

POSTANOWIENIE

Dnia 23 maja 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Wróbel

w sprawie z powództwa Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji w Warszawie

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanej O. Polska S.A. w [...]

o informację z przeprowadzonych Testów MS/PS,

na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 23 maja 2017 r.,

na skutek skargi kasacyjnej strony powodowej od postanowienia Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 5 listopada 2015 r., sygn. akt VI ACz .../15,

- 1. odmawia przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania,**
- 2. zasądza od Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji w [...] na rzecz O. Polska S.A. w [...] kwotę 720 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Sąd Apelacyjny w [...] postanowieniem z dnia 5 listopada 2015 r. oddalił zażalenie Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji w [...] (dalej jako powód) na postanowienie Sądu Okręgowego w [...] - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 lipca 2015 r. odrzucającego odwołanie powoda od opublikowanych na stronie internetowej Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej komunikatów z dnia 19 lipca 2013 r. - Ogłoszenie o wyniki testu

zawężenia marży - testu MS i ogłoszenie o przeprowadzeniu testu zawężenia ceny - testu PS.

W uzasadnieniu postanowienia Sąd pierwszej instancji wskazał, że ogłoszenie wyników testów, ze względu na publiczny charakter działania, jest czynnością abstrakcyjną, która nie jest skierowana do indywidualnie oznaczonego adresata. Jako czynność techniczna, nie określa jakichkolwiek praw i obowiązków żadnego podmiotu. Pełni jedynie funkcję informacyjną dla wszystkich zainteresowanych, nie zawiera uzasadnienia z podaniem podstawy prawnej rozstrzygnięcia i z tych względów nie spełnia wymogów uzasadniających zakwalifikowanie jej jako decyzji administracyjnej w rozumieniu art. 107 § 1 k.p.a. Komunikat o wynikach przeprowadzonych testów nie należy też do enumeratywnie wymienionych w art. 479⁵⁷ § 1 k.p.c. rozstrzygnięć, kreujących prawa i obowiązki adresatów, od których stronom i zainteresowanym przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w [...] - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W tych okolicznościach odwołanie podlegało odrzuceniu, jako złożone od decyzji nieistniejącej, a tym samym niedopuszczalne.

Sąd Apelacyjny podzielił pogląd prawny Sądu pierwszej instancji, że zawarte w opublikowanych na stronie internetowej Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej komunikatów z dnia 19 lipca 2013 r. - Ogłoszenie o wyniku testu zawężenia marży - testu MS i ogłoszenie o przeprowadzeniu testu zawężenia ceny - testu PS wyniki Testów nie są rozstrzygnięciem administracyjnym w rozumieniu art. 107 § 1 k.p.a. Testy nie ustalają wysokości opłat za usługę, a jedynie mogą stanowić podstawę do ustalenia ich wysokości. Jednocześnie zauważyć należy, że przedmiotowa czynność ma charakter abstrakcyjny, nie jest bowiem skierowana do indywidualnie oznaczonego adresata. Tym samym nie można uznać, że komunikaty z dnia 19 lipca 2013 r. - Ogłoszenie o wyniku testu zawężenia marży - testu MS i ogłoszenie o przeprowadzeniu testu zawężenia ceny - testu PS, kreują jakiegokolwiek prawa i obowiązki dla podmiotów, w tym dla wnoszącego odwołanie. W postępowaniu z zakresu regulacji telekomunikacji i poczty odwołanie służy jedynie od decyzji enumeratywnie wymienionych w art. 206 ust. 2 p.t., a więc decyzji wydanych w sprawach o ustalenie znaczącej pozycji rynkowej, nałożenie obowiązków regulacyjnych, nałożenie kar oraz decyzji wydanych w sprawach

spornych, z wyjątkiem decyzji w sprawie rezerwacji częstotliwości po przeprowadzeniu przetargu albo konkursu oraz decyzji o uznaniu przetargu lub konkursu za nierozstrzygnięty. Od pozostałych decyzji wydanych na podstawie tej ustawy służy prawo wniesienia skargi do sądu administracyjnego. Ponieważ sporny komunikat nie mieści się w katalogu decyzji wymienionych w art. 206 ust. 2 p.t., to również z tego względu wniesione w niniejszej sprawie odwołanie było niedopuszczalne.

Powód zaskarżył w całości powyższe postanowienie Sądu drugiej instancji skargą kasacyjną, wnosząc o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania na rozprawie z uwagi na występowanie w sprawie istotnych zagadnień prawnych, tj. 1) czy stanowisko organu administracji publicznej może być uznane za czynność materialnotechniczną i w konsekwencji za niemające przymiotu decyzji administracyjnej w rozumieniu art. 104 § 1 i art. 107 § 1 k.p.a. tylko z uwagi na jego formę [tj. opublikowanie na stronie internetowej organu], w sytuacji, w której stanowisko to dotyczy materii, która może być uregulowana jedynie w formie decyzji administracyjnej wydanej po prawidłowo przeprowadzonym postępowaniu administracyjnym [należy do kompetencji organu administracji publicznej]; w konsekwencji, czy taki akt nie podlega zaskarżeniu a odwołanie od niego powinno być odrzucone na podstawie art. 479⁵⁸ § 2 k.p.c. a apelacja oddalona na podstawie art. 397 § 2 k.p.c. w zw. z art. 385 k.p.c.?; 2) czy w sprawach, w których powinny być wydawane decyzje administracyjne na podstawie art. 39 Pt lub 40 Pt, uwzględniając art. 7 Konstytucji, art. 6 k.p.a. i art. 1 pkt 1) k.p.a., jako wynik postępowania administracyjnego organ może publikować stanowiska, które następnie są traktowane przez adresata tego stanowiska jako wiążące, zaś odwołania od takich środków są odrzucane na podstawie art. 479⁵⁸ § 2 k.p.c. a apelacje oddalane na podstawie art. 397 § 2 k.p.c. w zw. z art. 385 k.p.c.?; 3) czy stanowisko ogłoszone na stronie internetowej organu administracji publicznej, które wpływa na sytuację prawną przedsiębiorców telekomunikacyjnych i nie jest skierowane do konkretnego adresata, uwzględniając art. 7 Konstytucji, art. 6 k.p.a. i art. 1 pkt 1) k.p.a., może być uznane za decyzję administracyjną w rozumieniu art. 104 § 1 k.p.a. w sytuacji, gdy obejmuje swoim zakresem materię, dla której przewidziano wydanie decyzji administracyjnej, a w konsekwencji, odwołanie od

takiego stanowiska nie powinno być odrzucone na podstawie art. 479⁵⁸ § 2 k.p.c. a apelacja nie powinna zostać oddalona na podstawie art. 397 § 2 k.p.c. w zw. z art. 385 k.p.c.?
 4) czy stanowisko organu administracji opublikowane na stronie internetowej urzędu lub pismo organu, które daje określone uprawnienia i nakłada obowiązki na podmiot, do którego jest adresowane (i który może być w prosty sposób zidentyfikowany) zawiera rozstrzygnięcie w rozumieniu art. 107 § 1 k.p.a.? W konsekwencji, czy taki akt podlega zaskarżeniu a odwołanie od niego może być odrzucone na podstawie art. 479⁵⁸ § 2 k.p.c. a apelacja oddalona na podstawie art. 397 § 2 k.p.c. w zw. z art. 385 k.p.c.?

Na zasadzie art. 398⁴ § 1 pkt 2) k.p.c. w zw. z art. 398³ § 1 pkt 1) i 2) k.p.c., Sądowi Apelacyjnemu zarzucił I. naruszenie prawa materialnego, tj.: 1) art. 39 ust. 4 Pt oraz art. 40 ust. 4 Pt w zw. z art. 104 § 1 k.p.a. przez ich niewłaściwe zastosowanie (i ich pominięcie) tj. przyjęcie, że efekt przeprowadzonych przez Prezesa UKE Testów Zawężenia Ceny (Testów Price Squeeze, Testów PS) oraz Testów Zawężenia Marży (Testów Margin Squeeze, Testów MS) czyli Stanowisko Prezesa UKE z dnia 27 września 2013 r. opublikowane na stronie internetowej organu nie prowadzi do ustalenia opłat za regulowane usługi hurtowe (Usługę BSA) świadczone przez O. Polska S.A., a które to opłaty Prezes UKE może ustalać wyłącznie w decyzji administracyjnej, czyli Prezes UKE publikując wynik Testu PS oraz Testu MS działał w ramach kompetencji przyznanych przez przepisy prawa (art. 39 ust. 4 Pt lub art. 40 ust. 4 Pt) i rozstrzygał materię o której mowa w art. 39 Pt i w art. 40 Pt; 2) art. 39 ust. 4 Pt, art. 40 ust. 4 Pt w zw. z art. 104 § 1 k.p.a., art. 107 § 1 k.p.a. oraz z art. 7 Konstytucji i art. 6 k.p.a., a także art. 1 pkt 1) k.p.a. przez ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że Prezes UKE przeprowadzając Test MS oraz Test PS a także publikując Stanowisko O. Polska S.A. dokonał czynności abstrakcyjnej, nie skierowanej do oznaczonego adresata i nie kreującej prawa i obowiązków dla O. Polska S.A., podczas gdy rozstrzygnięcie Prezesa UKE zawarte w Komunikacie rozstrzygnęło o regulowanych opłatach za usługi hurtowe [Usługę BSA] świadczone przez O. Polska S.A., zatem zgodnie z zasadą praworządności należy uznać, że Prezes UKE rozstrzygnął sprawę w decyzji administracyjnej; 3) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 39 ust. 4 Pt i art. 40 ust. 4 Pt w zw. z art. 104 § 1 k.p.a. oraz z art. 7 Konstytucji i art. 6 k.p.a., a także art. 1 pkt 1) k.p.a. przez

ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że Prezes UKE przeprowadzając Test MS/PS dokonał czynności materialno - technicznych w sytuacji, gdy według przepisów prawa powinien wydawać (i wydał) decyzje administracyjną; II. naruszenie przepisów postępowania, tj.: 1) art. 385 k.p.c w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. oraz art. 479⁵⁷ pkt 1) k.p.c. w zw. z art. 39 ust. 4 Pt oraz art. 40 ust. 4 Pt i art. 206 ust. 2 Pt przez przyjęcie, że Stanowisko Prezesa UKE nie stanowi decyzji administracyjnej w przedmiocie ustalenia wysokości opłaty, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik sprawy, w ten sposób, że Sąd II instancji oddalił zażalenie na postanowienie Sądu I instancji odrzucające Odwołanie KIGEiT; 2) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 45 ust. 1 Konstytucji oraz art. 77 ust. 2 Konstytucji w zw. z art. 397 § 1 k.p.c., art. 385 k.p.c. i art. 479⁵⁷ pkt 1 k.p.c. przez oddalenie zażalenia KIGEiT, co doprowadziło do braku możliwości kontroli sądowej rozstrzygnięcia Prezesa UKE w zakresie ustalenia opłat za regulowane usługi hurtowe [Usługę BSA] świadczone przez O. Polska S.A.; 3) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 4 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) w zw. z art. 397 § 1 k.p.c., art. 385 k.p.c., art. 479⁵⁷ pkt 1) k.p.c. i art. 206 ust. 2 Pt przez jego niewłaściwe zastosowanie i niewzięcie go pod uwagę, tj. nieuwzględnienie, że od każdego rozstrzygnięcia organu regulacyjnego (tutaj Prezesa UKE) powinno przysługiwać odwołanie.

Na podstawie art. 398⁴ § 1 pkt 3) k.p.c. w zw. z art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. w zw. z art. 108 § 2 k.p.c., art. 391 § 1 k.p.c. i art. 398²¹ k.p.c., wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia w całości i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego, w tym kosztach zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 398⁹ § 1 k.p.c. Sąd Najwyższy przyjmuje skargę kasacyjną do rozpoznania, jeżeli: 1) w sprawie występuje istotne zagadnienie prawne, 2) istnieje potrzeba wykładni przepisów prawnych budzących poważne wątpliwości lub

wywołujących rozbieżności w orzecznictwie sądów, 3) zachodzi nieważność postępowania lub 4) skarga kasacyjna jest oczywiście uzasadniona.

Skarżący wskazuje na przesłankę występowania w sprawie istotnych zagadnień prawnych (art. 398⁹ § 1 pkt 1 k.p.c.).

Dla przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania w związku z występowaniem w sprawie istotnego zagadnienia prawnego w rozumieniu art. 398⁹ § 1 pkt 1 k.p.c. konieczne jest przedstawienie problemu o charakterze abstrakcyjnym, nierozstrzygniętego w dotychczasowym orzecznictwie i wymagającego pogłębionej wykładni. Zagadnieniem prawnym jest bowiem zagadnienie, które wiąże się z określonymi przepisami prawa materialnego lub procesowego, których wyjaśnienie ma nie tylko znaczenie dla rozstrzygnięcia konkretnej sprawy, ale także dla rozstrzygnięcia innych podobnych spraw. Wskazanie na zagadnienie prawne uzasadniające wniosek o rozpoznanie skargi kasacyjnej powinno nastąpić przez jego sformułowanie jako problemu prawnego wymagającego rozstrzygnięcia, określenie przepisów prawa, w związku z którymi powstało i wskazanie argumentów, które prowadzą do rozbieżnych ocen. Dopiero wówczas Sąd Najwyższy ma podstawę do rozważenia, czy przedstawione zagadnienie jest rzeczywiście zagadnieniem „prawnym” oraz czy jest to zagadnienie „istotne” (por. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 10 września 2014 r., I CSK 729/13, LEX nr 1532950, czy z dnia 2 grudnia 2014 r., II CSK 376/14, LEX nr 1622307). Jednocześnie zagadnienie prawne powinno być sformułowane w oparciu o okoliczności mieszczące się w stanie faktycznym sprawy wynikającym z dokonanych przez sąd ustaleń (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 czerwca 2001 r., III CZP 33/01, LEX nr 52571). Przez istotne zagadnienie prawne należy rozumieć też problem, którego wyjaśnienie byłoby konieczne dla rozstrzygnięcia danej sprawy, a więc pozostający w związku z podstawami skargi oraz z wiążącym Sąd Najwyższy, a ustalonym przez sąd drugiej instancji, stanem faktycznym sprawy (art. 398¹³ § 2 k.p.c.), i także w związku z podstawą prawną stanowiącą podstawę wydania zaskarżonego wyroku. Musi więc ono pozostawać w związku ze sprawą (por. postanowienie Sądu Najwyższego: z dnia 21 maja 2013 r., IV CSK 53/13, LEX nr 1375467; z dnia 26 stycznia 2012 r., I PK 124/11, LEX nr 1215465; z dnia 23 marca 2012 r., II PK 284/11, LEX nr 1214575; z dnia 19 marca

2012 r., II PK 293/11, LEX nr 1214577; z dnia 24 lutego 2005 r., III PK 6/05, LEX nr 513003).

Ponadto, istotnym zagadnieniem prawnym w rozumieniu art. 398⁹ § 1 pkt 1 k.p.c. jest zagadnienie nowe, nierozwiązane dotąd w orzecznictwie, którego rozstrzygnięcie może przyczynić się do rozwoju prawa. W konsekwencji nie można uznać, że w sprawie występuje istotne zagadnienie prawne (art. 398⁹ § 1 pkt 1 k.p.c.), jeśli Sąd Najwyższy zajął już stanowisko w kwestii przedstawianej w skardze i wyraził swój pogląd we wcześniejszych orzeczeniach, a nie zachodzą żadne okoliczności uzasadniające zmianę tego poglądu (por. postanowienie Sądu Najwyższego: z dnia 16 stycznia 2003 r., I PK 230/02, OSNP - wkładka z 2003 r. Nr 13, poz. 5; z dnia 10 marca 2010 r., II UK 363/09, LEX nr 577467; z dnia 12 marca 2010 r., II UK 400/09, LEX nr 577468; z dnia 19 stycznia 2012 r., I UK 328/11, LEX nr 1215423; z dnia 19 marca 2012 r., II PK 294/11, LEX nr 1214578).

W odniesieniu do przedstawionych w skardze zagadnień prawnych Sąd Najwyższy wyraził swój pogląd w wyroku z dnia 22 marca 2017 r., III SK 74/15 niepublikowane, stwierdzając, że umieszczone na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej dnia 25 października „Ogłoszenie o przeprowadzeniu Testu zawężenia ceny - Testu PS ofert detalicznych TP określonych jako „Neostrada Biznes”, zwane potocznie komunikatem, miało wyłącznie charakter informacji o tym, że w dniach od 31 sierpnia 2012 r. do 23 października 2012 r., w Urzędzie Komunikacji Elektronicznej przeprowadzone zostały Testy zawężenia ceny w odniesieniu do ofert detalicznych TP określonych jako „Neostrada Biznes”, obejmujących usługę dostępu do Internetu, skierowaną do klientów biznesowych, w opcjach prędkości 998 kbit/s-10 Mbit/s / 256-512 kbit/s oraz 998 kbit/s-10 Mbit/s / 512-1024 kbit/s, w kontrakcie na czas nieokreślony oraz na 12 lub 24 miesiące, według wzoru określonego w Ogłoszeniu i kosztów wskazanych przez TP S.A. Ogłoszenie to nie może być uznane za decyzję administracyjną w rozumieniu k.p.a.”; po drugie – „Ogłoszenie nie tylko nie rozstrzyga o prawach i obowiązkach jakiegokolwiek podmiotu, ale też nie jest skierowane do jakiegokolwiek zindywidualizowanego adresata.” Przedstawione przez powoda problemy prawne jako niebędące zagadnieniami nowymi nie są tym samym istotnymi zagadnieniami prawnymi w rozumieniu art. 398⁹ § 1 pkt 1 k.p.c.

Biorąc powyższe pod rozwagę, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.

kc