

Jan Siudecki*

ZASADA LEGALIZMU A SANKCJONOWANA SAMOREGULACJA: ANALIZA NA PRZYKŁADZIE POROZUMIENIA PREZESA UKE Z TELEKOMUNIKACJĄ POLSKĄ

1. Instytucja sankcjonowanej samoregulacji

W doktrynie europejskiej wskazuje się, iż koncepcja samoregulacji ukształtowała się w ramach reformy europejskiej legislacji z lat 80. Wraz z Białą Księgą o Rynku Wewnętrznym¹ z 1985 roku i Jednolitym Aktem Europejskim zaczęto określać nowy model europejskiego prawodawstwa. Głównym impulsem zmian a zarazem pierwszą przyczyną zastosowania porozumień sektorowych była intensywna krytyka ilości i jakości wspólnotowych aktów prawnych. Problemy z wdrażaniem przez państwa znacznej ilości, niejednokrotnie bardzo szczegółowych aktów prawnych doprowadziły do tendencji deregulacyjnych i samoregulacyjnych. L. Senden wskazuje, że już od początku lat dziewięćdziesiątych można mówić o dwufilarowej strukturze systemu regulacyjnego Unii Europejskiej². Pierwszy filar to koncepcja zakładająca zmniejszenie wolumenu środków regulacyjnych prawnie wiążących i rzadsze ich stosowanie. Drugi filar, będący dopełnieniem pierwszego, postuluje intensywniejsze posługiwanie się bardziej zróżnicowanymi środkami re-

* Mgr Jan Siudecki – Specjalista ds. Rozstrzygania Sporów Międzyoperatorskich, Departament Hurtowego Rynku Telekomunikacyjnego, Urząd Komunikacji Elektronicznej.

¹ COM (1985) 310.

² L. Senden, *Soft-law, self-regulation and co-regulation in european law: where do they meet?*, „Electronic Journal of Comparative Law”, vol. 9.1, styczeń 2005.

gulacyjnymi. Takie podejście zakłada więc, z jednej strony poprawę jakościową środków prawnie wiążących, a z drugiej dywersyfikację metod regulacji. To zróżnicowanie metod regulacji w Unii Europejskiej odbywa się w ramach koncepcji „new governance”. Koncepcja ta, której podstawy sformułowane zostały w Białej Księdze w sprawie zarządzania europejskiego³ oraz Planie Działania na rzecz uproszczenia i poprawy środowiska regulacyjnego⁴ zakłada m.in. posługiwanie się zróżnicowanymi środkami regulacyjnymi o niewiążącym charakterze w celu usunięcia takich problemów tworzenia i prowadzenia europejskiej polityki jak brak jej skuteczności, nieefektywna implementacja oraz deficyt demokracji⁵. Pośród tych środków najczęściej wymienia się prawo miękkie (ang. soft law, np. zalecenia Komisji Europejskiej), współregulację, samoregulację a także otwartą metodę koordynacji. Z punktu widzenia zasady legalizmu najwięcej wątpliwości budzi samoregulacja, gdyż często, wbrew nazwie, odbywa się przy udziale zarówno organów władzy publicznej jak i przedsiębiorców. Samoregulacja oznacza inicjatywę określonego sektora przemysłu podjętą w celu określenia zobowiązań wobec władzy publicznej, jednak jak zostanie to dalej opisane nie jest to definicja oddająca pełnię problematyki tej instytucji.

Jedną z nielicznych⁶ prób przeniesienia na grunt regulacji w Polsce powyższych tendencji podjął Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej zwanego „UKE”), zawierając 22.10.2009 r. z Telekomunikacją Polską S.A. (dalej zwaną „TP”) porozumienie określające zobowiązanie TP do inwestycji w infrastrukturę telekomunikacyjną oraz ustalające zasady współpracy pomiędzy TP a operatorami alternatywnymi (dalej zwane „Porozumieniem”). To kontrowersyjne posunięcie Prezesa UKE było przedmiotem wielu doniesień prasowych nie doczekało się jednak poważnej analizy pod względem prawnym. Przełomowy charakter tego porozumienia nie ogranicza się jedynie do niezwykle ważnych z punktu widzenia rynku telekomunikacyjnego zobowiązań TP, ale przede wszystkim związany jest z faktem, iż Porozumienie stanowi jeden z nielicz-

³ COM (2001) 428.

⁴ COM (2002) 278.

⁵ A. Heritier, *The White Paper on European Governance: A Response to Shifting Weights in Interinstitutional Decision Making*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2001, s. 2.

⁶ W zasadzie jedynymi przykładami samoregulacji wartymi odnotowania w tym miejscu jest Porozumienie dobrowolne na rzecz rozwoju systemu zbierania i recyklingu odpadów opakowaniowych po kartonach do płynnej żywności zawarte w 2007 roku pod patronatem Ministra Środowiska, na podstawie którego powołano Program REKARTON oraz opracowanie w 2006 r. Kodeksu Etyki Reklamy przez polską branżę reklamową.

nych przykładów samoregulacji przemysłu zastosowanych na gruncie polskim. Zapewne ze względu na praktyczny brak samoregulacji sektorowej w Polsce, stosowanej od przeszło dwóch dekad w Unii Europejskiej, w polskiej doktrynie prawa tej tematyce nie zostało poświęcone dostatecznie wiele uwagi⁷. Biorąc pod uwagę jak duże kontrowersje z punktu widzenia dopuszczalnych form działania administracji publicznej budzi zarówno stosowanie samoregulacji na poziomie europejskim, jak też zawarcie Porozumienia⁸, warto dokonać analizy możliwości stosowania samoregulacji na gruncie polskim.

Definicja samoregulacji, tak jak rozumiana jest ona w systemie prawa Unii Europejskiej, określona została w Międzyinstytucjonalnym porozumieniu o lepszym stanowieniu prawa⁹: „[s]amoregulację należy rozumieć jako umożliwienie podmiotom gospodarczym, partnerom społecznym, organizacjom pozarządowym lub stowarzyszeniom, przyjęcia między nimi i dla nich samych wspólnych wytycznych na poziomie europejskim (w szczególności kodeksów praktyk czy porozumień sektorowych)”.

Zwraca uwagę, że definicja ta nie zakłada konieczności jakiegokolwiek udziału władzy publicznej w toku stosowania samoregulacji. Generalnie stwierdzić można, że samoregulacja w takiej, najbardziej dogmatycznej postaci, z punktu widzenia nauki prawa administracyjnego nie budzi poważniejszych wątpliwości. Ponieważ nie angażuje organów władzy publicznej nie powinna być uznawana za formę działania administracji publicznej a co za tym idzie nie rodzi problemów co do legalności działania organów. Stwierdzić natomiast można, że nierzadko organy władzy publicznej w różny sposób angażują się w procesy samoregulacyjne.

Praktyka postępowania chociażby Komisji Europejskiej wskazuje, że jej zaangażowanie w proces samoregulacji przemysłu potrafi być znaczne.

⁷ Samoregulacja była przedmiotem rozprawy doktorskiej dra Michała Polańskiego pt. *Porozumienia środowiskowe jako instrument prawny wdrażania wspólnotowej polityki środowiska Unii Europejskiej*. Warto wspomnieć również o badaniach wrocławskiego Centrum Prawa Ekologicznego, np. publikacji *Dobrowolne porozumienia ekologiczne w Unii Europejskiej i w Polsce – podstawy prawne i doświadczenia praktyczne*, J. Jendrośka (red.), M. Bar, M. Stoczkiewicz, Wrocław 2007.

⁸ Do tej problematyki zwięźle odnosi się A. Salbert w artykule *Komu opłacają się wiążące porozumienia?* [http://www.eversheds.pl/articlesFiles/802_Komu%20oplacaja%20sie%20\(...\)20A.Salbert_Prawo%20i%20regulacje%20swiata%20telekomunikacji%20i%20mediow_12-2010.pdf](http://www.eversheds.pl/articlesFiles/802_Komu%20oplacaja%20sie%20(...)20A.Salbert_Prawo%20i%20regulacje%20swiata%20telekomunikacji%20i%20mediow_12-2010.pdf) a także A. Zieliński w artykule *Niektóre aspekty rozwoju rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2009 r.*: http://dlibra.itl.waw.pl/dlibra-webapp/Content/804/TITI-2010_1-2_17.pdf

⁹ Międzyinstytucjonalne porozumienie o lepszym stanowieniu prawa Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji, Dz.Urz.UE 2003 Nr C 321/1.

Przykładowo zobowiązanie europejskiego stowarzyszenia europejskich producentów samochodów ACEA (Association des Constructeurs d'Automobiles Européens)¹⁰ zatwierdzone zostało zaleceniem Komisji Europejskiej¹¹ a system kontroli jego wykonania określony został decyzją Parlamentu Europejskiego i Rady¹². Podobne zalecenia zatwierdzające Komisja Europejska wydała odnośnie zobowiązania AISE (Association Internationale de la Savonnerie, de la Detergence et des produits d'Entretien) z 1998 r.¹³ oraz odnośnie porozumienia sektorowego zawartego przez stowarzyszenie przemysłu chloro-alkalicznego EuroChlor z 2007 r.¹⁴

Przejawy samoregulacji takie jak wyżej wymienione, którym organy władzy publicznej „patronują”, wymagają bliższej analizy. Takie zobowiązania przemysłu wobec władzy publicznej generalnie można nazwać samoregulacją sankcjonowaną¹⁵. Europejska doktryna wyróżnia jeszcze trzy odmiany samoregulacji¹⁶:

- samoregulacja powierzona (ang. mandated selfregulation) – wówczas gdy przedstawiciele danego sektora są zachęceni czy wyznaczeni przez władzę publiczną do podjęcia między sobą określonych regulacji lub zobowiązań;
- samoregulacja wymuszona (ang. coerced selfregulation) – wówczas, gdy podjęte przez dany sektor przemysłu zobowiązania czy regulacje podjęte są w odpowiedzi na groźbę regulacji przez władzę publiczną;
- samoregulacja *sensu stricto* (ang. voluntary selfregulation) – wówczas gdy brak jest bezpośredniego lub nawet pośredniego zaangażowania władzy.

Powyższy katalog nie ma charakteru klasyfikacji z uwagi na fakt, że w praktyce rzadko kiedy którykolwiek z wyżej wymienionych rodzajów samoregulacji występuje w postaci niezawierającej cech innego rodzaju. Obrazuje on zróżnicowanie formuły samoregulacji, nie ma natomiast większego

¹⁰ ACEA Commitment on CO2 emission reductions from new passenger cars in the framework of an environmental agreement between the European Commission and ACEA.

¹¹ O.J. L 40, 13.02.1999, s. 49–50.

¹² O.J. L 202, 10.08.2000, s. 1–13.

¹³ O.J. L 215, 01.08.1998, s. 73–75.

¹⁴ Dz.Urz.UE 2009 Nr L 14/10–11.

¹⁵ J. van der Heijden., *Enforcement of building regulations: from public regulation to self-regulation; a theoretical approach*, referat wygłoszony na konferencji *Sustainable Urban Areas* w Rotterdamie, 25–28.6.2007 r.

¹⁶ J. Black, *Constitutionalising Self-Regulation*, „The Modern Law Review Limited” 1996.

znaczenia z punktu widzenia analizy tej instytucji pod względem legalności działania organów władzy publicznej. Z punktu widzenia oceny legalności działania władzy publicznej znaczenie ma jedynie to, czy samoregulacja została usankcjonowana tj. czy wobec zobowiązań przemysłu podjęty został formalny akt. Dlatego na potrzeby niniejszej pracy zasadniczym kryterium wyróżniającym samoregulację sankcjonowaną od innych rodzajów samoregulacji będzie jedynie fakt formalnego zajęcia stanowiska przez organ władzy publicznej wobec podjętego zobowiązania sektorowego.

Takie zdefiniowanie samoregulacji sankcjonowanej zbliża tę instytucję do instytucji współregulacji. Dla jasności wyводу wyjaśnić należy, że współregulacja, oznacza takie zobowiązanie sektora przemysłu, którego zawarcie przewidziane zostało w uprzednio przyjętym akcie prawnym, np. dyrektywie czy rozporządzeniu. Co do zasady współregulacja jest środkiem wykonania czy implementacji określonego aktu prawnego, powierzonym stronie prywatnej. Zasadniczym czynnikiem odróżniającym instytucję współregulacji od samoregulacji jest więc uprzednie ustanowienie ram prawnych dla zobowiązania sektorowego. Inaczej rzecz ujmując, można powiedzieć, że współregulacja jest prawnie przewidzianą samoregulacją sektora. Już z tego powodu, że współregulacja odbywa się na wyraźnie określonych podstawach prawnych, nie budzi takich kontrowersji z punktu widzenia legalizmu działania administracji jak samoregulacja. Różnice między samoregulacją a współregulacją dobrze obrazuje zestawienie Porozumienia oraz zobowiązań podejmowanych na podstawie art. 43a Prawa telekomunikacyjnego. Podczas gdy żaden przepis nie przewidywał wprost zawarcia Porozumienia, co czyni z niego przykład samoregulacji (co zostanie omówione w dalszej części pracy), tak obecnie istnieje możliwość podjęcia inicjatywy przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego w celu uszczegółowienia nałożonych na niego obowiązków regulacyjnych (art. 43a Prawa telekomunikacyjnego) co oznacza, że można ją uznać za współregulację.

2. Sankcjonowana samoregulacja a europejska zasada *rule of law*

Reasumując, sankcjonowaną samoregulację rozumieć należy jako konsensualny (taki do podjęcia którego wymagana jest zgoda podmiotu regulowanego, nie konieczne taki, który był przedmiotem negocjacji) środek regulacyjny do podjęcia którego, organ nie ma szczególowej podstawy prawnej. Analizując tę definicję, można uznać, że porozumienia stanowiące samoregu-

lację sankcjonowaną, skoro nie są prawnie przewidziane a ich wykonanie nie jest zabezpieczone władztwem państwowym, stanowią swego rodzaju dżentelmeńską umowę, której wykonanie zapewnione jest jedynie respektowaniem zasady *pacta sunt servanda*. Nie wdając się w rozważania na temat zagadnienia skuteczności samoregulacji, stwierdzić należy, że takie ujęcie wiązało by się z pominięciem bardzo istotnych kwestii wiążących się z zasadą legalizmu działania administracji publicznej. Należy bowiem zauważyć, że zobowiązania podejmowane w ramach samoregulacji najczęściej motywowane są chęcią uniknięcia regulacji. Przykładowo, stowarzyszenie ACEA zobowiązało się do obniżenia średniej ilości dwutlenku węgla emitowanego przez określoną kategorię samochodów. Takie zobowiązania traktuje się jako regulację z tego względu, że służą zastąpieniu regulacji państwowej. Jak stwierdzono w preambule zalecenia zatwierdzającego porozumienie ACEA: „Komisja zamierza wystąpić z inicjatywą legislacyjną w przedmiocie emisji dwutlenku węgla przez samochody osobowe, w przypadku gdyby ACEA nie zdołała osiągnąć poziomu emisji dwutlenku węgla wyznaczonego w jej zobowiązaniu na 2008 r. lub w przypadku gdyby postęp w osiąganiu tego celu był niewystarczający”. Podobnie, w przypadku Porozumienia, jasnym jest, że TP podjęła się daleko idących zobowiązań w celu uniknięcia funkcjonalnej separacji. Jak stanowi preambuła Porozumienia, jego zawarcie było efektem wystąpienia przez TP z inicjatywą ustanowienia Karty Równoważności, która na celu miała usunięcie ciężącego nad TP widma funkcjonalnej separacji:

- „9. TP, w celu uniknięcia nałożenia obowiązku rozdziału funkcjonalnego, rozpoczęła negocjacje z uczestnikami rynku telekomunikacyjnego mające na celu ustalenie zasad współpracy z operatorami alternatywnymi, które, w ocenie TP, stworzą warunki do wyeliminowania stwierdzonych na poszczególnych rynkach właściwych, na których TP posiada znaczącą pozycję rynkową, niekonkurencyjnych i dyskryminujących zachowań TP.
10. TP przedstawiła Prezesowi UKE propozycję działań naprawczych zawartą w dokumencie pt. „Karta Równoważności” – program równoważności dostępu, mający na celu poprawienie współpracy pomiędzy TP a operatorami alternatywnymi.
11. W ocenie Prezesa UKE Karta Równoważności jest niewystarczającym środkiem zaradczym dla stwierdzonych problemów rynkowych”.

Powyższe spostrzeżenia potwierdzają analizy europejskiej doktryny. Zgodnie z tymi analizami przedsięwzięcia rządowe, czy „widmo regulacji”

w postaci zamiaru wystąpienia z inicjatywą legislacyjną lub przyjęcia środków wykonawczych, stanowią impuls do podjęcia środków samoregulacyjnych¹⁷.

Należy także mieć na uwadze, iż Komisja Europejska stosuje samoregulację zamiast aktów normatywnych, a dokładniej zamiast wystąpienia z inicjatywą legislacyjną przyjęcia dyrektywy lub rozporządzenia. Samoregulacja stosowana przez państwowy organ administracji publicznej państwa członkowskiego, w tym organ regulacyjny, może zastępować co najwyżej wydanie aktu administracyjnego (tak stosowana samoregulacja nie jest jednak wcale rzadkością – australijskiemu regulatorowi rynku telekomunikacyjnego ACMA – ang. Australian Communications and Media Authority) ustawa wprost zaleca stosowanie m. in. samoregulacji rynku¹⁸. Zauważyć jednak należy, że obie sytuacje budzą podobne wątpliwości co do praworządności takiego działania. W obu bowiem przypadkach chodzi w istocie o zrzeczenie się przez organ swoich prerogatyw do wiążącego określenia sytuacji prawnej jednostek. Nie jest więc rozstrzygające z punktu widzenia zasady legalizmu na jakim poziomie regulacji zastosuje się samoregulację, bowiem postępowanie takie rodzi podobne skutki. Ponadto powierzanie regulacji podmiotom prywatnym może nieść ze sobą także ryzyko naruszenia kompetencji innych organów – w związku z rezygnacją z inicjatywy legislacyjnej i wymuszaniem czy zachęcaniem do samoregulacji Komisja Europejska naraziła się na zarzuty obchodzenia kompetencji Parlamentu Europejskiego (wydaje się, że podobne wątpliwości mogłyby budzić Porozumienie, bowiem przeprowadzenie funkcjonalnej separacji wymaga zgody Komisji Europejskiej, a niektóre obowiązki nałożone na TP Porozumieniem wydają się stanowić niejako surogat funkcjonalnej separacji). Reasumując, sankcjonowana samoregulacja stosowana jest co do zasady jako alternatywa wobec określenia sytuacji prawnej jednostki w drodze wiążących prawnie środków.

Podkreślić przy tym należy, że organ, niezależnie od formy w jakiej akceptuje zobowiązanie sektorowe, nie może po prostu zignorować tego faktu w toku późniejszej regulacji rynku. W polskim porządku prawnym stwierdzenie powyższe potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny: „[o]rgany admi-

¹⁷ A. Heritier, S. Eckert, *New Modes of Governance in the Shadow of Hierarchy: Self Regulation by Industry in Europe*, RSCAS 2007/20, s. 1; G.A. Heyes, *A signaling motive for selfregulation in shadow of coercion*, „Journal of Economics and Business” 2005, vol. 57, s. 239; N.L. Dawson, K. Segerson, *Voluntary Agreements with Industries: Participation Incentives with Industry Wide Targets*, „Land Economics”, luty 2008, s. 97.

¹⁸ D. Hyatt, *Selfregulation in telecommunications didn't fail – it was never really tried*, maj 2010.

nistracji państwowej podporządkowane są podstawowym zasadom płynącym z kodeksu postępowania administracyjnego, w tym i z art. 8 i art. 9, nie tylko z chwilą wszczęcia sformalizowanego postępowania administracyjnego, ale także wcześniej, czyli zawsze, kiedy swoimi działaniami lub zaniechaniami wpływają na zdarzenia, które w przyszłości mogą się stać okolicznościami faktycznymi decydującymi o wyniku postępowania¹⁹. W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Najwyższy²⁰. Podobne stanowisko zajmuje także Trybunał Sprawiedliwości w odniesieniu do zaleceń Komisji Europejskiej, stanowiących przecież przykład prawa miękkiego a więc środka mieszczącego się w ramach „new governance” – „Sądy krajowe są bowiem zobowiązane wziąć, pod uwagę zalecenia w celu rozwiązania wniesionych przed nie sporów”²¹.

Jak na wyżej opisane wątpliwości, co do legalności sankcjonowania samoregulacji instrumentów „new governance” zapatruje się doktryna europejska? Zagadnienie to było elementem szerszej dyskusji na temat, wcześniej wspomnianej, koncepcji „new governance”. W tym miejscu nadmienić trzeba, że autorzy zajmujący się tematyką regulacji w Unii Europejskiej z reguły analizują stosowanie nowych metod regulacji na tle przyjętej w Unii Europejskiej zasady państwa prawa (ang. *rule of law*). Niestety, o ile powszechnie przyjęte jest, że Unia Europejska działa zgodnie z zasadą państwa prawa (co wynika z samych Traktatów, np. art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej) to daleko do jednolitości poglądów, co do tego, co zasada ta faktycznie oznacza²². Na potrzeby pracy niniejszej wystarczy stwierdzić, że nie ulega wątpliwości, ani że zasada legalizmu wchodzi w zakres zasady państwa prawa, która jest jej konstytutywnym elementem, ani że w ujęciu tradycyjnym zasada państwa prawa oznacza, że władza publiczna zobowiązana jest do działania *sub lege* oraz *per lege*²³. Działanie *sub lege*, oznacza nie tylko działanie na podstawie prawa, tj. jedynie przy założeniu, że istnieje odpowiednia, przyznająca kompetencję, podstawa prawna (zasada legalizmu), ale oznacza także działanie w granicach prawa – w zgodzie z ogólnymi zasadami prawa, zasadami konstytucyjnymi, na których państwo prawa powinno być oparte, a które za zadanie

¹⁹ Wyrok NSA z 7.6.1996 r., sygn.akt SA/Gd 850/95.

²⁰ Postanowienie SN z 20.6.1995 r., sygn.akt II ARN 21/95.

²¹ ETS, orzeczenie z 18.3.2010 r. w połączonych sprawach C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08, Dz.Urz.UE 2010 Nr C 134.

²² Poglądowe opracowanie w tej materii dostępne jest na witrynie internetowej Banku Światowego pod adresem <http://go.worldbank.org/DZETJ85MD0>

²³ L. Senden, op.cit., s. 9; F. Cafaggi, *Selfregulation in the Netherlands*, Newgov – new modes of governance, sierpień 2007 s. 6.

mają zapewnić prawa i wolności obywatelskich. Działanie władzy *per lege*, oznacza kształtowanie sytuacji prawnej jednostki w drodze stanowienia prawa w celu zapewnienia równości wobec prawa i jego pewności tak, aby istniała możliwość uzyskania ochrony prawnej przed sądem.

W formułowaniu treści zasady państwa prawa, tak jak jest ona przyjęta w systemie prawnym Unii Europejskiej, nie można pomijać dorobku Trybunału Sprawiedliwości. Ugruntowaną praktyką Trybunału Sprawiedliwości, który walczy przyczynił się do zdefiniowania zasad, na których Unia Europejska się opiera, w tym i zasady państwa prawa, jest ich „europeizacja”. Oznacza to, że zasady takie są definiowane przez pryzmat potrzeb i charakteru prawa europejskiego²⁴. W tym zakresie zauważyć należy, że pierwotnie Traktaty nie zawierały odwołania do zasady państwa prawa. Do koncepcji tej Trybunał Sprawiedliwości po raz pierwszy odwołał się w roku 1986 w sprawie *Les Verts*²⁵. W sprawie tej Trybunał Sprawiedliwości zbadał legalność aktu przyjętego przez Parlament Europejski, mimo iż ówczesny art. 173 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską nie przewidywał wprost takiej możliwości, odwołując się właśnie do zasady państwa prawa. Innymi słowy Trybunał Sprawiedliwości zastosował wykładnię rozszerzającą w celu rozciągnięcia własnej jurysdykcji aby zbadać legalność działania publicznej władzy stwierdzając, że zasada państwa prawa w pierwszej kolejności wymaga, aby działania i akty władz mogły być przedmiotem rewizji przed sądem²⁶. Jak stwierdził rzecznik generalny Jacobs: „kluczem do zdefiniowania zasady państwa prawa jest weryfikacja decyzji władz publicznych przed niezawisłymi sądami”²⁷. Z punktu widzenia analizy praworządności władzy publicznej takie rozstrzygnięcie oznacza, że Trybunał Sprawiedliwości wydaje się identyfikować zasadę państwa prawa przede wszystkim z prawem do uzyskania ochrony prawnej w przypadku wątpliwości co do legalności działania władzy publicznej. Oczywiście zasada legalizmu w tak ujmowanej zasadzie państwa prawa ma również doniosłe miejsce, jednakże to inne rozłożenie akcentów sprawia, że z punktu widzenia wyboru form działania, organom władzy publicznej pozostawiony jest szerszy zakres swobody. Niezależnie bowiem od tego w jakiej formie działanie władzy zostanie podjęte, zabezpieczenie interesu jednostki przejawia się w możliwości rewizji tego aktu przed sądem.

²⁴ L. Pech, *The rule of law as a Constitutional Principle of European Union*, Jean Monnet Working Paper 04/09, s. 4.

²⁵ Orzeczenie ETS z 23.04.1986 r., sprawa 294/83, ECR 01339, § 23.

²⁶ L. Pech, *op.cit.*, s.14.

²⁷ F. Jacobs, *The sovereignty of law: The European way*, Cambridge University Press, 2007, s. 35.

Odwołując się natomiast do dorobku doktryny europejskiej, w pierwszej kolejności warto przytoczyć opinię L. Senden, według której da się zauważyć pewną zmianę w pojmowaniu zasady państwa prawa w systemie prawnym Unii Europejskiej: „zarówno w narodowych, jak i w unijnym porządku prawnym nastąpiło odejście od klasycznej, liberalnej koncepcji państwa prawa na rzecz bardziej demokratycznego i społecznego jej pojmowania, w którym na znaczeniu zyskały realizacja i ochrona ogólnych zasad prawa i praw podstawowych. [...] materialna legitymizacja władzy wypływa z właściwego wykonania jej funkcji. Władza legitymowana powinna być rozumiana jako władza, która najlepiej odpowiada oczekiwaniom i potrzebom społeczeństwa i potrafi im sprostać, w ten sposób będąc najlepiej realizując wspólny interes”²⁸. To przeobrażenie zasady państwa prawa ma stanowić emanację zmian, które zachodzą w całej teorii rządu nie tylko w Unii Europejskiej, ale także w państwach członkowskich.

Ze względu na skomplikowanie współczesnych funkcji regulacyjnych państwa, wiele z nich nie może zostać wypełnionych poprzez jedynie działalność prawotwórczą, ale raczej przez działalność wyspecjalizowanych agencji i instytucji, dysponujące szczegółową i aktualną wiedzą. Działalności takich instytucji nie da się zastąpić mało elastycznymi normami prawa stanowionego czy działalnością sądów niedysponujących odpowiednim, specjalistycznym aparatem pomocniczym²⁹. W odniesieniu do systemu prawnego Unii Europejskiej można dostrzec pewien paradoks, bowiem z jednej strony można mówić o niezwykle silnym przywiązaniu tego systemu do wartości o charakterze konstytucyjnym, przejawiających się m.in. w zasadzie kompetencji powierzonych oraz wyraźnym podziale kompetencji między państwa członkowskie a samą Unię, a z drugiej strony na dążeniu do wykształcenia efektywnych i elastycznych form działania Unii. Skutkuje to rozszerzeniem aktywności Unii Europejskiej na niemal wszystkie dziedziny rządu³⁰. Jak stwierdza J. Figueiredo: „[i]stnieje pewne napięcie między legalizmem a efektywnością w działaniu administracji publicznej która wynika z faktu, że sama administracja jest przedmiotem kilku dyscyplin naukowych. To napięcie wynika także z ewolucji administracji publicznej [...] Historycznie z administracją publiczną wiązano legalizm działania natomiast z administrowaniem prywatnym jego efek-

²⁸ L. Pech, op.cit., s. 10.

²⁹ M. Dawson, *Soft law and the rule of law in the European Union, Revision or Redundancy?*, RSCAS 2009/24, s. 10.

³⁰ G.de Burca, *The constitutional Challenge of New Governance in the European Union*, s. 1.

tywność. Jednakże, czasy kiedy ta dychotomia była niezaprzeczalna minęły. Administracja publiczna otworzyła się na zasadę efektywności, wraz z przejściem od modelu państwa liberalnego do modelu państwa dobrobytu w drugiej połowie XX w.”³¹ W jaki sposób wyżej opisane zmiany wpływać mają na zasadę państwa prawa, w kontekście nowych form regulacji?

Z powyższych wywodów jednoznacznie wynika, że sednem zmian w zasadzie państwa prawa jest osłabienie tych jej elementów, które odwołują się do zasady legalizmu, a wzmocnienie elementów kładących nacisk na funkcjonalność, odwołujących się do efektywności regulacji i społecznej partycypacji w sprawowaniu władzy. Chyba najtrafniej problem ten ujęli C. Sabel oraz W. Simon, stwierdzając: „albo «new governance» ze swoją zdolnością do ujmowania szerszego kontekstu i aktualizowania reguł, albo zasada państwa prawa, ze stabilnymi i odgórnie narzuconymi zasadami”³². Niektórzy autorzy mówią wręcz o luce dzielącej koncepcję „new governance” oraz tradycyjne, prawne metody regulacji. Luka ta przejawiać ma się m.in. w tym, że podczas gdy tradycyjnie uznaje się, iż prawo ma swoje źródło w legitymowanej jednolitej władzy, tak „new governance” oparta jest na rozproszeniu i podziale władzy. Podczas gdy tradycyjnie w centralnym założeniu systemu prawa jest hierarchiczność norm oraz możliwość szukania ochrony prawnej w sądach, tak koncepcja „new governance” porzuca hierarchiczność a zabezpieczenia praw szuka poza sądem. Tradycyjnie system prawa zakłada jasne rozróżnienie między jego stanowieniem a stosowaniem. *New governance*, odrzuca ten podział jako sprzeczny z dwoma największymi zaletami tej koncepcji – elastycznością i możliwością dostosowania przyjętych rozwiązań do zmieniających się warunków³³. J. Solomon stwierdza wprost, że „new governance” jako pewna koncepcja regulacji, zamazuje role regulatorów i regulowanych, etapy regulacji, formy regulacji, funkcje regulacji, jak i samą strukturę reżimu regulacyjnego³⁴. Tendencje powyższe dostrzega także D. Trubek, oceniając relacje, w jakich pozostawać mogą metody „new governance” oraz tradycyjna regulacja przy pomo-

³¹ J. Figueriredo, *Efficiency and Legality in the Performance of the public Administration*, referat wygłoszony na Konferencji Reforma Administracji Publicznej a Integracja Europejska w Budwie, Czarnogóra, 26–27.3.2009 r., s. 3.

³² C. Sabel, W. Simon, *Epilogue: Accountability without Sovereignty*, www2.law.columbia.edu/sabel/papers/epilog_final3.doc

³³ J. Scott, D. Trubek, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, s. 8.

³⁴ J. Solomon., *New governance, preemptive selfregulation, and the blurring of boundaries in regulatory theory and practice*, 2010, Faculty Publications, Paper 680, <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs>

cy stanowionego prawa konkluduje, że wykształcenie „new governance” w pewnych sytuacjach przekształca prawo w ten sposób, że powoduje powstanie nowych środków prawnych, różnych od tradycyjnych władczych rozwiązań³⁵. Powyższe wywody dobrze obrazują, jak potrzeba zastosowania nowych rozwiązań regulacyjnych wpływa na pojmowanie zasady legalizmu w ramach europejskiej „rule of law”. Generalnie stwierdzić można, że potrzeba efektywnej regulacji powoduje wykształcenie nowych instrumentów regulacyjnych, których stosowanie trudne jest jednak do pogodzenia z tradycyjnie pojmowaną zasadą legalizmu, co prowadzi do przemyślenia jej istoty.

3. Sankcjonowana samoregulacja z zasada legalizmu w polskim porządku prawnym

Odnosząc się natomiast do kontrowersji, które budzi zawarcie Porozumienia, z punktu widzenia zasady legalizmu tak jak jest ona rozumiana w prawie polskim, zacząć należy od podkreślenia, że regulacja rynku telekomunikacyjnego w Unii Europejskiej, a więc i w Polsce, oparta jest na modelu regulacji *ex ante*. Model *ex ante* jest modelem interwencji uprzedzającej. Regulacja w tym kształcie nakierowana jest na zapobieżenie niepożądanym społecznie działaniom lub efektom rynkowym z jednej strony, a z drugiej na promowanie zachowań rynkowych, pomagających osiągnąć cele społecznie pożądane. Przedmiotem zainteresowania regulacji *ex ante* jest głównie struktura rynku, a więc liczba przedsiębiorców, poziom koncentracji, warunki wejścia na rynek i poziom zróżnicowania produktowego. Regulacja *ex post*, a więc prawo konkurencji, ma natomiast stanowić odpowiedź na ewentualne zachowania o charakterze antykonkurencyjnym. Celem regulacji *ex post* jest kompensacja stwierdzonych nadużyć rynkowych poprzez stosowanie środków naprawczych lub dyscyplinujących, takich jak grzywny, zakazy lub nakazy. Regulacja *ex post* skupiona jest głównie na zachowaniach rynkowych przedsiębiorcy wobec konkurentów i wobec konsumentów³⁶. W największym skrócie model *ex ante*, przyjęty telekomunikacyjnym pakietem regulacyjnym 2002, zakłada regulację rynku telekomunikacyjnego w następujących etapach: analiza rynków właściwych, nałożenie obowiązków regulacyjnych i w końcu regulacja współpracy międzyoperatorów. Central-

³⁵ D. Trubek, L. Trubek, *New Governance and Legal Regulation: Complementarity, Rivalry or Transformation*, Newgov policy brief, marzec 2007.

³⁶ Za: ICT regulation toolkit: <http://www.ictregulationtoolkit.org/en/index.html>

nym punktem tego schematu są obowiązki regulacyjne – stanowiące środki zaradcze na stwierdzone dysfunkcje rynku i kształtujące dalszą współpracę międzyoperatorską. W kontekście niniejszej analizy, godne są uwagi także ze względu na przedmiot Porozumienia, które to zawiera zobowiązania TP. W polskim systemie prawnym obowiązki regulacyjne nakładane są w drodze decyzji administracyjnej wydawanej na podstawie art. 24 Prawa telekomunikacyjnego. Wobec tego można postawić pytanie o funkcję jaką spełniać ma Porozumienie w kontekście ustalenia, że regulacja rynku telekomunikacyjnego w Polsce odbywa się zasadniczo poprzez nakładanie obowiązków regulacyjnych na przedsiębiorców w drodze decyzji administracyjnej w modelu regulacji *ex ante*. Odnosząc do powyższego uwagi wcześniej poczynione co do samoregulacji stosowanej w Unii Europejskiej stwierdzić należy, że wątpliwości budzi czy Porozumienie nie stanowi obejścia tej procedury i naruszenia zasad regulacji *ex ante* przyjętych w kształcie określonym w Prawie telekomunikacyjnym? Innymi słowy, można się zastanawiać, czy Prezes UKE nie wykroczył poza to co jest prawnie dozwolone próbując osiągnąć cele określone w Prawie telekomunikacyjnym, dla których osiągnięcia ustawa ta zasadniczo rezerwuje formę decyzji administracyjnej, posługując się innymi formami działania.

W pierwszej kolejności konieczne jest ustalenie, czy istniała odpowiednia podstawa prawna do zawarcia Porozumienia. W tym kontekście zbadać należy, czy polski ustawodawca dopuszcza stosowanie umów publicznoprawnych w działalności organów administracji publicznej, a w szczególności czy taką dopuszczalną formą działania jest Porozumienie. Uwagi zawarte w tym zakresie, chociaż poczynione wobec organu działającego na rynku regulowanym, jak się wydaje, mają charakter uniwersalny i są właściwe także wobec organów administracji publicznej w ogóle.

Punktem wyjścia dla wszelkich badań na temat form działania administracji publicznej w Polsce musi być art. 7 Konstytucji. Artykuł ten stanowi, że „[o]rgany władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa.” Oznacza to, że wszystkie czynności organów administracji publicznej muszą mieć odpowiednią podstawę prawną. Jak stwierdził Naczelny Sąd Administracyjny: „w ramach zasady z art. 7 Konstytucji oprócz wymogu praworządności, rozumianego jako zgodność działań z całym systemem prawa, mieści się także wymóg legalności, rozumiany jako zgodność każdego działania z konkretną normą prawną, będącą dla niego podstawą prawną”³⁷.

³⁷ Wyrok NSA z 9.7.2008 r., sygn. akt I OSK312/08.

J. Filipek jako tradycyjny podział form działania administracji uznaje podział na akty zewnętrzne i wewnętrzne³⁸. Zewnętrzny akt administracyjny powinien być oparty na szczegółowej podstawie prawnej, wydany w sformalizowanym postępowaniu i względnie trwale określać obowiązki i prawa jednostki. Akt wewnętrzny natomiast wydawany jest przez organy nadrzędne wobec organów podporządkowanych w ramach wewnętrznej zależności organizacyjnej zachodzącej w obrębie samej administracji publicznej w postępowaniu niesformalizowanym i jest oparty na normach określających zakres działania i kompetencje organu. Jednocześnie J. Filipek stwierdza, że tak przedstawiony podział nie oddaje pełni problematyki form działania administracji publicznej: „[w]iele przemawia za tym, że tak przeprowadzony podział aktów administracyjnych na zewnętrzne i wewnętrzne tylko otwiera problematykę, jaka nim została podjęta. Trzeba bowiem zwrócić uwagę na to, że kryteria w nim przyjęte występują w odniesieniu do aktów zewnętrznych łącznie tylko wówczas, gdy są to akty, które w sferze orzekania autorytatywnie określają uprawnienia lub obowiązki jednostki”³⁹. Powyższe, trafne uwagi wskazują na ewolucję tak samej zasady legalizmu, jak i dopuszczalnych form działań administracji, nie tylko w Unii Europejskiej ale także i w polskim porządku prawnym.

Zauważyć bowiem należy, że różnorodność działań administracji publicznej i niezwykle szeroki zakres zadań realizowanych przez współczesne państwo sprawia, że niecelowe jest ustanawianie ustawowego katalogu form działania administracji publicznej. Nowe formy działania administracji publicznej z reguły nie są instytucjami wypracowanymi przez ustawodawcę, ale raczej powstają w odpowiedzi na potrzebę realizacji konkretnych zadań współczesnego państwa. Wszelkie typologie i klasyfikacje w tym zakresie są dziełem doktryny. Jak podkreśla A. Wiktorowska: „należy zauważyć, że katalog prawnych form działania administracji, będący koncepcją o charakterze ściśle doktrynalnym, ulega ewolucji i poważnym zmianom wraz z pojawianiem się nowych zadań administracji publicznej, wkraczaniem administracji w nowe obszary i zmianą postrzegania obywateli przez organy administracji. Konieczność wypełniania przez organy nowych zadań, realizacji nowych obowiązków, dostosowywania się do zmieniających struktur rynku i do nowych wyzwań życia społecznego doprowadziła do wzrostu znaczenia niesformalizowanych form działania administracji, które doskonale nadają się do regula-

³⁸ J. Filipek, *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne*, cz. II, Zakamycze 2001, s. 17.

³⁹ *Ibidem*, s. 59.

cji spraw o charakterze gospodarczym⁴⁰. Także Z. Leoński, źródła narastających problemów z klasyfikacją poszczególnych form działania administracji publicznej, w szczególności konsensualnych, doszukuje się w procesie prywatyzacji zadań administracji publicznej⁴¹.

Nie ulega więc wątpliwości, że działania organów administracyjnych są regulowane prawnie w różnym zakresie. Różnice te dotyczą nie tylko podstawy prawnej, ale też ewentualnych skutków prawnych i mocy obowiązującej, trybu ich dokonywania czy możliwości zaskarżenia⁴². Generalnie można więc stwierdzić, że w procesie administrowania coraz częściej stosowane są instytucje zapożyczone z systemu prawa prywatnego, a w szczególności umowy. Porozumienie jest właśnie taką publicznoprawną umową, zawartą w odpowiedzi na potrzeby związane z regulacją rynku telekomunikacyjnego.

Jak to zostało powyżej wskazane, w polskim prawie administracyjnym brak jest *numerus clausus* prawnych form działania administracji, a próby ich skatalogowania są raczej działem doktryny i orzecznictwa, co wiąże się ze znacznym zróżnicowaniem prawnych form działania administracji publicznej. Z tego też zróżnicowania wynika wniosek, że niektóre formy działania administracji wymagają wyraźnej podstawy prawnej (przede wszystkim formy władcze), a inne nie. Samo Porozumienie nie wskazuje wprost przepisu, który miałby być jego podstawą prawną. W jego preambule strony stwierdziły jedynie:

1. Zgodnie z aktualnie obowiązującymi w Unii Europejskiej ramami regulacyjnymi w zakresie komunikacji elektronicznej, każdy krajowy organ regulacyjny jest obowiązany do oceny stanu konkurencji na rynkach właściwych oraz do nałożenia proporcjonalnych środków zaradczych w przypadku wyznaczenia operatora o znaczącej pozycji na tych rynkach.
2. Prezes UKE jest krajowym organem regulacyjnym zobowiązanym do oceny stanu konkurencji na rynkach właściwych, a w przypadku stwierdzenia braku takiej konkurencji, nakładania obowiązków regulacyjnych na operatora telekomunikacyjnego posiadającą znaczącą pozycję rynkową.

⁴⁰ Kierunki zmian w teorii prawnych form działania administracji" [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmerman, A. Wiktorowska, Warszawa 2007, s. 369.

⁴¹ Z. Leoński, *Zarys prawa administracyjnego. Działalność administracji*, Warszawa 2001, s. 11.

⁴² *Prawo Administracyjne*, red. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, wyd. 5, Warszawa 2003, s. 265.

3. Jednym z celów działalności Prezesa UKE, jako krajowego organu regulacyjnego, jest wspieranie równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych, między innymi poprzez zapewnianie operatorom alternatywnym, odpowiednich, niedyskryminujących warunków działalności.

Punkt pierwszy stanowi odesłanie do obowiązujących w sektorze telekomunikacji regulacji prawnych Unii Europejskiej: dyrektywy ramowej 2002/21/WE⁴³, dyrektywy dostępowej 2002/19/WE⁴⁴ oraz implementujących te dyrektywy przepisów ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. 2004 r. Nr 171 poz. 1800). Punkt drugi oraz trzeci, jak się wydaje, stanowią natomiast odesłanie do norm określających zakres działania Prezesa UKE – art. 189 Prawa telekomunikacyjnego, określającego cele polityki regulacyjnej Prezesa UKE oraz art. 192 Prawa telekomunikacyjnego, stanowiącego wyliczenie zadań wchodzących w zakres działania Prezesa UKE.

Jak to już zostało stwierdzone, Porozumienie nie ma wiążącego charakteru. Żaden z powyższych przepisów z pewnością nie może stanowić podstawy działań o charakterze władczym, ponieważ ww. przepisy, określające zakres działania, określają jedynie sferę spraw, w których organ winien korzystać ze swoich kompetencji. Działanie władcze polega na tym, że organ administracji, w ramach swoich kompetencji, jednostronnie rozstrzyga o pozycji prawnej drugiej strony stosunku prawnego w taki sposób, iż druga strona musi podporządkować się temu rozstrzygnięciu. Brak władztwa w administracyjnych formach działania wyraża się w tym, że pomiędzy organem administracyjnym oraz drugim podmiotem stosunku administracyjnoprawnego brak jest cechy nadrzędności (choćby wskazać można, że niektórzy autorzy, jak B. Orlik, stoją nawet na stanowisku, że władztwo administracyjne może podlegać stopniowaniu, co pozwala na wyodrębnienie działań w pełni władczych oraz o władztwie ograniczonym)⁴⁵. Innymi słowy, podmioty te, pomimo regulacji administracyjnoprawnej, są traktowane jako równorzędne⁴⁶. Do podjęcia konkretnych działań władczych niezbędny jest, obok przepisu

⁴³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/21/WE, O.J. L 108 , 24.4.2002 r., s. 33–50.

⁴⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/19/WE, O.J. L 108 , 24.4.2002 r., s. 7–20.

⁴⁵ B. Orlik, *Działania administracji publicznej [w:] Prawo administracyjne*, red. B. Orlik, A. Puczek, Warszawa 2011, s. 88.

⁴⁶ M. Możdżeń-Marcinkowski, *Wstęp do prawa administracyjnego ogólnego*, wyd. 2, Warszawa 2009, s. 175.

określającego zakres działania, przepis upoważniający do podjęcia takiego działania, czyli przepis kompetencyjny⁴⁷. Koncepcja taka jest powszechnie przyjęta zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie sądowym.

Stwierdzenie, że Porozumienie nie zostało zawarte na podstawie prawnej dla której ustawodawca przewiduje władcze rozstrzygnięcie nie dziwi w obliczu faktu, że prawo polskie nie przewiduje instytucji umowy administracyjnej, rozumianej jako konsensualny akt administracyjny wydawany zamiast rozstrzygnięcia władczego, funkcjonujący chociażby w prawie administracyjnym niemieckim czy francuskim⁴⁸. Wymienia się następujące cechy tak rozumianej umowy administracyjnej: umowa taka regulowana powinna być przepisami prawa administracyjnego, musi wyraźnie odpowiadać wymaganiom interesu publicznego, organ ma przy jej kształtowaniu i ewentualnym późniejszym zmienianiu więcej swobody, niż miałby w sferze prawa cywilnego a spory wynikające z takich umów rozpatrywane są przez sądy administracyjne. Umowa administracyjna w tym znaczeniu rodzi skutki prawne, takie jak wydanie aktu administracyjnego⁴⁹. Natomiast w polskiej doktrynie prawa administracyjnego przyjęte powszechnie jest, że obowiązki i uprawnienia administracyjnoprawne mogą wynikać jedynie z aktu administracyjnego bądź z ustawy⁵⁰. Podkreślić więc należy, że w polskim prawie, a w szczególności w Prawie telekomunikacyjnym, brak jest podstawy prawnej do zawierania wiążących umów administracyjnych. Brak władczego charakteru Porozumienia podkreśliły same jego strony w § 18 pkt 2, zgodnie z którym żadne z postanowień Porozumienia nie stanowi władczego rozstrzygnięcia Prezesa UKE o prawach i obowiązkach TP, a żadna ze stron nie uznaje Porozumienia za akt noszący cechy decyzji administracyjnej. Oczywiście postanowienia w tym zakresie mogą mieć jedynie charakter pewnej deklaracji, nie ulega bowiem wątpliwości, że gdyby Porozumienie nosiło cechy rozstrzygnięcia władczego, to takiego charakteru nie dałoby się wyłączyć wolą stron. Podobnie z formy niestanowiącej rozstrzygnięcia władczego wolą stron nie uczyni się aktu administracyjnego, bowiem władczy charakter formy działania organu administracji publicznej ściśle związany jest z wykonywaniem władztwa państwowego, a nie z wolą stron.

⁴⁷ A. Wiktorowska, op.cit., s. 107.

⁴⁸ E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 2009, s. 214.

⁴⁹ J. Łętowski, *Prawo Administracyjne. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1990, s. 194.

⁵⁰ W. Taras, A. Wróbel, *W sprawie jednolitej koncepcji umów publicznych [w:] Prawo administracyjne w okresie transformacji ustrojowej*, red. E. Knosala, A. Matan, G. Łaszczycza, Zakamycze 1999, s. 120.

Powstaje więc pytanie czy w polskim porządku prawnym mogą funkcjonować niemające władczego charakteru umowy wywołujące skutki w sferze prawa administracyjnego? Jak stwierdza D. Kijowski: „[u]mowne formy działania administracji występują w dwóch podstawowych typach: umów prawa cywilnego oraz umów prawa publicznego”⁵¹. Słusznie autor ten podkreśla, że mimo iż polska regulacja prawa cywilnego jest bardzo pojemna, w tym sensie, że wydawałoby się, iż nie istnieje taka sfera czynności, która nie mogłaby się stać przedmiotem regulacji umowy prawa cywilnego (zwłaszcza wobec sformułowania art. 1 Kodeksu cywilnego), to jest pewien obszar aktywności organów administracji publicznej, który wymyka się klasyfikacjom i typologiom umów cywilnoprawnych. Podobne stanowisko wydaje się zajmować R. Cybulska⁵² czy M. Możdżeń-Marcinkowski, który stwierdza, że w prawie polskim wprowadzić nie ma podstaw prawnych do zawierania umów administracyjnych w ich, wywodzącym się z niemieckiej nauki prawa administracyjnego, klasycznym kształcie⁵³ (tj. zastępującym rozstrzygnięcie administracyjne a więc takim o którym była mowa powyżej), to jednak autor ten zauważa, że „na obecnym etapie ustawodawczym, możemy mówić o rosnącej grupie umów prawa cywilnego z różnego rodzaju klauzulami administracyjnoprawnymi. Do przekształcenia takich umów w akty administracyjne zastępujące decyzje niezbędne są przyszłe zmiany systemowe w polskim prawie”⁵⁴. Potrzebę wyróżnienia umów prawa publicznego wydaje się dostrzegać także Z. Leoński, który odnosząc się do władczego charakteru prawnych form działania administracji, stwierdza: „[n]iekiedy jednak działanie administracji w sferze prawa publicznego nie ma takiego charakteru. Wystąpi to wówczas, gdy strony zawierają ugodę przed organami administracji [...] lub gdy administracja publiczna zawiera tzw. porozumienia administracyjne czy umowy prawa publicznego. Są to jednak sytuacje wyjątkowe”⁵⁵. Jak z powyższego wynika, doktryna prawa administracyjnego dopuszcza zawieranie publicznoprawnych umów przez organy administracji publicznej niezastępujące rozstrzygnięć

⁵¹ D. Kijowski, *Umowy w administracji publicznej w: Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania: studia i materiały z Konferencji Naukowej poświęconej Jubileuszowi 80-tych urodzin Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń, 15–16.11.2005, s. 295.

⁵² R. Cybulska, *Kontrakty w administracji [w:] Przegląd dyscyplin badawczych pokrewnych nauce prawa i postępowania administracyjnego*, red. S. Wrzosek, M. Domagała, J. Izdebski, T. Stanisławski, Lublin 2010, s. 725.

⁵³ Takie rozumienie umowy administracyjnej prezentuje też A. Puczko.

⁵⁴ M. Możdżeń-Marcinkowski, *Wstęp do prawa administracyjnego ogólnego*, wyd. 2, Warszawa 2009, s. 189.

⁵⁵ Z. Leoński, *op.cit.*, s. 15.

władczych (choć możliwe jest i wskazanie poglądów odmiennych. I tak J. Łętowski stwierdza: „[u]mowa jako forma działania w sferze prawa administracyjnego nie została jeszcze właściwie nigdzie powszechnie i bez zastrzeżeń zaakceptowana”⁵⁶. Autor ten, chociaż dostrzega, że w rzeczywistości dopuszcza się uzgadnianie czył pertraktacje co do treści stosunków mających charakter administracyjnoprawny, to jednak zwraca uwagę na zagrożenia związane z prawnym usankcjonowaniem takiej praktyki, które miałyby prowadzić do osłabienia sytuacji procesowej zainteresowanego. Podobnie, instytucję umowy publicznoprawnej zdaje się wykluczać także K. Ziemiński, który stwierdza: „[a]kt administracyjny co do zasady wywoływać ma skutki w sferze prawa administracyjnego, podczas gdy umowa wywołuje skutki w sferze prawa cywilnego”⁵⁷.

Porozumienie należy więc sklasyfikować jako inny rodzaj umowy administracyjnej, którą można zdefiniować jako dwustronną czynność prawną, na podstawie której organ administracji publicznej oraz niepodporządkowany mu podmiot prawa ustalają treść przysługujących im uprawnień i/lub wiążących je obowiązków. O ile jednak stosowanie umów prawa publicznego w prawie polskim jest faktem⁵⁸, to nie przesądza to jeszcze o uprawnieniu Prezesa UKE do zawarcia Porozumienia. Nie daje bowiem odpowiedzi na pytanie o zakres swobody wyboru formy działania organu administracji. W tym miejscu warto odnieść wcześniej poczynione uwagi dotyczące różnic między współregulacją a samoregulacją do podstaw prawnych zawarcia Porozumienia. Zawarcie Porozumienia na szczegółowej podstawie prawnej, a więc na podstawie przepisu wprost przewidującego jej zawarcie, czyniłoby z niej to, co w doktrynie europejskiej określa się mianem współregulacji. Jak to już jednak zostało podkreślone, Porozumienie zawarte zostało nie na podstawie przepisu wprost upoważniającego do zawarcia umowy prawa publicznego czy chociażby przepisu upoważniającego do zawarcia umowy publicznoprawnej w zakresie określonych spraw, ale raczej na podstawie norm o ogólnym charakterze, w tym przede wszystkim na podstawie norm ustrojowych dotyczących zakresu działania organu. Taka podstawa prawna oznaczać będzie, że Porozumienie jest przejawem samoregulacji. Za dopuszczeniem do obrotu praw-

⁵⁶ J. Łętowski, op.cit., s. 193.

⁵⁷ K. Ziemiński, *Alternatywy dla aktu administracyjnego* [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmerman, Warszawa 2007, s. 422.

⁵⁸ Jednym z bardziej doniosłych przykładów umowy publicznoprawnej usankcjonowanej prawnie są umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, ale także np. umowy o których mowa w art. 19 ust. 3 ustawy z 21.3.1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2004 r. Nr 204, poz. 86).

nego umowy administracyjnej o tak ogólnej podstawie prawnej zdaje się przemawiać A. Błaś, stwierdzając w odniesieniu do porozumienia administracyjnego rozumianego jako umowa zawierana między organem administracji a przedsiębiorcą, zakładem administracyjnym lub stowarzyszeniem: „[w] doktrynie przyjmuje się, że wystarczającą podstawą prawną dla zawierania tego typu porozumień administracyjnych są ogólne przepisy kompetencyjne podmiotów zainteresowanych współpracą”⁵⁹. A. Błaś szczegółowo opisuje proces podejmowania przez organ administracji działań nieuregulowanych wyczerpująco normami prawa. Autor ten stwierdza, że działanie takie nastąpić może w dwóch sytuacjach.

Po pierwsze, w sytuacji stosowania przez organ normy nieblankietowej, czyli takiej, która określa hipotezę, dyspozycję oraz skutek prawny. Działanie nieuregulowane organu stosującego normę nieblankietową ogranicza się do stwierdzenia istnienia stanu faktycznego wypełniającego hipotezę, podjęcia czynności oceniających stwierdzony stan faktyczny, oraz czynności wnioskowania będących wynikiem porównania ocenionych faktów ze stosowaną normą. Jak już to zostało podkreślone, nie jest to sytuacja, z jaką mamy do czynienia w przypadku Porozumienia, bo brak jest takiej normy nieblankietowej upoważniającej do jego zawarcia. Drugą sytuacją, w której organ podejmuje działanie nieuregulowane prawem wyczerpująco jest stosowanie normy prawnej zawierającej zwrot niedookreślony, normy blankietowej (a więc normy upoważniającej a nie zobowiązującej do wydania aktu administracyjnego, tutaj zwaną normą blankietową w znaczeniu węższym) lub wówczas, gdy norma określa jedynie pewne zadanie do wykonania, nie określając sytuacji warunkującej podjęcie działania (norma nazywana przez A. Błasia normą kompetencyjną, jednakże wydaje się, że autor ten inaczej pojmuje normę kompetencyjną niż chociażby A. Wiktorowska, dlatego dla jasności tutaj będzie nazywana normą nieblankietową w szerszym znaczeniu). Przy stosowaniu tych norm zakres działań nieuregulowanych prawem rozszerza się. Wówczas, wyżej wymieniony katalog działań nieuregulowanych prawem wyczerpująco, rozszerza się o czynności wartościowania. W przypadku normy blankietowej w znaczeniu szerszym wartościowanie jest zespołem czynności związanych z wyborem przez organ administracyjny określonego zachowania się. W praktyce polega ono na ustaleniu kryteriów czy warunków na podstawie których organ dobierze odpowiednią formę działania (innymi słowy polega na podjęciu czynności określenia i wyrobu formy działania, określenia momentu działania oraz celu działania).

⁵⁹ *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, A. Błaś, Wrocław 1997, s. 326.

Norma blankietowa w szerokim znaczeniu, wyznaczając jedynie zadanie do wykonania, nie zawiera także hipotezy lub zawiera hipotezę niepełną. Ponieważ norma blankietowa w znaczeniu węższym określa formę działania organu a prawo telekomunikacyjne nie przewiduje stosowania formy umowy administracyjnej, należy stwierdzić, że Porozumienie powinno być zostać zastosowane w oparciu o normę blankietową w szerszym znaczeniu. Pozostaje jeszcze ustalić czy Prawo telekomunikacyjne zawiera taką normę.

Taką normą mógłby być art. 192 ust. 1 pkt 5 Prawa telekomunikacyjnego, który stanowi, że do zakresu działań Prezesa UKE należy w szczególności podejmowanie interwencji w sprawach dotyczących funkcjonowania rynku usług telekomunikacyjnych i pocztowych oraz rynku aparatury, w tym rynku urządzeń telekomunikacyjnych, z własnej inicjatywy lub wniesionych przez zainteresowane podmioty, w szczególności użytkowników i przedsiębiorców telekomunikacyjnych, w tym podejmowanie decyzji w tych sprawach w zakresie określonym Prawem telekomunikacyjnym. Zauważyć należy, że przepis ten nie zawiera hipotezy, nie definiuje bowiem sytuacji, w których Prezes UKE interwencje ma podejmować, a w najlepszym razie zawiera hipotezę bardzo ogólną. Z wykładni językowej a konkretnie ze znaczenia językowego określenia „interwencja” można wywieść, że Prezes UKE ma podejmować działanie w sytuacji jakiejś dysfunkcji rynku, w sytuacji nieprawidłowego działania mechanizmów rynków lub określonych zasad funkcjonowania rynku. W tym miejscu znów warto odwołać się do preambuły Porozumienia. W punkcie 6 i 7 podkreślono, że zdaniem Prezesa UKE TP nie przestrzega nałożonych na nią decyzjami Prezesa UKE obowiązków regulacyjnych, zwłaszcza obowiązku niedyskryminacji w zakresie dostępu do infrastruktury TP, co przyczynia się do utrwalenia stanu braku konkurencji. Taka ocena sytuacji rynkowej i stwierdzone trudności w egzekwowaniu obowiązków regulacyjnych jak wydaje się, mogłyby stanowić wypełnienie hipotezy art. 192 ust. 1 pkt 5 Prawa telekomunikacyjnego. Przepis ten nie wskazuje także formy prawnej interwencji, stanowi jedynie, że w zakres interwencji o których mowa w tym artykule wchodzi decyzje podejmowane przez Prezesa UKE. Jednocześnie gdyby faktycznie Porozumienie zawarto z uwagi na niewywiązywanie się przez Telekomunikację Polską z nałożonych na nią obowiązków regulacyjnych, mogłoby to prowadzić do kolizji z przepisami Rozdziału 2 Prawa telekomunikacyjnego. Ta konkluzja prowadzi nas z powrotem do wątpliwości co do możliwości stosowania niewiążących środków prawnych w sytuacji, gdy ustawodawca przewidział środki prawnie wiążące. Oznacza to, że same przepisy prawa nie dają odpowiedzi na pytanie o zakres swobody organu przy wyborze formy działania.

Reasumując, z jednej strony pamiętać należy, że w katalogu prawnych form działania administracji znaleźć się mogą więc takie postacie działań, które administracja podejmuje na podstawie ogólnych norm prawa dla wykonania określonych zadań publicznych, w ramach dopuszczonej prawnie samodzielności działania organów administracji publicznej. Samodzielność ta ukształtowana jest zawsze przyjętą koncepcją administracji publicznej oraz wykonawczym bądź nie tylko wykonawczym charakterem jej działań⁶⁰. Zapotrzebowanie na nowe formy działania powstaje w przypadku pojawienia się nowego rodzaju zadań publicznych, w celu ich efektywnej realizacji⁶¹. Oceniając charakter prawny umów administracyjnoprawnych, należy mieć na uwadze, że działalność administracji nie polega jedynie na stosowaniu prawa, ale także na podejmowaniu działań organizacyjnych czy planistycznych, dla realizacji których potrzeba większego zakresu swobody i uznaniowości po stronie organu. Ponadto stosowanie form konsensualnych pomocne jest w sytuacji, gdy zachodzi potrzeba uregulowania precedensowej, bądź wymagającej znacznego udziału strony stanu faktycznego. A. Błaś zauważa, że praktyka podejmowania alternatywnych form regulacji przez organy administracji publicznej wyrosła na gruncie stosowania czynności materialno-technicznych oraz społeczno-organizatorskich, do wpływu na kształtowanie praw i wolności obywateli. Formy te posiadając niewątpliwe zalety elastyczności, skuteczności oraz sprawności, okazały się efektywne w sytuacji, gdy działania szczegółowo uregulowane okazały się niewystarczające lub niemożliwe do podjęcia⁶².

Z drugiej jednak strony należy mieć na uwadze, że stosowanie umów administracyjnych, uregulowane w zasadzie jedynie normami ustrojowymi, a nie normami prawa materialnego i procesowego, mieścić się musi, co oczywiste, nie tylko w ramach zakresu działania organu, ale także w ramach konstytucyjnych zasad, bowiem działanie takie wciąż odbywać się musi na podstawie i w granicach prawa. Pojawia się w tym kontekście pytanie o granice swobody wyboru form działania przez organ administracyjny. W przypadku Porozumienia jest to pytanie o to, czy umowy administracyjne mogą być stosowane jako nieprzewidziana prawem alternatywa wobec aktu ad-

⁶⁰ Ibidem, s. 273.

⁶¹ T. Rabska, *Kontrakt wojewódzki – forma działania administracji publicznej w strukturach zdecentralizowanych w: Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*, red. I. Skrzydło-Niżnik, P. Dobosz, D. Dąbek, M. Smaga, Kraków 2001, s. 602.

⁶² A. Błaś, *Jednostka wobec dyskrejonalnych uprawnień administracji publicznej* [w:] *Jednostka wobec działań administracji publicznej*, red. E. Ura, Rzeszów 2001.

ministracyjnego. Należy podkreślić, że to zagadnienie jest częścią szerszej problematyki dyskrecyjnych uprawnień administracji publicznej. Pozostawienie organowi administracji pełnej uznaniowości w zakresie wyboru stosowania decyzji administracyjnej czy innych form działania może budzić wątpliwości z punktu widzenia pewności obrotu, obecnych zasad procedury administracyjnej czy generalnie z punktu widzenia zasady legalizmu. Zasadę legalizmu można bowiem pojmować nie tylko jako dyrektywę nakazującą organowi działanie na podstawie odpowiedniej podstawy prawnej, ale także w obliczu omawianych tendencji w formach działania administracji, limitującą uznaniowość organu w doborze form działania. Na gruncie tych problemów opracowana nawet została koncepcja domniemania decyzji administracyjnej, zgodnie z którą przyjmuje się, że w sytuacji gdy przepis nie wskazuje precyzyjnie formy prawnej, przy wykorzystaniu której organ administracji publicznej ma załatwić daną sprawę administracyjną, załatwienie to powinno nastąpić w drodze decyzji administracyjnej⁶³. P. Wajda zauważa, w tym kontekście, że powszechnie aprobowana staje się tendencja bardzo szerokiej interpretacji przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, określających zakres jego zastosowania. Tendencja ta koncentruje się na dążeniu do objęcia zakresem Kodeksu postępowania administracyjnego jak najszerszej grupy działań podejmowanych przez uprawnione organy administracji publicznej. Taki rozszerzający kierunek stosowania przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, ma służyć zapewnieniu jak najpełniejszej ochrony sfery praw i interesów jednostki wobec administracji publicznej. Koncepcja domniemania decyzji administracyjnej znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. W wyroku z 18.11.1993 r. Sąd Najwyższy wskazał, że obywatel ma prawo do tego, by jego oparte na prawie materialnym roszczenia i wnioski były rozpatrywane w ramach przewidzianej prawem procedury i w określonych prawem formach. Nie jest natomiast zgodne z zasadami konstytucyjnymi takie postępowanie organów administracji, w których wnioski obywateli załatwiane są poza procedurą i w formach jej nieznanymi. Powoduje to bowiem stan niepewności prawnej i ogranicza prawa obywateli do ochrony uprawnień przed organami administracji publicznej i przed sądami⁶⁴. Innymi słowy, procedura administracyjna stanowi gwarancję ochrony praw jednostki, której nie zapewniają negocjacje prowadzone w toku stosowania konsensualnej formy działa-

⁶³ W. Jakimowicz, *Problem definiowania pojęcia decyzji administracyjnej*, „Przegląd Sądowy” 2000, nr 10, s. 52; Uchwała TK z 25.9.1991 r., sygn. akt W 1/91.

⁶⁴ Sygn. III ARN 49/93, Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna oraz Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych 1994, nr 9, poz. 181.

nia, jaką jest umowa administracyjna. Wydaje się, że w takim ujęciu, przy zastosowaniu domniemania decyzji administracyjnej, interwencji Prezesa UKE podejmowane na podstawie art. 192 ust. 1 pkt 5 Prawa telekomunikacyjnego mogłyby mieć jedynie formę decyzji administracyjnej.

Inną odpowiedzią na przedstawione zagrożenia związane z rozszerzającą się dyskrecjonalnością administracji publicznej mogłoby być określenie granic wyboru formy działania. Granicą tą powinien być niewątpliwie zakres spraw zarezerwowany do regulacji decyzją administracyjną. Formy działania administracji mogą mieć formę inną, niż decyzja administracyjna tylko w takim zakresie, jaki nie został zarezerwowany dla regulacji w drodze decyzji administracyjnej. Podmiot regulowany nie może pozostawać w niepewności co do tego, czy jego sytuacja prawna ukształtowana zostanie przez organ władczy zgodnie z procedurą administracyjną, czy też podmiot ten będzie miał możliwość negocjowania rozstrzygnięcia w toku stosowania niewładczych form konsensualnych. Z tego też wynika, że Porozumienie nie powinno dotyczyć kwestii, dla rozstrzygnięcia których Prawo telekomunikacyjne rezerwuje formę decyzji. Skoro w procedurze administracyjnej zachodnioeuropejskiej przyjęte jest, że dla umowy publicznoprawnej stanowiącej alternatywę wobec rozstrzygnięcia władczego potrzebna jest wyraźna podstawa prawna, zastosowanie Porozumienia w zakresie, w jakim rozstrzygałoby jedną lub więcej spraw administracyjnych powinno zostać uznane za wadliwe w dwóch wymiarach: byłoby po pierwsze działaniem bez właściwej podstawy prawnej a po drugie byłoby działaniem dla którego prawo rezerwuje inną formę prawną. Prawdopodobnie niektórzy autorzy w przypadku takiego rozwiązania mówiliby o tzw. decyzji nieistniejącej (zgodnie z utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie poglądem sama nazwa nie ma znaczenia dla uznania danego aktu jako decyzji administracyjnej)⁶⁵. Reasumując powyższe rozważania, stwierdzić należy, że generalnie niewiążąca umowa publicznoprawna jest dopuszczalną formą działania w polskim porządku prawnym o tyle, o ile nie służy zastąpieniu przewidzianych prawem rozstrzygnięć władczych, co byłoby nie do pogodzenia z zasadą legalizmu. W podobnym tonie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny stwierdzając: „[z]asada legalizmu oznacza, że organ władzy publicznej nie może podejmować decyzji bez podstawy prawnej, co oznacza, że organ władzy publicznej nie może unikać podejmowania decyzji, jeżeli wiążące normy prawne nakładają na niego taki obowiązek”⁶⁶.

⁶⁵ Z. Janowicz, *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądem administracyjnym*, Warszawa-Poznań 1987, s. 183-184.

⁶⁶ Wyrok TK z 21.2.2001 r., sygn. akt P 12/00.

4. Podsumowanie

Z powyższych wywodów płynie wniosek, iż stosowanie samoregulacji sankcjonowanej jest trudne do pogodzenia z zasadą legalizmu tak jak pojmowana jest ona tradycyjnie, w tym tak jak i pojmowana jest w prawie polskim. Jak zostało wykazane doktryna europejska próbując uzasadnić celowość stosowania środków takich jak samoregulacja odwołuje się do argumentów funkcjonalnych, podkreślając mniej lub bardziej udowodnione zalety, jakie miałyby posiadać środki kwalifikowane jako „new governance” nad stanowieniem i stosowaniem prawa. Natomiast głosy próbujące udowodnić, że samoregulacja jest środkiem, który „mieści się” w ramach zasady legalizmu są w zasadzie niesłyszalne. W doktrynie europejskiej, jak i praktyce Komisji Europejskiej środki stosowane w ramach „new governance”, a w tym i samoregulacja, traktuje się jako alternatywę dla regulacji prawnej, co samo w sobie wymagałoby przemyślenia koncepcji legalizmu funkcjonowania władzy publicznej. O ile w specyficznym porządku prawnym Unii Europejskiej samoregulacja może znajdować uzasadnienie, na co wskazuje chociażby specyficzne podejście Trybunału Sprawiedliwości do rozumienia zasady państwa prawa, o tyle wydaje się nie do przyjęcia jako alternatywna forma działania administracji publicznej w krajowym porządku prawnym. Konkluzja ta wynika z prześledzenia możliwości korzystania przez organ administracji w Polsce, ze środka jakim jest niewiążąca umowa publicznoprawna, która to instytucja jest koncepcyjnie zbliżona, o ile nie tożsama, z instytucją europejskiej sankcjonowanej samoregulacji.

W sytuacji ustanowienia ram prawnych regulacji rynku telekomunikacyjnego, użycie sankcjonowanej samoregulacji jako środka zastępującego wykonanie tych ram prawnych wydaje się potęgować kontrast między samoregulacją a zasadą legalizmu. Skoro ustawodawca postanowił usankcjonować daną sferę stosunków gospodarczych czy społecznych prawnie, organ administracji powołany do wykonywania tego prawa, nie może zrezygnować z instrumentów prawnych, które ustawodawca do tego przewidział. Stwierdzić należy, w obliczu przedstawionych rozważań doktryny zarówno europejskiej, jak i polskiej, stosowanie umowy publicznoprawnej jako alternatywnego środka regulacji, w miejsce wiążących prawnie środków, przekreśla główne założenie zasady legalizmu a więc działanie na podstawie prawa. Zastosowanie więc nie tylko samoregulacji, ale i pozostałych metod regulacji „new governance”, których stosowanie, w obliczu zmian jakie zachodzą w funkcjonowaniu współ-

czesnych państw, mogą okazać się koniecznością, wymagałoby zasadniczego redefiniowania zasady legalizmu i dopuszczalnej swobody działania organów administracji publicznej. Samoregulacja w Polsce jak i w Unii Europejskiej budzi podobne wątpliwości co do zgodności z zasadą legalizmu z tym, że zarówno praktyka, jak i doktryna europejska, w przeciwieństwie do polskiej, zdały się już udzielić odpowiedzi na pytanie co powinno przeważać w alternatywie zasada legalizmu – efektywność administracji.