

# Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa

Tadeusz Skoczny

*Artykuł dotyczy dwóch głównych funkcji prokonkurencyjnej interwencji (reglamentacji) publicznej w gospodarce rynkowej: „ochrony konkurencji” i „prokonkurencyjnej regulacji sektorowej”. W artykule podjęta została próba zdefiniowania oraz ukazania podstawowych różnic modelowych: „ochrony konkurencji” – jako działalności mającej na celu ochronę istniejącej konkurencji, opartej o reguły generalne i polegającej na interwencji ex post (re-aktywnej), represyjnej i jednostkowej – oraz „prokonkurencyjnej regulacji sektorowej” – jako działalności mającej na celu wspieranie rozwoju konkurencji, bazującej na regulach ogólnych i polegającej na interwencji ex ante (pro-aktywnej), preskryptywnej i ciągłej. Odrębnie przedstawiono także modelowe podobieństwo obu funkcji – niezależność realizujących je organów administracji publicznej. W artykule ukazano także przykładowo podstawowe instrumenty zapewniania dostępu do sieci i innych urządzeń kluczowych w ramach „ochrony konkurencji” i „prokonkurencyjnej regulacji sektorowej” (w telekomunikacji, energetyce i transporcie kolejowym). Wreszcie, artykuł wskazuje na zmiany w modelu prawnym „ochrony konkurencji” i „prokonkurencyjnej regulacji sektorowej”, w tym problemy ich konwergencji i kooperacji, określa główne obszary dyskusji wokół podstawowych problemów praktyki związanych z ustrojem i funkcjonowaniem organów ochrony konkurencji i niezależnej regulacji sektorowej oraz formułuje wyzwania poznawcze, jakie dla nauki publicznego prawa gospodarczego rodzi zwłaszcza rozszerzający się współcześnie (we Wspólnocie Europejskiej i w jej państwach członkowskich) zakres niezależnej regulacji sektorowej.*

## 1. Wprowadzenie

1. **Interwencja publiczna** w gospodarce rynkowej (w tym także w „społecznej gospodarce rynkowej”), u której podstaw leży gwarancja własności i wolność gospodarcza przedsiębiorcy mającego odrębny od państwa „**interes prywatny**”, jest faktem. Jej główne cele, generalny zakres i podstawowe formy znajdują swoje ugruntowanie w panujących doktrynach gospodarczych oraz w obowiązujących normach konstytucyjnych i wiążących umowach międzynarodowych<sup>1</sup>. Natomiast szczegółowe cele i obszary, właściwe organy oraz konkretne instrumenty i proce-

dury są treścią publicznego prawa gospodarczego, które chroni podstawowe wartości gospodarki rynkowej oraz wyznacza dopuszczalne granice ich ograniczania „w interesie publicznym” (Banasinski, w: Wyrzykowski, Wierzbowski (red.) 2003: 21), dla „zabezpieczenia interesu publicznego” (Kosikowski 2001: 245) czy „służąc realizacji dobra publicznego (interesu publicznego)” (Chełmoński, w: Borkowski i inni 2000: 7). Będący podstawowym efektem tego prawa status prawny prywatnego przedsiębiorcy jest więc wypadkową jego konstytucyjnie chronionych wolności, w tym głównie wolności podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej, oraz ich ograniczeń dokonanych z uwagi na „**ważny interes publiczny**”; takim interesem (dobrem) publicznym jest m.in. **konkurencja**, stanowiąca centralny punkt odniesienia rozważań niniejszego artykułu.

2. Faktyczny zakres wolności gospodarczej prywatnego przedsiębiorcy nie wynika jednak tylko z tak (wąsko) rozumianego publicznego (administracyjnego) prawa gospodarczego<sup>2</sup>. Z punktu widzenia celów niniejszego artykułu trzeba w szczególności podkreślić, że także w ustroju gospodarki rynkowej „**ręka publiczna**” (państwo, samorządy terytorialne) **może prowadzić** bezpośrednio (jako Skarb Pastwa) lub pośrednio (w formie przedsiębiorstw, spółek itp.) „**publiczną działalność gospodarczą**”; jest wtedy „przedsiębiorcą” (Kosikowski 2003: 255) podległym z jednej strony przepisom szczególnym – „prawu publicznej działalności gospodarczej” (Kosikowski 2003: 255) czy „prawu zarządu mieniem publicznym” (Guziński, w: Borkowski i inni 2000: 216), z drugiej zaś – w mniejszym lub większym stopniu – normom publicznego prawa gospodarczego, mającym zastosowanie do wszystkich przedsiębiorców, w tym regulacjom prokonkurencyjnym<sup>3</sup>.

Ten rodzaj interwencji publicznej w gospodarce rynkowej, zwany przez ekonomistów „regulacją własnościową” (*regulation by ownership*), jest akceptowany także przez prawo wspólnotowe na gruncie art. 295 (bezpośrednio) i art. 86 TWE (pośrednio).

Jednakże, wraz z postępującą w ostatnich dziesięcioleciach komercjalizacją i prywatyzacją, także w wertykalnie zintegrowanych sektorach sieciowych, „interwencja publiczna przez własność”, polegająca na zapewnianiu realizacji określonych interesów (celów) publicznych instrumentami publicznego lub prywatnego (handlowego) prawa gospodarczego, stosowanymi przez „rękę publiczną” jako właściciela przedsiębiorstw świadczących usługi publiczne, odchodzi w przeszłość, a przynajmniej istotnie traci na znaczeniu. O ile bowiem niektóre cele społeczne można było realizować tą metodą, to całkowicie zawiodła ona w zakresie zagwarantowania efektywności gospodarczej sektora publicznego, a do zapewnienia konkurencji na rynkach, a w szczególności niedyskryminacyjnego dostępu firm prywatnych do sieci i innych urządzeń kluczowych, po prostu nie nadaje się; jest jednak wciąż jeszcze elementem publicznego prawa gospodarczego *sensu largo*.

Przede wszystkim jednak **publiczna działalność gospodarcza zawęża pole konstytucyjnie chronionej przedsiębiorczości prywatnej i** – interesującej nas szczególnie w tym artykule – **wolności konkurencji** równouprawnionych uczestników rynku. Jeszcze do niedawna w całej Europie „przedsiębiorstwa publiczne” posiadały także liczne „funkcje regulacyjne”; nie może więc dziwić, że rozdzielanie funkcji gospodarczych (operacyjnych) i funkcji reglamentacyjnych (regulacyjnych) było pierwszym krokiem liberalizacji sektorów użyteczności publicznej (poczynając od telekomunikacji) we Wspólnocie Europejskiej (WE)<sup>4</sup>.

3. Ograniczenie przedsiębiorczości prywatnej niesie ze sobą także „interwencja publiczna przez wyłączenie konkurencji”. Jej podstawową formą są **monopole prawne**, w tym te, które znajdowały i niekiedy dalej znajdują swoje uzasadnienie w ekonomicznej kategorii monopolu naturalnego czy sieciowego. Przyznając określonym przedsiębiorcom (z reguły publicznym) prawa wyłączne do podejmowania i prowadzenia określonej działalności gospodarczej, głównie usługowej, państwa wykluczały całkowicie lub częściowo funkcjonowanie mechanizmów rynku i konkurencji. Na szczęście, dwa ostatnie dziesięciolecia cechowała znaczna **liberalizacja (demonopolizacja)** większości sektorów gospodarczych, w tym sektorów usług użyteczności publicznej. W państwach członkowskich WE dokonała się ona **przez deregulację**, tj. „odebranie” praw wyłącznych do świadczenia tych usług na rynkach krajowych lub międzynarodowych, przede wszystkim w ramach procesu budowy jednolitego rynku wewnętrznego UE (głównie na gruncie aktów wydanych na podstawie art. 86 ust. 3 i art. 95 TWE)<sup>5</sup>; ten sam efekt przyniosły także **liczne orzeczenia sądów wspólnotowych**, coraz wężiej interpretujących przesłanki wyłączenia spod reguł konkurencji przedsiębiorstw świadczących usługi gospodarcze w interesie ogólnym (art. 86 ust. 2 TWE).

Do tej samej kategorii interwencji publicznej w gospodarce rynkowej należą regulacje prawne pozostające w „punktowej” sprzeczności z regułami konkurencji (Wise 1999: 12-13). Gdyby nie takie regulacje, sprzeczne z (generalnymi) regułami konkurencji byłyby np. układy zbiorowe pracy czy zakazy reklamy w sferze wolnych zawodów<sup>6</sup>.

W kontekście poniższych rozważań nt. istoty reglamentacji gospodarczej jako funkcji organów administracji publicznej, tylko w tych przypadkach (monopole i ograniczenia prawne konkurencji) można ew. mówić o tzw. „bezpośredniej regulacji ustawowej” (*regulation by legislation*)<sup>7</sup>, gdyż ustanawiają one zakazy lub nakazy, które nie podlegają administracyjnej indywidualizacji materialno-prawnej i są bezpośrednio egzekwowane przy pomocy środków egzekucji administracyjnej lub zapewniane sankcjami cywilnymi lub karnymi.

4. Doktryna publicznego prawa gospodarczego dosyć powszechnie akceptuje pogląd, że interwencja publiczna w gospodarce rynkową polega przede wszystkim albo na „**policii gospodarczej**”, rozumianej jako interwencja, której celem jest ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego, w tym w szczególności życia, zdrowia, mienia i środowiska przed zagrożeniami wynikającymi z działalności gospodarczej, albo na „**reglamentacji gospodarczej**”, rozumianej jako interwencja polegająca na zapewnieniu zgodnego z interesem publicznym funkcjonowania gospodarki rynkowej (Chetmoński, w: Borkowski i inni 2000: 19)<sup>8</sup>, przede wszystkim przez ograniczanie swobody podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej (Waligórski 1998: 77), tj. indywidualnych interesów prywatnych przedsiębiorców (Kocowski, w: Borkowski i inni 2000: 79). Istotą reglamentacji gospodarczej jest „wskazanie podmiotom, iż w określonych warunkach oczekuje się od nich określonego sposobu postępowania... Brak reakcji podmiotów lub zachowania odbiegające od wzorców ustalonych w dyspozycji przepisów reglamentacyjnych wywołuje określoną ingerencję określonych organów administracji, dokonywaną z zastosowaniem administracyjno-prawnych imperatywnych form ingerencji... Stosowanie form i środków imperatywnych pozwala organom publicznym na wkraczanie, niekiedy bezpośrednio, w sferę procesów decyzyjnych przed-

siębiorców, związanych ze swobodą wykonywania prawa własności, ... kształtowania stosunków umownych, ... organizacji struktur gospodarczych” (Kocowski, w: Borkowski i inni 2000: 79-80).

5. Zgodnie z regułami demokratycznego państwa prawa, na tak rozumianą regulację gospodarczą jako funkcję interwencji publicznej (interwencji „w interesie publicznym”) w wolność działalności gospodarczej opartej – przede wszystkim – na własności prywatnej (Kocowski, w: Borkowski i inni 2000: 77) składają się zatem:

- a) bezwzględnie obowiązujące **normy prawne** ustalające jej zakres i instrumenty (prawo **materialne**) oraz ustanawiające organy wyposażone w atrybut władztwa publicznego (administracyjnego) do materialno-prawnego określania praw i obowiązków oraz wyegzekwowania obowiązków przedsiębiorcy w danym rodzaju stosunków publicznoprawnych przy pomocy określonych instrumentów prawnych (prawo **ustrojowe**, w tym normy kompetencyjne) i w trybie określonych procedur (prawo **formalne**);
- b) **materialno-prawne normy indywidualne** zawarte w aktach stosowania norm prawnych, wydawanych przez organy władztwa publicznego (najczęściej administracji publicznej), ustalające jednostronnie status (prawa i obowiązki) konkretnego przedsiębiorcy w konkretnym stosunku publicznoprawnym, pod kontrolą sądów;
- c) **instrumenty egzekwowania** obowiązków wynikających z aktów stosowania prawa stanowiącego podstawę regulacji gospodarki.

**Układ zależności** między organem administracji publicznej a przedsiębiorcą będącym adresatem norm prawnych ustalających treść interesu publicznego i materialno-prawnej ich indywidualizacji oraz jej egzekwowania **nazywany** jest dosyć powszechnie **nadzorem regulacyjnym** (Borkowski i inni 2000 *passim*).

6. Zakres regulacyjnej interwencji publicznej w sferę wolności i własności prywatnego przedsiębiorcy jest różny w zależności od kraju i okresu rozwoju jego gospodarki, w tym zwłaszcza występujących zagrożeń dla różnych „dóbr publicznych”<sup>9</sup>. W USA od ponad 100 lat, w Europie, w tym w WE, od lat kilkadziesiąt, a w Polsce od momentu transformacji ustrojowej (od 1990 r.) dobrem takim jest „wolna” – a właściwie – „skuteczna” konkurencja (*effective competition*)<sup>10</sup>, gwarantująca najwyższą możliwą efektywność, innowacyjność itp., a w konsekwencji najwyższy możliwy poziom dobrobytu konsumentów (*consumer welfare*) (Whish 2003: 17). Co więcej, skierowana na **zapewnienie skutecznej konkurencji** regulacja gospodarcza, którą będę określał jako **regulacja prokonkurencyjna**, stanowi współcześnie jeden z podstawowych obszarów interwencji publicznej w gospodarce rynkowej.

7. Punktem wyjścia niniejszego artykułu jest **założenie**, że występujące we współczesnym świecie systemy prawne regulacji prokonkurencyjnej są złożone i różne, co wynika nie tylko aktualnego stanu prawa stanowiącego jej podstawę, ale także z tradycji ustrojowej i prawnej. Niejednokrotnie pokaże się w poniższych rozważaniach, że duże różnice w zakresie i charakterze regulacji prokonkurencyjnej występują w USA czy Wielkiej Brytanii – z jednej strony, a w podstawowych państwach kontynentalnej Europy (i na szczeblu wspólnotowym) – z drugiej. Mimo tych różnic można jednak przyjąć, że **prokonkurencyjną regulacją gospodarczą tworzą dwie funkcje (metody) interwencji publicznej:**

- a) **ochrona konkurencji** (*competition protection, anti-trust*), na którą składają się ustanowione w prawodawstwie antymonopolowym materialno-prawne „reguły konkurencji” oraz oparte na tym ustawodawstwie akty zindywidualizowanego stosowania i egzekwowania tych reguł, oraz
- b) **prokonkurencyjna regulacja sektorowa** (*pro-competitive sector-specific regulation*), do której zaliczymy ustanowione w prawodawstwie gospodarczym reguły sektorowej „regulacji na rzecz konkurencji” (*regulation for competition*) oraz oparte na tym prawodawstwie akty zindywidualizowanej i zabezpieczonej środkami egzekucyjnymi interwencji administracyjnej, *ex definitione* ograniczone do przedsiębiorców określonego sektora.

8. Asumptem do zaprezentowania niniejszego artykułu stały się oczekiwania kierowane pod adresem nauki i polityki publicznego prawa gospodarczego w związku z sytuacją, jaka wytworzyła się w wyniku prywatyzacji i demonopolizacji wertykalnie zintegrowanych sektorów sieciowych (użyteczności publicznej), w których istniały i – z reguły – dalej istnieją monopole naturalne (sieciowe). Mimo przyjętych i funkcjonujących w praktyce rozwiązań reglamentacyjnych we wszystkich państwach należących do OECD i Unii Europejskiej (UE) trwają dyskusje i spory wokół **problemu zapewnienia przedsiębiorcom wchodzącym na zdemonopolizowane rynki usług takich samych szans działania na nich, jakie mają dotychczasowi, „zasiedziali” (incumbent) monopolisci**, z rozlicznych – nie analizowanych tu – powodów zdolni do obrony ich pozycji dominującej na rynkach powiązanych (*connected markets*) z sieciami i innymi urządzeniami kluczowymi (*essentials facilities*), którymi w dalszym ciągu dysponują. Jak się bowiem okazuje, proste odebranie im legalnego monopolu (praw wyłącznych) nie wystarcza, a w każdym razie nie zapewnia konkurencji na rynkach położonych wyżej i niżej (*upstream and downstream markets*) (Haucap, Kruse 2004: 266-267).

Inaczej mówiąc, w kategoriach modelowych problemu tego nie da się rozwiązać w ramach „samoregulacji rynkowej” (*market regulation*); zawodzi tu ona programowo (*market failure*). Jej miejsce musi zatem zająć **prokonkurencyjna interwencja (reglamentacja) publiczna**<sup>11</sup>. Pytanie tylko jaka i jaką wybrać właściwą jej metodę?

W literaturze przedmiotu formułowane są przede wszystkim dwa pytania zasadnicze. Po pierwsze – jakie reguły powinny być w ww. celu stosowane: generalne reguły konkurencji czy sektorowe reguły regulacji prokonkurencyjnej? Po drugie – kto powinien je stosować: różne organy administracji publicznej czy jeden taki organ, a jeśli jeden, to który – organ ochrony konkurencji (np. mający wyodrębniony departament lub departamenty dla regulacji sektorowej) czy specjalny regulator, dla którego regulacja prokonkurencyjna nie jest wyłącznym zadaniem?

9. Żeby stworzyć bazę dla odpowiedzi na te pytania (niekoniecznie w tym artykule), a jednocześnie ukazać, jak rozwiązywany jest ten dylemat, trzeba najpierw **zdefiniować i generalnie scharakteryzować istotę obu ww. funkcji (metod) reglamentacji prokonkurencyjnej – ochrony konkurencji (pkt 2.1.) i prokonkurencyjnej regulacji sektorowej (pkt 2.2.)**, ze szczególnym uwzględnieniem występujących między nimi różnic (pkt 2.3) i ich istotnej cechy wspólnej (pkt 2.4.). Na wybranym przykładzie „zapewnienia dostępu do sieci i innych urządzeń kluczowych” ukazane zostanie, że cel ten może być osiągnięty instrumentami ochrony konkurencji lub/i prokonkurencyjnej regulacji sektorowej (pkt 3). W końcowej części artykułu (pkt 4), czasem wykraczając poza jego wcześniejsze rozważania, wskazane zosta-

ną zmiany w modelu prawnym „ochrony konkurencji” i „prokonkurencyjnej regulacji sektorowej”, w tym problemy ich konwergencji i kooperacji, określone główne obszary dyskusji wokół podstawowych problemów praktyki związanych z ustrojem i funkcjonowaniem organów ochrony konkurencji i niezależnej regulacji sektorowej oraz sformułowane wyzwania poznawcze, jakie dla nauki publicznego prawa gospodarczego rodzi zwłaszcza, rozszerzający się współcześnie (we Wspólnocie Europejskiej i w jej państwach członkowskich), zakres niezależnej regulacji sektorowej.

## 2. „Ochrona konkurencji” a „prokonkurencyjna regulacja sektorowa” – definicje oraz różnice i podobieństwa modelowe

### 2.1. Ochrona konkurencji

10. Przez „ochronę konkurencji”, zwaną też ochroną antymonopolową (np. do niedawna w Polsce), antykartelową (np. w Niemczech) czy antytrustową (np. w USA), rozumie się prokonkurencyjną interwencję (reglamentację) publiczną polegającą – co do zasady – na identyfikacji i przeciwdziałaniu zachowaniom (działaniom, praktykom) przedsiębiorców, których celem lub skutkiem jest lub może być (całkowite) eliminowanie lub (częściowe) ograniczanie konkurencji na rynkach właściwych, czyli na działaniach publicznych, które mają na celu **zapobieganie tworzeniu władzy rynkowej** (*market power*) **lub jej nadużywaniu** w gospodarce rynkowej, głównie przez przedsiębiorców prywatnych. W sensie modelowym istotą „ochrony konkurencji” jest więc **ochrona** istniejącej (już) **skutecznej konkurencji** przed antykonkurencyjnymi strategiami przedsiębiorców, tj. **utrzymanie (podtrzymanie) poziomu konkurencji**, jaki istnieje na rynku<sup>12</sup>, a nie poszerzanie czy pogłębianie jej zakresu.

11. Na „ochronę konkurencji” składają się więc przede wszystkim materialnoprawne „reguły konkurencji” (*competition rules*) lub „generalne reguły konkurencji” (*general competition rules*), ustanawiane przez powszechnie i bezwzględnie obowiązujące prawo krajowe lub – stosujące się bezpośrednio (pierwotne i wspólne) – prawo wspólnotowe, które mają na celu przeciwdziałanie kolektywnym i jednostronnym praktykom ograniczającym konkurencję.

Cele te realizowane są współcześnie w USA, we WE i w Polsce na gruncie zakazów praktyk kolektywnych, tj. zmwów czy porozumień, głównie kartelowych (np. art. 1 Sherman Act, art. 81 TWE, art. 5 uokik z 2000 r.), oraz jednostronnych, tj. monopolizacji (art. 2 Sherman Act) czy nadużywania pozycji dominującej (np. art. 82 TWE, art. 8 uokik z 2000 r.).

Do „reguł konkurencji” zalicza się także przeciwdziałanie nadmiernej koncentracji (antykonkurencyjnym koncentracjom) w USA (art. 7 Clayton Act), we WE (na podstawie rozporządzenia 39/2004)<sup>13</sup> i w Polsce (art. 12-23 uokik z 2000 r.).

W prawie wspólnotowym do „generalnych reguł konkurencji” zalicza się także reguły niewiążące (wytyczne), np. Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego (van Dijk 2001: 94; Sage 2004).

12. Z punktu widzenia niniejszych rozważań, istotny jest przede wszystkim **zakaz praktyk jednostronnych**. Najważniejsza dla tych rozważań różnica między

amerykańskim zakazem „monopolizacji” (*monopolizing*) a wspólnotowym i polskim zakazem „nadużywania pozycji dominującej” (*abuse of dominant position*) polega na tym, że na gruncie art. 2 Sherman Act zakazane są tylko „praktyki wykluczające” (*exclusatory practices*), wymierzone głównie w potencjalnych konkurentów (Wise 1999: 18), podczas gdy na gruncie art. 82 TWE i art. 8 uokik z 2000 r. zakazane są nie tylko „praktyki wykluczające”, zwane też „praktykami antykonkurencyjnymi” (*anti-competitive practices*), ale także jednostronne „praktyki eksploatacyjne” (*exploitive practices*).

13. W najszerzej stosowanym modelu<sup>14</sup>, **materialno-prawnej indywidualizacji** ww. „reguł konkurencji” **dokonują** wyposażone we władztwo administracyjne (krajowe lub wspólnotowe) organy administracji rządowej ds. ochrony konkurencji (**organy ochrony konkurencji**). **W ramach tzw. nadzoru bieżącego lub zapobiegającego** (Borkowski i inni: *passim*) organy te, po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego wszczętego z urzędu lub na wniosek (w przypadku naruszenia zakazów praktyk ograniczających konkurencję), lub tylko na wniosek (w przypadku prewencyjnej kontroli koncentracji), wydają decyzje stwierdzające naruszenie i nakazujące zaniechanie lub stwierdzające naruszenie i zaniechanie albo nie stwierdzające naruszenia zakazu<sup>15</sup> lub zakazujące dokonania koncentracji lub zezwalające na jej dokonanie bezwarunkowo lub pod określonymi warunkami<sup>16</sup>.

14. W przypadku stwierdzenia naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję organy stosujące generalne reguły konkurencji mogą także nałożyć na przedsiębiorców **kary pieniężne**<sup>17</sup>. W niektórych systemach prawnych „ochrony konkurencji” najcięższe ograniczenia konkurencji, głównie kartele horyzontalne, są także uznawane za **przestępstwa karne**, ścigane z oskarżenia publicznego<sup>18</sup>. Natomiast we wszystkich systemach prawnych „ochrony konkurencji” administracyjno-prawne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję doznaje istotnego wsparcia w postaci **sankcji cywilno-prawnych** bezpośrednich (nieważności)<sup>19</sup> i pośrednich (np. możliwości dochodzenia odszkodowań – w USA nawet do wysokości potrójnej szkody).

## 2.2. Prokonkurencyjna regulacja sektorowa

15. Szczególna metoda interwencji (reglamentacji) publicznej w gospodarce rynkowej, zwana „regulacją” (ang. *regulation*; niem. *Regulierung*), nie oznaczającą oczywiście wszelkiego regulowania (ang. *to rule*; niem. *zu regeln*)<sup>20</sup>, nie doczekała się jak dotychczas opracowania w doktrynie publicznego prawa gospodarczego w kontynentalnej Europie (np. w Niemczech i Polsce) (Massing 2003; Skoczny 2003)<sup>21</sup>. Tymczasem, „prawo regulacyjne” czy „prawo regulacji” w WE i w jej państwach członkowskich jest przynajmniej *in statu nascendi* (Skoczny 2002), czego najlepszym wyrazem jest posługiwanie się przez prawodawców (wspólnotowego i krajowych) pojęciem „regulacji” w nazwach niektórych „niezależnych organów regulacyjnych” (Wierzbowski, w: Wierzbowski, Wyrzykowski (red.) 2003: 114).

Pewne elementy doktryny „niezależnej regulacji sektorowej” (*independent sector-specific regulation*), w tym w szczególności problem jej „niezależności” od podległego parlamentowi rządu, nawiązujące do jej amerykańskiego pierwowzoru, ale też ściśle powiązane ze wspólnotowym czy np. polskim pozytywnym „prawem regulacyjnym”, spotykamy w najnowszych opracowaniach poświęconych „regu-

lacji” w najbardziej zliberalizowanych sektorach gospodarki (głównie w telekomunikacji) (Larousse 2000: 403 i d.; Koenig, Bartosch, Braun 2002: 64 id.; Piątek 2003: 39 i d.). Największy wkład w rozwój doktryny „niezależnej regulacji sektorowej” w Europie ma nauka brytyjska; w podstawowych brytyjskich podręcznikach z prawa administracyjnego poświęca się jej odrębne rozdziały (por. np. Wade, Forsyth 2000: 167-177).

16. Choć w „Konkluzjach i wnioskach” niniejszego artykułu sformułowane będą niektóre zasadnicze wyzwania, jakie przed nauką publicznego prawa gospodarczego (także w Polsce) stawia funkcja (metoda) „niezależnej”<sup>22</sup> regulacji publicznej w gospodarce rynkowej, to jednak rozważania niniejszego artykułu są ograniczone tylko do „sektorowej regulacji prokonkurencyjnej” (*regulation for competition*), stanowiącej fragment tzw. „regulacji gospodarczej” (*economic regulation*)<sup>23</sup>, której zasadniczym celem jest **zastąpienie mechanizmów rynku i konkurencji** (*market regulation*) tam, gdzie one nie istnieją, w tym głównie w sektorach szczególnych, a zwłaszcza w sieciowych sektorach użyteczności publicznej (*public utilities*); w sektorach konkurencyjnych to właśnie te mechanizmy zapewniają zarówno efektywność gospodarczą, jak i dostawę odpowiedniej ilości i jakości dóbr i usług na warunkach wynikających z akceptowanej przez nabywców relacji cena/jakość.

Niezależna „**regulacja gospodarcza**” jest zbiorem norm prawnych oraz zindywidualizowanych aktów ich stosowania i egzekwowania, które ograniczają wolność gospodarczą działających w tych sektorach firm (często jednej lub niewielu) w zakresie podstawowych parametrów podejmowanych przez nie decyzji, w tym przede wszystkim w odniesieniu do dostępu do rynku, wielkości produkcji i cen produktów, np. ich wzrostu (*price cap*), lub stopy zwrotu kapitału, ale także jakości produktów, inwestycji, sposobów dystrybucji i innych parametrów (Viscusi, Vernon, Harrington 2001: 298; van Dijk 2001: 94).

Cele tak rozumianej „regulacji gospodarczej” mogą być różne; dadzą się jednak wyróżnić trzy grupy takich celów<sup>24</sup>:

- a) **cele ekonomiczne (efektywnościowe)**, w tym w szczególności zapewnienie działalności przedsiębiorstw danego sektora **na publicznie akceptowanym poziomie efektywności**;
- b) **cele społeczne**, w tym w szczególności zapewnienie świadczenia tzw. usług powszechnych i zagwarantowanie akceptowanej przez konsumentów jakości określonych produktów i usług;
- c) **cele prokonkurencyjne**, tj. wszelkie działania mające na celu zapewnienie liberalizacji i rozwoju konkurencji (regulacja prokonkurencyjna).

Tym samym, inaczej niż niektórzy autorzy (np. van Dijk 2001: 96), nie traktuję wszelkiej interwencji mającej na celu „substytucję konkurencji” za „regulację prokonkurencyjną” czy „specyficzne sektorowe reguły konkurencji”.

17. W niniejszym artykule, przez sektorową regulację prokonkurencyjną rozumie się funkcję (metodę) interwencji (reglamentacji) publicznej w sektorach infrastrukturalnych, której celem nie jest zachowanie (utrzymanie) skutecznej konkurencji, bo takowa w danym momencie nie istnieje, lecz jest „rozwój”, „promocja”, „wspieranie” jej rozwoju, rozszerzanie „pola” dla konkurencji, tj. tzw. „**aktywne promowanie konkurencji**” (van Dijk 2001: 96).

18. Dosyć często podnosi się, że regulacja sektorowa, zwłaszcza prokonkurencyjna, ma charakter przejściowy. Winna ona bowiem zostać zlikwidowana (a peł-



niące ją organy – rozwiązane) w momencie, gdy konkurencja zostanie ustanowiona i zacznie pełnić swoje funkcję (*funktionsfähig sein*). Wystarczy wtedy generalna ochrona konkurencji (Möschel 2002: 684).

19. Z uwagi na *ex definitione* sektorowy (szczegółowy) charakter „regulacji prokonkurencyjnej” nie można w tym miejscu zaprezentować i choćby ogólnie scharakteryzować materialno-prawnych podstaw „regulacji prokonkurencyjnej”<sup>25</sup>, ustanowionych we wspólnotowym i polskim prawie telekomunikacyjnym, energetycznym, transportowym (ogólnym i dotyczącym poszczególnych podsektorów transportu) i pocztowym czy w polskim prawie zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków, a więc w sektorach świadczących usługi użyteczności publicznej przy pomocy sieci i/lub innych urządzeń kluczowych. Materialne prawo regulacyjne określa przede wszystkim cele regulacji i podstawowe jej instrumenty, różnicą się znacznie od sektora do sektora. Generalnie rzecz biorąc, można jednak wyróżnić **trzy obszary (subcele)** tej regulacji:

- a) **rozdzielenie działalności gospodarczej (operacyjnej) od działalności regulacyjnej (regulacyjnej)**<sup>26</sup>;
- b) **otwieranie dotychczas zamkniętych rynków na konkurencję**, obejmujące w WE i jej państwach członkowskich np.:
  - całkowite już otwarcie na konkurencję sektora usług i sieci telekomunikacyjnych<sup>27</sup>;
  - stopniowe otwieranie na konkurencję dostaw energii elektrycznej i gazu naturalnego w poszczególnych krajach WE, najpierw dla klientów przemysłowych, a potem dla gospodarstw domowych<sup>28</sup>;
  - stopniowe otwieranie na konkurencję usług kolejowego transportu towarowego i osobowego<sup>29</sup>;
- c) **tworzenie prokonkurencyjnych warunków funkcjonowania tych rynków**, obejmujące np.:
  - **wydzielenie księgowe (rachunkowe) i/lub organizacyjne/majątkowe**, potem **zmiany strukturalne** (wertikalna i – tam gdzie to jest pożądane i możliwe – horyzontalna separacja podsektorów) i **własnościowe** poszczególnych powiązanych rodzajów działalności<sup>30</sup>;
  - **zakaz prowadzenia działalności usługowej** na bazie sieci i urządzeń kluczowych, którymi przedsiębiorca dysponuje (zarządza)<sup>31</sup>;
  - **zapewnienie dostępu do sieci i urządzeń kluczowych**, bez których nie można byłoby świadczyć innych usług **na zasadach przejrzystych, kosztowych i niedyskryminacyjnych**; tylko cele i instrumenty prokonkurencyjnej regulacji sektorowej w zakresie dostępu do urządzeń kluczowych zostaną przedstawione poniżej w niniejszym artykule.

20. **Materialno-prawna indywidualizacja norm prawa regulacyjnego** dokonuje się głównie w drodze władczych działań krajowych organów administracji rządowej wyposażonych „w znaczny stopień niezależności od rządu” (Wierzbowski, w: Wierzbowski, Wyrzykowski (red.) 2003: 115) o charakterze monokratycznym, rzadziej kolegialnym<sup>32</sup>. Organy te, po przeprowadzeniu postępowania wszczętego na wniosek regulowanego przedsiębiorcy, wydają **administracyjne decyzje uprawniające** (Kiczka, w: Borkowski i inni: 2000) (np. przyznają koncesje, zatwierdzają taryfy lub plany rozwojowe), dopuszczające do rynku i określające warunki działania indywidualnych firm w przyszłości, oraz **administracyjne de-**

**cyzje ograniczające** podejmowanie i prowadzenie przez te firmy działalności gospodarczej, w tym rozstrzygające spory między tymi przedsiębiorcami a ich kontrahentami (w tym konkurentami). Te ostatnie są szczególnie istotne dla wypełniania zadań „prokonkurencyjnych”.

21. Niezależne organy regulacyjne mają także **prawo nakładania kar** z tytułu naruszenia norm prawa regulacyjnego.

## 2.3. „Ochrona konkurencji” a „prokonkurencyjna regulacja sektorowa” – podstawowe różnice funkcjonalne

### 2.3.1. Generalne lub szczególne reguły konkurencji

22. **Reguły ochrony konkurencji** mają **podwójnie generalny charakter**.

**Podmiotowo** – mają one zastosowanie do przeciwdziałania praktykom i koncentracjom antykonkurencyjnym w gospodarce w ogóle, a przynajmniej w zdecydowanej większości jej sektorów. Bardzo rzadko są one dostosowywane do specyfiki sektora lub pewnej jego części, pozostając w dalszym ciągu w ramach reguł ochrony konkurencji; we wspólnotowym i polskim prawie konkurencji mamy aktualnie do czynienia z taką sytuacją w przypadku pewnych rodzajów porozumień zawieranych w sektorze transportowym, motoryzacyjnym i ubezpieczeniowym<sup>33</sup>.

**Przedmiotowo** – są one sformułowane w sposób bardzo ogólny i szeroki; są przesycone tzw. pojęciami niedookreślonymi, a więc z istoty swej wymagają interpretacji (wykładni). Tak więc, przynajmniej do czasu ukształtowania się orzecznictwa, firmy podlegają znacznemu ryzyku interwencyjnemu, wynikającemu z niższej przewidywalności tego rodzaju reglamentacji gospodarczej i możliwej dominacji kryteriów legalistycznych (van Dijk 2001: 95, 98).

23. **Prokonkurencyjna regulacja sektorowa** jest – **podmiotowo** – *ex definitione* **ograniczona** do jednego sektora lub pewnej jego części; w praktyce może ona dotyczyć pojedynczych, dużych firm, często częściowo jeszcze państwowych. Można nawet powiedzieć, że jest z założenia „niesymetryczna”, tj. inaczej traktuje przedsiębiorców dysponujących pozycją monopolistyczną lub choćby znaczącą pozycją rynkową (np. w telekomunikacji) i ich konkurentów. Istotne jest także to, że zarówno normy stanowiące podstawę tej regulacji, jak i zindywidualizowane nakazy czy zakazy nakładane przez regulatorów sektorowych są **bardziej szczegółowe**, uwzględniają różne szczególne uwarunkowania techniczne i ekonomiczne funkcjonowania firm danego sektora; są one jakby „skrojone” na potrzeby tego sektora, a więc niosą za sobą mniejsze ryzyko regulacyjne i pozwalają na szersze stosowanie analiz efektywnościowych (van Dijk 2001: 95, 98).

### 2.3.2. Interwencja *ex post* lub *ex ante*

24. Drugim szczególnym kryterium rozróżnienia „ochrony konkurencji” i „prokonkurencyjnej regulacji sektorowej” jest **punkt odniesienia** mieszczącej się w niej **interwencji publicznej**. „Ochrona konkurencji” jest rodzajem interwencji (nadzoru) *ex post* (Haucap, Kruse 2004: 269) w działalność gospodarczą

(firm), gdyż jej istotą jest przede wszystkim rozstrzygnięcie, czy określone działania (zachowania), które miały już miejsce (nadzór następczy), np. odmowa dostępu do urządzenia kluczowego lub udzielenie dostępu do niego za określoną opłatą, lub są dopiero zamierzone (nadzór prewencyjny) są zgodne z „regułami konkurencji”, czy nie, a w konsekwencji wydanie decyzji nakazującej zaniechanie (zaprzestanie) ich stosowania lub zakazującej ich podjęcia (dokonania); nie ulega więc wątpliwości, że do „ochrony konkurencji” w drodze nadzoru trzeba zaliczyć także „prewencyjną kontrolę koncentracji”, mimo że przedmiotem oceny z punktu widzenia „reguł konkurencji” są tu zamiary koncentracji, a nie koncentracje już dokonane<sup>34</sup>.

Co do zasady więc, ochrona konkurencji, w tym w szczególności zakaz nadużywania pozycji dominującej, jest **interwencją re-aktywną** (*reactive*) (van Dijk 2001: 96). Tezie tej nie przeczy ani fakt, że przedmiotem ochrony jest nie tylko rzeczywista (aktualna), ale także potencjalna (przyszła) konkurencja, ani to, że organy ochrony konkurencji muszą zawsze uwzględniać skutki (*prospects*) swych indywidualnych interwencji nadzorczych.

**25. Regulacja sektorowa** jest natomiast rodzajem interwencji (reglamentacji) publicznej, której istotą jest przede wszystkim wywołanie określonego skutku (tu: prokonkurencyjnego) w przyszłości. **Prokonkurencyjna regulacja *ex ante*** ma co do zasady stworzyć sytuację, która będzie najbliższa stanowi, który istniałby, gdyby na rynku nie było firmy dominującej. Poprzez np. nakazanie dostępu do sieci lub innych urządzeń infrastrukturalnych czy zatwierdzenie taryfy opłat za korzystanie z niej regulator sektorowy kreuje „efekt rynku” czy „efekt konkurencji”, zastępując nie tylko „samoregulację rynkową”, ale i „ochronę konkurencji”, bo zapobiega *a priori* ewentualnym przyszłym praktykom antykonkurencyjnym (Haucap, Kruse 2004: 269).

Regulacja sektorowa jest więc **interwencją pro-aktywną** (*proactive*) (van Dijk 2001: 96), ustalającą reguły postępowania firm w przyszłości.

### 2.3.3. Interwencja represyjna lub preskryptywna

**26. Interwencja publiczna na gruncie reguł ochrony konkurencji** ma co do zasady **charakter represyjny**. Stwierdzając naruszenie reguł konkurencji, właściwy organ publiczny nakaze zaprzestania i nałoży karę pieniężną; stwierdzając zagrożenie dla konkurencji w przypadku zamierzonej koncentracji, zakaze jej dokonania.

**27. Prokonkurencyjna regulacja sektorowa** jest natomiast ze swej istoty **preskryptywna**. Jej celem jest bowiem nie sankcjonowanie naruszeń, lecz kreowanie pewnych zachowań lub stanów, które nie mogą zaistnieć na zasadach „samoregulacji rynkowej”.

### 2.2.4. Interwencja jednostkowa lub ciągła

**28. Interwencja publiczna na gruncie prawa ochrony konkurencji** jest ze swej istoty skierowana na odtworzenie skutecznej konkurencji tam, gdzie została ona lub może zostać wyeliminowana lub ograniczona przez konkretne działania konkretnych firm; chroni konkurencję **na tzw. rynku właściwym**, albo **na określonych rynkach powiązanych**.

„Reguły konkurencji” są więc podstawą **interwencji jednostkowej**, czyli **zjawiskiem czasowo ograniczonym** (*one-off events*; van Dijk 2001: 97); jeżeli jest ona skuteczna, to ani następna, ani ciągła interwencja publiczna nie będzie potrzebna.

**29. Prokonkurencyjna regulacja sektorowa** służy natomiast tworzeniu stałych i pewnych (stabilnych) warunków, na jakich działać będą firmy lub konkretna firma przez lata. Działanie regulatora sektorowego musi więc mieć dłuższą, a może nawet **długookresową perspektywę** (*long-term perspective*; van Dijk 2001: 97). Dla firm oznacza to większą pewność prawną i zachętę do podejmowania inwestycji (zwłaszcza z długim terminem zwrotu kapitału).

Wymaga ona jednak przez to stałego monitoringu rozwoju sektora i zachowań firm.

## 2.4. Niezależność organów ochrony konkurencji i prokonkurencyjnej regulacji sektorowej – modelowe podobieństwo

**30.** Problem „niezależności” (*ang. autonomy, niem. Unabhängigkeit*) organów prokonkurencyjnej interwencji publicznej pozostaje w ścisłym związku z potencjalnym konfliktem celów „ochrony konkurencji” i „prokonkurencyjnej regulacji sektorowej” z bieżącymi celami politycznymi realizowanymi przez organy władzy publicznej (tak ustawodawczej, jak i wykonawczej). Chociaż niekiedy uważa się, że „niezależność” jest cechą definicyjną „regulacji *sensu stricte*”<sup>35</sup>, to jednak można też uznać, że powinna ona być wspólną cechą ustroju wszystkich organów „reglamentacji prokonkurencyjnej”, a więc także organów „ochrony konkurencji”.

**31.** Faktem jest wszakże, że **niezależność organów „ochrony konkurencji”** była **raczej postulatem** doktryny (Möschel 1997) **niż wymogiem** normatywnym. W konsekwencji, w niektórych krajach (także WE) administracyjny nadzór nad przestrzeganiem generalnych reguł konkurencji pełniły organy administracji politycznej (ministrowie) lub wyodrębnione organizacyjnie „służby” ministerstw. W większości krajów były to jednak i są wyodrębnione organy publiczne, w swej działalności decyzyjnej niezależne od rządów (ministerstw). Polski organ ochrony konkurencji (Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konkurentów, UOKiK) należy do najbardziej niezależnych organów ochrony konkurencji w Europie (5-letnia kadencja, ustawowo określone przyczyny odwołania przed upływem kadencji).

Co więcej, w wielu krajach doszło dzisiaj do organizacyjnego rozdzielenia funkcji polityki konkurencji i funkcji inkwizycyjnych od funkcji decyzyjnych; te ostatnie realizowane są przez kolegialne rady (trybunały) ds. konkurencji, usytuowane wprawdzie w ramach administracji rządowej (najczęściej w urzędach ochrony konkurencji), ale dysponujące takim zakresem niezależności, który można przyrównywać do niezawisłości sędziowskiej. Najwyższy stopień niezależności organów ochrony konkurencji jest oczywiście wtedy, gdy organem decyzyjnym (orzecznictwem) (*adjudicative*) jest sąd; tak jest nie tylko w USA, ale także w Polsce, gdyż weryfikujący prawidłowość decyzji Prezesa UOKiK polski Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie może uchylić takiej decyzji i odesłać sprawy do ponownego rozpoznania, lecz musi w niej orzec merytorycznie<sup>36</sup>.

Niezależność krajowych organów ochrony konkurencji stała się wymogiem nowego prawa konkurencji WE. W tym kontekście należy krytycznie ocenić pełnienie funkcji wspólnotowego organu ochrony konkurencji przez Komisję Europejską.

32. Dużą niezależność mają także Prezes Urzędu Regulacji Energetyki (URE) i Prezes Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (URTiP). Natomiast Prezes Urzędu Transportu Kolejowego (UTK), aczkolwiek jest przez ustawę<sup>37</sup> uznany za „centralny organ administracji rządowej w sprawach... regulacji transportu kolejowego”, nie jest organem niezależnym, gdyż jest powoływany i odwoływany przez Prezesa RM na wniosek ministra właściwego do spraw transportu; minister ten sprawuje też nadzór nad Prezesem UTK (art. 10 ust. 1 pkt 1 i art. 11 ust. 1 i 2); także większość jego kompetencji ustawa określa jako „nadzór” (art. 13).

33. Problem niezależności organów regulacyjnych może być widziany w różnych aspektach. Najistotniejszym z nich jest **wymóg tzw. podwójnej niezależności** – od organów władzy politycznej oraz od regulowanych firm.

Istotą niezależności od organów władzy politycznej (rządu jako takiego i/lub ministra „właściwego” ds. polityki w danym sektorze lub w danej sferze) jest wykluczenie możliwości udzielania przez nich organowi regulacyjnemu instrukcji (wytycznych) powiązanych z indywidualną decyzją regulacyjną; organ władzy politycznej nie może więc w żadnym wypadku być tzw. „wyższą instancją”. Decyzje regulatora podlegają weryfikacji jedynie przez niezależny organ sądowy (ew. quasi sądowy).

Drugim filarem niezależności sektorowych organów regulacyjnych jest ich separacja i niezależność od regulowanych firm; w praktyce zasada ta nie jest często realizowana<sup>38</sup>.

Istotnym elementem niezależności i bezstronności organów regulacyjnych jest także wyposażenie ich w odpowiednie środki finansowe i rzeczowe oraz kadry, których ilość i jakość nie jest zależna od bieżącego planowania budżetowego<sup>39</sup>.

34. Warto w tym miejscu przypomnieć, że niezależność komisji (agencji) regulacyjnych w USA (Woś 1980) zapewniono przez umiejscowienie ich między władzą wykonawczą (powołującą je) a ustawodawczą (określającą zadania i przyznającą budżet tym organom), przez co są one zgodne z zasadą podziału władz (*checks and balances*), stabilizując obie demokratycznie legitymowane władze publiczne (Möschel 2002: 686), żadnej z nich ani nie wzmacniając, ani nie osłabiając.

W Europie, zwłaszcza w tradycji umowy społecznej Rousseau, niezależność organów regulacyjnych jest niekiedy kwestionowana. „Ten model organów administracji obcy jest naszej tradycji, która zakłada centralne kierowanie polityką całej władzy wykonawczej przez rząd i powiązanie z nim wszystkich organów administracji.” (Wierzbowski, w: Wierzbowski, Wyrzykowski (red.) 2003: 115) Niezależność ta oznacza bowiem, że legitymowana przez suwerena (naród) władza publiczna musi poddać się decyzjom niezależnej (nielegitymowanej demokratycznie) instytucji publicznej.

W Niemczech przeważa jednak pogląd, że tworzenie niezależnych organów rządowych, w tym organów „regulacji *sensu stricte*”, jest wtedy zgodne z konstytucją, gdy organy te mają do wypełnienia „jednowymiarowe zlecenie” (*eindimensionalen Auftrag*), np. ochronę stabilizacji pieniądza (emisyjny Bank Federalny), ochronę konkurencji (Federalny Urząd Kartelowy) czy szczególny cel regulacyjny (np. Federalny Urząd ds. Telekomunikacji i Poczty). Konstytucyjnie dopuszczalna niezależność organu administracyjnego nie wchodziłaby w rachubę wtedy, gdyby musiał on realizować różne, w szczególności sprzeczne ze sobą cele (np. cele z zakresu ochrony konkurencji i ochrony środowiska lub polityki zatrudnienia); decy-

zje takiego organu miałyby bowiem wtedy charakter polityczny, a nie regulacyjny i dlatego wymagałyby legitymacji demokratycznej. Takie jest uzasadnienie uprawnień Ministra Gospodarki do uchylenia decyzji Federalnego Urzędu Kartelowego ze względów na określony interes dobra wspólnego.

35. W niektórych przypadkach wymóg niezależności organów regulacyjnych może mieć swoją podstawę w prawie międzynarodowym<sup>40</sup> lub wspólnotowym. W tym ostatnim normatywny wymóg niezależności władz regulacyjnych państw członkowskich UE został sformułowany np. w liberalizacyjnych dyrektywach telekomunikacyjnych, w tym w Dyrektywie ramowej 2002/21/WE, przy czym krajowe władze regulacyjne w telekomunikacji wtedy muszą być niezależne od rządu, gdy rząd ten ma wciąż dominujący wpływ na któregośkolwiek operatora telekomunikacyjnego<sup>41</sup>.

### **3. Przykład „prokonkurencyjnej reglamentacji gospodarczej”: zapewnienie dostępu do sieci i innych urządzeń kluczowych w ramach „ochrony konkurencji” i „prokonkurencyjnej regulacji sektorowej”**

#### **3.1. Zakaz nadużywania pozycji dominującej przez odmowę dostępu do sieci i innych urządzeń kluczowych**

36. Przedmiotem szerokiej dyskusji w doktrynie i orzecznictwie jest pytanie, czy na gruncie generalnych reguł konkurencji, w tym w szczególności zakazu jednostronnych praktyk antykonkurencyjnych (wykluczających) można zapewnić dostęp do sieci i innych urządzeń infrastrukturalnych w ogóle, a dostęp na warunkach niedyskryminujących – w szczególności.

37. Tak w USA, jak i w prawie wspólnotowym możliwość taką uzasadniano na gruncie samej klauzuli generalnej zakazów zawartych w art. 2 Sherman Act czy art. 82 zd. 1 TWE. Początkowo odmowę dostępu do określonych dóbr kwalifikowano w USA jako formę „jednostronnej odmowy zawarcia umowy” (*unilateral refusal to deal*)<sup>42</sup>, a we WE jako przejaw (jednostronnej) „odmowy dostawy” (*refusal of supply*)<sup>43</sup>.

38. Dla traktowania takich przypadków sądy amerykańskie wypracowały jednak specjalną doktrynę (*essentials facilities doctrine*)<sup>44</sup>, która dopuszcza taką prokonkurencyjną ingerencję publiczną wtedy, gdy kumulatywnie spełnione są cztery przesłanki<sup>45</sup>: (1) urządzenie jest kluczowe dla konkurencji na rynku; (2) urządzenie kluczowe jest kontrolowane przez monopolistę; (3) duplikacja tego urządzenia jest niemożliwa; (4) udzielenie dostępu do urządzenia kluczowego jest możliwe<sup>46</sup>.

Dzisiaj można już także twierdzić, że Komisja Europejska<sup>47</sup> i sądy wspólnotowe przejęły tę doktrynę<sup>48</sup>, nawet jeśli nie zawsze odwołują się do niej wprost (Bunte, Heintz 2003: 610); w każdym razie, można zgodzić się z poglądem, że orzeczenie w sprawie Oskar Bronner stanowi bez wątpienia kolejny krok w rozwoju doktryny *essentials facilities*, uwzględniający specyfikę stosowania wspólnotowych reguł konkurencji (Majcher 2004: 92).

39. Doktrynę *essential facilities* przejęły także administracyjne organy ochrony konkurencji i sądy niektórych państw członkowskich UE. We Francji np., dla

wymuszenia dostępu do „kluczowej infrastruktury” (*infrastructue esentielle*) lub „kluczowych zasobów” (*ressources essentielles*) w różnych sektorach, w tym w transporcie lotniczym, elektroenergetyce, dostawie wody czy telekomunikacji, nie skorzystano z bazującej na klauzuli generalnej art. 8 prawa ochrony konkurencji<sup>49</sup>, wielokrotnie wypróbowanej doktryny „odmowy sprzedaży” (*refusal de vente*), lecz posłużono się obcą doktryną *essentials facilities*<sup>50</sup>. Sądy francuskie dopuszczają wyjątkowo wymuszenie dostępu do sieci dla konkurentów, jeżeli kumulatywnie spełnione są wymogi nieodzowności sieci lub urządzenia infrastrukturalnego dla świadczenia danych usług i przynajmniej gospodarczej niemożliwości duplikacji tych sieci czy urządzeń.

Częstotliwość posługiwania się tą doktryną jest podstawą poglądu, że można już nawet mówić o ukształtowaniu się we Francji trwałej linii orzeczniczej w tym zakresie (Bunte, Heintz 2003: 599).

40. Pochodząca z USA doktryna *essentials facilities* była także inspiracją dla wprowadzenia (od 1.01.1999 r.) do niemieckiej ustawy kartelowej przez jej 6. nowelę przepisu, który ustanowił szczególny stan faktyczny nadużycia pozycji dominującej przez posiadające ją przedsiębiorstwo poprzez odmowę innemu przedsiębiorstwu dostępu do jego sieci lub innych urządzeń infrastrukturalnych za odpowiednią opłatą (*gegen angemessenen Entgelt*) (§ 19 ust. 4). Pierwsze decyzje Federalnego Urzędu Kartelowego i bardzo nieliczne orzecznictwo sądowe (w sprawach energetycznych)<sup>51</sup> wskazują jednak, że stosowanie tego przepisu zmierza przede wszystkim do „otwierania rynków zamkniętych”, zgodnie z wymogami prawa i orzecznictwa wspólnotowego<sup>52</sup>. W sektorach infrastrukturalnych będzie więc musiało współgrać z prokonkurencyjną regulacją sektorową.

41. Także w Polsce istnieje możliwość przeciwdziałania odmowie dostępu do urządzeń kluczowych na gruncie klauzuli generalnej zakazu nadużywania pozycji dominującej zawartej w art. 8 ust. 1 uokik z 2000 r. i stanów faktycznych wymienionych w jej art. 8 ust. 2 pkt 2, 3 i 5. Co więcej, w niektórych decyzjach Prezesa UOKiK i wyrokach SAM/SOKiK, dotyczących odmów zawarcia umowy można już odnaleźć argumentację właściwą sprawom opartym na doktrynie *essentials facilities* (Majcher 2004: 115)<sup>53</sup>.

42. Wszystko wskazuje na to, że zasadnicze elementy doktryny *essentials facilities* będą wykorzystywane dla zapewnienia w ramach „ochrony konkurencji” dostępu także do nietechnicznych elementów gospodarowania, np. do praw wyłącznych (w tym autorskich). Wskazuje na to m.in. decyzja Komisji Europejskiej w sprawie Microsoft<sup>54</sup>.

### 3.2. Zapewnienie dostępu do sieci i innych urządzeń kluczowych w drodze „prokonkurencyjnej regulacji sektorowej”

43. Regulacja na rzecz konkurencji (prokonkurencyjna) (*regulation for competition*) polega przede wszystkim na zapewnieniu – w trybie preskryptywnych działań *ex ante* niezależnych regulatorów sektorowych – dostępu do sieci i innych urządzeń kluczowych (infrastrukturalnych) wszystkim – spełniającym określone kryteria – uczestnikom rynku (konkurentom i potencjalnym konkurentom) na warunkach przejrzystych, kosztowych i niedyskryminacyjnych. Funkcja ta realizo-

wana jest w drodze stanowienia norm prawnych, kreujących taki obowiązek i wydawania przez regulatora sektorowego indywidualnych decyzji określających warunki, na jakich obowiązek ten będzie realizowany przez właściciela (dysponenta) sieci i innych urządzeń kluczowych, oraz decyzji rozstrzygających spory między nim a jego kontrahentami i nakładających kary, w przypadku gdy nie realizuje on obowiązków i decyzji regulacyjnych.

Treścią zadań regulacji prokonkurencyjnej jest więc przede wszystkim:

- a) **zapewnienie konkurentom dostępu do sieci i innych urządzeń kluczowych**, jeżeli inaczej nie mogą oni świadczyć związanych z nimi usług, a konkurenci ci nie mogą uzyskać alternatywnego dostępu od innych oferentów i nie mogą sami wytworzyć takiej sieci lub urządzenia (zduplikować go na warunkach ekonomicznie uzasadnionych); szczególnym przypadkiem tego zadania jest zapewnienie połączeń (interoperatywności) sieci i urządzeń dominującego przedsiębiorcy i jego konkurentów na rynkach usług świadczonych przy pomocy tych (własnych i cudzych) sieci i urządzeń;
- b) **zapewnienie konkurentom dostępu do tych sieci i innych urządzeń kluczowych na warunkach niedyskryminacyjnych**, tj. ekonomicznie uzasadnionych lub nie gorszych od tych, na jakich z sieci i urządzeń tych korzysta ich właściciel; w zadaniu tym mieści się oczywiście także zapewne ekonomicznie uzasadnionych warunków połączeń sieci konkurentów.

44. Szczegółowe zadania i instrumenty regulacyjne różnią się w zależności od sektora, choćby dlatego, że różny jest poziom ich otwarcia na konkurencję. Widać to wyraźnie na przykładzie sektorów sieci i usług telekomunikacyjnych, energetycznego i transportu kolejowego, wybranych tu także dlatego, że są one przedmiotem Strategii Lizbońskiej.

45. **Telekomunikacja** we WE jest sektorem szczególnym z dwóch powodów. Z jednej strony, proces formalnej liberalizacji rynków usług telekomunikacyjnych i udostępniania sieci telefonii głosowej, dokonany w trybie dyrektyw wydanych na podstawie art. 86 ust. 3 i art. 95 TWE, został praktycznie zakończony jeszcze w latach 90. ubiegłego stulecia<sup>55</sup>, a jego ukoronowaniem było wydanie w 2002 r. nowej Dyrektywy o konkurencji na rynkach sieci i usług łączności elektronicznej<sup>56</sup>. Z drugiej zaś – z uwagi na faktyczną dominację „zasiedziałych” (*incumbent*) operatorów narodowych na krajowych rynkach komunikacji elektronicznej – rozwój rzeczywistej konkurencji na jednolitym rynku wewnętrznym i w państwach członkowskich okazał się na tyle powolny i trudny, że działalność tych operatorów trzeba było poddać rozbudowanej regulacji sektorowej, której jednym z podstawowych celów było wspieranie konkurencji (*competition for regulation*)<sup>57</sup>.

Obowiązujący obecnie prawny model prokonkurencyjnej regulacji telekomunikacyjnej, stworzony na podstawie art. 95 TWE, zawarty jest w dwóch dyrektywach: tzw. Dyrektywie ramowej<sup>58</sup> i w tzw. Dyrektywie dostępowej<sup>59</sup>.

Indywidualizacja norm regulacyjnych Dyrektywy ramowej<sup>60</sup> w przypadku konkretnych rynków telekomunikacyjnych, na których konkurencja nie pełni swoich funkcji (nie jest skuteczna), dokonuje się w swoistym procesie regulacyjnym, na który składają się: wyznaczenie takiego rynku i jego zbadanie z punktu widzenia sytuacji konkurencyjnej, ustalenie przedsiębiorców o znaczącej pozycji rynkowej, określenie indywidualnych obowiązków tych przedsiębiorców oraz kontro-



lowanie i egzekwowanie ich respektowania. Jest charakterystyczne, że w dwóch pierwszych etapach tego procesu działający *ex ante* krajowy organ regulacyjny jest zobowiązany stosować standardy wypracowane na gruncie „ochrony konkurencji” dokonywanej *ex post*.

Na podstawie tzw. Dyrektywy dostępowej państwa członkowskie zostały zobowiązane do zapewnienia, aby na rynkach konkurencyjnych dostęp i warunki dostępu do sieci i usług oraz połączenia i warunki połączeń sieci odbywały się w trybie skutecznego, umownego mechanizmu negocjowania. Operator telekomunikacyjny nie może jednak oferować dostępu na warunkach innych niż te, na jakich sam korzysta z sieci dla świadczenia usług z jej pomocą. Jeżeli jednak ma znaczącą pozycję rynkową, mogą być na niego nałożone „szczególne obowiązki” w tym zakresie. Ewentualne wymuszenie dostępu lub połączenia sieci następuje w trybie rozstrzygania sporów między stronami negocjacji zakończonych niepowodzeniem.

Polskie Prawo telekomunikacyjne<sup>61</sup>, dostosowane do wspólnotowego pakietu regulacyjnego z 2002 r. dopiero latem 2004 r., implementuje model prawny nakładania na operatora telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej szeregu obowiązków dotyczących zarówno samego dostępu do jego urządzeń, jak i innych warunków tego dostępu.

**46. Zapewnienie dostępu do sieci przesyłowych i dystrybucyjnych energii elektrycznej, paliw gazowych i ciepła jest także podstawowym zadaniem niezależnej regulacji prokonkurencyjnej w sektorze energetycznym<sup>62</sup>.** W UE podstawowym instrumentem realizacji tego zadania jest **zasada** tzw. **dostępu stron trzecich** (*Third Party Access*), ustanowiona przez obie energetyczne dyrektywy wspólnotowe<sup>63</sup>. Dyrektywy te nałożyły na państwa członkowskie UE obowiązek wprowadzenia tej zasady do swego prawa wewnętrznego i zapewnienia jej respektowania przez monopolistycznych dysponentów sieci i innych urządzeń infrastrukturalnych w ich stosunkach ze stronami umów o dostawę prądu lub gazu.

W Polsce zasada ta została ustanowiona w pełni (a więc także w stosunku do energii wytworzonej i gazu wydobytego zagranicą) w znowelizowanym w tym celu Prawie energetycznym. Prezes URE może czas owo ograniczyć lub wyłączyć ten obowiązek tylko z przyczyn i na warunkach ściśle określonych w ustawie<sup>64</sup>.

Obie Dyrektywy nakładają także na państwa członkowskie UE obowiązek zapewnienia, żeby dostęp ten dokonywał się na warunkach niedyskryminacyjnych, formułując minimalny zestaw takich warunków, w tym pobierania za dostęp rozsądnej, opartej na uzasadnionych kosztach opłaty.

Polskie Prawo energetyczne<sup>65</sup> warunki te implementowało, a Prezes URE musi wyegzekwować ich respektowanie przez podejmowanie indywidualnych decyzji regulacyjnych w sprawach koncesji, taryf, rozstrzygania sporów i nakładania kar pieniężnych.

Niedyskryminacyjny dostęp do sieci przesyłowych we wspólnotowym handlu energią elektryczną zapewniony jest od niedawna w drodze wspólnotowego prawa jednolitego”.

**47. W transporcie kolejowym** podstawowym instrumentem regulacji prokonkurencyjnej był wymóg rozdzielania „zarządzania infrastrukturą kolejową” (liniami kolejowymi oraz innymi budowlami, budynkami i urządzeniami) i „usług przewozowych” (towarów i osób) i zapewnienia wszystkim licencjonowanym przedsiębiorstwom kolejowym, które chcą świadczyć usługi przewozu towarowego,

prawa dostępu do Transeuropejskiej Kolejowej Sieci dla Przewozów Towarowych (*Trans-European Rail Freight Network*)<sup>67</sup>. Później, państwa członkowskie UE zostały zobowiązane do zapewnienia niedyskryminacyjności zasad płatności za korzystanie z infrastruktury kolejowej<sup>68</sup> oraz interoperacyjności transeuropejskiego systemu kolei wysokich prędkości i kolei konwencjonalnych<sup>69</sup>.

Dla stosowania prawodawstwa wspólnotowego, mającego na celu poprawę konkurencyjności sektora kolejowego przez podniesienie poziomu interoperacyjności krajowych systemów kolejowych i wypracowanie wspólnego podejścia do bezpieczeństwa europejskiego systemu kolejowego, UE utworzyła specjalistyczne ciało regulacyjne – Europejską Agencję Kolejową (*European Railway Agency, ERA*), acz wyposażyła je tylko w uprawnienia niewładcze (prawo formułowania zaleceń dla Komisji Europejskiej oraz opinii dla Komisji i regulatorów krajowych – w Polsce Prezesa UTK); ERA rozpocznie działalność 1.05.2006 r.<sup>70</sup>

Polskie prawo kolejowe<sup>71</sup> określa zasady korzystania z infrastruktury kolejowej i zarządzania nią, w tym umownego połączenia linii kolejowych zarządzanych przez różnych zarządców, zgodnie z ww. dyrektywami tzw. pierwszego pakietu kolejowego. Jego dostosowanie do dyrektyw tzw. drugiego pakietu kolejowego będzie musiało być dokonane najpóźniej do 31.12.2005 r.

## 4. Konkluzje i wnioski

### 4.1. Zmiany w modelu prawnym „ochrony konkurencji” i „prokonkurencyjnej regulacji sektorowej”, w tym problemy ich konwergencji i kooperacji

48. Powyższe rozważania były próbą zdefiniowania „ochrony konkurencji” i „prokonkurencyjnej regulacji sektorowej” (częściowo „niezależnej regulacji sektorowej” – w ogóle) i ukazania modelowych różnic i podobieństw obu funkcji. Takie modelowe ujęcie ma ograniczoną wartość praktyczną, a w każdym razie musi być skonfrontowane z konkretnym porządkiem prawnym (wspólnotowym, krajowym) i konkretną rzeczywistością administracyjną. Konfrontacja taka wykaże z pewnością liczne odstępstwa od założeń modelowych<sup>72</sup>. W tym miejscu można tylko zwrócić uwagę na kilka wskazywanych już w literaturze zmian w modelu prawnym „ochrony konkurencji” i „prokonkurencyjnej regulacji sektorowej”, w tym problemy konwergencji, które mogą mieć wpływ na kwalifikację prawną obu metod „reglamentacji prokonkurencyjnej”.

49. Zmiany te można zaobserwować przede wszystkim w zakresie i charakterze „ochrony konkurencji”. Modelowo „ochrona konkurencji” polega przede wszystkim na typowo nadzorczej indywidualizacji *ex post* zakazów praktyk ograniczających konkurencję; model ten uległ wzbogaceniu przez ustanowienie (we WE dopiero w 1989 r.) reguł prewencyjnej kontroli koncentracji. Istotniejsze zmiany tego modelu wiążą się z przenikaniem doń cech „prokonkurencyjnej regulacji”.

50. Po pierwsze, stale rośnie znaczenie **promocji konkurencji** (*competition advocacy*) jako zadania organów ochrony konkurencji; zadanie to jest niekiedy wprost wyrażone w normach prawa ochrony konkurencji.

51. Po drugie, zwłaszcza we WE można zaobserwować daleko idącą **preskryptywność „ochrony konkurencji”**. Przez ponad 40 lat, „efekty regulacyjne”<sup>73</sup> (wpływ na rozwój konkurencji w przyszłości, zwłaszcza na rynkach rozwijających się) niosły ze sobą tzw. wyłączenia indywidualne (*individual exemptions*) spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, wydawane przez Komisję na podstawie art. 81 ust. 3 TWE, nakładające na przedsiębiorców często daleko idące, przyszłościowo zorientowane warunki i obowiązki, zdolne ukształtować przyszłą strukturę rynku i warunki konkurencji na nim, zwłaszcza jeżeli były to pierwsze decyzje w danej sprawie (np. wyłączenia dla aliansów strategicznych w lotnictwie czy telekomunikacji).

Tego typu skutki wywoływały i wywołują oraz bardziej także akty tzw. miękkiego prawa (*soft-law*) – obwieszczenia (*notices*), wytyczne (*guidelines*), informacje (*communications*) itp. – oraz publikowane wypowiedzi (*speeches*) i artykuły (*articles*) komisarzy ds. konkurencji i urzędników DG IV, nierzadko pełniące funkcje instrumentów zapobiegających późniejszej interwencji *ex post* (Sage 2004).

„Regulacyjny wpływ” na przyszłą strukturę rynku mają także decyzje wyrażające zgodę na dokonanie zamierzonej koncentracji pod pewnymi warunkami<sup>74</sup>. Preskryptywne elementy będą z pewnością występowały także w decyzjach nie stwierdzających naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję pod warunkiem zobowiązania się sprawców naruszeń do podjęcia lub zaniechania działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom<sup>75</sup>. W obu ostatnich przypadkach, „regulacyjne efekty” wywoływane są m.in. poprzez wzmożony udział stron trzecich w postępowaniach zmierzających do ich wydania (Sage 2004).

52. Po trzecie, coraz większy jest **wzrost znaczenia ekonomicznego podejścia** do zakazów praktyk ograniczających konkurencję i decyzji w sprawach koncentracji. Widać to w dokonującej się od 1999 r. zmianie wspólnotowego modelu wyłączeń grupowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, bazujących dzisiaj na ekonomicznym progu udziału w rynku jako podstawie relatywizacji tego zakazu, a nie długich, formalnych listach klauzul zakazanych, dozwolonych i dopuszczalnych (Jurkowska 2004). Jeszcze mocniejszym wyrazem ekonomizacji „ochrony konkurencji” jest przejście na test „znacznego osłabienia skutecznej konkurencji” (*SIEC-Test*) w nowych przepisach regulujących prewencyjną kontrolę koncentracji<sup>76</sup>.

53. Po czwarte, coraz silniej widoczna jest „sektoryzacja” stosowania „**generalnych reguł konkurencji**”. Decyzje takie przygotowują często wyspecjalizowane wyłącznie w danym sektorze zespoły ekspertów, nierzadko ukonstytuowane w formie specjalnych wewnętrznych jednostek organizacyjnych (*units*). W tym kontekście należy też widzieć sektorowe akty typu *soft-law*<sup>77</sup>, nie tylko sumujące dotychczasowe orzecznictwo, ale także wprowadzające do „ochrony konkurencji” tzw. zmienne sektorowe (Sage 2004).

54. Zmiany dokonują się jednak także w „prokonkurencyjnej regulacji sektorowej”. W szczególności należy wskazać na **funkcjonalną konwergencję** regulacji w całym obszarze komunikacji elektronicznej w świetle dyrektyw tzw. drugiego pakietu telekomunikacyjnego oraz **strukturalną konwergencję** regulatorów sektorowych w niektórych państwach członkowskich UE (np. połączenie regulatora elektroenergetycznego i gazowego w Wielkiej Brytanii)<sup>78</sup>. Pojawiają się już nawet głosy optujące za **prokonkurencyjną regulacją ponadsektorową** (Haucap, Kruse 2004: 275)<sup>79</sup>.

55. Przede wszystkim jednak należy zwrócić uwagę na konwergencję „ochrony konkurencji” i „prokonkurencyjnej regulacji sektorowej” i realizujących ją organów administracji publicznej (Skoczny 2002(1): 246; Sage 2004). Niewątpliwym jest wpływ jednej funkcji na drugą, ich powiązanie (*entwining*), wzajemna interakcja (*interaction*) (Graham, Smith 2003; Larouche 2000; Sage 2004; Garzanti 2000). Ungerer mówi wprost o „istotnej konwergencji zasad regulacji sektorowej i stosowania prawa konkurencji”<sup>80</sup>, a komisarz Monti o „związku między interwencją przez regulację i stosowaniem reguł konkurencji”, odnosząc się w obu przypadkach do zastąpienia dotychczasowego progu znaczącej władzy rynkowej [regulacyjnego kryterium w telekomunikacji – dop. TS] przez kryterium dominacji w rozumieniu nadanym mu przez praktykę Komisji i orzecznictwo ETS na gruncie prawa konkurencji”<sup>81</sup>. Według Sage, obie te wypowiedzi podkreślają wpływ, jaki wspólnotowe prawo konkurencji ma na prokonkurencyjną regulację sektorową (Sage 2004).

56. Na dzień dzisiejszy organizacyjne związki „ochrony konkurencji” i „prokonkurencyjnej regulacji sektorowej” wyrażają się przede wszystkim w kooperacji realizujących je organów administracji publicznej, a niekiedy także w poddaniu wydawanych przez nich decyzji administracyjnej weryfikacji tego samego sądu; ten ostatni przypadek ma miejsce np. w Polsce, gdzie SOKiK jest organem odwoławczym od decyzji regulacyjnych właśnie w omawianych w tym artykule sektorach telekomunikacji (Prezesa URTiP), energetyki (Prezesa URE) i transportu kolejowego (Prezesa UTK). O ile jednak w sprawach ochrony konkurencji SOKiK jest „ciałem decyzyjnym” (*adjudicative body*), tj. nie może nie orzec merytorycznie w sprawie, w której decyzja Prezesa UOKiK – jeżeli sąd nie zgadza się z nią – pełni raczej funkcję dobrze uzasadnionego „wniosku” („pozwu”) o wydanie ostatecznego orzeczenia, o tyle w postępowaniach z odwołania od decyzji organu regulacyjnego SOKiK może i powinien być raczej „sądem prawa”, pełniącym funkcję „sądu administracyjnego”, niepróbującym zastępować fachowego regulatora w jego funkcji kształtowania przyszłej struktury lub przyszłych zachowań i stosunków w sektorach regulowanych. Weryfikacja decyzji regulacyjnych przez sądy przysparza problemów także w krajach, w których niezależna regulacja sektorowa ma dłuższą tradycję (Wade, Forsyth 2000: 175-177).

57. Wobec tego, że przynajmniej przez najbliższe dziesięciolecie jesteśmy w Europie (we Wspólnocie Europejskiej i jej państwach członkowskich)<sup>82</sup> skazani na koegzystencję organów (generalnej) ochrony konkurencji i niezależnej (sektorowej lub ponadsektorowej) regulacji prokonkurencyjnej, szczególne znaczenie ma ich kooperacja. Zgodnie z tzw. koncepcją dwóch kluczy, firmy będą musiały dalej pokonywać dwie przeszkody (Möschel 2002:683; Duijm 2002), bo działalność jednych nie wyklucza działalności drugich; organy te będą więc działały równolegle i będą musiały coraz intensywniej ze sobą współpracować (Möschel 2002:683).

58. **Kooperacja** organów ochrony konkurencji i niezależnej regulacji sektorowej może przybierać i przybiera **różne formy**. I tak:

- a) najsilniejszą formą takiej kooperacji jest **uzależnienie** decyzji jednego organu **od zgody** drugiego<sup>83</sup>; tego rodzaju ograniczone **prawo weta** ma obecnie Komisja Europejska wobec decyzji krajowych organów regulacyjnych ds. telekomunikacji<sup>84</sup>;
- b) w niektórych krajach (np. w Wielkiej Brytanii)<sup>85</sup> organy ochrony konkurencji (np. OFT) i niezależnej regulacji sektorowej (np. OFCOM, OFEL czy

OFWAT) **muszą na bieżąco współpracować ze sobą** (zasięgać opinii, wzajemnie się informować, wysłuchiwać swoich argumentów); współpraca ta przybiera niekiedy formę wspólnych wytycznych i wspólnych ciał roboczych (np. *Concurrency Working Party*), w ramach których podejmowane są wewnętrzne decyzje co do przydziału sprawy temu lub innemu organowi<sup>86</sup>;

- c) szczególną formą takiej kooperacji jest **zobowiązanie organów regulacji sektorowej do respektowania czy wykorzystywania standardów i dobroku organów ochrony konkurencji w zakresie wyznaczania rynku właściwego i pozycji dominującej lub „znaczącej pozycji rynkowej”**; takie rozwiązanie przyjęto m.in. we wspólnotowym prawie regulacji telekomunikacyjnej oraz w regulacji telekomunikacyjnej państw członkowskich UE<sup>87</sup>.

## 4.2. „Ochrona konkurencji” albo „prokonkurencyjna regulacja sektorowa” – problemy wyboru

59. W ostatnich 10 latach trwają w Europie (w tym w największym zakresie w Niemczech) dyskusje i spory wokół pytania, **czy w interwencję publiczną w sektorach infrastrukturalnych należy oprzeć na „regulacji *ex ante*”, czy „nadzorze *ex post*”** (Harcap, Krause: 266); ich cechą charakterystyczną jest m.in. to, że mają one miejsce w trakcie dokonującej się równolegle w krajach europejskich prywatyzacji i liberalizacji wertykalnie zintegrowanych sektorów sieciowych oraz tworzenia – w skali całej UE – jednolitego rynku wewnętrznego usług komunikacji elektronicznej, dostaw prądu i gazu, usług pocztowych czy transportowych (w tym transportu kolejowego).

60. Najogólniej rzecz biorąc, w dyskusji tej reprezentowane są trzy stanowiska:

- a) propozycje przyznania wyłącznej właściwości do realizacji obu tych funkcji albo organowi ochrony konkurencji, albo organowi niezależnej regulacji sektorowej w danym sektorze (np. w telekomunikacji czy energetyce); propozycja ta ma jednak z rozlicznych powodów małe szanse powodzenia;
- b) propozycje przekazania pewnej części ochrony konkurencji organowi niezależnej regulacji sektorowej lub odwrotnie, np. prewencyjnej kontroli koncentracji w danym sektorze (np. w mediach/multimediach); w tym ostatnim przypadku byłoby to możliwe z uwagi na prewencyjny charakter nadzoru nad procesami koncentracji (regulacja zaś jest zawsze *ex ante*), a poza tym mogłoby przyczynić się do rozwiązania problemu równoczesnej ochrony i „skutecznej konkurencji”, i „pluralizmu medialnego” (Möschel 2002: 684)<sup>88</sup>;
- c) propozycje zachowania – ew. doskonalenia – obecnego „dualizmu interwencyjnego”.

61. W toczącej się dyskusji wokół „sprawności regulacyjnej” (*regulatorische Effizienz*) (Möschel 2002: 686) każdego z tych rozwiązań podnoszone są liczne argumenty „za” i „przeciw” wyłączności lub dominacji „ochrony konkurencji” albo „niezależnej regulacji sektorowej” oraz „jednego organu” albo „wielości organów” realizujących te funkcje. Nie ma miejsca na ich szczegółową prezentację w niniejszym artykule. Trzeba je jednak analizować. W szczególności winien to czynić

każdy prawodawca, ustanawiający nowe organy interwencji publicznej i przyznający im różne, często bardzo szerokie kompetencje. Zwłaszcza potrzeby rozwoju funkcji „niezależnej regulacji sektorowej”, często wynikające z prawa wspólnotowego lub międzynarodowego, stanowią poważne wyzwanie dla nauki o polityce publicznego prawa gospodarczego, która powinna stanowić eksperckie zaplecze dla praktyki legislacyjnej.

62. Wciąż niewielki zakres dyskusji i dorobku w tym zakresie każe opowiedzieć się za zachowaniem odrębności realizacji funkcji „ochrony konkurencji” i „prokonkurencyjnej regulacji sektorowej”, traktując to raczej jako szansę („pozytywną konkurencję” organów, wzajemną kontrolę, wzbogacanie dorobku) niż jako zagrożenie („negatywna konkurencja” organów, rozbieżność podejść i decyzji, niższa pewność prawna, większe ryzyko i koszty). Praktyka funkcjonowania „dualizmu interwencyjnego” w sektorach użyteczności publicznej, przede wszystkim dzięki kooperacji organów administracji publicznej, winna jednak cechować się dążeniem do stosowania takich samych testów, a w konsekwencji osiągania takich samych efektów w zakresie zapewniania najwyższego możliwego poziomu dobrobytu społecznego (*consumer welfare*) dzięki najwyższej możliwej efektywności działania firm (*efficiency*).

### 4.3. Wyzwania pod adresem nauki publicznego prawa gospodarczego

63. Na zakończenie powyższych rozważań chciałbym wskazać na obszary podstawowych wyzwań, jakie dla publicznego prawa gospodarczego w Polsce (a pewnie też dla większości państw członkowskich UE) niesie ze sobą zwłaszcza fenomen „niezależnej regulacji sektorowej”, który pojawił się w naszej rzeczywistości prawnej i gospodarczej w latach 90. ubiegłego stulecia, trwa dzisiaj i będzie rozwijał się w przyszłości. Co do zasady konieczne jest określenie miejsca „niezależnej regulacji sektorowej” w świetle zasad konstytucyjnego porządku prawnego, w tym zasad ustroju państwa (demokratycznego państwa praw) i gospodarki (socjalnej gospodarki rynkowej), zasady podziału i równoważenia władz i zasad systemu prawa.

64. „Niezależna regulacja sektorowa” musi w szczególności znaleźć swoje miejsce w teorii funkcji i zadań administracji publicznej. Nauka publicznego prawa gospodarczego powinna zwłaszcza odpowiedzieć na pytanie, czy funkcja ta może być w całości przypisana „administracji” z uwagi na to, że w sensie materialnym realizującą ją organy w dużym stopniu „stanowią” reguły gry w gospodarce, a nie tylko nadzorują przestrzeganie reguł ustawowych. Gdyby nawet przyjąć, że – choćby w warunkach polskich - zakres regulacyjnych oddziaływań ministrów odpowiedzialnych za politykę gospodarczą w sektorach jest znacznie szerszy niż w innych systemach (np. w USA czy w Wielkiej Brytanii), to trzeba odpowiedzieć na pytanie, czy funkcja ta mieści się w całości w tzw. reglamentacji gospodarczej, czy też poza nią wykracza, a w konsekwencji winna być traktowana i analizowana odrębnie – jako „(niezależna) regulacja gospodarcza” (obok „policji gospodarczej” i „reglamentacji gospodarczej”) (Skoczny 2003: 162).

Nauka publicznego prawa gospodarczego winna też odpowiedzieć na szczegółowe pytania o podstawowe cele i rodzaje zadań regulacyjnych.

65. Mimo pojawienia się w najnowszych podręcznikach z publicznego prawa gospodarczego odrębnych opracowań „niezależnych organów regulacyjnych” (Wierzbowski, w: Wierzbowski, Wyrzykowski (red.) 2003: s. 114-119) lub „specjalnych organów administracji” (Kocowski, w: Borkowski i inni 2000: 83-86), omawiających ok. 10 organów administracji publicznej, posiadających mniejszy lub większy zakres niezależności, wciąż jeszcze brak jest w polskiej doktrynie prawa publicznego (inaczej niż np. w Niemczech) pogłębionych refleksji na temat zakresu i warunków dopuszczalności tworzenia centralnych organów administracyjnych, niezależnych od demokratycznie legitymowanych władz publicznych; fakt, że organy takie powstały i funkcjonują nie powinien wykluczać takiej refleksji. Teoria organu administracji publicznej musi zająć się w szczególności cechą „niezależności” regulacji sektorowej, traktowanej niekiedy jako jej cecha „niezbywalna”. Pewien dorobek oraz niektóre szczegółowe pytania w tym zakresie zostały już przedstawione wcześniej (Skoczny 2003: 161-162) i w niniejszym artykule (pkt. 2.4.)<sup>89</sup>.

Trzeba też postawić pytanie, czy nie należy wyróżnić odrębnego układu „nadzoru regulacyjnego” albo wyodrębnić w układzie „nadzoru reglamentacyjnego” dwa osobne podukłady: „układ nadzorczy” i „układ regulacyjny” (Skoczny 2003: 162).

66. „Niezależna regulacja sektorowa” stanowi wyzwanie także dla teorii prawnych form działania administracji. Przedmiotem badań powinny być w szczególności władcze akty upoważniające, oparte na szczególnie dużym uznaniu administracyjnym. W niezależnej regulacji sektorowej istotna jest też rola działań niewładczych.

## Informacje o autorze

**Dr hab. Tadeusz Skoczny**, profesor UW, Kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania UW, Holder of the Jean Monnet Chair on European Economic Law; tadesko@o2.pl.

## Przypisy

- <sup>1</sup> Kwestie te nie będą poruszane w tym artykule; są one szeroko prezentowane w najważniejszych podręcznikach i monografiach ekonomicznych i prawnych z zakresu publicznego (administracyjnego) prawa gospodarczego, w tym w kilku najważniejszych z nich, które cytuję w niniejszym artykule.
- <sup>2</sup> Do publicznego prawa gospodarczego *sensu largo* należałoby zaliczyć także normy regulujące wszelkiego rodzaju daniny (ciężary) publiczne (np. podatki) nakładane na przedsiębiorcę (Kocowski, w: Borkowski i inni 2000: 79); także ten wątek musi być pominięty w niniejszym artykule.
- <sup>3</sup> Por. np. art. 4 pkt 1 ustawy z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t. jedn. z 2003 r. Dz. U. Nr 86, poz. 804 z późn. zm.), cyt. dalej jako uokik z 2000 r. Pewnym zaskoczeniem jest, że USA są jedynym krajem OECD, w którym „przedsiębiorstwa publiczne” są wyłączone spod zakresu zastosowania prawa konkurencji nawet wtedy, gdy prowadzą działalność komercyjną (za: Wise 1999: 37).
- <sup>4</sup> Pisze o tym w niniejszym zeszycie S. Piątek.
- <sup>5</sup> Tylko w niektórych krajach (np. w Wielkiej Brytanii) krajowa liberalizacja tych sektorów poprzedza liberalizację wspólnotową; pisze o tym w niniejszym zeszycie A. Szablewski.
- <sup>6</sup> Polska uokik z 2000 r. wyłącza te pierwsze spod swego zastosowania wprost (art. 3 pkt 1); wszelkie inne natomiast „akceptuje” jako „ograniczenia konkurencji dokonane na podstawie innych ustaw” (art. 3 pkt 2).
- <sup>7</sup> W innym rozumieniu o „*regulation by legislation*” wspomina w niniejszym zeszycie W. Hoff.
- <sup>8</sup> W niniejszym artykule całkowicie pomijam kwestie rozgraniczenia obu funkcji i charakterystykę pierwszej z nich.

- <sup>9</sup> Całkowicie pomijam tu ich choćby ogólną charakterystykę; por. np. Kocowski, w: Borkowski i in- ni 2000: s. 81-82; autor wyraźnie umieszcza „wolną konkurencję” w katalogu tych „dóbr” (s. 82).
- <sup>10</sup> Por. orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie 26/76 *Metro I* (Zb. Orz. 1977, s. 1875).
- <sup>11</sup> Oczywiście, także ona może zawieść (*regulation failure*). Nie jest jednak to przedmiotem tego artykułu; pisze o tym natomiast w niniejszym zeszycie A. Szablewski.
- <sup>12</sup> Palzer, Hilger 2001: 6 – cyt. za artykułem M. Kolasińskiego zamieszczonym w niniejszym zeszycie.
- <sup>13</sup> Por. Rozporządzenie (WE) Nr 139/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z 20.01.2004 r. w sprawie prewencyjnej kontroli koncentracji (Dz. Urz. WE L 24, 29.01.2004 r., s. 1).
- <sup>14</sup> Tylko w niewielu krajach (np. USA) materialno-prawnej indywidualizacji zakazów praktyk ograniczających konkurencję dokonują sądy karne z oskarżenia publicznego. Czym innym jest oczywiście dochodzenie roszczeń cywilnoprawnych z powództwa prywatnego (tzw. *private enforcement*); sprawy te pomijam w tym artykule.
- <sup>15</sup> Np.: art. 9-11 uokik z 2000 r.; art. 7-10 Rozporządzenia (WE) Nr 1/2003 Parlamentu Europejskiego i Rady z 16.12.2002 r. w sprawie wykonywania reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 TWE (Dz. Urz. WE L 1, 4.01.2003 r., s. 1).
- <sup>16</sup> Np.: np. art. 17-19 uokik z 2000 r.; art. 6 i 8 cyt. wyż. Rozporządzenia nr 139/2004.<sup>17</sup>  
Np.: art. 101 uokik z 2000 r.; art. 23 cyt. wyż. Rozporządzenia Nr 1/2003.
- <sup>18</sup> Np. od niedawna w Wielkiej Brytanii; patrz komunikat badawczy T. Skocznego zawarty w niniejszym zeszycie.
- <sup>19</sup> Np.: art. 81 ust. 2 TWE; art. 5 ust. 2 i art. 8 ust. 2 uokik z 2000 r.
- <sup>20</sup> Jak słusznie podkreśla w niniejszym zeszycie W. Hoff.
- <sup>21</sup> Por. też powoływaną w tych referatach niemiecką i polską literaturę przedmiotu.
- <sup>22</sup> Kwestia „niezależności” regulacji będzie omówiona odrębnie poniżej.
- <sup>23</sup> W literaturze amerykańskiej (Viskusi, Vernon, Harrington 200 2000: 635) wyróżnia się jeszcze tzw. „regulację socjalną” (*social regulation*), która pozostaje poza zainteresowaniami niniejszego artykułu w ogóle.
- <sup>24</sup> Dwa pierwsze z tych celów zostały w tym artykule całkowicie pominięte.
- <sup>25</sup> Niektóre ich szczegółowe elementy omawiam w: Skoczny 2002(2) i Skoczny 2003.
- <sup>26</sup> Był to w niektórych sektorach (np. w telekomunikacji i usługach pocztowych, ale niekiedy także w usługach audiowizualnych) pierwszy krok na drodze do demonopolizacji sektora; pisze o tym w niniejszym zeszycie m.in. S. Piątek.
- <sup>27</sup> Por. ostatnią Dyrektywę liberalizacyjną – Dyrektywę 96/19/WE Komisji z 13.12.1996 r. w sprawie pełnej liberalizacji w sektorze telekomunikacyjnym (Dz. Urz. WE 1996 L 74/13).
- <sup>28</sup> Por. obie „stare” i „nowe” dyrektywy energetyczne: Dyrektywę 96/92/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 19.12.1996 r. dotyczącą wspólnych reguł dla wewnętrznego rynku w sektorze elektroenergetycznym (Dz. Urz. WE L 27, 30.01.1997 r., s. 2), zastąpioną przez Dyrektywę 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.06.2003 r. dotyczącą wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającą Dyrektywę 96/92/WE (Dz. U. WE L 176, 15.07.2003 r., s. 37); Dyrektywę 98/30/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 22.06.1998 r. dotyczącą wspólnych reguł dla wewnętrznego rynków gazu ziemnego (Dz. Urz. WE L 204/1), zastąpioną przez Dyrektywę 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26.06.2003 r. dotyczącą wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającą Dyrektywę 98/30/WE (Dz. Urz. WE L 176, 15/07/2003, s. 57).
- <sup>29</sup> Por. Dyrektywę 91/440/EWG Parlamentu Europejskiego i Rady z 29.07.1991 r. w sprawie rozwoju kolei wspólnotowych (Dz. Urz. WE L 237, 24.08.1991 r., s. 25), zmienioną w ramach tzw. pierwszego pakietu kolejowego Dyrektywą 2001/12/WE (Dz. Urz. WE L 75, 15.03.2001, s. 1) oraz – w ramach tzw. drugiego pakietu kolejowego – Dyrektywą 2004/51/WE z 29.04.2004 r. (Dz. Urz.



- WE L 164/164); por. także tzw. trzeci pakiet kolejowy przedstawiony przez Komisję 3.03.2004 r., który ma doprowadzić do pełnego otwarcia wszystkich rynków kolejowych do 2010 r.
- <sup>30</sup> Np. w energetyce (por. ww. „stare” i „nowe” dyrektywy energetyczne).
- <sup>31</sup> Tak jest np. w sektorze kolejowym; zgodnie z art. 5 ust. 3 ustawy z 28.03.2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. Nr 86, poz. 789 z późn. zm.) „zarządca infrastruktury” kolejowej „nie jest uprawniony do wykonywania przewozów kolejowych.
- <sup>32</sup> Pisze o tym szerzej w niniejszym zeszycie W. Hoff.
- <sup>33</sup> Por. np.: Rozporządzenie (WE) Nr 1400/2002 Komisji z dnia 31.07.2002 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do grup wertykalnych porozumień i praktyk uzgodnionych w sektorze pojazdów samochodowych (Dz. Urz. WE 2002 L 203, 1.08.2002 r., s. 30); Rozporządzenie (WE) Nr 358/2003 Komisji z 27.02.2003 r. w sprawie grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym (Dz. Urz. WE 2003 L 53, 28.02.2003 r., s. 8). Oba te rozporządzenia mają swoje odpowiedniki w Polsce.
- <sup>34</sup> W niektórych systemach ochrony konkurencji (np. w Niemczech do 1.01.1999 r.) istniały także zakazy antykonkurencyjnych koncentracji; organy ochrony konkurencji sprawowały wtedy oczywiście nadzór następczy.
- <sup>35</sup> W. Hoff mówi w niniejszym zeszycie (patrz niżej) nawet o jej „niezbywalności”.
- <sup>36</sup> Por. art. 479<sup>31</sup> § 3 K.p.c.
- <sup>37</sup> Por. ustawę z 28.03.2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. Nr 86, poz. 789 z późn. zm.).
- <sup>38</sup> Piszą o tym w niniejszym zeszycie S. Piątek i A. Szablewski; por. zwłaszcza rozważania A. Szablewskiego nt. tzw. *capture theory*.
- <sup>39</sup> Piszą o tym w niniejszym zeszycie S. Piątek i W. Hoff; ten ostatni twierdzi, iż niezależność Prezesa URE została poważnie ograniczona właśnie przez odebranie mu tzw. budżetowego środka specjalnego.
- <sup>40</sup> Por. pkt 5 zobowiązań WE i ich państw członkowskich zawartych w Protokole z 15.04.1997 r. w sprawie liberalizacji usług telekomunikacyjnych, stanowiącym 4. protokół do Porozumienia Ogólnego w sprawie Handlu i Usług na Obszarze WTO.
- <sup>41</sup> Por. pkt 11 oraz art. 3 ust. 2 cyt. niżej. Dyrektywy ramowej.
- <sup>42</sup> Por. np. orzeczenia TS w sprawach 6-7/73 *Commercial Solvents* (Zb. Orz. 1974, 223), 27/76 *United Brands* (Zb. Orz. 1978, 297), 311/84 *Télémarketing* (Zb. Orz. 1985, 3261) i C-242/91 P *Magil* (1995, I-743).
- <sup>43</sup> Por. np. wyroki w sprawach *Eastman Kodak*, 273 US 359 (1951), *Lorain Journal*, 342, US 143 (1951), *Otter Tail*, 410 US 366 (1973) i *Aspen Skiing*, 472 US 585(1985).
- <sup>44</sup> Nazwy „essential facility” użyto po raz pierwszy w wyroku w sprawie *Hecht*, 436 US 956 (1978).
- <sup>45</sup> Por. wyroki w sprawach *Terminal Railroads*, 224 US 383 (1912), *Otter Tail*, 410 US 366 (1973), *Hecht*, 436 US 956 (1978), *Consolidated Gas* ( 880F.2d 297 11Th Cir. 1989) i *MCI v AT&T* (708 F.2d 181, 7th Cir. 1983).
- <sup>46</sup> Dokładnie tak sformułowano te przesłanki w wyroku w sprawie *MCI v AT&T* (708 F.2d 181, 7th Cir. 1983).
- <sup>47</sup> Por. np. decyzje KE w sprawach *National Carbonising Company* (Dz. Urz. WE 1976 L 35/ 6), *London European/Sabena* (Dz. Urz. WE 1988 L 317/47), *British Midland v. Aer Lingus* (Dz. Urz. WE 1992 L 96 34), *Sea Containers v. Stena Sealink* (Dz. Urz. WE 1994 L 158), *Port of Rødby* (Dz. Urz. WE 1994 L 55/52), *HOV-SVZ/MCN* (Dz. Urz. WE 1994 L 104/34) i *FAG* (Dz. Urz. WE 1998 L 72/30).
- <sup>48</sup> Por. np. orzeczenia TS i SPI w sprawach: T-504/93 *Tiercé Ladbroke* (Zb. Orz. 1997, II-923), T-374 i inne *European Night Service* (Zb. Orz. 1998, II-3141) i C-7/97 *Oskar Bronner* (Zb. Orz. 1998, I-7791).
- <sup>49</sup> Por. art. 8 Rozporządzenia z mocą ustawy nr 86-1243 z 1.12.1986 r. w sprawie wolności cen i konkurencji.

- <sup>50</sup> Sześć takich wyroków omawiają Bunte, Heintz 2003: 602-609.
- <sup>51</sup> Kilka takich decyzji i wyroków przytaczają Bunte, Heintz 2003: 599.
- <sup>52</sup> Por. decyzję FUK w sprawie *Puttgarden* („Wirtschaft und Wettbewerb” 2000, s. 757).
- <sup>53</sup> Por.: wyrok SAM dot. odmowy udostępnienia przez TP SA kanalizacji teletechnicznej telewizjom kablowym (XVII 45/96) czy decyzję Prezesa UOKiK z 31.12.2002 r. dot. odmowy przez PGNiG świadczenia usług przesyłowych zagranicznego gazu ziemnego zakupionego przez Bartimpex (DI 11/2002); podobnie argumentowano w decyzji Prezesa UOKiK w sprawie Naftoport (DDI – 38/2001), zakazującej zamierzonej koncentracji.
- <sup>54</sup> Piszą o niej w niniejszym zeszycie W. Bagdziński (w artykule) i J. Majcher (w komunikacie z badań).
- <sup>55</sup> Piszę o tym szerzej w: Skoczny 2002(2): 41-43.
- <sup>56</sup> Por. Dyrektywę 2002/77/WE z 16.09.2002 r. w sprawie konkurencji na rynkach sieci i usług komunikacji elektronicznej (Dz. Urz. WE 249, 17.09.2002 r., s. 21)
- <sup>57</sup> Szeroko omawia to w niniejszym zeszycie S. Piątek. Autor pisze w swym artykule, że system regulacji sektorowej w telekomunikacji jest „najbardziej dojrzały” i „spójny”.
- <sup>58</sup> Por. Dyrektywę 2002/21/WE z 7.03.2002 r. w sprawie wspólnych ram prawnych dla sieci i usług komunikacji elektronicznej (Dz. Urz. WE L 108, 24.04.2002 r., s. 33).
- <sup>59</sup> Por. Dyrektywę 2002/19/WE z 7.03.2002 r. w sprawie dostępu do sieci komunikacji elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz ich łączenia (Dz. Urz. WE L 108, 24/04/2002, s. 7).
- <sup>60</sup> Por. także wydane na podstawie art. 14 Dyrektywy ramowej „Wytyczne Komisji w sprawie analizy rynku i ustalenia znaczącej pozycji rynkowej w ramach wspólnotowych ram regulacyjnych dla usług i sieci komunikacji elektronicznej (Dz. Urz. WE C 165, 11.07.2002 r., s. 6).
- <sup>61</sup> Por. ustawę z 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (jeszcze nie opublikowaną w Dz. U.); por. także Skoczny 2003: 130 i d.
- <sup>62</sup> Piszą o tym szerzej w niniejszym zeszycie W. Hoff, J. Majcher i A. Szablewski. Por. także Skoczny 2002(2): 63.
- <sup>63</sup> Por. art. 20 Dyrektywy 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.06.2003 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej Dyrektywę 96/92/WE (Dz. U. WE L 176, 15.07.2003 r., s. 37) i art. 18-21 Dyrektywy 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.06.2003 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającej Dyrektywę 98/30/WE (Dz. Urz. WE L 176, 15/07/2003, s. 57).
- <sup>64</sup> Por. w szczególności art. 4 ust. 2-6 i art. 4a ustawy z 10.04.1997 r. - Prawo energetyczne (t. jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1504 z późn. zm.).
- <sup>65</sup> Ustawa – Prawo energetyczne oraz rozporządzenia dot. przyłączeń do sieci elektroenergetycznych i gazowych oraz taryf za energię elektryczną i gaz.; wszystkie te akty są dostępne na stronie internetowej [www.ure.gov.pl](http://www.ure.gov.pl); por. także Skoczny 2003: s. 139 i d.
- <sup>66</sup> Por. Rozporządzenie (WE) Nr 1228/2003 Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.06.2003 r. w sprawie warunków dostępu do sieci w odniesieniu do transgranicznej wymiany energii elektrycznej (Dz. Urz. WE L 176, 15.07.2003 r., s. 1). Pod koniec ubiegłego roku Komisja przedstawiła już też projekt rozporządzenia w sprawie dostępu do sieci przesyłowych gazu (COM (2003) 741, 10.12.2003).
- <sup>67</sup> Por. Dyrektywę 91/440/EWG Parlamentu Europejskiego i Rady z 29.07.1991 r. w sprawie rozwoju kolei wspólnotowych (Dz. Urz. WE L 237, 24.08.1991 r., s. 25). Por. także Skoczny 2002(2):26 i d.
- <sup>68</sup> Por. należącą do tzw. pierwszego pakietu kolejowego Dyrektywę 2001/14/WE z 26.02.2001 r. w sprawie alokacji zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej i ustalania poziomu opłat za korzystanie z infrastruktury kolejowej oraz świadectw bezpieczeństwa (Dz. Urz. WE L 75, 15.03.2001 r., s. 29), zmienioną należącą do tzw. drugiego pakietu kolejowego Dyrektywą 2004/49/WE z 29.04.2004 r. (Dz. Urz. WE L 164, 29.04.2004, s. 44).

- <sup>69</sup> Por. Dyrektywę 96/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 23.06.1996 r. w sprawie interoperacyjności transeuropejskiego systemu kolei dużych prędkości (Dz. Urz. WE L 235, 17.09.1996 r., s. 6) i należąca do tzw. pierwszego pakietu kolejowego Dyrektywę 2001/16/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 19.03.2001 r. w sprawie interoperacyjności transeuropejskiego systemu kolei konwencjonalnej (Dz. Urz. WE L 110, 20.04.2001, s. 1), zmienione należąca do tzw. drugiego pakietu kolejowego Dyrektywą 2004/51/WE z 29.04.2004 r. (Dz. Urz. WE L 164/114).
- <sup>70</sup> Por. Rozporządzenie (WE) Nr 881/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z 29.04.2004 r. ustanawiające Europejską Agencję Kolejową (Dz. Urz. WE L 164/, 30.04.2004 r., s. 1).
- <sup>71</sup> Por. art. 5-9 ustawy z 28.03.2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. Nr 86, poz. 789 z późn. zm.) oraz Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 7.04.2004 r. w sprawie warunków dostępu i korzystania z infrastruktury kolejowej (Dz. U. Nr 83, poz. 768); por. także Skoczny 2003: 144 i d.
- <sup>72</sup> Dowodów prawidłowości tego stwierdzenia dostarcza w niniejszym zeszycie W. Hoff.
- <sup>73</sup> Piszą o tym szerzej: Ogus 2001 oraz Wade, Forsyth 2000.
- <sup>74</sup> Por. art. 6 i 8 Rozporządzenia 139/2004 i art. 18 uokik z 2000 r.
- <sup>75</sup> Por. art. 9 Rozporządzenia 1/2003 i art. 11a uokik z 2000 r. dodanego doń ustawą z 16.04.2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz. U. Nr 93, poz. 891).
- <sup>76</sup> Por. art. 2 Rozporządzenia 139/2004 i art. 17-19 uokik z 2000 r. w wersji po nowelizacji ustawą z 16.04.2004 r.
- <sup>77</sup> Por. np.: "Wytyczne Komisji w sprawie stosowania reguł konkurencji EWG w odniesieniu do sektora telekomunikacji" (Dz. Urz. WE 1991 C 233/2); „Obwieszczenie Komisji w sprawie stosowania reguł konkurencji do sektora pocztowego i w sprawie oceny pewnych środków państwowych odnoszących się do usług pocztowych" (Dz. Urz. WE 1998 C 39/2).
- <sup>78</sup> Piszą o tym w niniejszym zeszycie W. Hoff, M. Kolański, S. Piątek i A. Szablewski.
- <sup>79</sup> Szersze potraktowanie tej problematyki w niniejszym artykule całkowicie rozsadziłoby jego ramy.
- <sup>80</sup> Patrz H. Ungerer, *Convergence in Regulatory and Competition Law Paradigms*. Wystąpienie w ramach "Communications and EC Competition Law Conference" (Brussels September 2001), dostępne pod adresem internetowym [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2001\\_021\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2001_021_en.pdf)
- <sup>81</sup> Patrz M. Monti, *Defining the boundaries: competition policy in high tech sectors*. Wystąpienie w ramach "UBS Warburg Conference Europe" (Barcelona September 2001), dostępne pod adresem internetowym [http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p\\_action.gettxt=gt&doc=SPEECH/01/375\[0\]RAPID&lg=E](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=SPEECH/01/375[0]RAPID&lg=E).
- <sup>82</sup> Nie jest natomiast wykluczone, że rozdział funkcji i organów prokonkurencyjnej interwencji publicznej w USA zostanie już wcześniej przewyżczonej i interwencja ta ograniczy się do ochrony konkurencji (*anti-trust and mergers control*); por. Wise 2003.
- <sup>83</sup> Tak było do 1990 r. w Niemczech, gdy Urząd Nadzoru nad Bankami i Ubezpieczeniami miał prawo weta wobec decyzji Federalnego Urzędu Kartelowego skierowanych do banków lub towarzystw ubezpieczeniowych (cyt. za: Möschel 2002:685).
- <sup>84</sup> Por. pkt 15 Preambuły i art. 7 cyt. wyż. Dyrektywy ramowej.
- <sup>85</sup> Takie prawo wymiany informacji (*Informationsrecht*), a nie prawo weta istnieje dzisiaj w Niemczech w relacjach: organy kartelowe – organy nadzoru bankowego i ubezpieczeniowego (cyt. za: Möschel 2002:685).
- <sup>86</sup> Por. Competition Act – Concurrence Regulation 2000. Patrz szerzej Whish 2003: 934, 949; o zmianach instytucjonalnych dokonanych ustawą o konkurencji z 1998 r. i ustawą o przedsiębiorstwie z 2002 r. informuję w komunikacie z badań zamieszczonym w tym zeszycie.
- <sup>87</sup> Pisze o tym szczegółowo w niniejszym zeszycie S. Piątek.

- <sup>88</sup> O problemach kontroli koncentracji mediów pisze w tym tomie szczegółowo M. Kolasiański. Wskazuje on m.in. trudności, jakie wiązałyby się z przyjęciem tego rozwiązania.
- <sup>89</sup> Por. także zamieszone w niniejszym zeszycie artykuły W. Hoffa i S. Piątka.

## Bibliografia

- Borkowski, A. i inni 2000. *Administracyjne prawo gospodarcze. Zagadnienia wybrane*, Kolonia Limited.
- Van Dijk, T. 2001. General or Specific Competition Rules for Network Utilities? *Journal of Network Industries*, Nr 2, s. 93-111.
- Duijm, B. 2002. *Wettbewerbssicherung nach Privatisierung und Deregulierung: Aufgabe allgemeiner Wettbewerbs- oder sektoraler Regulierungsbehörden*, w: Berg, H. (Hrsg.), *Deregulierung und Privatisierung: Gewolltes – Erreichtes – Versäumtes*, Berlin, s. 9-27.
- Garzaniti, L. 2000. *Telecom, Broadcasting and Internet: E.U. Competition Law and Regulation*, London: Sweet & Maxwell.
- Graham, C., Smith, F. 2003. *Competition law, regulation and the New Economy*, Oxford: Hart Publications.
- Haucap, J., Kruse, J. 2004. Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien? *Wirtschaft und Wettbewerb*, Nr 3: 226-275.
- Jurkowska, A. 2004. *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa konkurencji. Od podejścia formalistycznego do ekonomicznego* (rozprawa doktorska w maszynopisie).
- Koenig, Ch., Bartosch, A., Braun, J.-D. 2002. *EC Competition and Telecommunications Law*, The Hague: Kluwer Law International.
- Kosikowski, C. 2003. *Polskie publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.
- Larouche, P. 2000. *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing.
- Majcher, J. 2004. *Antymonopolowa doktryna Essential Facilities jako instrument zapewnienia konkurencji na rynkach powiązanych*, Warszawa (rozprawa doktorska w maszynopisie).
- Masing, J. 2003. *Stan i tendencje rozwojowe regulującego prawa administracyjnego*, w: *Ius Publicum Europeum*. Dwunaste Polsko-Niemieckie Kolokwium Prawników-Administratywistów Warszawa, 20-21 września 2001 r. Referaty i głosy w dyskusji, Warszawa, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, s. 165-191.
- Möschel W. 1997. Die Unabhängigkeit des Bundeskartellamtes. *Ordo*, Nr 48, s. 241-251.
- Möschel W. 2002. Das Verhältnis von Kartellbehörde und Sonderaufsichtsbehörden. *Wirtschaft und Wettbewerb*, Nr 7-8/2002, s. 683-688.
- Ogus, A.I. 2001. *Regulation, Economics and the Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publications.
- Piątek, S. 2003. *Prawo telekomunikacyjne Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa: C.H.Beck.
- Sage, E.D. 2004. *Multimedia and Community Competition Law* (rozprawa doktorska w maszynopisie).
- Skoczny, T. 2002(1). Wspólnotowe prawo regulacji in statu nascendi, w: Mik C. (red.) *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, Toruń: TNOiK, s. 231-247.
- Skoczny, T. 2002(2). Sektorowe reguły konkurencji w prawie wspólnotowym, w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*. Tom 2: Reguły sektorowe. Wybór i opracowanie Tadeusz Skoczny, Warszawa: Wydawnictwa Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, s. 11-66.
- Skoczny, T. 2003. Stan i tendencje rozwoju prawa administracji regulacyjnej w Polsce, w: *Ius Publicum Europeum*. Dwunaste Polsko-Niemieckie Kolokwium Prawników-Administratywistów Warszawa, 20-21 września 2001 r. Referaty i głosy w dyskusji, Warszawa, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, s. 115-164.
- Viscusi, W.Kip, Vernon, J.M., Harrington, jr., J. E. 2000. *Economics of Regulation and Antitrust*, Cambridge Mass., London, England: The MIT Press.
- Wade, H.W.R., Forsyth, C.F. 2000. *Administrative Law*, Oxford University Press.
- Whish, R. 2003. *Competition Law*, The Hague: LexisNexis Butterworth.
- Wise, M. 1999. The Role of Competition Policy in Regulatory Reform, *OECD Journal of Competition Law and Policy*, Vol. 1, Nr 1, s. 10-70.
- Wierzbowski, M., Wyrzykowski, M. (red.) 2003. *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjno-prawne*, wyd. IV, Warszawa, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.
- Woś, T. 1980. *Niezależne organy regulacyjne w Stanach Zjednoczonych*, Kraków: Zagadnienia prawne.