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 11 września 2018 roku w sprawie o nr DHRT.WIT.6082.7.2017.72

postanawia:

na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej skierować do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujące pytanie prejudycjalne dotyczące wykładni przepisów prawa unijnego:

1. Czy art. 8 ust. 3 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 w zw. z art. 3 ust.5 oraz art. 1 ust. 3 i ust. 4 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/61/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie środków mających na celu zmniejszenie kosztów realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, aby krajowy organ regulacyjny mógł nałożyć na operatora

dysponującego infrastrukturą techniczną, będącego jednocześnie dostawcą publicznie dostępnych usług lub sieci łączności elektronicznej, który nie został wyznaczony jako operator o znaczącej pozycji rynkowej, obowiązek stosowania ustalonych przez ten organ ex-ante warunków regulujących zasady dostępu do infrastruktury technicznej tego operatora, w tym zakresie zasad i procedur zawierania umów oraz stosowanych opłat za dostęp, niezależnie od istnienia sporu o dostęp do infrastruktury technicznej tego operatora oraz istnienia skutecznej konkurencji na rynku ?

Ewentualnie (wariant II)

2. Czy art. 67 ust. 1 i 3 w zw. z art. 68 ust.2 i 3 Dyrektywy 2018/1972 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej w zw. z art. 3 ust. 5 oraz art. 1 ust. 3 i ust. 4 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/61/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie środków mających na celu zmniejszenie kosztów realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, aby krajowy organ regulacyjny mógł nałożyć na operatora dysponującego infrastrukturą techniczną, będącego jednocześnie dostawcą publicznie dostępnych usług lub sieci łączności elektronicznej, który nie został wyznaczony jako operator o znaczącej pozycji rynkowej, obowiązek stosowania ustalonych przez ten organ ex-ante warunków regulujących zasady dostępu do infrastruktury technicznej tego operatora, w tym zakresie zasad i procedur zawierania umów oraz stosowanych opłat za dostęp, niezależnie od istnienia sporu o dostęp do infrastruktury technicznej tego operatora oraz istnienia skutecznej konkurencji na rynku ?

Sędzia Sądu Okręgowego Anna Maria Kowalik



UZASADNIENIE

do postanowienia z 6 kwietnia 2021 roku

Sąd odsyłający:

Sąd Okręgowy w Warszawie, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Strony postępowania głównego:

Powód: „TOYA” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej jako Toya sp. z o.o., powódka) i Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji w Warszawie (dalej jako PIIiT) jako wnoszące odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej

Pozwany: Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej jako Prezes UKE)

Zainteresowany: Polska Izba Komunikacji Elektronicznej w Warszawie (dalej jako PIKE)

I. Stan faktyczny sprawy, przebieg i przedmiot postępowania przed sądem krajowym:

1. „Toya” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi jest wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000062796, jest również przedsiębiorcą telekomunikacyjnym wpisanym do rejestru prowadzonego przez Prezesa UKE pod numerem 127, jest też operatorem sieci w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 8 ustawy z 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz. U. z 2017r., poz. 2062, tekst jednolity; dalej jako: *ustawa wruist*), na którym ciąży obowiązek udostępnienia infrastruktury technicznej, w tym współkorzystania z niej, w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej.
2. Prezes UKE wszczął z urzędu postępowanie administracyjne i wezwał TOYA sp. z o.o. do przedstawienia informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej, o którym mowa w art. 17 ustawy wruist, w zakresie kanalizacji kablowej rozumianej jako ciąg rur osłonowych i związanych z nimi pomieszczeń podziemnych dla kabli i ich łączów oraz urządzeń telekomunikacyjnych, kanalizacji telekomunikacyjnej budynku rozumianej jako ciąg elementów osłonowych umożliwiających wprowadzenie kabli do budynku oraz ich rozprowadzenie w budynku, w tym między innymi przepusty kablowe, rury instalacyjne, szyby instalacyjne, koryta, dukty i kanały instalacyjne oraz opłat za udostępnienie kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej budynku. W odpowiedzi TOYA sp. z o.o. przekazała żądane informacje.
3. Dnia 11 września 2018 roku Prezes UKE wydał zaskarżoną Decyzję nr DHRT.WIT.6082.7.2017.72 (dalej jako Decyzja), w której:
 - a) określił warunki dostępu do infrastruktury technicznej Toya sp. z o.o. w zakresie kanalizacji kablowej, w brzmieniu określonym w Załączniku nr 1;
 - b) określił warunki dostępu do infrastruktury technicznej Toya sp. z o.o. w zakresie kanalizacji telekomunikacyjnej budynku, w brzmieniu określonym w Załączniku nr 2;
 - c) zobowiązał Toya sp. z o.o. do zapewnienia gotowości do zawierania Umów Ramowych i Umów Szczegółowych a także przyjmowania zapytań o dostęp do infrastruktury technicznej zgodnie z postanowieniami warunków dostępu określonymi w Załączniku nr 1 i Załączniku nr 2.

4. W uzasadnieniu Decyzji, Prezes UKE powołał się na przepis art. 18 ust. 3 ustawy wruist, zgodnie z którym po przedstawieniu przez operatora sieci informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Prezes UKE, kierując się kryteriami określonymi w art. 22 ust. 1 i 2, może w drodze decyzji, określić warunki zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej. Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 ustawy wruist, Prezes UKE wydaje decyzję w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej biorąc pod uwagę, w szczególności konieczność zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu. W dalszej części Prezes UKE podkreślił, że zasady te są zakotwiczone w prawodawstwie Unii Europejskiej, w tym przede wszystkim wynikają z Traktatu Unii Europejskiej. W konsekwencji więc powinny być stosowane z uwzględnieniem dorobku doktryny i orzecznictwa unijnego. Zasada proporcjonalności oznacza, że ustalone w ramach decyzji administracyjnej warunki dostępu do infrastruktury technicznej, muszą być konieczne i odpowiednie, a jednocześnie zastosowane środki muszą być jak najmniej dotkliwe. Z zasady tej wynika zakaz stosowania działań władczych ponad potrzebę. W przypadku więc oceny konieczności zastosowania konkretnego środka przez państwa członkowskie, trzeba ocenić najpierw, czy nie istnieje dla podobnego stanu faktycznego mniej surowy środek. Ocena konieczności i zakresu działania należy do kompetencji organu, który weryfikuje przesłanki przewidziane w przepisach. Zasada proporcjonalności jest zawsze związana ze specyficznymi i konkurencyjnymi interesami. W odniesieniu do tej zasady, Prezes UKE uznał, że nie istnieje inna możliwość określenia warunków dostępu do infrastruktury technicznej powódki niż w drodze decyzji administracyjnej. W ocenie Prezesa UKE, ustalone w decyzji zasady dostępu pomimo, że wpływają na prawo własności powódki, to nie są dla niej zbyt dotkliwe i uwzględniają w należyтым zakresie jej prawa i interesy.

Niezależnie od powyższego, Prezes UKE wskazał, iż przepisy ustawy wruist w zakresie przesłanek uprawniających Prezesa UKE do wydania decyzji określających warunki zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej, nie odnoszą się ani do skali posiadanej infrastruktury ani do liczby sporów o dostęp do infrastruktury. Dlatego też, Prezes UKE wydając decyzję, wziął pod uwagę, że powódka obowiązana będzie do jednakowego traktowania przedsiębiorców w ubieganiu się o dostęp, o którym mowa w art. 17 ustawy wruist. Mając zaś na uwadze potrzebę zapewnienia proporcjonalnych warunków dostępu, Prezes UKE ustalił Warunki Dostępu

przyjmując środki wystarczające, a jednocześnie minimalne do zapewnienia celu, jakiemu służy ten dostęp.

Prezes UKE wyjaśnił również, że rozstrzygnięcie zawarte w Decyzji stoi w zgodzie z celami postawionymi w Dyrektywie 2014/61/UE, której postanowienia zostały zaimplementowane do ustawy wruist. W szczególności, wziął pod uwagę motywy nr 4, 5, 7, 8 i 9 Dyrektywy, które wskazują na korzyści związane ze współkorzystaniem z infrastruktury oraz na konieczność znoszenia barier prowadzących do nieefektywnego wykorzystania istniejących zasobów. Zdaniem Prezesa UKE przyjęta w sentencji Decyzji uniwersalna procedura określająca warunki dostępu do infrastruktury technicznej w zakresie Kanalizacji kablowej oraz kanalizacji telekomunikacyjnej budynku (dalej jako KTB) przyczyni się do uspoźnienia terminów, procedur oraz stawek rynkowych związanych z udostępnianiem kanalizacji. W konsekwencji doprowadzi do równego traktowania wszystkich operatorów, przyczyni się do ograniczenia kosztów pozyskiwania infrastruktury przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych korzystających z dostępu do infrastruktury technicznej oraz pozwoli na szerszy dostęp do kanalizacji.

Prezes UKE wskazał również, że uniwersalny charakter zatwierdzonych Warunków Dostępu przejawia się w tym, że mogą one zostać wdrożone do współpracy międzyoperatorskiej przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych o różnym profilu biznesowym oraz różnej skali działalności. Ponadto powódka nie jest pozbawiona możliwości określenia treści umowy ramowej (dalej jako „Umowa Ramowa”) tak, aby była ona odpowiednia dla przyjętych w ramach jej przedsiębiorstwa zasad działania (pod warunkiem, że postanowienia takiej Umowy Ramowej nie będą sprzeczne z Warunkami Dostępu do Kanalizacji kablowej oraz nie będą mniej korzystne dla przedsiębiorców korzystających). Zdaniem Prezesa UKE zastosowanie jednego standardu umowy na podstawie zatwierdzonych Warunków Dostępu przez wszystkich przedstawicieli rynku telekomunikacyjnego może znacznie ułatwić "obrót" dostępem do Kanalizacji kablowej i KTB pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi.

5. Oprócz zaskarżonej Decyzji, Prezes UKE wydał jeszcze sześć analogicznych decyzji (za wyjątkiem opłat miesięcznych za dostęp do kanalizacji kablowej), w których ustalił identyczne warunki dostępu do kanalizacji kablowej oraz kanalizacji telekomunikacyjnej w budynku dla sześciu innych operatorów.
6. Toya sp. z o.o. wniosła odwołanie od Decyzji Prezesa UKE z 11 września 2018 roku do Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Sądu

Odsyłającego). Toya sp. z o.o. wskazywała, że Decyzja została wydana z rażącym naruszeniem prawa, polegającym na nałożeniu na Toya sp. z o.o. obowiązku o charakterze ex ante „gotowości do zawierania Umów ramowych i Umów szczegółowych, a także rozpatrywania Zapytań o dostęp do infrastruktury technicznej zgodnie z postanowieniami Warunków Dostępu określonymi w Załączniku nr 1 i Załączniku nr 2 do decyzji”.

7. Zdaniem Toya sp. z o.o. Decyzja narusza art. 3 ust. 2 i 5 Dyrektywy kosztowej oraz motyw 12 i art. 1 ust. 4 dyrektywy kosztowej w zw. z art. 8 ust. 2 i 3 dyrektywy o dostępie i art. 8 ust 5 lit. f dyrektywy ramowej, z godnie z którym obowiązek stosowanie oferty ramowej ex ante może być nałożony wyłącznie na operatora o znaczącej pozycji rynkowej na rynku wyznaczonym i poddanym odpowiedniej analizie przez regulatora.
8. Zdaniem Toya sp. z o.o., Decyzja narusza również art. 18 ust. 3 ustawy wruist zgodnie z którym kompetencje Prezesa UKE obejmują wyłączenie uprawnienie do określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej, lecz nie procedury zgłaszania wniosków o udzielenie odstępu do infrastruktury ani zawierania, czasu trwania, rozwiązywania umów.
9. Odwołanie od Decyzji złożyła również Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji w Warszawie, która zakwestionowała metodologię wyznaczenia opłaty na podstawie benchmarków. W ocenie PIIT bardziej wiarygodną metodą statystyczną dla wyznaczenia stawki benchmarkowej powinna być dominanta a nie mediana. Wyznaczając stawkę benchmarkową, Prezes UKE powinien przyjąć wartości najczęściej występujące na rynku, czyli w faktycznie zawartych przez operatorów umowach dzierżawy kanalizacji kablowej.

II. Ramy prawne:

PRAWO UNIJNE

1. **Dyrektywa 2014/61/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie środków mających na celu zmniejszenie kosztów realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE z 23.05.2014 r. Nr L 2014.155.1, z późn. zm.; dalej jako: dyrektywa 2014/61/UE lub dyrektywa kosztowa)**
 - art. 1 ust. 4
Jeżeli którykolwiek przepis niniejszej dyrektywy jest sprzeczny z którymkolwiek przepisem dyrektywy 2002/21/WE, dyrektywy 2002/19/WE, dyrektywy 2002/20/WE,

dyrektywy 2002/22/WE lub dyrektywy 2002/77/WE, pierwszeństwo mają odpowiednie przepisy tych dyrektyw.

- art. 3 ust. 1

Państwa członkowskie zapewniają, aby każdy operator sieci miał prawo oferować przedsiębiorstwom dostarczającym lub upoważnionym do dostarczania sieci łączności elektronicznej dostęp do swojej infrastruktury technicznej na potrzeby realizacji elementów szybkich sieci łączności elektronicznej. Odwrotnie, państwa członkowskie mogą także przewidzieć, by operatorzy publicznych sieci łączności elektronicznej mieli prawo oferować dostęp do swojej infrastruktury technicznej do celów realizacji sieci innych niż sieci łączności elektronicznej.

- art. 3 ust. 2

Państwa członkowskie zapewniają, aby na pisemny wniosek przedsiębiorstwa dostarczającego lub upoważnionego do dostarczania publicznych sieci łączności każdy operator sieci miał obowiązek uznania każdego rozsądnego wniosku o dostęp do jego infrastruktury technicznej, na sprawiedliwych i rozsądnych warunkach i zasadach, w tym cenowych, na potrzeby realizacji elementów szybkich sieci łączności elektronicznej. Taki pisemny wniosek wyszczególnia elementy projektu będącego przedmiotem wniosku o udzielenie dostępu, wraz z dokładnym harmonogramem.

- Art. 3 ust 5

Państwa członkowskie wymagają, aby krajowy organ ds. rozstrzygania sporów, o którym mowa w ust. 4, uwzględniając w pełni zasadę proporcjonalności, wydał wiążącą decyzję rozwiązującą spór rozpoczęty zgodnie z ust. 4, obejmującą ustalenie sprawiedliwych i rozsądnych zasad i warunków, w tym w stosownych przypadkach ceny.

Krajowy organ ds. rozstrzygania sporów rozwiązuje spór w możliwie najkrótszym terminie, a w każdym razie w terminie czterech miesięcy od daty otrzymania kompletnego wniosku, z zastrzeżeniem okoliczności wyjątkowych, bez uszczerbku dla możliwości skierowania sprawy do sądu przez każdą ze stron.

W przypadku gdy spór dotyczy dostępu do infrastruktury dostawcy publicznych sieci łączności elektronicznej, a krajowym organem ds. rozstrzygania sporów jest krajowy organ regulacyjny, bierze on pod uwagę - w odpowiednich przypadkach - cele określone w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE. Cena ustalona przez organ ds. rozstrzygania sporów zapewnia, aby operator sieci zapewniający dostęp miał realną możliwość uzyskania zwrotu poniesionych kosztów i uwzględnia wpływ udzielenia

dostępu, który jest przedmiotem wniosku, na plan biznesowy operatora sieci zapewniającego dostęp, w tym na inwestycje realizowane przez operatora sieci, u którego złożono wniosek o udzielenie dostępu, w szczególności w odniesieniu do infrastruktury technicznej wykorzystywanej do świadczenia usług szybkiej łączności elektronicznej.

2. Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE z 24.04.2002 r. Nr L 2002.108.33, z późn. zm.; dalej jako: dyrektywa 2002/21/WE lub dyrektywa ramowa)

a) art. 8 ust. 5

W dążeniu do osiągnięcia założeń polityki, o których mowa w ust. 2, 3 i 4, krajowe organy regulacyjne stosują obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne zasady regulacyjne, w tym celu między innymi:

- a) promując przewidywalność regulacyjną poprzez zapewnienie spójnego podejścia regulacyjnego w kolejnych okresach przeglądu;
- b) zapewniając, aby w podobnych okolicznościach nie występowała dyskryminacja w traktowaniu przedsiębiorstw udostępniających sieci i usługi łączności elektronicznej;
- c) chroniąc konkurencję z korzyścią dla konsumentów oraz promując w odpowiednich przypadkach konkurencję opartą na infrastrukturze;
- d) promując efektywne inwestycje i innowacje w zakresie nowej i rozszerzonej infrastruktury, w tym poprzez zagwarantowanie, że każdy przypadek obowiązku udzielenia dostępu uwzględnia ryzyko, jakie ponoszą inwestujące przedsiębiorstwa, oraz poprzez zezwolenie, aby różne porozumienia o współpracy między inwestorami a stronami zwracającymi się o dostęp stanowiły dywersyfikację ryzyka inwestycyjnego przy zapewnieniu utrzymania konkurencji na rynku i zasady niedyskryminacji;
- e) w należyтым stopniu uwzględniając warunki związane z konkurencją i konsumentami, które występują w różnych obszarach geograficznych na terytorium danego państwa członkowskiego;
- f) nakładając *ex ante* obowiązki regulacyjne tylko w przypadku braku skutecznej i zrównoważonej konkurencji, a także łagodząc lub znosząc takie obowiązki, kiedy tylko spełniony jest ten warunek

3. Dyrektywa 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 (Dz. Urz. UE z 24.04.2002 r. Nr L 2002.108.7, z późn. zm.; dalej jako: dyrektywa 2002/19/WE lub dyrektywa o dostępie)

a) art. 8 ust. 1-5

1. Państwa Członkowskie zapewnią, by krajowe organy regulacyjne były upoważnione do nakładania obowiązków, o których mowa w art. 9-13a.

2. Jeżeli, w wyniku analizy rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej), dany operator został wskazany jako posiadający znaczącą pozycję na danym rynku, stosownie do okoliczności, krajowe organy regulacyjne nałożą na niego obowiązki wymienione w art. 9-13 niniejszej dyrektywy.

3. Nie naruszając:

– przepisów art. 5 ust. 1 oraz art. 6,

– przepisów art. 12 oraz 13 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej), wymogu nr 7 z części B Załącznika do dyrektywy 2002/20/WE (dyrektywy o zezwoleniach), stosowanego na mocy art. 6 ust. 1 wspomnianej dyrektywy, oraz art. 27, 28 i 30 dyrektywy 2002/22/WE (dyrektywy o usłudze powszechnej), a także stosownych przepisów dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej), które nakładają obowiązki na przedsiębiorstwa inne aniżeli te, które zostały wskazane jako posiadające znaczącą pozycję rynkową, albo

– zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego,

krajowe organy regulacyjne nie będą nakładały obowiązków określonych w art. 9-13 na operatorów, którzy nie zostali wskazani zgodnie z ust. 2.

W wyjątkowych okolicznościach, w przypadku gdy krajowy organ regulacyjny zamierza nałożyć na operatorów posiadających znaczącą pozycję na rynku obowiązki w odniesieniu do dostępu lub wzajemnych połączeń innych niż ustanowione w art. 9-13 niniejszej dyrektywy, przedstawia on odpowiedni wniosek Komisji. Komisja uwzględnia w najwyższym stopniu opinię Organu Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC)²⁶. Komisja, działając zgodnie z art. 14 ust. 2, podejmuje decyzję zezwalającą krajowemu organowi regulacyjnemu na podjęcie takich środków lub uniemożliwiająca mu ich podjęcie

4. Obowiązki nałożone zgodnie z niniejszym artykułem muszą opierać się na charakterze stwierdzonego problemu oraz muszą być proporcjonalne i uzasadnione w świetle celów określonych w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej). Obowiązki te mogą być nałożone tylko po przeprowadzeniu konsultacji zgodnie z art. 6 oraz 7 wspomnianej dyrektywy.

5. W związku z ust. 3 akapit pierwszy tiret trzecie krajowe organy regulacyjne będą zawiadamiać Komisję o podjętych przez nie decyzjach w kwestii nakładania, zmiany lub uchylecia obowiązków dotyczących niektórych uczestników rynku, zgodnie z procedurą przewidzianą w art. 7 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej).

b) art. 9 ust. 1-2

1. Krajowe organy regulacyjne mogą, zgodnie z art. 8, nałożyć obowiązek przejrzystości w odniesieniu do wzajemnych połączeń lub dostępu, wymagając od operatorów podania do publicznej wiadomości określonych informacji, na przykład informacji księgowych, specyfikacji technicznych, danych o sieci, zasad i warunków dostępu i użytkowania, w tym również wszelkich warunków ograniczających dostęp do usług i aplikacji lub korzystanie z nich, jeżeli państwa członkowskie dopuszczają takie warunki zgodnie z prawem wspólnotowym, oraz cen.

2. W szczególności, jeżeli dany operator jest poddany obowiązkowi niedyskryminacji, krajowe organy regulacyjne mogą **zobowiązać go do opublikowania oferty ramowej**, która będzie wystarczająco szczegółowa, aby zapewnić, że przedsiębiorstwa nie będą zmuszane do płacenia za środki, które nie są niezbędne dla świadczenia danej usługi; oferta ta zawiera opis istotnych ofert podzielonych na różne elementy w zależności od potrzeb rynku oraz zasady i warunki, w tym te dotyczące cen. Krajowy organ regulacyjny jest uprawniony między innymi do wprowadzenia zmian do oferty ramowej celem realizacji obowiązków nałożonych na mocy niniejszej dyrektywy.

4. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE z 17.12.2018 r. Nr L 321/36, dalej jako EKLE)

a) art. 67 ust. 1

1. Krajowe organy regulacyjne ustalają, czy rynek właściwy określony zgodnie z art. 64 ust. 3 jest tego rodzaju, że uzasadnia nałożenie obowiązków regulacyjnych określonych w niniejszej dyrektywie. Państwa członkowskie zapewniają, aby analizę przeprowadzano w stosownych przypadkach we współpracy z krajowymi organami ds. konkurencji. Krajowe organy regulacyjne uwzględniają w jak największym stopniu wytyczne w sprawie znaczącej pozycji rynkowej oraz, przeprowadzając taką analizę, postępują zgodnie z procedurami, o których mowa w art. 23 i 32.

Rynek może być tego rodzaju, że uzasadnia nałożenie obowiązków regulacyjnych określonych w niniejszej dyrektywie, jeżeli spełnione są wszystkie następujące trzy kryteria:

- a) występują trudne do przewyciężenia i niemające przejściowego charakteru bariery strukturalne lub prawno-regulacyjne w dostępie do rynku;
- b) struktura rynku nie sprzyja osiągnięciu efektywnej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym, przy uwzględnieniu stanu konkurencji opartej na infrastrukturze i innych źródłach konkurencji stanowiących przyczynę istnienia barier w dostępie do rynku;
- c) same przepisy prawa konkurencji są niewystarczające, aby odpowiednio zaradzić stwierdzonym nieprawidłowościom w funkcjonowaniu rynku.

W przypadku gdy krajowy organ regulacyjny przeprowadza analizę rynku, który uwzględniono w zaleceniu, kryteria określone w akapicie drugim lit. a), b) i c) uznaje za spełnione, chyba że ten krajowy organ regulacyjny stwierdzi, że jedno lub kilka spośród tych kryteriów nie jest spełnionych w konkretnych okolicznościach krajowych.

b) art. 67 ust. 3

Jeżeli krajowy organ regulacyjny ustali, że rynek właściwy nie jest takiego rodzaju, że uzasadnia nałożenie obowiązków regulacyjnych zgodnie z procedurą przewidzianą w ust. 1 i 2 niniejszego artykułu, lub w przypadku niespełnienia warunków określonych w ust. 4 niniejszego artykułu, nie nakłada ani nie utrzymuje żadnych szczegółowych obowiązków regulacyjnych zgodnie z art. 68. W przypadku gdy istnieją już sektorowe obowiązki regulacyjne nałożone zgodnie z art. 68, krajowy organ regulacyjny uchyla te obowiązki nałożone na przedsiębiorstwa na tym rynku właściwym.

c) art. 68

1. Państwa członkowskie zapewniają, by krajowe organy regulacyjne były upoważnione do nakładania obowiązków, określonych w art. 69-74 oraz 76-81.

2. Jeżeli w wyniku analizy rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 67 dane przedsiębiorstwo zostało wyznaczone jako posiadające znaczącą pozycję rynkową na danym rynku, krajowe organy regulacyjne nakładają, stosownie do przypadku dowolne spośród obowiązków wymienionych w art. 69-74 i art. 76 i 80. Zgodnie z zasadą proporcjonalności krajowy organ regulacyjny wybiera najmniej interwencyjny sposób podejścia do problemów zidentyfikowanych w analizie rynku.

3. Krajowe organy regulacyjne nakładają obowiązki określone w art. 69-74 i art. 76, i 80 wyłącznie na przedsiębiorstwa, które zostały wyznaczone jako posiadające znaczącą pozycję rynkową zgodnie z ust. 2 niniejszego artykułu. Bez uszczerbku dla:

a) art. 61 i 62;

b) art. 44 oraz 17 niniejszej dyrektywy, warunku nr 7 w części D załącznika I, stosowanego na mocy art. 13 ust. 1 niniejszej dyrektywy, oraz art. 97 i 106 niniejszej dyrektywy, a także

stosownych przepisów dyrektywy 2002/58/WE, które nakładają obowiązki na przedsiębiorstwa inne niż te, które zostały wyznaczone jako posiadające znaczącą pozycję rynkową; lub

c) zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego,

W wyjątkowych okolicznościach, w przypadku gdy krajowy organ regulacyjny zamierza nałożyć na przedsiębiorstwa wyznaczone jako posiadające znaczącą pozycję rynkową obowiązki w odniesieniu do dostępu lub wzajemnych połączeń inne niż ustanowione w art. 69-74 i art. 76 i 80, przedstawia on odpowiedni wniosek Komisji.

Komisja w jak największym stopniu uwzględniając opinię BEREC, podejmuje decyzję zezwalającą krajowemu organowi regulacyjnemu na podjęcie takich środków lub uniemożliwiająca mu ich podjęcie.

Te akty wykonawcze przyjmuje się zgodnie z procedurą doradczą, o której mowa w art. 118 ust. 3.

PRZEPISY KRAJOWE

1. Ustawa z 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz. U. z 2017r., poz. 2062, tekst jednolity; **dalej jako: ustawa wruist**)

a) art. 17 ust. 1 i 2

1. Operator sieci zapewnia przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostęp do infrastruktury technicznej, w tym współkorzystanie z niej, w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej.

2. Dostęp do infrastruktury technicznej jest odpłatny, chyba że strony umowy postanowią inaczej.

b) art. 18 ust. 1 -3, 6-8

1. Warunki dostępu do infrastruktury technicznej, w tym techniczne, eksploatacyjne i finansowe warunki współpracy, strony ustalają w umowie o dostępie do infrastruktury technicznej, zawartej na piśmie pod rygorem nieważności.
2. Prezes UKE może wezwać operatora sieci do przedstawienia informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej.
3. Po przedstawieniu przez operatora sieci informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Prezes UKE, kierując się kryteriami określonymi w art. 22 ust. 1-3, może, w drodze decyzji, określić warunki zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej. Przepis art. 22 ust. 4 stosuje się odpowiednio.

6. Operator sieci, któremu wydano decyzję w sprawie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej, jest obowiązany do zawierania umów, o których mowa w ust. 1, na warunkach nie gorszych niż określone w tej decyzji.

7. Operator sieci, któremu wydano decyzję w sprawie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej, zamieszcza na swojej stronie internetowej aktualne warunki zapewnienia tego dostępu.

8. Operator sieci, któremu wydano decyzję w sprawie określenia warunków dostępu do infrastruktury technicznej, przekazuje Prezesowi UKE informację o adresie swojej strony internetowej w terminie 7 dni od dnia zamieszczenia na niej warunków zapewniania tego dostępu. Informacja o adresie strony internetowej jest udostępniana przez punkt informacyjny do spraw telekomunikacji dla terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zwany dalej "punktem informacyjnym do spraw telekomunikacji".

c) art. 22 ust. 1-3

1. Prezes UKE wydaje decyzję w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej w terminie 60 dni od dnia złożenia wniosku o jej wydanie, biorąc pod uwagę w szczególności konieczność zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu.

2. Prezes UKE, wydając decyzję w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, bierze pod uwagę, aby opłaty z tego tytułu umożliwiały zwrot poniesionych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kosztów, w szczególności bierze pod uwagę cele określone w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz. Urz. UE L 108 z 24.04.2002, str. 33, z późn. zm.) oraz wpływ dostępu do infrastruktury technicznej na plan biznesowy tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, w szczególności na realizowane przez niego inwestycje dotyczące szybkich sieci telekomunikacyjnych.

3. Opłaty z tytułu dostępu do infrastruktury technicznej podmiotu wykonującego zadania z zakresu użyteczności publicznej określa się w wysokości, która umożliwia zwrot części kosztów, które ponosi ten podmiot w związku z utrzymaniem tej infrastruktury.

2. Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2019 r. poz.2460, tekst jednolity, dalej PT)

Art. 139.

1. Przedsiębiorca telekomunikacyjny jest obowiązany umożliwić innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, podmiotom, o których mowa w art. 4, oraz jednostkom samorządu terytorialnego wykonującym działalność, o której mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości, w tym do budynku, polegający na:

1) współkorzystaniu z infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości, w tym zapewnianiu określonych elementów tej infrastruktury, kolokacji oraz umożliwianiu zakładania, eksploatacji i konserwacji urządzeń telekomunikacyjnych, przyłączy telekomunikacyjnych, instalacji telekomunikacyjnej budynku i innych elementów infrastruktury telekomunikacyjnej, a także nadzoru nad nimi, jeżeli:

a) wykonanie tych czynności bez uzyskania dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości jest niemożliwe lub niecelowe z punktu widzenia planowania przestrzennego, zdrowia publicznego, ochrony środowiska lub bezpieczeństwa i porządku publicznego,

b) przedsiębiorca telekomunikacyjny na podstawie przepisów prawa, wyroku sądu lub decyzji miał prawo umieszczenia tej infrastruktury telekomunikacyjnej na nieruchomości, nad nią lub pod nią;

2) współkorzystaniu z kabli telekomunikacyjnych w budynku aż do zlokalizowanego w budynku lub poza nim punktu ich połączenia z publiczną siecią telekomunikacyjną, w tym udostępnianiu całości lub części kabla, w szczególności włókna światłowodowego, jeżeli:

a) powielenie infrastruktury telekomunikacyjnej byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe,

b) przedsiębiorca telekomunikacyjny jest właścicielem tej infrastruktury telekomunikacyjnej lub na podstawie przepisów prawa, wyroku sądu lub decyzji miał prawo jej umieszczenia na nieruchomości, nad nią lub pod nią;

3) możliwości korzystania z:

a) instalacji telekomunikacyjnej budynku, jeżeli powielenie infrastruktury telekomunikacyjnej byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe,

b) punktu połączenia instalacji telekomunikacyjnej budynku z publiczną siecią telekomunikacyjną

– jeżeli wniosek o dostęp jest składany w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych.

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.

2. Warunki zapewnienia dostępu, w zakresie, o którym mowa w ust. 1, przedsiębiorcy telekomunikacyjni ustalają w umowie, która powinna być zawarta w terminie 30 dni od dnia wystąpienia o jej zawarcie.

3. (uchylony).

4. Do zapewnienia dostępu, o którym mowa w ust. 1, stosuje się odpowiednio przepisy art. 27-30, art. 31 ust. 1 oraz art. 33, z tym że:

1) każda ze stron może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji, jeżeli nie zawarto umowy o dostępie w terminie, o którym mowa w ust. 2;

2) Prezes UKE podejmuje decyzję o dostępie, o którym mowa w ust. 1, w terminie 60 dni od dnia złożenia wniosku o jej wydanie, biorąc pod uwagę niedyskryminacyjne i proporcjonalne kryteria;

3) Prezes UKE w decyzji określa szczegółowe warunki rozliczeń z tytułu zapewnienia tego dostępu, uwzględniające stopień występującego w danym przypadku ryzyka.

Wątpliwości prawne sądu krajowego i ich znaczenie dla rozstrzygnięcia zawisłej przed nim sprawy.

1. Kwestią kluczową do rozstrzygnięcia sprawy jest wykładnia art. 18 ust. 3 ustawy wruist w świetle przepisów unijnych dotyczących regulacji rynku telekomunikacyjnego. Zgodnie z tym przepisem „Po przedstawieniu przez operatora sieci informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Prezes UKE, kierując się kryteriami określonymi w art. 22 ust. 1-3 może, w drodze decyzji, określić warunki zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej.”.

2. Stosowanie przepisu art. 18 ust. 3 ustawy wruist nie było jeszcze przedmiotem wypowiedzi doktryny i orzecznictwa. Jednakże, jak wynika z uzasadnienia do projektu ustawy z 9 czerwca 2016 roku (Dz.U.2016.903) zmieniającej przepisy ustawy wruist z dniem 1 lipca 2016 r., zmiana dotycząca art. 18 ustawy wruist miała na celu usunięcie istotnej bariery ograniczającej dostęp do infrastruktury technicznej, poprzez wprowadzenie - obok bilateralnego rozstrzygnięcia sporów o dostęp - kompetencji Prezesa UKE do określania tzw. ramowych warunków dostępu, które miałyby zastosowanie do wszystkich umów zawieranych przez operatora sieci, na którego nałożono decyzję. Podkreślono, że Prezes UKE od każdego operatora sieci będzie mógł zażądać przedstawienia informacji w zakresie oferowanych przez niego warunków dostępu do infrastruktury technicznej, do których może nie składać zastrzeżeń, a operator sieci ogłasza je na swojej stronie internetowej i na zasadzie dobrowolności zawiera na ich podstawie umowy o dostęp. Jeżeli jednak Prezes UKE będzie miał zastrzeżenia do przedstawionych warunków lub operator sieci nie będzie stosował tych warunków, przykładowo odmawiając dostępu lub zakłócając konkurencję na rynku telekomunikacyjnym, Prezes UKE będzie mógł, w drodze decyzji, określić warunki dostępu do infrastruktury technicznej, a wówczas operator sieci będzie miał obowiązek zawierania umów na warunkach nie gorszych niż określone w tej decyzji.
3. Z powyższego uzasadnienia projektu zmiany ustawy wruist wynika, że wolą ustawodawcy było, aby Prezes UKE był upoważniony do wydania decyzji o dostępie tylko wtedy, gdy będzie miał zastrzeżenia do warunków dostępu stosowanych przez danego operatora lub operator nie będzie stosował warunków ogłoszonych na swojej stronie internetowej np.: poprzez odmawianie dostępu lub będzie zakłócał konkurencję na rynku telekomunikacyjnym. Jednakże z treści przepisu art. 18 ust. 3 ustawy wruist opisane powyżej warunki wydania decyzji przez Prezesa UKE jednoznacznie nie wynikają.
4. Prawidłowa wykładnia art. 18 ust. 3 ustawy wruist musi uwzględniać regulacje prawa unijnego, które stanowią podstawę regulacji krajowych. Przepisy art. 17 ust. 1 i art. 18 zostały wprowadzone do prawa polskiego w celu realizacji założeń i rozwiązań wynikających z dyrektywy kosztowej. Z motywów tej dyrektywy wynika, że celem jej uchwalenia było doprowadzenie do obniżenia kosztów zapewnienia dostępu do szerokopasmowego internetu na całym terytorium Unii, w tym poprzez stosowne planowanie i koordynację oraz zmniejszenie obciążeń administracyjnych (motyw 4).

Podkreślono bowiem, że realizacja stacjonarnych i bezprzewodowych szybkich sieci łączności elektronicznej w całej Unii wymaga znaczących inwestycji, z których dużą część stanowią koszty robót w zakresie inżynierii lądowej i wodnej robót inżynieryjno-budowlanych. Poprzez pewne ograniczenie tych kosztownych robót inżynieryjno-budowlanych można by usprawnić realizację łączy szerokopasmowych (motyw 7). Środki mające na celu zwiększenie efektywności wykorzystania istniejącej infrastruktury oraz zmniejszenie kosztów nowych robót inżynieryjno-budowlanych i przeszkód utrudniających ich wykonywanie powinny w istotny sposób przyczynić się do zapewnienia szybkiej i szerokiej realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej, utrzymując jednocześnie skuteczną konkurencję i nie wpływając negatywnie na bezpieczeństwo, ochronę i sprawne funkcjonowanie istniejącej infrastruktury publicznej (motyw 9).

5. W Dyrektywie podkreślono również, że „W świetle zasady *lex specialis*, jeżeli mają zastosowanie bardziej szczegółowe środki regulacyjne zgodne z prawem Unii, to mają one pierwszeństwo w stosunku do minimalnych praw i obowiązków przewidzianych w niniejszej dyrektywie. Dlatego niniejsza dyrektywa powinna pozostawać bez uszczerbku dla unijnych ram regulacyjnych dotyczących łączności elektronicznej określonych w dyrektywie 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz w dyrektywie 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, dyrektywie 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, dyrektywie 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz dyrektywie Komisji 2002/77/WE, w tym dla środków krajowych przyjętych zgodnie z tymi ramami regulacyjnymi, takich jak szczegółowe symetryczne i niesymetryczne środki regulacyjne (motyw 12). Państwa Członkowskie mogą ustanawiać dalej idące środki dostępu do infrastruktury technicznej niż wskazane w dyrektywie kosztowej, ale tylko wtedy, jeżeli środki te są zgodne z prawem Unii (art. 1 ust. 3).
6. Przepis art. 3 ust. 2 dyrektywy kosztowej przewiduje spoczywający na operatorze sieci obowiązek uznania każdego rozsądnego wniosku o dostęp do jego infrastruktury technicznej, na sprawiedliwych i rozsądnych warunkach i zasadach. W razie odmowy udzielenia dostępu lub powstania sporu w zakresie szczegółowych warunków i zasad takiego dostępu, krajowy organ regulacyjny, w myśl art. 3 ust. 5 dyrektywy kosztowej, powinien wydać decyzję rozwiązującą spór. Dyrektywa kosztowa przewiduje zatem ingerencję krajowego organu regulacyjnego jedynie w razie zaistnienia sporu w konkretnej sprawie i nie zawiera regulacji pozwalających na

nakładanie przez ten organ obowiązku stosowania ofert ramowych w tym zakresie, ani ingerowania w takie oferty.

7. Prezes UKE stoi na stanowisku, że przepis art. 18 ust. 3 ustawy wruist upoważnia go do określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej w każdej sytuacji, nawet wówczas, gdy nie istnieje spór pomiędzy stronami, jak również gdy operator nie posiada pozycji znaczącej na danym rynku. Uzasadniając wydanie zaskarżonej Decyzji Prezes UKE wskazał, że kierował się następującymi przesłankami: a) ujednoczenie procedur dostępu, b) skrócenie średnich terminów załatwiania wniosków; c) wpływ na parametry budowanej kanalizacji, które to cele są zgodne z tymi opisanymi w dyrektywie kosztowej.
8. W tym miejscu warto wskazać, że wydana decyzja, podobnie jak sześć innych analogicznych decyzji, ma de facto cechy decyzji ustalającej warunki ramowe ponieważ:
 - a) ma ogólny charakter, nakłada ogólne i generalne obowiązki stosowania określonych warunków, zamiast rozstrzygać konkretnych spór,
 - b) nakłada obowiązek zawierania wszystkich umów według ustalonego wzorca i warunków,
 - c) została wydana w celu usunięcia dostrzeżonych przez organ regulacyjny problemów na rynku,
 - d) ceny opłat za dostęp zostały uregulowane w oparciu o zasadę kosztów uzasadnionych, a nie rzeczywiście poniesionych.
9. Powódka uważa, że przepisy dyrektywy kosztowej nie uwzględniają jako jednego z celów jej wydania, ujednoczenia procedur zawierania umów o dostęp do kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej budynku. Cel taki nie znajduje oparcia również w przepisach dyrektywy o dostępie i dyrektywy ramowej.
10. Zatem w świetle przepisów dyrektywy kosztowej budzi wątpliwości podejmowanie przez Prezesa UKE działań władczych w postaci wydania decyzji administracyjnej określającej Warunki dostępu do kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej budynku i zobowiązującej powódkę do ich stosowania w stosunku do każdego operatora, który wystąpi do niej z wnioskiem o dostęp. Osiągnięcie bowiem celów dyrektywy kosztowej jest możliwe już poprzez stosowanie decyzji administracyjnych jedynie w przypadku zaistnienia sporu lub zachwiania konkurencji na danym rynku.

11. Tymczasem wydana Decyzja nakłada na powódkę obowiązki ex ante, a przepisów dyrektywy o dostępie i dyrektywy ramowej wynika, że takie obowiązki mogą być nakładane jedynie na operatorów posiadających znaczącą pozycję na danym rynku. Bez wątplenia powódka takiej pozycji na rynku kanalizacji kablowej nie posiada.
12. Zgodnie zaś z art. 1 ust. 4 dyrektywy kosztowej „Jeżeli którykolwiek przepis niniejszej dyrektywy jest sprzeczny z którymkolwiek przepisem dyrektywy 2002/21/WE, dyrektywy 2002/19/WE, dyrektywy 2002/20/WE, dyrektywy 2002/22/WE lub dyrektywy 2002/77/WE, pierwszeństwo mają odpowiednie przepisy tych dyrektyw.
13. Stosownie zaś do przepisu art. 8 ust. 3 dyrektywy 2002/19/WE „...krajowe organy regulacyjne nie będą nakładały obowiązków określonych w art. 9-13 na operatorów, którzy nie zostali wskazani zgodnie z ust. 2”. Z kolei z ustępu tego wynika, że jeżeli w wyniku analizy rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 dyrektywy ramowej, dany operator został wskazany jako posiadający znaczącą pozycję na danym rynku, stosownie do okoliczności, krajowe organy regulacyjne nałożą na niego obowiązki wymienione w art. 9-13 dyrektywy o dostępie. O ofercie ramowej jest mowa w art. 9 ust. 2 dyrektywy o dostępie.
14. W rozpoznawanej sprawie Prezes UKE nie przeprowadził analizy rynku hurtowego dostępu do kanalizacji telekomunikacyjnej budynku, kanalizacji kablowej poza budynkowej ani hurtowego dostępu do kabli telekomunikacyjnych w budynkach. Nie wskazał też Toya sp. z o.o. jako operatora posiadającego znaczną pozycję na takim rynku. Pomimo tego nałożył na powódkę obowiązek tożsamy z obowiązkiem, o którym mowa w art. 9 ust 2 dyrektywy o dostępie.
15. Warto również dodać, że przepis art. 8 ust. 5 dyrektywy ramowej wskazuje na to, że w dążeniu do osiągnięcia założeń polityki, o której mowa w art. 2,3, i 4, krajowe organy regulacyjne stosują obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne zasady regulacyjne, w tym celu między innymi nakładając ex ante obowiązki regulacyjne tylko w przypadku braku skutecznej i zrównoważonej konkurencji.
16. Również w prawie polskim, uzależnia się możliwość nałożenia przez Prezesa UKE obowiązków ex ante na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego dotyczących dostępu telekomunikacyjnego, jeśli jest to niezbędne do zapewnienia skutecznej konkurencji. Otóż z art. 139 ust. 1b PT w zw. z art. 139 ust. 1 PT wynika, że obowiązek zapewnienia dostępu do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej, ciąży na

- wszystkich przedsiębiorcach telekomunikacyjnych z mocy prawa, niezależnie od posiadania znaczącej pozycji rynkowej, jednakże wydanie decyzji nakładającej obowiązki *ex ante* musi być uzasadnione brakiem skutecznej konkurencji.
17. Podobnie w zaleceniach Komisji Europejskiej z 9 października 2014 roku w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (2014/710/UE) wskazywano, że nakładanie obowiązków *ex ante* powinno dotyczyć jedynie rynków, na których nie występuje skuteczna konkurencja. Powyższe stanowisko zostało podtrzymane w zaleceniach z 18 grudnia 2020 roku (2020/2245) w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 ustanawiającą Europejski kodeks łączności elektronicznej (dz. U. UE z 29/12/2020).
 18. W motywach EKŁE również podkreślono, że celem dyrektywy jest stopniowe zmniejszanie zakresu szczególnych regulacji sektorowych *ex ante* w miarę rozwoju konkurencji na rynku, aby zapewnić, by łączność elektroniczna podlegała wyłącznie prawu konkurencji oraz aby obowiązki regulacyjne *ex ante* były nakładane tylko wtedy, gdy na przedmiotowych rynkach nie występuje skuteczna i zrównoważona konkurencja (motyw 29).
 19. Zgodnie z art. 67 ust. 1 EKŁE nałożenie *ex ante* obowiązków regulacyjnych może być uzasadnione jedynie na rynkach, na których łącznie spełnione są trzy kryteria, określone w art. 67 ust. 1: a) występują trudne do przewyciężenia i niemające przejściowego charakteru bariery strukturalne lub prawno-regulacyjne w dostępie do rynku; b) struktura rynku nie sprzyja osiągnięciu efektywnej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym, przy uwzględnieniu stanu konkurencji opartej na infrastrukturze i innych źródłach konkurencji stanowiących przyczynę istnienia barier w dostępie do rynku; c) same przepisy prawa konkurencji są niewystarczające, aby odpowiednio zaradzić stwierdzonym nieprawidłowościom w funkcjonowaniu rynku.
 20. Reasumując, z przepisów dyrektywy ramowej, dyrektywy o dostępie, a obecnie EKŁE wynika, że nakładanie obowiązków *ex ante* jest możliwe jedynie w przypadku braku skutecznej i zrównoważonej konkurencji na rynku. Tymczasem przed

wydaniem Decyzji Prezes UKE nie przeprowadził analizy w zakresie konkurencyjności na danym rynku.

21. Sąd pragnie również dodać, że rozstrzygając sprawę zobowiązany jest stosować stan prawny i faktyczny z dnia wydania decyzji tj. 11 września 2018 roku, kiedy to obowiązywały wspomniane we wcześniej dyrektywy: 2002/19/WE, 2002/21/WE, które utraciły moc z dniem 21 grudnia 2020 roku na podstawie art. 125 Europejskiego Kodeksu Łączności Elektronicznej, który zastąpił uregulowania tychże dyrektyw. Ponadto dyrektywa EKŁE nie została jeszcze implementowana do polskiego porządku prawnego. Jednakże, gdyby Trybunał uznał, że przedmiotem zaproponowanych pytań powinny być przepisy Dyrektywy EKŁE Sąd odsyłający wnosi o udzielenie odpowiedzi na pytanie zadane w wariancie II.

PODSUMOWANIE

1. Przedstawione wątpliwości uzasadniają zwrócenie się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym na podstawie art. 267 TFUE. Od odpowiedzi TSUE uzależniona jest pozostawiona sądowi krajowemu ocena prawidłowości decyzji organu kontrolnego – Prezesa UKE, w której określono Warunki dostępu do infrastruktury technicznej powódki w zakresie kanalizacji kablowej i kanalizacji telekomunikacyjnej w budynku oraz zobowiązano powódkę do „zapewnienia gotowości do zawierania Umów Ramowych i Umów Szczegółowych, a także przyjmowania Zapytań o dostęp do infrastruktury technicznej zgodnie z postanowieniami Warunków Dostępu określonymi w Załączniku nr 1 i Załączniku nr 2 do decyzji (...)”. Wydanie orzeczenia prejudycjalnego jest niezbędne do rozstrzygnięcia sprawy zawisłej przed sądem krajowym. Warto również podkreślić, że wydanie orzeczenia prejudycjalnego wpłynie również na sposób rozstrzygnięcia pozostałych spraw, w których złożono odwołania od pozostałych 6 analogicznych decyzji Prezesa UKE, a tym samym będzie miało istotne znaczenie dla funkcjonowania krajowego rynku telekomunikacyjnego.
2. Sąd krajowy rozpoznający sprawę powziął bowiem wątpliwość, czy wymienione powyżej przepisy dyrektywy kosztowej, dyrektywy ramowej i dyrektywy o dostępie (a obecnie EKŁE) dotyczących rynku telekomunikacyjnego nie stoją na przeszkodzie, takiemu rozumieniu przepisu art. 18 ust. 3 ustawy o wruist, że upoważnia on Prezesa UKE – krajowy organ regulacyjny do nakładania na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego dysponującego infrastrukturą techniczną, będącego jednocześnie dostawcą publicznie dostępnych usług lub sieci łączności elektronicznej, ale nie posiadającego znaczącej pozycji na danym rynku, obowiązku regulacyjnego w postaci

stosowania ustalonych przez ten organ ex-ante warunków regulujących zasady dostępu do infrastruktury technicznej tego operatora, w tym zakresie zasad i procedur zawierania umów oraz stosowanych opłat za dostęp, niezależnie od istnienia sporu o dostęp do infrastruktury technicznej tego operatora oraz istnienia skutecznej konkurencji na rynku ?

3. W związku z wystąpieniem z ww. pytaniem prejudycjalnym, Sąd Okręgowy Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie postanowił zawiesić postępowanie w sprawie głównej, na podstawie art. 177 § 1 pkt 3¹ kodeksu postępowania cywilnego, wobec uzależnienia rozstrzygnięcia sprawy od wydania orzeczenia prejudycjalnego.


Anna Maria Kowalik
Sędzia Sądu Okręgowego