

„Stanowisko

dotyczące projektu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w sprawie zmiany umowy z dnia 4 czerwca 2003 r. o połączeniu sieci, zawartej pomiędzy Telefonią Dialog S.A. z siedzibą we Wrocławiu i Telekomunikacją Polską S.A. z siedzibą w Warszawie”

Urząd Komunikacji Elektronicznej
ul. Kasprzaka 18/20
01-211 Warszawa”

D.P.H. / 10001 - 80600 - 10/06 (22)

W imieniu Telekomunikacji Polskiej SA przedstawiam poniżej stanowisko dotyczące projektu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w sprawie z wniosku Dialog z dnia 13 marca 2006 r. o wydanie decyzji w sprawie zmiany umowy z dnia 4 czerwca 2003 r. o połączeniu sieci, zawartej pomiędzy Dialog i TP i ustalenie warunków współpracy oraz zasad rozliczeń w zakresie usług teległosowania świadczonych na numeracji 0-400 Dialog.

1. Naruszenie art. 156 §1 pkt 2 KPA w związku z art. 28 ustawy - Prawo telekomunikacyjne

Wydanie decyzji w niniejszej sprawie nie jest na obecnym etapie możliwe z uwagi na brak **prawidłowo powołanego** Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Ustawą z dnia 29 grudnia 2005 roku - o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji (Dz. U. Nr 267, poz. 2258), w miejsce dotychczasowego organu: Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty, utworzono centralny organ administracji - Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwany dalej Prezesem UKE).

W dniu 14 stycznia 2006 roku Prezes Rady Ministrów powierzył pełnienie obowiązków Prezesa UKE Pani Annie Streżyńskiej, Podsekretarzowi Stanu do spraw łączności w Ministerstwie Transportu i Budownictwa.

W dniu 3 marca 2006 Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji (zwana dalej w skrócie KRRiT), działając na podstawie uchwały z dnia 1 marca 2006 r nr 56/2006, przystąpiła do przeprowadzenia konkursu celem wyłonienia kandydatów na Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Uchwałą z dnia 24 kwietnia 2006 roku nr 191/2006 KRRiT wyłoniła trzech kandydatów, których następnie przedstawiła Prezesowi Rady Ministrów. Wśród nich nie było kandydatury Pani Anny Streżyńskiej.

W dniu 8 maja 2006 roku Prezes Rady Ministrów powołał na stanowisko Prezesa UKE Panią Annę Streżyńską, mimo, iż KRRiT nie przedstawiła jej kandydatury.

Na podstawie art. 13 pkt 23 Ustawy z dnia 29 grudnia 2005 roku - o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji zmieniony został art. 190 Ustawy z dnia 16 lipca 2004 r - Prawo

telekomunikacyjne (Dz. U nr 171 poz. 1800 ze zm.), a w konsekwencji ustalony został tryb powoływania Prezesa UKE. Zgodnie z art. 190 Ustawy Prawo telekomunikacyjne w jego nowym brzmieniu, „Prezesa UKE powołuje i odwołuje Prezes Rady Ministrów **spośród trzech zaproponowanych kandydatów przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji**. Kadencja Prezesa UKE trwa 5 lat”.

W świetle brzmienia art. 190 Ustawy Prawo telekomunikacyjne jest oczywiste, że Prezes Rady Ministrów ma obowiązek powołać na Prezesa UKE jednego z trzech kandydatów wskazanych przez KRRiT i nie ma kompetencji do obsadzenia na tym stanowisku osoby spoza tego grona. Świadczy o tym użycie w art. 190 zwrotu „**spośród**”.

Prezes Rady Ministrów powołał Panią Annę Streżyńską na stanowisko Prezesa UKE w oparciu o art. 22 ust. 2 ustawy o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji.

Art. 22 Ustawy z dnia 29 grudnia 2005 roku - o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji stanowi, że „1. Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji - niezwłocznie po powołaniu jej nowych członków - proponuje Prezesowi Rady Ministrów trzech kandydatów na stanowisko Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. 2. Prezes Rady Ministrów po zaproponowaniu przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji trzech kandydatów powoła osobę, która obejmie stanowisko Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej”. Co istotne, art. 22 nie zawierał zapisu, który wprost wskazywałby, że Prezes UKE jest powoływany spośród kandydatów zaproponowanych przez KRRiT.

Prezes Rady Ministrów zdaje się stać na stanowisku, iż w sytuacji, gdy Prezes UKE jest powoływany po raz pierwszy po wprowadzeniu tego urzędu, to wówczas art. 22 stanowi samodzielną podstawę jego powołania, a stosowanie art. 190 Ustawy Prawo telekomunikacyjne jest w takiej sytuacji wyłączone. Taką interpretację miałyby uzasadniać fakt, iż w art. 22 nie zawiera zapisu wprost wskazującego, że Prezes UKE jest powoływany spośród kandydatów KRRiT; to z kolei miałyby oznaczać, że propozycja kandydatur zgłoszona przez KRRiT nie ma charakteru wiążącego, a w konsekwencji Prezes Rady Ministrów może powołać na stanowisko Prezesa UKE dowolnie wybraną przez siebie osobę. Przy takim założeniu art. 190 Ustawy Prawo telekomunikacyjne znajdowałby zastosowanie dopiero przy powoływaniu kolejnych prezesów UKE.

Powyższa interpretacja jest w sposób oczywisty błędna. Artykuł 22 Ustawy z dnia 29 grudnia 2005 roku nie ustanawia samodzielnego trybu powoływania po raz pierwszy Prezesa UKE i nie zwalania Prezesa Rady Ministrów z obowiązku stosowania w tym przypadku znowelizowanego art. 190 Ustawy Prawo telekomunikacyjne. Intencją wprowadzenia art. 22 było wskazanie, iż z wyborem Prezesa UKE należy się wstrzymać do czasu powołania nowych członków Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji. Artykuł 22 jest przepisem o charakterze technicznym i miał za zadanie uregulować kolejność działań podejmowanych przy wyborze Prezesa UKE w związku z wygaśnięciem kadencji dotychczasowych członków KRRiT: w pierwszej kolejności należało powołać nowych członków KRRiT, następnie nowo wybrana KRRiT miała proponować trzech kandydatów na Prezesa UKE, a dopiero „po” zaproponowaniu kandydatów przez KRRiT Prezes Rady Ministrów mógł powołać Prezesa UKE. Natomiast zarówno art. 190 Ustawy prawo telekomunikacyjne nakazujący powołanie Prezesa UKE spośród kandydatów KRRiT, jak i pozostałe przepisy Ustawy Prawo telekomunikacyjne regulujące zasady funkcjonowania i kompetencje Prezesa UKE, znajdują

zastosowanie także w przypadku powoływania Prezesa UKE po raz pierwszy po utworzeniu tego urzędu.

Ponadto gdyby intencją ustawodawcy było wyłączenie stosowania art. 190 Ustawy Prawo Telekomunikacyjne przy powoływaniu Prezesa UKE po raz pierwszy, powinno to wynikać wprost z zapisu ustawy. Takiego wyłączenia w art. 22 nie zawarto. Należy także podnieść, iż wprowadzenie rozwiązania nakazującego Prezesowi Rady Ministrów wybierać Prezesa UKE spośród kandydatów KRRiT nie jest kwestią przypadku, ale wynika z konieczności zagwarantowania niezależności poszczególnych organów państwowych i zachowania równowagi podziału ich kompetencji. Brak jest przyczyn, które uzasadniałyby wyłączenie powyższych zasad i pozbawienie KRRiT (w której skład wchodzi przedstawiciele Sejmu, Senatu i Prezydenta RP) jakiegokolwiek realnego wpływu na wybór Prezesa UKE. Co więcej, fakt, że ustawodawca nakazał wstrzymać się z wyborem Prezesa UKE do czasu powołania nowych członków KRRiT, tym bardziej dowodzi, że kompetencje KRRiT w procesie wyboru Prezesa UKE są istotne i nie mogą ograniczać się jedynie do roli konsultacyjno - opiniodawczej.

Podsumowując, art. 190 Ustawy Prawo Telekomunikacyjne znajduje zastosowanie zarówno przy powołaniu pierwszego, jak i wszystkich kolejnych prezesów UKE. Artykuł 22 Ustawy z dnia 29 grudnia 2005 roku nie ustanawia samodzielnego trybu powoływania Prezesa UKE po raz pierwszy po wejściu w życie przepisów tworzących ten urząd, ale stanowi uzupełnienie art. 190 i określa jedynie kolejność działań w okresie przejściowym. Oznacza to, że Prezes Rady Ministrów miał obowiązek powołać Prezesa UKE spośród kandydatów przedstawionych przez KRRiT. Powołanie na stanowisko Prezesa UKE osoby spoza tego grona stanowiło naruszenie art. 190 Ustawy Prawo Telekomunikacyjne.

Zdaniem TP, gdyby decyzja w niniejszej sprawie została wydana przed powołaniem Prezesa UKE zgodnie w art. 190 PT, stanowiłoby to rażące naruszenie prawa.

Organem jest osoba (lub grupa osób w przypadku organu kolegialnego) funkcjonująca w strukturze administracji publicznej i wyposażona w prawem określone kompetencje (tak: m. in. Z. Łuniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl - Prawo administracyjne, wyd. Difin, 2004, s. 213). Jeśli nie doszło do powołania konkretnej osoby na określone stanowisko (a więc do pełnienia funkcji organu) można mówić o braku możliwości działania w imieniu organu. Istnieje jedynie urząd rozumiany jako zespół kompetencji określonych przepisami. Możliwość wypełniania funkcji administracyjnych ma jednak wyłącznie organ, w tym przypadku Prezes UKE, powołany w sposób opisany powyżej. Podobnie uważają A. Błaś, J. Boć i J. Jeżewski, którzy podając podobną do powyższej definicję stwierdzają, że „organ administracji publicznej utożsamiany jest z człowiekiem (zwanym w literaturze pełniącym bądź piastującym funkcje organu administracyjnego lub podobnie). Ujęcie niniejsze jest trafne, ponieważ organ istnieje od czasu jego powołania, natomiast od momentu utworzenia urzędu (na przykład urzędu starosty, urzędu ministra) do momentu wyboru starosty czy powołania ministra można mówić jedynie o urzędzie organu w znaczeniu zbioru kompetencji z nim związanych (...). Nadto sformułowanie to jest zgodne z Konstytucją RP: minister to osoba, a nie jednostka organizacyjna” (A. Błaś, J. Boć i J. Jeżewski - Administracja publiczna, Kolonia Limited 2003, s. 157). Zatem, brak powołania tzw. piastuna organu w odpowiednim trybie powoduje, że organ regulacyjny nie może realizować swoich funkcji. Osoba powołana w sposób sprzeczny z prawem nie może realizować funkcji organu wynikających z przepisów

prawa, w tym wydawać decyzji na podstawie art. 28 PT. Nie może także upoważnić pracowników urzędu do realizacji uprawnień Prezesa UKE.

Pojawia się w konsekwencji wątpliwość jak zakwalifikować decyzję wydaną przez osobę nieprawidłowo powołaną. Pomijając wyróżnianą przez niektórych autorów kategorię nieaktów administracyjnych, w wadliwych aktach administracyjnych wyróżniamy wady istotne i nieistotne (J. Filipek - Prawo administracyjne, Zakamycze 2001, s. 87). Klasyfikacja wad odnosi określony skutek w postaci możliwości zastosowania odpowiedniego trybu wzruszenia decyzji. Wada polegająca na wydaniu decyzji przez osobę nieuprawnioną jest, zdaniem TP, rażącym naruszeniem prawa, w tym przypadku art. 28 PT. Decyzja w przedmiocie dostępu telekomunikacyjnego może być wydana jedynie przez osobę prawidłowo powołaną na stanowisko Prezesa UKE. Rażącym naruszeniem prawa byłoby podpisanie jej przez osobę, którą powołano z naruszeniem art. 190 PT, którego brzmienie nie powinno budzić żadnych wątpliwości.

2. Proponowany zakres zmian w umowie

Zdaniem TP, rozszerzenie zakresu usług o numerację 0-400 wymaga dodatkowych postanowień, których w obecnej umowie brakuje.

Obowiązująca pomiędzy TP a Dialog umowa o połączeniu sieci z dnia 4 czerwca 2003 nie przewidywała rozwoju usług określanych jako „usługi sieci inteligentnej”. Jak wskazują dotychczasowe doświadczenia, świadczenie tych usług wymaga od stron określenia szczegółowych zasad współpracy nie ograniczających się tylko do kwestii nowych zakresów numeracji oraz stawek międzyoperatorskich za te usługi.

Bardziej szczegółowe uregulowanie zasad świadczenia usług sieci inteligentnej nie było wyłącznie intencją TP, czego dowodem jest m. in. wypracowany wspólnie z innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi Kodeks Etyki. Konieczność określenia szczegółowych zasad wynika także z licznych przypadków nieprawidłowego wykorzystywania usług w numeracji 300, 400 i 700, które naraziło na straty zarówno operatorów, jak i ich Abonentów. Zmiany zasad świadczenia usług sieci inteligentnej spotkały się ze zrozumieniem licznych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, nie spotkały się, jednak ze zrozumieniem ze strony Telefonii Dialog.

TP mając na uwadze nie tylko swoje interesy, ale przede wszystkim dobro abonentów, nie może przystać na ograniczenie zmian w umowie jedynie do wprowadzenia do niej nowego zakresu numeracji i ustalenia opłat z tytułu zakończeń do tej numeracji.

Uważamy za niezbędne wprowadzenie do umowy postanowień (w tym odpowiednich definicji) odnośnie: wykorzystania dialerów, odpowiedzialności stron, zabezpieczenia przed wystąpieniem nadużycia lub oszustwa telekomunikacyjnego oraz odwołania do Kodeksu Etyki.

Uzasadnione jest bowiem przerwienie ryzyka oraz zasad odpowiedzialności za ww. usługi na stronę, która udostępnia swoją numerację dostawcy usług. Druga strona nie mając możliwości ingerencji w umowy pomiędzy podmiotem udostępniającym swoją numerację a dostawcą usług może zagwarantować ochronę własnych interesów oraz interesów swoich abonentów jedynie poprzez odpowiednie postanowienia umowy z operatorem udostępniającym numerację. Takie postanowienia gwarantowałyby, że Telefonii Dialog byłaby zmuszona do monitorowania treści usług dostarczanych przez dostawców usług. Brak tych zapisów powoduje, że TP jest wyłącznie odpowiedzialna przed swoim abonentem za

treść usług dostarczanych przez Telefonię Dialog, a jednocześnie nie ma możliwości ani mechanizmów kontroli tychże usług. W tym stanie rzeczy zagrożony jest nie tylko interes TP, lecz również abonenta, ponieważ brakuje mechanizmów chroniących go przed niewłaściwymi treściami świadczonych mu usług.

Biorąc pod uwagę wielkość Sieci TP, Sieci Telefonii Dialog, dane dotyczące ilości Abonentów każdej ze Stron oraz dane dotyczące wielkości zobowiązań za usługi 70X (zobowiązania TP na rzecz Dialogu z tytułu wzajemnego świadczenia usług 70X w okresie ostatnich 3 miesięcy były około 60 razy większe niż zobowiązania Dialog wobec TP) istnieje duże prawdopodobieństwo, że w przypadku podpisania Umowy 0-400 TP również będzie płatnikiem netto a co za tym idzie jej Abonenci oraz jej interesy będą zagrożone w dużo większym stopniu niż interesy Telefonii Dialog.

Powyższe przesłanki oraz fakt licznych nadużyć ze strony dostawców treści poprzez wykorzystanie dialerów, które naraziły wielu abonentów na szkody finansowe, z którym to zjawiskiem próbuje walczyć także Prezes UKE, czego dowodem jest m. in. przeprowadzona przez urząd akcja antydialerowa mająca m. in. na celu uświadomienie abonentów o zagrożeniach wynikających z korzystania z usług sieci inteligentnej, dowodzi słuszności powyższej argumentacji.

3. Ustalenie stawek rozliczeniowych oraz terminy płatności

W uzasadnieniu projektu decyzji organ uzasadnia wysokość proponowanych stawek rozliczeniowych uwzględnieniem stanowisk stron. Jednakże zdaniem TP Prezes UKE nie jest upoważniony do ustalania stawek za usługi przedsiębiorców telekomunikacyjnych innych niż TP.

Ponadto, pragniemy zwrócić uwagę, że w chwili obecnej termin wpływu gotówki od klienta indywidualnego za zafakturowane usługi w praktyce pokrywa się z terminem zapłaty przez TP należności na rzecz operatora Dialog.

Powoduje to ryzyko, iż w przypadku opóźnień spłat należności od klientów indywidualnych TP będzie zmuszona do finansowania zapłaty na rzecz Dialogu z innych źródeł co wiąże się z dodatkowymi kosztami.

Wskazane byłoby zatem wydłużenie terminu zapłaty przez TP należności na rzecz Dialogu np. o dodatkowe 21 dni.

4. Uwagi do poszczególnych postanowień projektu decyzji

a) W "Definicjach" powinny znaleźć się definicje ze standardu umowy TP: Dialer, Nadużycie Telekomunikacyjne, Oszustwo telekomunikacyjne, Obszar tranzytowy, Rzeczywisty czas połączenia, Sumaryczny czas połączenia, Usługa teległosowania, Usługodawca

b) Zdaniem TP konieczne jest dodanie zapisu, że Dialog nie będzie korzystał z dialerów na numeracji 0-400. Takie postanowienie zapisano w umowach z innymi operatorami, z którymi TP zawarła umowę na zakończenia do numerów 0-400.

c) Jak wspomniano powyżej, decyzja powinna zawierać postanowienia dotyczące reklamowania usług, reklamacji abonenckich, odpowiedzialności, **kodeksu etyki, sztucznego ruchu** (fraudów)

d) Należy określić limity czasu połączeń - TP proponuje następujące postanowienia:

„Tabela nr ____. *Maksymalny czas trwania połączenia do usług w numeracji 0-400*

| Usługa | Zakończenie do Usług Teległosowania | | | | | | | |
|------------------|-------------------------------------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| Zakres numeracji | 400-0 | 400-1 | 400-2 | 400-3 | 400-4 | 400-5 | 400-6 | 400-7 |
| Jednostka | [minuty] | | | | | | | |
| Czas | 0,5 | 0,5 | 5 | 5 | 5 | 5 | 7 | 7 |

Strona, w sieci której inicjowane jest połączenie, może zażądać od drugiej Strony zapłaty kary umownej za przekroczenie czasu połączenia określonego w tabeli nr ____. Kara umowna przysługuje w wysokości 1 grosza za każdą kolejną sekundę po przekroczeniu limitu czasu połączenia określonego w tabeli nr ____.

Strony określają minimalny czas trwania połączeń w poniższej tabeli nr ____.

Tabela nr ____. *Minimalny czas trwania połączenia do usług w numeracji 0-400.*

| Usługa | Zakończenie do Usług Teległosowania | | | | | | | |
|------------------|-------------------------------------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| Zakres numeracji | 400-0 | 400-1 | 400-2 | 400-3 | 400-4 | 400-5 | 400-6 | 400-7 |
| Jednostka | [sekundy] | | | | | | | |
| Czas | brak | brak | 6 | 6 | 6 | 6 | 6 | 6 |

Połączenia trwające krócej niż zostało to określone w tabeli nr ____, które zostały zarejestrowane tylko po jednej stronie LPSS, nie będą rozliczane. ”

e) Decyzja dopuszcza możliwość połączeń w taryfach 1-0 (tzn. 1-9, 0), tymczasem TP świadczy usługi w taryfach 1-7, 0 (co zresztą odzwierciedla tabela ze stawkami). Zatem konieczne jest poprawienie zapisów w Załączniku Technicznym w par. 11 ust. 1 w następujący sposób: P=1-7, 0

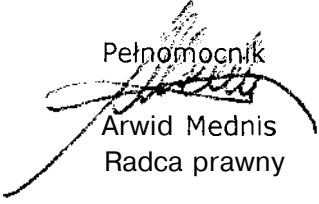
f) W tabeli ze stawkami nie powinno być poziomu LPSS-2, ponieważ usługa jest świadczona tylko na poziomie LPSS-3

g) W Załączniku Technicznym nr 3 w § 11 proponujemy nowy ustęp 6 w brzmieniu:
„6. Warunkiem komercyjnego rozpoczęcia świadczenia przez Dialog na rzecz TP usług Zakończenia z OTr do Usług 0-400 w sieci Dialog jest pozytywne zakończenie w LPSS3 niezbędnych testów, których zakres i termin zostanie ustalony w trybie roboczym. Termin komercyjnego rozpoczęcia świadczenia tych usług będzie ustalony przez Strony w formie pisemnej.”

h) W Załączniku Technicznym nr 3 w § 11, p. 1 po słowach „w zakresach” powinno być:
WST=40, S=0, P=1-7,0, QM=00 oraz
WST=40, S=0, P=1-7,0, QM=08

i) W Załączniku Technicznym nr 3 w § 11, p. 2 po słowie „wywołania” powinno być „od abonentów TP”.

Pełnomocnik



Arwid Mednis
Radca prawny