

Warszawa, dnia 27 kwietnia 2010 r.



KANCELARIA SENATU
BIURO LEGISLACYJNE

Opinia
o ustawie o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych
(druk nr 846)

I. Cel i przedmiot ustawy

Celem ustawy jest zapewnienie rozwoju dostępu do telekomunikacji, przy czym szczególne działania nakierowane są na dostęp szerokopasmowy.

Cel ten ma zostać osiągnięty m.in. przez ułatwienie dostępu do gruntów i budynków, usprawnienie procesu inwestycyjnego, ułatwienie dostępu do infrastruktury i umożliwienie konkurencji operatorów w zakresie infrastruktury, zaktywizowanie samorządów oraz ułatwienie dostępu do informacji dotyczących infrastruktury.

Ustawa normuje działalność w zakresie telekomunikacji jednostek samorządu terytorialnego i podmiotów wykonujących zadania z zakresu użyteczności publicznej oraz zasady dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej i innej infrastruktury technicznej finansowanych ze środków publicznych.

Ustawa wprowadza zmiany do:

- 1) ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 19, poz. 115, z późn. zm.);
- 2) ustawy z dnia 17 maja 1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne (Dz. U. z 2005 r. Nr 240, poz. 2027, z późn. zm.);
- 3) ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591, z późn. zm.);
- 4) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.);
- 5) ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43, z późn. zm.);

- 6) ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2004 r. Nr 261, poz. 2603, z późn. zm.);
- 7) ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1590, z późn. zm.);
- 8) ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1592, z późn. zm.);
- 9) ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz. U. Nr 80, poz. 717, z późn. zm.);
- 10) ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.);
- 11) ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. Nr 199, poz. 1227, z późn. zm.);
- 12) ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100);
- 13) ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101, Nr 157, poz. 1241 i Nr 223, poz. 1778).

Ustawa wejdzie w życie po upływie 30 dni od dnia ogłoszenia, z wyjątkiem art. 29 (dotyczy sporządzenia inwentaryzacji przedstawiającej pokrycie istniejącą infrastrukturą telekomunikacyjną i publicznymi sieciami telekomunikacyjnymi zapewniającymi lub umożliwiającymi zapewnienie szerokopasmowego dostępu do Internetu), który wejdzie w życie po upływie 6 miesięcy od dnia ogłoszenia.

II. Przebieg prac legislacyjnych

Ustawa została uchwalona przez Sejm na 64. posiedzeniu w dniu 8 kwietnia 2010 r. w oparciu o projekt rządowy (druk sejmowy nr 2546). Projekt stanowił przedmiot prac sejmowej Komisji Infrastruktury. Komisja wprowadziła do projektu szereg zmian, przede wszystkim o charakterze redakcyjnym (druk sejmowy nr 2834). Ustawa została uchwalona w brzmieniu uwzględniającym poprawki zgłoszone w trakcie drugiego czytania (druk sejmowy nr 2834-A).

III. Uwagi szczegółowe

1. Art. 6 ust. 1 stanowi, że działalność telekomunikacyjna jednostek samorządu terytorialnego, w szczególności bezpłatna usługa dostępu do Internetu, może być wykonywana, jeżeli nie jest zaspokojone zapotrzebowanie użytkowników końcowych w zakresie dostępu do usług telekomunikacyjnych. Działalność taka musi być proporcjonalna i niedyskryminująca.

Słownikowa definicja wyrazu "proporcjonalny" brzmi: "mający określony stosunek części do całości, wyrażający określony stosunek do jakiejś wielkości".¹ Zgodnie z tą definicją użycie przymiotnika "proporcjonalny" bez wskazania układu odniesienia uniemożliwia zdekodowanie normy prawnej zawartej w zdaniu drugim omawianego przepisu.

Jeżeli ustawodawca, użył wyrazu "proporcjonalny" w innym niż słownikowe znaczenie, to powinien zdefiniować ten wyraz w ustawie lub odesłać do przepisu z innego aktu normatywnego zawierającego odpowiednią definicję. Jeżeli zaś ustawodawca użył tego wyrazu w podstawowym znaczeniu powinien wskazać układ odniesienia (cechę, do której należy odnieść wyraz proporcjonalny).

2. Zgodnie z art. 7 ust. 1 świadczenie przez jednostki samorządu terytorialnego usług telekomunikacyjnych bez pobierania opłat lub w zamian za opłatę niższą niż cena rynkowa, po spełnieniu wymagań, o których mowa w art. 3 ust. 2 i 5 oraz art. 6 ust. 1, wymaga zgody Prezesa UKE. Natomiast ust. 3 tego samego artykułu stanowi, że jeżeli nie zostaną spełnione te wymagania Prezes UKE odmawia udzielenia zgody.

Na podstawie art. 104 § 2 kpa decyzje rozstrzygają sprawę co do jej istoty w całości lub w części albo w inny sposób kończą sprawę w danej instancji.

Treść cytowanego przepisu Kodeksu postępowania administracyjnego oznacza, że przyznanie kompetencji do rozstrzygnięcia istoty sprawy administracyjnej (w tym wypadku do udzielenia zgody) jest podstawą do wydania zarówno decyzji zgodnej z wnioskiem, jak i decyzji odmownej. Wobec tego niepotrzebnym jest zawarcie w ustawie oddzielnej podstawy prawnej do wydania decyzji odmownej. Należy więc skreślić ust. 3 z art. 7.

Propozycja poprawki:

- w art. 7 skreśla się ust. 3;

¹ M. Szymczak (red.): Słownik Języka Polskiego. PWN. Warszawa 1995.

3. Na podstawie art. 7 ust. 5 do decyzji o wyrażeniu zgody na świadczenie przez jednostki samorządu terytorialnego usług telekomunikacyjnych bez pobierania opłat lub w zamian za opłatę niższą niż cena rynkowa stosuje się przepisy art. 16 Prawa telekomunikacyjnego.

Należy zauważyć, że treść art. 16 Pr. tel. dotyczy postępowania konsultacyjnego, i w swoim zakresie nie odnosi się do żadnej decyzji.

Innymi słowy z art. 7 ust. 5 wynika, że do decyzji należy stosować przepisy o konsultacjach, czyli przepisy, których nie da się zastosować.

Na podstawie art. 15 Pr. tel. postępowanie konsultacyjne poprzedza wydanie wskazanych w tym przepisie decyzji. Wydaje się, że intencją ustawodawcy było, aby wydanie decyzji o wyrażeniu zgody na świadczenie przez jednostki samorządu terytorialnego usług telekomunikacyjnych bez pobierania opłat lub w zamian za opłatę niższą niż cena rynkowa było poprzedzone takimi samymi konsultacjami. Jeżeli tak, to wprowadzając poprawkę, należy uwzględnić, że konstrukcja prawna dotycząca konsultacji znajduje się w art. 15-17 Pr. tel.

Propozycja poprawki:

- w art. 7 ust. 5 otrzymuje brzmienie:

"5. Decyzja jest rozstrzygnięciem w sprawie, o której mowa w art. 15 pkt 4 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne.";

4. Przepis art. 16 ust. 4 podkreśla, że działalność telekomunikacyjną podmiotów wykonujących zadania z zakresu użyteczności publicznej – czyli przedsiębiorstw energetycznych, gazowych i wodociągowo-kanalizacyjnych – wykonuje się zgodnie z przepisami Prawa telekomunikacyjnego.

Ponieważ zgodnie z treścią art. 1. ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne wykonywanie działalności telekomunikacyjnej zawiera się w zakresie przedmiotowym ustawy oraz ze względu na brak normy wyłączającej z zakresu podmiotowego Prawa telekomunikacyjnego podmiotów wykonujących zadania z zakresu użyteczności publicznej, obecność art. 16 ust. 4 nie ma znaczenia dla wartości normatywnej opiniowanej ustawy.

Uzasadnia to wprowadzenie następującej poprawki:

- w art. 16 skreśla się ust. 4;

5. Źródłem roszczeń majątkowych pomiędzy podmiotem wykonującym zadania z zakresu użyteczności publicznej a przedsiębiorcą telekomunikacyjnym może być decyzja Prezesa UKE dotycząca współkorzystania lub dostępu do infrastruktury technicznej (art. 22 ust.1). Decyzja zastępuje umowę w zakresie objętym decyzją (art. 22 ust. 2).

Zgodnie z art. 22 ust. 5 w sprawach dochodzenia roszczeń majątkowych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków wynikających z decyzji o współkorzystaniu lub o dostępie do infrastruktury technicznej właściwa jest droga postępowania sądowego. Należałoby w tym miejscu dodać, że ustawodawcy z pewnością chodziło o drogę postępowania cywilnego.

Kodeks postępowania cywilnego normuje postępowanie sądowe w sprawach ze stosunków z zakresu prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa pracy, jak również w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych oraz w innych sprawach, do których przepisy tego kodeksu stosuje się z mocy ustaw szczególnych (sprawy cywilne) (art. 1 kpc).

Ani w judykaturze, ani w doktrynie nie jest kwestionowany pogląd, że decyzja administracyjna, jeżeli to wynika z przepisu ustawy, może stanowić źródło zobowiązań prywatnoprawnych. Istotną kwestią jest, czy konkretne zobowiązanie wynikające z decyzji administracyjnej jest zobowiązaniem ze stosunków, o których mowa w art. 1 kpc, a zatem sprawa, której przedmiotem jest to zobowiązanie, jest sprawą cywilną oraz czy droga sądowa w tej sprawie jest dopuszczalna.²

W postanowieniu z dnia 14 września 2004 r. (sygn. akt III CK 566/03), LEX nr 176104, Sąd Najwyższy stwierdził, że sprawa ma charakter sprawy cywilnej, jeżeli treść łączących strony stosunków prawnych, obejmująca ich wzajemne prawa i obowiązki albo tworząca dany stan prawny, zakłada potrzebę ochrony interesów uczestniczących w nich podmiotów. Sprawa cywilna wymaga przy tym pozostawania dwóch lub więcej podmiotów w stosunku prawnym, regulowanym przepisami Kodeksu cywilnego i innymi ustawami, którego podmioty - w wypadku sporu - występują jako równorzędni partnerzy. Jeżeli natomiast jeden z nich uzyskuje pozycję podmiotu działającego z mocy swej władzy zwierzchniej, to stosunek taki nie jest stosunkiem cywilnoprawnym.

Niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków wynikających z decyzji o współkorzystaniu lub o dostępie do infrastruktury technicznej jest w świetle przytoczonego przepisu Kodeksu postępowania cywilnego sprawą cywilną. Roszczenia te wywodzą się z

² T. Ereciński (red.): Kodeks postępowania cywilnego. Część pierwsza Postępowanie rozpoznawcze. Część druga postępowanie zabezpieczające. Tom 1. LexisNexis. Warszawa 2006. s 14-15.

relacji dwóch równoprawnych podmiotów, a decyzja w swej treści zastępuje stosunek umowny. W związku z tym nie może budzić wątpliwości że do oceny powstałego w wyniku decyzji stosunku prawnego znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego.

Konsekwencją uznania, że sprawa ma charakter cywilny jest stwierdzenie, że do zaspokojenia roszczeń znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania cywilnego.

A zatem art. 22 ust. 5 w zakresie dochodzenia roszczeń majątkowych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków wynikających z decyzji o współkorzystaniu lub o dostępie do infrastruktury technicznej jest powtórzeniem art. 1 kpc, i na zasadzie § 4 ust. 1 ZTP powinien zostać skreślony.

Propozycja poprawki:

- w art. 22 skreśla się ust. 5;

6. Zgodnie z art. 27 ust. 1 podmiot, który wykorzystał środki publiczne, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, do budowy, przebudowy lub remontu infrastruktury telekomunikacyjnej wykorzystywanej do świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych lub publicznej sieci telekomunikacyjnej lub nabył prawa do takiej infrastruktury lub sieci oraz jego podmioty zależne, są obowiązani zagwarantować współkorzystanie oraz dostęp telekomunikacyjny do takiej infrastruktury oraz sieci przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, jeżeli taki obowiązek wynika z przepisów o pomocy publicznej, decyzji, umów lub innych aktów, na podstawie których nastąpiło finansowanie ze środków publicznych tej budowy, przebudowy lub remontu lub nabycia praw, na zasadach tam określonych.

Przepis przypomina rzecz oczywistą, że podmioty powinny realizować obowiązki wynikające z przepisów, umów i decyzji administracyjnych. Tak sformułowany przepis nie niesie żadnej treści normatywnej, w związku z tym należy go skreślić.

Ponieważ ust. 2 tego samego artykułu odnosi się do skreślanego przepisu należy go odpowiednio zmodyfikować. Proponowana poprawka jednocześnie rozstrzyga wątpliwości interpretacyjne dotyczące co do zakresu stosowania ust. 2.

Propozycja poprawki:

- w art. 27:

a) skreśla się ust. 1,

b) w ust. 2 wyrazy *"o której mowa w ust. 1"* zastępuje się wyrazami *"telekomunikacyjnej wykorzystywanej do świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych lub publicznej sieci telekomunikacyjnej"*;

7. Zamieszczony w art. 28 przepis upoważniający zawiera m.in. wytyczną w postaci uwzględnienia dopuszczalnego przeznaczenia pomocy państwa i warunków jej udzielania określonych w przepisach prawa wspólnotowego.

Tak określonej wytycznej można postawić zarzut pozorności. Odsyłają, bowiem "do (...) postanowień, które prawodawca musiałby brać pod uwagę, niezależnie od tego, czy tego rodzaju odesłanie sformułowano"³.

Zasada niedopuszczalności powołania się na przepisy prawa Unii Europejskiej została potwierdzona w dokumencie "Wytyczne polityki legislacyjnej i techniki prawodawczej. Zapewnienie efektywności prawu Unii Europejskiej w polskim prawie krajowym" opublikowanym przez Urząd Komitetu Integracji Europejskiej i zaakceptowanym przez Rządowe Centrum Legislacji. Zgodnie z tym dokumentem "w wytycznych, nie należy zamieszczać ogólnych klauzul nakazujących ministrowi branie pod uwagę prawa Unii Europejskiej w regulowanej dziedzinie" a jedyny wyjątek dotyczy transpozycji dyrektywy (a nie wykonania rozporządzenia) w przypadku, gdy "z uwagi na konkretne uregulowanie danej sprawy w dyrektywie ustawodawca krajowy nie ma swobody w kształtowaniu treści rozporządzenia i jest to jedyna wytyczna, którą minister powinien się kierować".

Wobec powyższego należy wprowadzić następującą poprawkę:

- w art. 28 skreśla się wyrazy *"oraz mając na uwadze dopuszczalne przeznaczenia pomocy państwa i warunki jej udzielania określone w przepisach prawa wspólnotowego"*;

8. Zgodnie z art. 31 ust. 1 jeżeli nieruchomość lub jej część zajmowana przez użytkownika końcowego nie posiada przyłączenia do sieci telekomunikacyjnej, odpowiadającego potrzebom użytkownika końcowego, właściciel nieruchomości, użytkownik wieczysty nieruchomości, osoba, której przysługuje spółdzielcze prawo do lokalu lub zarządca nieruchomości, nie może odmówić, z wyjątkiem przypadków wynikających z przepisów prawa, instalacji, utrzymania lub wymiany zewnętrznej instalacji telekomunikacyjnej.

³ S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej*, Warszawa 2004, s. 153.

W przepisie, wśród osób obowiązanych wymienia się zarządcę nieruchomości. Niezależnie od tego czy zarządcę nieruchomości traktować, jako organ lub jako pełnomocnika⁴ do czynności prawnych dokonywanych przez zarządcę należy stosować rygory wiążące wspólnotę mieszkaniową (wspólnota mieszkaniowa ma zdolność prawną na podstawie art. 6 zd. 2 ustawy o własności lokali).

Dlatego niepotrzebnym jest wyodrębnianie obowiązku zarządcy nieruchomości, gdyż jego obowiązek będzie każdorazowo wywodzony z obowiązku wspólnoty mieszkaniowej będącej właścicielem lub użytkownikiem wieczystym.

Propozycja poprawki:

- w art. 31 w ust. 1 wyrazy ", osoba, której przysługuje spółdzielcze prawo do lokalu lub zarządca nieruchomości" zastępuje się wyrazami "lub osoba, której przysługuje spółdzielcze prawo do lokalu";

Z tych samych powodów należy wprowadzić analogiczne poprawki do art. 1 ust. 1 pkt 4, art. 30 ust. 1 i 4, oraz art. 33 ust. 1.

9. Cytowany już art. 31 ust. 1 zawiera zastrzeżenie, że należy respektować wyjątki od zasady znajdujące się w innych przepisach prawa. Jest ono niepotrzebne i powinno zostać skreślone.

Propozycja poprawki:

- w art. 31 w ust. 1 skreśla się wyrazy ", z wyjątkiem przypadków wynikających z przepisów prawa,";

10. Na podstawie art. 31 ust. 2 jeżeli zainteresowane strony nie poczynią innych ustaleń, prace instalacyjne, utrzymanie i wymiana zewnętrznej instalacji telekomunikacyjnej odbywają się na koszt przedsiębiorcy telekomunikacyjnego.

Stronami, o których mowa w tym przepisie są użytkownik końcowy oraz właściciel nieruchomości, użytkownik wieczysty nieruchomości, osoba, której przysługuje spółdzielcze prawo do lokalu lub zarządca nieruchomości. Wynika to z kontekstu, którym jest przepis zawarty w ust. 1.

⁴ Trafniejsza wydaje się koncepcja pełnomocnictwa (por. M. Szewczyk: Reprezentacja wspólnoty mieszkaniowej. Radca Prawny 2001/1/65. Tezy nr 7 (Lex nr 45046/7) i 9 (Lex nr 45046/9).

Wątpliwości co do zgodności z art. 20 Konstytucji, budzi konstrukcja prawna, która uzależnia obowiązek jednego podmiotu od umowy zawartej pomiędzy dwoma innymi podmiotami.

Wydaje się, że jest to pomyłka ustawodawcy, który jako strony, o których mowa w ust. 2, miał na myśli przedsiębiorstwo telekomunikacyjne oraz właściciela nieruchomości, użytkownika wieczystego nieruchomości, osobę, której przysługuje spółdzielcze prawo do lokalu lub zarządcę nieruchomości.

W związku z tym przepis art. 31 ust. 2 należy przeredagować lub skreślić.

11. Na podstawie art. 33 ust. 1 właściciel, użytkownik wieczysty nieruchomości lub zarządca nieruchomości są obowiązani umożliwić podmiotom wykonującym działalność telekomunikacyjną umieszczenie na nieruchomości obiektów i urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej, jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości, w szczególności nie prowadzi do istotnego zmniejszenia wartości nieruchomości.

Korzystanie z nieruchomości jest odpłatne. Wysokość wynagrodzenia określi umowa.

Wydaje się, że taka konstrukcja prawna mieści się w konstytucyjnych granicach ochrony własności.

Wątpliwości budzi jednak art. 33 ust. 5 – na podstawie którego minister właściwy do spraw budownictwa, gospodarki przestrzennej i mieszkaniowej może, w drodze rozporządzenia, określić wysokość opłat za korzystanie z nieruchomości będących własnością Skarbu Państwa lub jednostki sektora finansów publicznych, które są zajmowane lub administrowane przez jednostkę sektora finansów publicznych, biorąc pod uwagę rodzaj nieruchomości, rodzaj urządzenia i obiektu, wielkość zajmowanej nieruchomości oraz promowanie inwestycji w zakresie sieci szerokopasmowych – w zakresie w jakim przyznaje kompetencję wyznaczenia wynagrodzenia za korzystanie z nieruchomości podmiotów innych niż skarb państwa i państwowe jednostki organizacyjne.

Wśród jednostek sektora finansów publicznych znajdują się również jednostki samorządu terytorialnego i utworzone przez nie jednostki organizacyjne. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreślana jest samodzielność jednostek samorządu terytorialnego, która powinna być szanowana zwłaszcza w dziedzinie stosunków prywatnoprawnych.⁵

⁵ Por. wyrok TK z 28 listopada 2006 r., P 31/05.

Upoważnienie do ustalenia w rozporządzeniu wysokości wynagrodzenia za korzystanie z gruntu należącego do jednostek samorządu terytorialnego (i utworzonych przez nie podmiotów) może naruszać art. 21 ust. 2 Konstytucji w zakresie w jakim wytyczne do wydania rozporządzenia nie uwzględniają konieczności słusznego odszkodowania, oraz z art. 45 ust. 1 w zakresie jakim przepisy wyłączają prawo do sądowego rozstrzygnięcia wysokości roszczeń jednostek samorządu terytorialnego.

Powyższe uzasadnia następującą poprawkę:

- w art. 33 w ust. 5 po wyrazach "administrowane przez jednostkę sektora finansów publicznych" dodaje się wyrazy "z wyłączeniem nieruchomości będących własnością, zajmowanych lub administrowanych przez jednostki samorządu terytorialnego, samorządowe osoby prawne lub samorządowe jednostki budżetowe,";

Na podstawie tej samej argumentacji należy wprowadzić następującą poprawkę:

- w art. 52 w ust. 5 w pkt 1 skreśla się wyrazy " lub jednostki samorządu terytorialnego";

12. Rozdział 4 ustawy wprowadza konstrukcję odrębnej własności elementów infrastruktury telekomunikacyjnej.

Zaproponowane rozwiązania odступują od kodeksowej zasady, że części składowe rzeczy nie mogą być przedmiotem odrębnej własności (art. 47 § 1 kc). Projektodawcy nawiązują tą konstrukcją do odrębnej własności lokali.

Zgodnie z art. 1 § 1 ZTP podjęcie decyzji o przygotowaniu ustawy powinno być poprzedzone ustaleniem potencjalnych, prawnych i innych niż prawne środków oddziaływania umożliwiających osiągnięcie zamierzonych celów.

W uzasadnieniu projektu ustawy nie wyjaśniono jakie cele ma spełniać to rozwiązanie. Jedyną informacją w tej materii jest wystąpienie podsekretarza stanu w Ministerstwie Infrastruktury Magdaleny Gaj w trakcie posiedzenia sejmowej Komisji Infrastruktury z dnia 16 grudnia 2009 r.: "wprowadzenie tych regulacji doprowadzi do współinwestowania przez kilku graczy rynkowych, którzy często są swoimi konkurentami. Z nowego pakietu telekomunikacyjnego wynika zasada dzielenia ryzyka inwestycyjnego. Inwestycje telekomunikacyjne wymagają dużych nakładów finansowych. Nierzadko jest tak, że jeden przedsiębiorca nie jest w stanie ponieść kosztów takiej inwestycji w całości. Ponieważ przedsiębiorcy są konkurentami, mają do siebie ograniczone zaufanie."

Należy zauważyć że taki cel można zrealizować bez potrzeby kreowania nowych konstrukcji prawa rzeczowego. W stosunku do takich sytuacji można skutecznie zastosować obowiązujące przepisy.

Konstrukcja współwłasności w wystarczający sposób chroni współwłaścicieli w relacjach z osobami trzecimi. Relację między współwłaścicielami mogą zostać ukształtowane na podstawie umowy o podzieleniu rzeczy wspólnej do korzystania (ustawodawca dostrzega, że przepisy o współwłasności są adekwatne do tej sytuacji, i posiłkuje się przepisami wzorowanymi na nich).

Innym rozwiązaniem jest powołanie przez konkurentów rynkowych spółki zarządzającej kablem i umowne określenie sposobu zarządu i reprezentacji, tak aby zabezpieczyć interesy podmiotów korzystających z kabla.

Ze względu na możliwość realizacji celów przepisów zawartych w rozdziale 4 na gruncie obowiązujących przepisów, należy zanegować sens umieszczenia ich w ustawie. Tym bardziej, że utworzenie nowej konstrukcji prawnej jest obarczone ryzykiem związanym z wykładnią nowych przepisów, podczas gdy przepisy kodeksu cywilnego obrosły już bogatym orzecznictwem i piśmiennictwem.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy skreślić rozdział 4, a jeżeli ustawodawca dostrzega potrzebę modyfikacji przepisów kodeksu cywilnego, należy wprowadzić **konieczne** przepisy szczególne.

13. Przepis art. 40 ust. 4 stanowi, że czynność prawna obejmująca oświadczenie woli o ustanowieniu odrębnej własności włókna światłowodowego może być zawarta pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu.

Taka czynność prawna może być zawarta pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu na zasadach ogólnych. A zatem przepis, jako niepotrzebny powinien zostać skreślony.

Propozycja poprawki:

- w art. 40 skreśla się ust. 4.

14. Zgodnie z art. 42 ust. 4 w przypadku braku współdziałania w zakresie czynności dotyczących zarządu kablem jako całością, każdy ze współwłaścicieli części wspólnej kabla światłowodowego może żądać upoważnienia sądowego do dokonania czynności, chyba że dana czynność zmierza do wymiany kabla zniszczonego na skutek działania siły wyższej albo z wyłącznej winy żądającego czynności, a pozostali współwłaściciele wyrażają sprzeciw.

Potraktowanie zniszczenia kabla na skutek działania siły wyższej albo z wyłącznej winy żądającego czynności, jako negatywnych przesłanek upoważnienia sądowego, jest niekonsekwencją ustawodawcy. W katalogu tych przesłanek pominięto wszakże zniszczenie rzeczy przez osoby trzecie. W ten sposób można wystąpić z żądaniem upoważnienia sądowego, gdy ktoś ukradnie kabel, ale nie wtedy, gdy kabel zostanie uszkodzony przez powódź. Obydwie sytuacje są zupełnie niezależne od żądających i różnicowanie ich sytuacji prawnej jest nieuzasadnione.

W świetle przypisywanej ustawodawcy aksjologii wydaje się właściwszym usunięcie tej niekonsekwencji poprzez umożliwienie ofierze siły wyższej zwrócenie się z roszczeniem do sądu od odebrania tej możliwości w przypadku działania osób trzecich.

Powyższe uzasadnia następującą poprawkę:

- w art. 42 w ust. 4 skreśla się wyrazy "na skutek działania siły wyższej albo";

15. W art. 50 ust. 1 znajduje się zbędne podkreślenie, że decyzje o ustaleniu lokalizacji regionalnej sieci szerokopasmowej wydaje **właściwy miejscowo** wojewoda.

Propozycja poprawki:

- w art. 50 w ust. 1 skreśla się wyrazy "właściwy miejscowo";

16. Na podstawie art. 54 ust. 10 decyzja o ustaleniu lokalizacji regionalnej sieci szerokopasmowej podlega natychmiastowemu wykonaniu.

Z uzasadnienia projektu ustawy wynika, że natychmiastowa wykonalność jest instrumentem przyspieszenia procesu inwestycyjnego.

Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z 14 października 2009 r. (Sygn. akt Kp 4/09) stwierdził: "Analiza aktów prawnych przewidujących podobne rozwiązania wskazuje, że rygor natychmiastowej wykonalności nadaje się określonym decyzjom, gdy wykonanie praw lub obowiązków, o których rozstrzyga się w decyzji, jest w danym czasie konieczne, a zwłoka w ich wykonaniu zagrażałaby istotnym dobrom chronionym (zob. np. art. 33 ust. 3 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, Dz. U. Nr 234, poz. 1570, ze zm. - celem było zapobieżenie szerzeniu się zakażenia lub choroby zakaźnej, czy art. 194 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, Dz. U. z 2006 r. Nr 129, poz. 902, ze zm. - istniało zagrożenie pogorszenia stanu środowiska w znacznych rozmiarach lub zagrożenie życia lub

zdrowia ludzi). Przykładowe regulacje dowodzą, że za nadaniem określonym decyzjom rygoru natychmiastowej wykonalności przemawia niebezpieczeństwo realnego wystąpienia zagrożeń, o których mowa w art. 108 § 1 k.p.a." Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego sprawność postępowania nie może uzasadniać nadania rygoru natychmiastowej wykonalności z mocy prawa.

Należy jednak podkreślić, że *casus* będący przedmiotem rozważań Trybunału różnił się od omawianego przepisu. Przyspieszenie procesu inwestycyjnego w zakresie regionalnej sieci szerokopasmowej, być może mieści się w przesłance ochrony interesu społecznego, o której mowa w art. 108 § 1 kpa, i z tego powodu mogłoby zostać uznane przez Trybunał Konstytucyjny jako uzasadniające wprowadzenie natychmiastowej wykonalności.

Uwaga odnosi się również do art. 71 pkt 9 lit. b, ust. 2aa.

17. Przepis art. 55 ust. 2 w zw. z art. 84 ma ograniczone czasowo zastosowanie. Wobec tego powinien znaleźć się w rozdziale 8, wśród przepisów przejściowych. Ponadto część przepisu zawierająca odesłanie do art. 55 ust. 1, jest powtórzeniem normy prawnej zawartej w art. 217 ust. 5 ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. – Prawo wodne.

Propozycja poprawki:

1) w art. 55 skreśla się ust. 2;

2) art. 84 otrzymuje brzmienie:

"Art. 84. Przepis art. 54 ust. 9 stosuje się do Agencji Nieruchomości Rolnych wykonującej uprawnienia, o których mowa w art. 217 ust. 5 ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. – Prawo wodne do dnia 1 stycznia 2012 r.";

18. Przepisy art. 61 ust. 4 i 6 w odmienny sposób regulują tę samą kwestię. Zgodnie z ust. 4 inwestor ponosi koszty wycinki drzew lub krzewów. Natomiast według ust. 6 inwestor ponosi koszty wycinki tylko drzew lub krzewów w wieku do 20 lat.

W związku z tym należy wprowadzić jedną dwu poniższych, alternatywnych poprawek:

- w art. 61 w ust. 4 skreśla się wyrazy "oraz koszty ich wycinki";

albo

- w art. 61 w ust. 6 wyrazy "wycinki drzew i krzewów w wieku do 20 lat oraz ich uprzątnięcia" zastępuje się wyrazami "uprzątnięcia drzew i krzewów";

19. Aby usunąć możliwe wątpliwości interpretacyjne, związane z tym, czy uzgodnienie decyzji z Prezesem UKE dotyczy także decyzji odmawiającej udzielenia zezwolenia, proponuję następującą poprawkę:

- w art. 67 w pkt 2, w ust. 1b wyraz *"zezwolenie jest udzielane po jego"* zastępuje się wyrazami *"decyzje w sprawie zezwolenia wydaje się w"*;

20. Operator publicznej sieci telekomunikacyjnej jest obowiązany do przekazywania na żądanie Prezesa UKE informacji dotyczących lokalizacji i rodzaju posiadanej infrastruktury telekomunikacyjnej lub publicznej sieci telekomunikacyjnej (art. 71 pkt 1, art. 6a). Przepis w zdaniu drugim nakazuje aby udzielenie informacji następowało nieodpłatnie. Takie wyraźne stwierdzenie jest niepotrzebne, oraz rodzi wątpliwości co do wykładni innych przepisów.

Brak zastrzeżenia o nieodpłatności udzielania informacji w innych przepisach (np. art. 6 ust. 1, dodawany art. 6b, art. 78 ust. Pr. tel.) może spowodować, na podstawie rozumowania *a contrario*, obowiązek zapłaty za przekazywane informacje.

Propozycja poprawki:

- w art. 71 w pkt 1, w art. 6a skreśla się zdanie drugie.

21. Poprawka zmierzająca do doprecyzowania odesłania:

- w art. 71 w pkt 2 w lit. d, w ust. 12a wyrazy *"ust. 4-11"* zastępuje się wyrazami *"ust. 4-6 i 8-10"*;

22. Z uwagi na uchylenie art. 140 Pr. tel. należy z tekstu ustawy usunąć odesłanie do tego przepisu.

Propozycja poprawki:

- w art. 71 w pkt 4 skreśla się wyrazy *"art. 140 ust. 4,"*;

23. Przepis nowelizujący ustawę o partnerstwie publiczno-prywatnym wprowadza istotną modyfikację zasad dotyczących zmian umów o partnerstwie publiczno-prywatnym. Dotychczas zakazane były zmiany umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której

dokonano wyboru partnera prywatnego, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, **których nie można było przewidzieć** w chwili zawarcia umowy.

Przepis art. 73 pkt 3 wprowadza zasadę, że zmiana umowy jest dopuszczalna, jeżeli podmiot publiczny **przewidział możliwość dokonania takiej zmiany** w ogłoszeniu o partnerstwie lub w dokumentacji postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego oraz **określił warunki takiej zmiany**.

Nowelizacja jedną ustawą więcej niż jednej ustawy jest dopuszczalna tylko w przypadku, gdy między zmienianymi ustawami występują niewątpliwe związki tematyczne lub do zrealizowania zamysłu prawodawcy jest niezbędne jednoczesne dokonanie zmian w kilku ustawach (§ 92 ust. 2 ZTP).

Ta zmiana ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym ma, jak się wydaje, charakter porządkujący – wprowadza rozwiązanie analogiczne do przepisów Prawa o zamówieniach publicznych –, nie ma jednak związku tematycznego z ustawą o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych i nie jest konieczna do realizacji zamysłu prawodawcy wynikającego opiniowanej ustawy.

Michał Gil
legislator