



Sygn. akt I NSK 79/18

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 9 października 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Ewa Stefańska (przewodniczący)

SSN Paweł Księżak

SSN Jacek Widło (sprawozdawca)

Protokolant Joanna Karolak

w sprawie z powództwa O. S.A. z siedzibą w W.  
przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej  
z udziałem Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji w W.  
o określenie warunków regulacyjnych  
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych  
w dniu 9 października 2019 r.  
skargi kasacyjnej powoda  
od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)  
z dnia 9 maja 2017 r., sygn. akt VI ACa (...)

- 1. oddała skargę kasacyjną,**
- 2. zasądza od powoda O. S.A. z siedzibą w W. na rzecz zainteresowanego Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji w W. kwotę 540 (pięćset czterdzieści) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego,**
- 3. zasądza od powoda O. S.A. z siedzibą w W. na rzecz pozwanego Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę**

**360 (trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 14 grudnia 2012 r., znak: DART-SMP-(...), na podstawie art. 24 pkt 1 i pkt 2 lit. a, lit. b i lit. c w zw. z art. 21 oraz art. 22 ust. 1 i ust. 2, art. 34 ust. 1 i ust. 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i ust. 2, art. 40 ust. 1 oraz art. 44 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (jednolity tekst: Dz.U. z 2018 r., poz. 1954 z późn. zm.; dalej jako: „Pt”) oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (jednolity tekst: Dz.U. z 2018 r., poz. 2096 z późn. zm.; dalej jako: „k.p.a.”) w zw. z art. 206 ust. 1 Pt, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej jako: „Prezes UKE”, „organ” lub „pozwany”):

1. określił rynek właściwy, jako rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.;

2. ustalił, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej;

3. wyznaczył P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.;

IV. utrzymał określone w decyzji nr DART-SMP-(...) z dnia 29 września 2009 r. obowiązki regulacyjne;

V. zmienił określone decyzją nr DART-SMP-(...) z dnia 29 września 2009 r. obowiązki regulacyjne:

(...)

2. obowiązek, o którym mowa w art. 40 ust. 1 Pt, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty przez P. Sp. z o.o., poprzez jego uchylenie;

VI. nałożył, na podstawie art. 44 Pt, obowiązek polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) P. Sp. z o.o. w wysokości określonej w zamieszczonym w decyzji harmonogramie, wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego;

VII. orzekł, że na podstawie art. 206 ust. 2aa w zw. z art. 206 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 Pt decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu;

oraz orzekł o załącznikach (pkt VIII-XI).

Odwołanie od powyższej decyzji w dniu 31 grudnia 2012 r. wniosła P. Sp. z o.o., zaskarżając ją w całości.

W dniu 31 grudnia 2013 r. T. S.A. z siedzibą w W. połączyła się z P. Sp. z o.o. oraz O. Sp. z o.o. z siedzibą w W., tworząc nową spółkę - O. S.A. z siedzibą w W. (dalej także jako: „powód”), będącą następcą prawnym ww. podmiotów.

Wyrokiem z dnia 16 lipca 2015 r., sygn. akt XVII AmT (...), Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję w punkcie V podpunkt 2 oraz w punkcie VI, oddalił odwołanie w pozostałej części oraz zniósł koszty postępowania między stronami.

Sąd I instancji wskazał, że zarzuty odwołującego koncentrują się na dwóch podstawowych zagadnieniach: po pierwsze, podstawy prawnej decyzji i po drugie, uchybień proceduralnych popełnionych przez Prezesa UKE przy wydawaniu decyzji.

Sąd I instancji wskazał, że zgodnie z art. 24 Pt Prezes UKE dokonał analizy w celu ustalenia występowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej poddając uwadze zagadnienia udziału w rynku, zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej, łatwego dostępu do rynków kapitałowych bądź zasobów finansowych, rynków powiązanych, prawdopodobieństwa pojawienia się na danym rynku nowych operatorów, barier wejścia. Przy dokonywaniu tej analizy Prezes UKE podkreślił specyfikę rynku świadczenia usług zakańczania połączeń głosowych w sieciach telefonii ruchomej, która wynika z uwarunkowań technicznych. Jej świadczenie związane jest z realizacją połączeń, inicjowanych w dowolnej sieci (stacjonarnej, ruchomej), które kończone są w sieci ruchomej O. S.A., a konkretnie u użytkownika końcowego tego operatora. Numer takiego użytkownika końcowego, działający w sieci O. S.A., jest

unikalny i każde połączenie kierowane na ten numer jest zakańczane w sieci O. S.A. Rynkiem produktowym na poziomie hurtowym jest usługa zakańczania połączeń (inicjowanych w sieci stacjonarnej, innej sieci ruchomej) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej O. S.A., tj. u użytkownika końcowego O. S.A. Po stronie podażowej na szczeblu hurtowym nie ma możliwości realizacji usługi zakańczania połączenia u innego podmiotu niż ten, w którego sieci dany operator chce zakończyć połączenie. Oznacza to, że operator kontrolujący daną sieć ruchomą jest jedynym dostawcą omawianej usługi w tej sieci. W związku z tym, O. S.A. posiada - z uwagi na brak substytutów dla tego rodzaju usługi - 100% udziałów w rynku zakańczania połączeń głosowych w sieci O. S.A. Niewątpliwie wskazuje to na znaczącą pozycję Spółki na tak określonym rynku.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 Pt jeżeli zostaje wyznaczony przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej to mogą być na niego nałożone obowiązki regulacyjne. Nałożenie obowiązków regulacyjnych pozostaje w korelacji ze zidentyfikowanymi problemami rynkowymi, których rozwiązanie służy realizacji celów określonych w art. 1 ust. 2 Pt.

Sąd Okręgowy oddalił większość zarzutów odwołania, z tym że uchylił zaskarżoną decyzję w pkt. V ppkt. 2 oraz w pkt. VI. W tej ostatniej kwestii Sąd I instancji powołał się na treść art. 13 dyrektywy o dostępie dotyczącego obowiązków związanych z kontrolą cen, który został zmieniony z dniem 19 grudnia 2009 r. przez art. 2 pkt 9 dyrektywy nr 2009/140/WE z dnia 25 listopada 2009 r. (Dz.U. UE L 2009.337.37). Przepis ten daje krajowemu organowi regulacyjnemu – a zatem Prezesowi UKE - możliwość nałożenia na operatorów, zgodnie z przepisami art. 8, obowiązków związanych ze zwrotem kosztów oraz kontrolą cen, w tym obowiązków związanych z oparciem cen o koszty oraz obowiązki dotyczące systemów księgowania kosztów, w odniesieniu do udostępniania szczególnych rodzajów wzajemnych połączeń lub dostępu, w sytuacjach gdy analiza rynku wskazuje, że brak skutecznej konkurencji oznacza, że dany operator może utrzymywać ceny na nadmiernie wysokim poziomie lub stosować zaniżanie cen ze szkodą dla użytkowników końcowych.

Sąd I instancji zauważył, że Komisja w niniejszej sprawie przy pierwszej notyfikacji dopytywała na jakiej podstawie jest dokonywana notyfikacja, czy art. 8

ust. 3 dyrektywy o dostępie, czy art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (tzw. dyrektywa ramowa; Dziennik Urzędowy L 108, 24/04/2002 P. 0033 - 0050). Przy drugiej notyfikacji Prezes UKE wskazał jako podstawę art. 7 ust. 3 dyrektywy ramowej co oznacza, że organ przedstawił projekt środka z art. 8 dyrektywy o dostępie, czyli projekt przewidziany przepisami od art. 9 do art. 13 dyrektywy o dostępie, a nie wniosek do Komisji przewidziany art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie (tak też section 3 Regulatory Obligations i section 4 Compliance with international obligations, k. 533 i 534 akt admin.). Stąd kwalifikacja ustanowienia stawek za zakańczanie połączeń w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora do obowiązków z art. 13 a nie 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie, oznacza, że taki obowiązek nie jest „innym” obowiązkiem regulowanym na gruncie prawa polskiego art. 44 Pt. Jednolite stosowanie prawa wspólnotowego i zasada równości wymagają tego, by znaczenie i zakres art. 8 ust 3 i art. 13 dyrektywy o dostępie miały jednolity charakter, tym bardziej że nie ma w nich odesłania do prawa krajowego. Art. 13 ust. 2 dyrektywy o dostępie stwierdza, że w celu zachęcenia operatorów do inwestowania, w tym również w sieci nowej generacji, krajowe organy regulacyjne biorą pod uwagę dokonane przez operatora inwestycje oraz umożliwiają mu uzyskanie zwrotu stosownej części zainwestowanego kapitału. Jednak w ust. 2 tego przepisu dodano, że mechanizm uzyskiwania zwrotu kosztów oraz uzgodniona metodologia taryfikacji mają zmierzać „do promowania wydajności oraz zrównoważonej konkurencji i maksymalizacji korzyści konsumenta”.

Z powyższego, w ocenie Sądu I instancji, wynika, iż mechanizm służący kontroli cen nie może zaskakiwać. W polskim porządku prawnym przewidują go art. 39 i 40 Pt, a nie art. 44 Pt. Nieprawidłowa podstawa prawna oznacza błędne zastosowanie prawa materialnego prowadzące do uchylenia decyzji w pkt VI.

Sąd nie podzielił argumentacji Prezesa UKE, że na gruncie polskiego prawa nałożenie obowiązku z art. 44 Pt nie zawsze będzie równoznaczne z nałożeniem obowiązku regulacyjnego innego niż wynikające z art. 9-13 dyrektywy o dostępie. Zdaniem organu, art. 44 Pt stanowi, iż na jego podstawie nakładane są obowiązki

inne niż wymienione wprost w art. 34-40 Pt i art. 42 Pt, co nie oznacza, iż muszą być to obowiązki inne niż wskazane w art. 9-13 dyrektywy o dostępie.

Uznając na gruncie niniejszej sprawy, że Prezes UKE nie mógł nałożyć obowiązku kontroli cen na podstawie art. 44 Pt, gdyż ten przepis pozbawiał strony w istocie możliwości obrony swoich praw poprzez brak wiedzy na temat metod ustalania opłat (tak jak stanowi o tym art. 39 ust. 1a Pt i art. 40 ust. 1a Pt), zdaniem Sądu należało przywrócić obowiązek z art. 40 ust. 1 Pt. Uchylenie pkt V ppkt. 2 decyzji miało na celu utrzymanie uchylonego tą jednostką obowiązku. Bezsprzeczne bowiem w stanie faktycznym sprawy było, że O. S.A. ma znaczącą pozycję na rynku zakańczania połączeń w swojej ruchomej sieci, istnieją zidentyfikowane problemy rynkowe co uzasadnia potrzebę kontroli cen. Obowiązek ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty daje możliwość kontroli cen, a sam odwołujący wskazał, że działając jako efektywny operator może osiągnąć zmniejszenie stawki do 0,06081 zł/min.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił decyzję w części i oddalił odwołanie w pozostałym zakresie na podstawie przepisu art. 479<sup>64</sup> § 1 i 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (jednolity tekst: Dz.U. z 2019 r., poz. 1460 z późn. zm.; dalej jako: „k.p.c.”).

Apelacje od powyższego wyroku wniósł powód, pozwany i zainteresowany.

Wyrokiem z dnia 9 maja 2017 r., sygn. akt VI ACa (...), Sąd Apelacyjny w (...) zmienił zaskarżone orzeczenie częściowo, w ten sposób że w pkt. I oddalił odwołanie od rozstrzygnięcia zawartego w pkt. V ppkt. 2 oraz w pkt. VI zaskarżonej decyzji, zaś w punkcie III zasądził od O. S.A. na rzecz Prezesa UKE oraz na rzecz Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji kwoty po 360 zł tytułem zwrotu kosztów procesu. Ponadto Sąd odwoławczy oddalił apelacje powoda w całości oraz rozstrzygnął o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sąd II instancji stwierdził, że apelacja pozwanego i zainteresowanego okazały się uzasadnione i prowadziły do zmiany wyroku w zaskarżonej części, natomiast apelacja powoda jako bezzasadna podlegała oddaleniu w całości. Sąd odwoławczy wskazał, że w zakresie relewantnym Sąd I instancji poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, które Sąd Apelacyjny przyjął za własne.

Zdaniem Sądu II instancji, uzasadniony okazał się przede wszystkim zarzut zawarty we wskazanych apelacjach dotyczący naruszenia prawa materialnego, tj. art. 22 ust. 2 Pt w zw. z art. 44 Pt i art. 39 ust. 1 oraz art. 40 ust. 1 Pt poprzez ich błędną wykładnię i w konsekwencji błędne zastosowanie. W ocenie Sądu Apelacyjnego potwierdził się również zarzut błędnej wykładni powyższych przepisów w świetle art. 13 ust. 1-4 i art. 8 ust. 1-5 dyrektywy 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz połączeń międzysieciowych.

Nałożenie obowiązku z art. 44 Pt, w ocenie Sądu Apelacyjnego, mieści się w zakresie obowiązku kosztowego z art. 13 dyrektywy o dostępie. Art. 39 i 40 Pt stanowią implementację dyrektywy, nie dają jednak wprost możliwości nałożenia obowiązku opartego o model operatora efektywnego.

W ocenie Sądu II instancji, Prezes UKE nie mógł pominąć treści Zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (Dz.U. UE L 2009/396/WE z dnia 20 maja 2009 r.), w którym Komisja uznała, że stawka MTR powinna być ustalana w oparciu o koszty modelowe (a nie rzeczywiste) oraz że powinna być symetryczna. Obowiązek uwzględnienia Zalecenia wynika z ogólnego obowiązku lojalnej współpracy między państwami członkowskimi a Unią Europejską, jak również ze szczegółowych unormowań prawa wtórnego. Wskazać tu można w szczególności na art. 8 ust. 3 dyrektywy ramowej.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, wykładnia dokonana przez Sąd I instancji jest nieprawidłowa, nie uwzględnia celów dyrektywy, nie bierze również pod uwagę przedmiotowego Zalecenia Komisji z dnia 7 maja 2009 r.

W ocenie Sądu Apelacyjnego pozwany był uprawniony by, zgodnie z art. 44 Pt, nałożyć na powoda, jako operatora o znaczącej pozycji rynkowej, inne obowiązki w zakresie dostępu telekomunikacyjnego niż wymienione w art. 34-40 i 42 ustawy. W konsekwencji art. 44 Pt może stanowić podstawę kontroli wysokości stawek za zakańczanie połączeń. Jest to istotne również z tego względu, że oparcie się na kosztach, jakie miałby ponosić przedsiębiorca telekomunikacyjny, dawałoby możliwość podnoszenia stawek również z tego względu, iż koszty te

mogłyby być zawyżane z uwagi na nieefektywność prowadzenia działalności przez operatora, w tym stawek, jakie wynegocjował z operatorem świadczącym mu usługę roamingu krajowego.

Sąd odwoławczy podkreślił też, że Komisja Europejska nie miała żadnych istotnych zastrzeżeń odnośnie do zastosowania przez pozwanego art. 44 Pt i nałożenia na powoda określonych obowiązków.

Biorąc powyższe pod uwagę, wyrok podlegał zmianie na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. poprzez oddalenie odwołania powoda od pkt. V.2 i VI decyzji.

Rozważając zarzuty apelacji powoda, Sąd II instancji stwierdził, że okazały się one w całości bezzasadne.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 479<sup>64</sup> § 2 k.p.c. w zw. z art. 24 pkt 2 lit. a, b, c Pt oraz art. 18 i 15 Pt, polegający na zmianie zaskarżonej decyzji w części dotyczącej obowiązku regulacyjnego pomimo tego, że nałożenie, zmiana lub uchylenie obowiązku regulacyjnego nie jest dopuszczalne bez przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, zaś sąd rozpoznający sprawę nie jest uprawniony do zmiany rozstrzygnięcia w tym zakresie, a jedynie do jego uchylenia. W ocenie Sądu Apelacyjnego, zarzut ten jest nieuzasadniony, gdyż Sąd I instancji nie dokonał zmiany zaskarżonej decyzji, lecz ją uchylił w zakresie pkt V.2 (dotyczącego uchylenia przez Prezesa UKE obowiązku regulacyjnego, o którym mowa w art. 40 ust. 1 Pt) oraz pkt VI (dotyczącego nałożenia obowiązku regulacyjnego na podstawie art. 44 Pt).

Bezzasadne okazały się zarzuty naruszenia przepisów postępowania i prawa materialnego (art. 316 k.p.c. w zw. z art. 107 k.p.a. oraz art. 24 Pt w zw. z art. 206 ust. 1 Pt, art. 107 § 1 k.p.a., art. 14 § 1 k.p.a. oraz art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. oraz art. 207 ust. 1 Pt), w zakresie dotyczącym załącznika do decyzji. Sąd Apelacyjny podkreślił, że postępowanie z zakresu ochrony konsumentów ma charakter hybrydowy, a SOKiK jest władny usunąć wady decyzji organu antymonopolowego. W ocenie Sądu odwoławczego, merytoryczny charakter postępowania sądowego zainicjowanego wniesieniem odwołania od decyzji Prezesa UKE powoduje, że stwierdziwszy nieprawidłowości decyzji organu, sąd powinien wprowadzić stosowne zmiany, w granicach wyznaczonych odwołaniem i zgodnie z jego żądaniem. W niniejszej sprawie brak jest takich uchybień, które nie mogłyby być usunięte w



postępowaniu sądowym. Brak udostępnienia części danych służących do zasilenia modelu bottom-up wynikał z faktu, że przedsiębiorcy, którzy przekazywali dane, wskazywali, iż stanowią one tajemnice ich przedsiębiorstw, co skutkowało wydaniem przez Prezesa UKE postanowień z dnia 8 maja 2012 r. i 10 sierpnia 2012 r., ograniczających powodowi i zainteresowanemu prawa wglądu do poszczególnych dokumentów w aktach sprawy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, Prezes UKE prawidłowo zastosował art. 207 ust. 1 Pt, w wyniku czego doszło do ograniczenia stronom możliwości wglądu do materiału dowodowego w zakresie tajemnic przedsiębiorstwa innych podmiotów. Powód nie skorzystał z przysługujących mu w tym przedmiocie środków zaskarżenia, co wykluczyło możliwość poddania prawidłowości wydania powyższego postanowienia sądowej kontroli.

Odnosząc się do zawarcia szczegółowego modelu kalkulacji kosztów określonych w pkt. VI decyzji w załączniku nr 2, zaś szczegółowego modelu kalkulacji kosztów operatora efektywnego w załączniku nr 3 i sporządzenia w formie pliku xls. zapisanego na płycie CD, Sąd II instancji wskazał, że decyzja co do zasady może posiadać załączniki. Załączniki nr 2 i 3 nie zostały udostępnione powodowi w całości z uwagi na to, że do ich stworzenia wykorzystano dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa innych operatorów telekomunikacyjnych. Zdaniem Sądu, ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu przed sądem ochrony konkurencji i konsumentów dotyczy nie tylko materiału dowodowego, ale również załączników do decyzji, które nie zawierają władczych rozstrzygnięć, dotyczących przedmiotu zaskarżonej decyzji. Co istotne, Sąd I instancji dysponował danymi stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa i mógł przeprowadzić postępowanie dowodowe np. co do prawidłowości wyliczeń zawartych w modelu, w sytuacji gdyby złożono stosowny wniosek dowodowy, co jednak w niniejszym przypadku nie miało miejsca.

Odnosząc zarzutu naruszenia prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 2 lit. b i c Pt w zw. z art. 36 ust. 1 i 2 Pt, art. 34 ust. 1 i 2 Pt oraz art. 40 ust. 1 Pt, polegającego na uznaniu, że dopuszczalne jest utrzymanie i zmiana obowiązków regulacyjnych nałożonych decyzją Prezesa UKE z dnia 29 września 2009 r. Nr DART-SMP-(...), która przed dniem, w którym ogłoszono zaskarżony wyrok została wyeliminowana z

obrotu prawnego prawomocnym wyrokiem, Sąd stwierdził, iż jest on bezzasadny. W dacie wydania zaskarżonej decyzji powyższa decyzja funkcjonowała w obrocie prawnym. Ponadto, zdaniem Sądu Apelacyjnego, prawidłowe jest stanowisko Sądu I instancji, że obowiązki zawarte w decyzji Prezesa UKE z dnia 29 września 2009 r. Nr DART-SMP-(...), zaskarżoną decyzją utrzymane w mocy i zmienione (pkt IV i V. 1 decyzji) zostały zdefiniowane na nowo. Obowiązek z pkt. V.2 został natomiast uchylony.

W ocenie Sądu odwoławczego, podobnie niezasadny okazał się zarzut dotyczący naruszenia prawa materialnego, tj. art. 24 pkt 2 lit. c w zw. z art. 34 ust. 1 i 2 Pt polegający na uznaniu, że dopuszczalne było niedookreślenie tego na czym polegać ma obowiązek uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci, oraz udogodnień towarzyszących, w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej sieci telefonicznej O., co miało nastąpić wskutek zastosowania zwrotu „w szczególności”.

Sąd Apelacyjny podzielił w tym zakresie stanowisko Sądu I instancji, że przepis art. 34 Pt przenosi do prawa krajowego ustalenia art. 12 dyrektywy o dostępie. Zarówno przepis dyrektywy, jak i prawa krajowego posługują się sformułowaniem „w szczególności”. Warunkiem jest zapewnienie dostępu telekomunikacyjnego, a lista form dostępu, które są wyliczone w przepisie dyrektywy (i prawa krajowego) nie jest wyczerpująca stąd też te formy, które zostały wymienione po słowie „w szczególności” stanowią o zapewnieniu dostępu telekomunikacyjnego. Prezes UKE nałożył na powoda obowiązek dostępu, który został określony w sposób dostatecznie precyzyjny, bowiem użycie zwrotu „w szczególności” w sentencji decyzji precyzuje jakie formy dostępu „zakres obowiązku” strona ma zagwarantować.

Biorąc powyższe pod uwagę apelacja powoda podlegała oddaleniu na mocy art. 385 k.p.c.

Strona powodowa wywiodła od ww. wyroku Sądu Apelacyjnego skargę kasacyjną, zaskarżając go w całości. Orzeczeniu zarzucono:

1. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 479<sup>66a</sup> k.p.c. w zw. z art. 479<sup>33</sup> k.p.c., a także w związku z art. 24 Pt oraz art. 44 Pt, polegające

na nieujawnieniu przedsiębiorcy, na którego nałożono obowiązek regulacyjny polegający na stosowaniu opłat w ściśle określonej wysokości, danych, które wykorzystano do obliczenia wysokości tych opłat, ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy w przypadku takiego rozstrzygnięcia, tj. ingerującego w najbardziej istotny sposób w swobodę działalności gospodarczej, nieujawnianie danych jest niedopuszczalne, co miało istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż przesądziło o nieuwzględnieniu apelacji powoda,

2. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 479<sup>66a</sup> k.p.c. w zw. z art. 479<sup>33</sup> k.p.c., polegające na uznaniu, że dopuszczalne jest nieujawnienie ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa podmiotowi wnoszącemu odwołanie od decyzji Prezesa UKE wszystkich informacji stanowiących podstawę określonego rozstrzygnięcia w zaskarżonej decyzji, w sytuacji gdy tylko część tych informacji pochodzi od przedsiębiorców, co miało istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż przesądziło o nieuwzględnieniu apelacji powoda,

3. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c., polegające na niewyjaśnieniu w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przyczyn, dla których nie został uwzględniony zarzut apelacji powoda, w którym podnoszono, że Sąd I instancji wyprowadził nieprawidłowy wniosek, iż wszystkie dane nieujawnione powodowi są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa innych przedsiębiorców (zarzut 3 apelacji), co mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż potwierdza, iż Sąd II instancji w istocie nie rozpoznał zarzutu apelacji, a w przypadku jego ewentualnego uwzględnienia, apelacja mogłaby zostać uwzględniona,

4. naruszenie przepisu postępowania, tj. art. 378 § 1 k.p.c., polegające na nierozpoznanie zarzutu apelacji powoda dotyczącego nieujawnienia powodowi w części treści zaskarżonej decyzji, tj. w zakresie w jakim Sąd I instancji doszedł do wniosku, iż wszystkie dane nieujawnione powodowi stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (zarzut 3 apelacji), a w konsekwencji niezbadanie, czy informacje te rzeczywiście stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, co mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż ewentualne ustalenie przez Sąd Apelacyjny, że dane nieujawnione powodowi nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, mogłoby przesądzić o zasadności apelacji powoda,

5. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 386 § 4 k.p.c. w zw. z art. 78 i 176 ust. 1 Konstytucji RP, polegające na zmianie wyroku Sądu I instancji i oddaleniu odwołania, w sytuacji gdy powód nie miał możliwości zarzucenia wyrokowi Sądu I instancji nieuwzględnienia zarzutów 9 i 10 odwołania dotyczących nieprawidłowego obliczenia wysokości opłat, ze względu na to, że Sąd I instancji uchylił zaskarżoną decyzję w części, do której odnosiły się te zarzuty w związku z uwzględnieniem przez Sąd I instancji zarzutów odwołania (zarzutów 2, 3, 6 i 8) dalej idących, tj. wskutek uznania, że nie istniała podstawa prawna do ustalenia opłat, co mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż naruszyło zasadę dwuinstancyjności postępowania, a w przypadku rozpoznania sprawy co do istoty (co mogło nastąpić tylko w przypadku uchylenia wyroku w zaskarżonej części i przekazania Sądowi I instancji sprawy do ponownego rozpoznania), wynik sprawy mógłby być inny (odwołanie mogło zostać uwzględnione),

6. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 379 pkt 5 k.p.c. w zw. z art. 386 § 4 k.p.c. oraz art. 217 § 1 i 2 k.p.c., art. 227 k.p.c. i art. 391 § 1 k.p.c., skutkujące nieważnością postępowania, polegające na pozbawieniu powoda rzeczywistego prawa do sądu (pozbawiono powoda możliwości obrony praw), co nastąpiło wskutek rozpoznania zarzutów powoda dotyczących prawidłowości obliczeń przeprowadzonych w celu ustalenia wysokości opłat w zaskarżonej decyzji wyłącznie przez Sąd I instancji,

7. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c., przez błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu przez Sąd II instancji, że w sprawie odwołania od decyzji Prezesa UKE, w sytuacji gdy odwołujący domaga się uchylenia decyzji, na powodzie spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania, że rozstrzygnięcie zawarte w decyzji jest nieprawidłowe (w przedmiotowej sprawie obowiązek wykazania, że opłaty określone w zaskarżonej decyzji zostały ustalone w nieprawidłowej wysokości),

8. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 24 pkt 2 lit. c Pt w zw. z art. 34 ust. 1 i 2 Pt oraz art. 107 § 1 k.p.a., polegające na uznaniu, że dopuszczalne było niedookreślenie w zaskarżonej decyzji na czym polegać ma obowiązek uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów

sieci oraz udogodnień towarzyszących, w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej sieci telefonicznej O., co nastąpiło wskutek zastosowania zwrotu „w szczególności”.

W oparciu o tak ukształtowane podstawy kasacyjne, O. S.A. wniosła o:

1. na zasadzie art. 398<sup>4</sup> § 1 pkt 3 k.p.c. i art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c. o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości, a także uchylenie w całości poprzedzającego go wyroku Sądu Okręgowego w W. i przekazanie temu Sądowi sprawy do ponownego rozpoznania, ewentualnie (na wypadek nieuwzględnienia powyższego wniosku) uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w (...),

2. zasądzenie od pozwanego oraz zainteresowanego na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych,

3. na podstawie art. 398<sup>11</sup> § 1 k.p.c. o rozpoznanie skargi kasacyjnej na rozprawie.

Pismem z dnia 18 stycznia 2018 r. zainteresowany - Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji wniosła o:

1. odmowę przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania,

2. względnie, na wypadek przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania - o jej oddalenie w całości oraz

3. zasądzenie na rzecz Izby kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powoda okazała się niezasadna.

Przedmiotowa decyzja została wydana na podstawie art. 24 Pt, po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 22 ust. 1 Pt. Prezes UKE ustalił, że na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej wobec czego wydał decyzję, w której:

1) określił rynek właściwy;

2) wyznaczył przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej:

a) nałożył obowiązki regulacyjne, biorąc pod uwagę adekwatność i proporcjonalność danego obowiązku do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji celów określonych w art. 1 ust. 2 Pt,

b) utrzymał nałożone obowiązki regulacyjne,

c) zmienił i uchylił obowiązki regulacyjne.

Wydana w tym trybie decyzja służy regulacji rynku *ex ante* (regulacji wyprzedzającej), której celem jest zapobieżenie zagrożeniom dla rynku wynikającym z faktu posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej.

Zgodnie z art. 22 ust. 2 Pt przez obowiązek regulacyjny rozumie się obowiązek, o którym mowa w art. 34, art. 36-40, art. 42, art. 44-47 lub art. 72 ust. 3 Pt.

Należy rozstrzygnąć w pierwszej kolejności najdalej idące zarzuty nieważności postępowania i naruszenia zasady dwuinstancyjności postępowania (zarzut 5 i 6), to jest naruszenia art. 386 § 4 k.p.c. w zw. z art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji RP polegającego na zmianie wyroku Sądu I instancji i oddalenia odwołania oraz naruszenia art. 379 pkt 5 k.p.c. w zw. z art. 386 § 4 k.p.c. oraz art. 217 § 1 i 2 k.p.c., art. 277 k.p.c. i art. 391 § 1 k.p.c. Zarzuty te są niezasadne. Zgodnie z art. 384 k.p.c., Sąd nie może uchylić lub zmienić wyroku na niekorzyść strony wnoszącej apelację chyba, że strona przeciwna również złoży apelację. Przepis ten przewiduje jako zasadę zakaz *reformationis in peius* oraz wyjątek od tego zakazu. Zakaz *reformationis in peius* ogranicza się do tego, że sąd nie może uchylić lub zmienić wyroku na niekorzyść strony wnoszącej apelację, jeżeli strona przeciwna apelacji nie wniosła. Skoro strona przeciwna wniosła apelację, Sąd II instancji miał podstawy do wydania wyroku zmieniającego i oddalenia odwołania, stosując wyjątek od tego zakazu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2002 r., II CKN 831/00, LEX nr 74404). Możliwość stosowania rozstrzygnięcia reformatoryjnego na niekorzyść jednej ze stron wynika wprost z przepisów prawa. Skarżący podnosi brak możliwości kwestionowania wysokości opłat za zakańczanie połączeń z uwagi na to, że Sąd I instancji w zakresie

ustalenia tych opłat uchylił decyzje w części, do której odnosiły się jego zarzuty, co wyłączało interes prawny w jej zaskarżeniu apelacją. Należy zauważyć, że skarżący zgłosił przed Sądem I instancji wniosek dowodowy co do prawidłowości wyliczeń opłat. Jak wynika z protokołu rozprawy z dnia 18 czerwca 2015 r. (XVIII AmT (...) k. 2066, protokół elektroniczny z dnia 18 czerwca 2015 r., 00:40:25), Sąd I instancji oddalił wniosek dowodowy w tym zakresie. Pełnomocnik powoda na rozprawie tej zgłosił zastrzeżenie w trybie art. 162 k.p.c., nie formułując zarzutu jakim przepisom postępowania uchybiono wydając to postanowienie. Skarżący w apelacji nie złożył wniosku na podstawie art. 380 k.p.c. w przedmiocie kontroli postanowienia Sądu I instancji o oddaleniu wniosku dowodowego. W orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się, że warunkiem kontroli niezaskarżalnych postanowień, które miały wpływ na wynik sprawy (np. oddalających wniosków o przywrócenie terminu) jest zamieszczenie w środku zaskarżenia stosownego, wyraźnego wniosku w tym zakresie (art. 380 k.p.c.). W odniesieniu do środków zaskarżenia wnoszonych przez zawodowych pełnomocników wniosek taki powinien być w nich wyraźnie i jednoznacznie sformułowany (zob. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2006 r., I CZ 53/06 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2009 r., II PZ 17/09, LEX nr 559946).

Rozpoznanie niezaskarżalnych w trybie art. 380 k.p.c. postanowień następuje na wniosek strony. Przewidziany w tym przepisie środek prawny nie jest środkiem odwoławczym, stąd też wniosek może pochodzić nie tylko od skarżącego apelacją, ale także od strony przeciwnej np. w ramach odpowiedzi na apelację, którą skarżący złożył w tej sprawie (tak W. Miszewski, *Proces cywilny w zarysie*, Warszawa 1946, s. 220, a w ślad za nim T. Wiśniewski, *Apelacja i kasacja: nowe środki odwoławcze w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1996, s. 89, K. Piasecki (w:) *Kodeks postępowania cywilnego...*, t. 1, red. K. Piasecki, s. 1378 oraz A. Zieliński (w:) *Kodeks postępowania cywilnego...*, t. 1, red. A. Zieliński, s. 915. Odmienne T. Ereciński (w:) *Kodeks postępowania cywilnego...*, t. 2, red. T. Ereciński, s. 123).

Taki wniosek o kontrolę postanowienia dowodowego nie został zgłoszony przez skarżącego także w odpowiedzi na apelację pozwanego. Nie ponowiono

wniosku dowodowego w postępowaniu przed Sądem drugiej instancji, chociażby w odpowiedzi powoda na apelację pozwanego, na wypadek uwzględnienia zarzutów pozwanego. Okoliczność tę zauważył także Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu swojego orzeczenia. Dlatego skoro nie zgłoszono odpowiednich wniosków procesowych, nie można z tego tytułu czynić Sądowi drugiej instancji zarzutu, po pierwsze nieważności postępowania z powodu pozbawienia obrony swoich praw. Po drugie, zarzutu naruszenia dwuinstancyjności postępowania związanego z pozbawieniem go prawa do rozpoznania merytorycznego sprawy przed Sądem II instancji i zbadania wysokości nałożonych opłat za zakańczanie połączeń.

Nie jest uzasadniony zarzut naruszenia art. 479<sup>66a</sup> w związku z art. 479<sup>33</sup> k.p.c., a także w związku z art. 24 i art. 44 Pt, polegający na nieujawnieniu przedsiębiorcy danych, które wykorzystano do ustalenia wysokości opłat w ściśle określonej wysokości ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa, co doprowadziło do nieuwzględnienia apelacji powoda.

Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności [art. 4 pkt 17 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2019 r., poz. 369) w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (jednolity tekst: Dz.U. z 2019 r., poz. 1010)]. Tajemnice przedsiębiorstwa chroni się zarówno na etapie administracyjnym, jak i na etapie kontroli sądowej decyzji administracyjnej.

Po pierwsze, na etapie administracyjnym zgodnie z art. 207 ust. 1 Pt, w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy Prezes UKE, w drodze postanowienia, może ograniczyć pozostałym stronom prawo wglądu do materiału dowodowego, jeżeli udostępnienie tego materiału grozi ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa lub innych tajemnic prawnie chronionych. Jak podkreślił NSA w swym postanowieniu z dnia 4 grudnia 2014 r., sygn. II GSK 2369/14 (baza orzecznictwa CBOSA), „(...) z analizy orzecznictwa sądów administracyjnych wynika, że jest już utrwalone stanowisko co do tego, że rozstrzygnięcie w przedmiocie ograniczenia prawa wglądu do materiału dowodowego,



podejmowane przez Prezesa UKE na podstawie art. 207 ust. 1 Pt jest rozstrzygnięciem w odrębnej sprawie administracyjnej, niezależnie od innych postępowań prowadzonych przez Prezesa UKE. (...) Wydane na podstawie art. 207 ust. 1 Pt postanowienie stanowi samodzielne rozstrzygnięcie (...), na które przysługuje skarga do sądu administracyjnego na podstawie art. 3 § 2 pkt 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. Nr 153, poz. 1270 z późn. zm.)". Na etapie administracyjnym powód nie skorzystał z drogi zaskarżenia postanowienia wydanego w trybie art. 207 ust. 1 Pt.

Po drugie, na etapie sądowym także chroni się tajemnicę przedsiębiorstwa na zasadach określonych w art. 479<sup>66a</sup> k.p.c. w zw. z art. 479<sup>33</sup> § 1 k.p.c. Zgodnie z art. 479<sup>33</sup> § 1 k.p.c., w postępowaniu przed sądem ochrony konkurencji i konsumentów chroni się tajemnicę przedsiębiorstwa oraz inne tajemnice podlegające ochronie na podstawie odrębnych przepisów. Zgodnie zaś z art. 479<sup>33</sup> § 2 k.p.c., Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów może, w drodze postanowienia, ujawnić stronie postępowania sądowego informacje chronione w postępowaniu przed Prezesem Urzędu jako tajemnica przedsiębiorstwa drugiej strony tylko wtedy, gdy:

- 1) zmieniły się istotnie okoliczności będące podstawą wydania przez Prezesa Urzędu postanowienia ograniczającego prawo wglądu do materiału dowodowego załączonego przez strony do akt sprawy;
- 2) strona, której tajemnica przedsiębiorstwa jest chroniona, wyraziła zgodę.

Sąd drugiej instancji realizował dyspozycje § 1 art. 479<sup>33</sup> k.p.c. i jej nie naruszył. Przepis ten obliguje sąd do zachowania w poufności tajemnic przedsiębiorstwa. Niezależnie od sposobu ujęcia tajemnic przedsiębiorstwa, okoliczność nieujawnienia powodowi jako stronie postępowania danych służących do określenia wysokości opłat za zakańczanie połączeń, nie miała wpływu na uwzględnienie apelacji powoda. Powód nie wykazał aby brak wiedzy o wysokości konkretnych danych - stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa - miał wpływ na nieuwzględnienie apelacji. Powód mógł skutecznie bronić się realizacją inicjatywy dowodowej, poprzez złożenie wniosku o przeprowadzenie dowodu

z opinii biegłego z tezą dowodową pozwalają na zweryfikowanie poprawności modelu naliczania opłat i ich wysokości wynikających z decyzji (w tym prawidłowego podstawienia do niego danych). Właśnie z uwagi na to, że powód nie znał konkretnych danych służących do kalkulacji, gdyż te stanowiły tajemnice przedsiębiorstwa, zasadne byłoby skontrolowanie tej kwestii poprzez wywołanie dowodu z opinii biegłego, przy właściwie sformułowanej tezie dowodowej. Tajemnice przedsiębiorstwa chroni się w postępowaniu sądowym pomiędzy stronami, ale nie w stosunku do sądu i biegłego, którym tajemnice te mogą i powinny być udostępnione w ramach przeprowadzanego dowodu z opinii. Ochrona tajemnic przedsiębiorstwa w tej sprawie nie miała wpływu na możliwość realizacji praw powoda.

Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 378 § 1 k.p.c. (zarzut 3 i 4 skargi kasacyjnej). Sąd II instancji wskazał przyczyny, dla których nie uwzględnił zarzutów powoda w zakresie nieujawnienia danych z załącznika do decyzji. Sąd uznał, że nie wszystkie dane służące do „zasilenia modelu bottom up”, ale ta tylko ich część, która pochodzi od innych przedsiębiorców niż powód, objęte są tajemnicą. Wbrew skarżącemu nie chodziło tu o wszelkie dane, ale tylko te, co do których inni przedsiębiorcy zastrzegli, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, co za skutkowało wydaniem przez prezesa UKE postanowień z 8 maja 2012 r. i z 10 sierpnia 2012 r., na podstawie art. 207 ust. 1 Pt., ograniczających powodowi i zainteresowanemu prawo wglądu do tych tajemnic z akt sprawy. Słusznie stwierdził Sąd Apelacyjny, że skoro powód nie zaskarżył postanowienia, to wykluczył możliwość poddania tego rozstrzygnięcia sądowej kontroli (zob. s. 42 uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego). Ujęcie tajemnic przedsiębiorstwa ma charakter szeroki. Jak wyjaśnił Sąd Apelacyjny to część danych pochodzących od innych przedsiębiorców niż powód, którzy zastrzegli ich tajemnice, objęte postanowieniem Prezesa UKE.

Motywy zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu II instancji są wystarczające dla kontroli zaskarżonego wyroku, nie dają podstawy do uwzględnienia postawionego zarzutu, jak i pozwalają na ustalenie jaki zakres danych był chroniony jako tajemnice przedsiębiorstwa. Powód nie wykazał dlaczego ujawnienie mu danych stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa mogło by pozwolić

na uwzględnienie jego apelacji. Jak powód twierdzi w skardze kasacyjnej dopiero na etapie sądowym (s. 20 skargi) Prezes UKE wyjaśnił, jakie dane posłużyły do budowy modelu i określania wysokości stawek. Nie można uznać, że wartości uśrednione pochodzące od operatorów nie są objęte tajemnicą. Podstawą do ich ustalenia były dane objęte tajemnicą przedsiębiorstwa podmiotów trzecich. Brak wiarygodnych przesłanek aby uznać, że inne dane (wartości ustalone metodami eksperckimi) nie bazowały na informacjach stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa podmiotów trzecich i że można było je rozdzielić i częściowo ujawnić.

Powód nie wykazał także, że znajomość modelu bez danych wyjściowych, algorytmu liczonego w oparciu o plik Exel w kontekście rynku i relacji handlowych z innymi operatorami sieci, wykluczały możliwość oceny zastosowanych kosztów w oparciu o pewien model idealny i uniemożliwiały złożenie skutecznego wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, weryfikującego poprawność ustalonych w decyzji stawek, któremu sąd powinien udostępnić wszystkie dane, łącznie z tajemnicami przedsiębiorstwa.

Nie można uznać za zasadny zarzut naruszenia prawa materialnego, tj. art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 232 k.p.c. przez błędną wykładnię polegająca na przyjęciu przez Sąd II instancji, że w sprawie odwołania od decyzji Prezesa UKE w sytuacji gdy odwołujący domaga się uchylecia decyzji, to na powodzie spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania, że rozstrzygnięcie w decyzji jest nieprawidłowe.

Ciężar wykazania naruszenia przepisów Prawa telekomunikacyjnego spoczywa - także na etapie postępowania sądowego - na Prezesie Urzędu. Założenie to jest zgodne z utrwalonym już orzecnictwem Sądu Najwyższego (zob. w sprawach z zakresu ochrony konkurencji wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011 nr 9-10, poz. 144; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 2010 r., III SK 40/09, LEX nr 585839; w sprawach z zakresu regulacji energetyki wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2010 r., III SK 12/10, niepubl.). Założenie to nie zwalnia jednak powoda z konieczności podejmowania czynności procesowych ukierunkowanych na obronę przed zarzutami stawianymi mu przez Prezesa Urzędu w zaskarżonej decyzji oraz

ich uzasadnieniu zawartemu zarówno w samej decyzji, jak w składanych w toku postępowania pismach procesowych. Z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego nie wynika jednak, by Sąd - jak wywodzi powód - przerzucił na niego ciężar dowodu w zakresie wykazania przestrzegania prawa.

Należy przypomnieć, że postępowanie sądowe ma charakter kontradyktoryjny. Przewiduje on dla sądu ograniczoną rolę, która skupia się na organizacyjnej stronie procesu oraz na wydaniu werdyktu (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2009 r., III SK 5/09 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2004 r., III SK 44/04).

W konkluzji rozkład ciężaru dowodu nie jest rozumiany jednolicie w takich sytuacjach i zależeć będzie od okoliczności stanu faktycznego (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 sierpnia 2013 r., III SK 65/12). Na etapie postępowania administracyjnego na Prezesie UKE spoczywa ciężar wykazania nałożonych obowiązków, opłat lub kar. Jednak co do zasady kwestionując treść decyzji konieczne jest sformułowanie zarzutów i stosowne ich wykazanie, co powoduje, że to na odwołującym - powodzie - spoczywa ciężar dowodowy wykazania swoich racji (art. 6 k.c.), jeżeli domaga się zmiany decyzji w zakresie nałożonych opłat (stawek za zakańczanie połączeń, podobnie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2015 r., III SK 7/14). Powód powinien więc wskazać określone środki dowodowe, które podważają prawidłowość ustaleń decyzji (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 sierpnia 2013 r., III SK 65/12).

Nie jest zasadny zarzut naruszenia prawa materialnego, tj. art. 24 pkt 2 lit. c) Pt w związku z art. 34 ust. 1 i 2 Pt oraz art. 107 k.p.a. polegający na tym, że dopuszczalne było niedookreślenie obowiązku uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego poprzez zastosowanie w decyzji zwrotu „w szczególności”. Sam ten zwrot stanowi powtórzenie sformułowania wynikającego z dyrektywy. Należy podzielić zapatrywanie, że przepis art. 34 Pt stanowi implementację art. 12 dyrektywy o dostępie. Posługują się one zwrotem „w szczególności”. W świetle decyzji zwrot „w szczególności” nie oznacza wymienienia przykładowych obowiązków nałożonych na przedsiębiorcę (niedookreślonego katalogu), ale

sprecyzowanie jakie formy obowiązków w zakresie dostępu strona ma zagwarantować, co zdaniem Sądu nie oznacza katalogu otwartego czy niedookreślonego obowiązków. Powód nie wykazał aby Prezes UKE uznawał, że na powódzie ciążą inne obowiązki niż wskazane w decyzji ani, że występował w trybie art. 113 § 2 k.p.a. o wyjaśnienie swoich wątpliwości w efekcie czego organ administracji wskazałby na istnienie innych obowiązków niż te wymienione w decyzji.

Mając na uwadze wskazane okoliczności, Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną na podstawie art. 398<sup>14</sup> k.p.c. oraz w oparciu o art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 398<sup>21</sup> k.p.c. oraz § 10 ust. 4 pkt 1 i 3 w zw. z § 14 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015 r., poz. 1804 ze zm.) zasądził od powoda na rzecz Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji kwotę 540 zł oraz na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 360 zł, tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.