



Sygn. akt III SK 55/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 listopada 2015 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Maciej Pacuda (przewodniczący)

SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

SSN Zbigniew Myszka

Protokolant Anna Matura

w sprawie z powództwa P. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej
z udziałem zainteresowanej O. P. S.A. w W. (poprzednia firma spółki – T. P. S.A. w W.)

o zmianę umowy ,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 5 listopada 2015 r.,

skarg kasacyjnych strony pozwanej i strony zainteresowanej od wyroku Sądu
Apelacyjnego

z dnia 1 kwietnia 2014 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego i przekazuje
sprawę temu Sądowi do ponownego rozpoznania wraz z
rozstrzygnięciem o kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Decyzją z 29 września 2010 r., nr [...] Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes Urzędu) zatwierdził „Ofertę ramową określającą warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci T. P. S.A., dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp łączny lub współdzielony, dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych” (oferta SOR). Natomiast decyzją z 4 października 2010 r. Prezes Urzędu zmienił postanowienia umowy zawartej 18 maja 2007 r. (umowa) pomiędzy P.Sp. z o.o. (powód) i T. P. S.A. (obecnie O. P. S.A. - zainteresowany) w zakresie rozliczeń z tytułu świadczenia przez zainteresowanego określonych w umowie usług.

Zmiana umowy polegała na zmianie bądź uchyleniu niektórych definicji w art. 1 umowy; modyfikacji art. 7, 10, 17, 23 umowy, uchyleniu art. 13 umowy oraz nadaniu nowego brzmienia załącznikowi nr 4 do umowy „Cennik”. W załączniku nr 4 ustalono w tabeli nr 1 wysokość opłat związanych z utrzymaniem wirtualnego kanału (VC) i zapewnieniem transmisji w VC (s. 4); opłat związanych z łączem abonenckim (s. 6); opłat związanych z punktem dostępu do usługi (PDU) (s. 6); opłat związanych z uruchomieniem i dzierżawą łączy (s. 8) oraz innych opłat. Określono także zasady ustalania opłat oraz przeprowadzania testu zawężania marży (test MS) i testu zawężania ceny (test PS). W tabeli nr 1 Prezes Urzędu ustalił w stałej wysokości hurtowe opłaty dla poziomego dostępu ATM w technologii ADSL z parametrami VC w klasie UBR i VP w klasie UBR w zależności od opcji prędkości. Jednocześnie w punkcie 1 pod tabelą nr 1 Prezes Urzędu określił przypadki, kiedy opłaty ustalone w tabeli nr 1 nie będą znajdowały zastosowania w rozliczeniach między powodem a zainteresowanym. Mianowicie, w przypadku wprowadzenia przez zainteresowanego na rynek nowej usługi detalicznej, gdy wynik testu MS/PS był negatywny, bądź gdy zainteresowany nie wystąpił z wnioskiem o przeprowadzenie ww. testów, bądź gdy nowa oferta została wprowadzona przed publikacją wyników testów, opłaty hurtowe za usługę objętą tabelą nr 1 obliczane będą według metody „cena detaliczna minus”, z zastosowaniem wzoru z punktu 1.1) pod tabelą nr 1. W wyniku wprowadzonych

zmian dotychczasowy model rozliczeń z tytułu usług świadczonych przez zainteresowanego, oparty na metodzie „cena detaliczna minus”, zastąpiono modelem cen nominalnych określonych w załączniku nr 4. Metoda „cena detaliczna minus” znajduje zastosowanie, w odniesieniu do cen usług objętych załącznikiem nr 4, tylko w przypadku spełnienia przesłanek opisanych w punkcie VI załącznika nr 4.

Powód zaskarżył decyzję Prezesa Urzędu z 4 października 2010 r. odwołaniem w całości, zarzucając naruszenie: 1) art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b) oraz pkt 1 w zw. z art. 30 Prawa telekomunikacyjnego (PT) poprzez ustalenie takich warunków korzystania przez powoda z hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, które prowadzą do dyskryminacji powoda względem zainteresowanego; 2) art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b oraz pkt 1 PT w zw. z art. 36 PT w zw. z art. 30 PT poprzez wprowadzenie warunków przeprowadzania testu zawężania marży (MS) oraz testu zawężania ceny (PS), które nie zapewniają niedyskryminacyjnych warunków dostępu telekomunikacyjnego względem zainteresowanego oraz rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych; 3) art. 28 ust. 1 pkt 2 PT w zw. z art. 39 ust. 1 i 2 PT oraz art. 40 ust. 1 PT w zw. z art. 30 PT poprzez ustalenie takich warunków korzystania przez powoda z hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, które to warunki nie odzwierciedlają obowiązków regulacyjnych nałożonych na zainteresowanego na mocy decyzji Prezesa Urzędu z 14 lutego 2007 r., nr [...] polegających na niedyskryminacji oraz stosowaniu stawek za usługi w wysokości opartej o uzasadnione koszty; 4) art. 10 k.p.a. poprzez wydanie decyzji z uwzględnieniem postanowień decyzji Prezesa Urzędu z 29 września 2010 r. (SOR), która została wydana po upływie określonego powodowi terminu na zapoznania się z materiałami sprawy oraz wypowiedzenie się co do przedmiotu postępowania i zgromadzonych dowodów. W odwołaniu powód wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, ewentualnie o uchylenie decyzji w części tj. w zakresie pkt I ust. 3-5 sentencji oraz zmianę pkt I ust. 13 sentencji decyzji (załącznik nr 4 do umowy „Cennik”) w sposób opisany w załączniku do odwołania (utrzymanie zasady „cena detaliczna minus”), a ponadto wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

Prezes Urzędu i zainteresowany wnieśli o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od powoda na ich rzecz kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił wyrokiem z 23 kwietnia 2013 r., odwołanie powoda i zasądził na rzecz Prezesa Urzędu i zainteresowanego koszty postępowania.

Sąd Okręgowy przyjął, że spór między stronami dotyczył przede wszystkim cennika za świadczenie usług przez zainteresowanego na rzecz powoda oraz wprowadzenia do umowy zasad przeprowadzania testów MS i PS. Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że Prezes Urzędu wprowadził do umowy, w stosunku do najpopularniejszych hurtowych usług szerokopasmowego dostępu do sieci, nominalne stawki opłat przy użyciu stosowanej do nich wcześniej metody ustalenia ceny hurtowej („cena detaliczna minus”), co nie wywołało zmian wysokości opłat w stosunku do wcześniejszego stanu rzeczy. Prezes Urzędu jednocześnie uprościł ten system, gdyż nie wymaga on obecnie każdorazowego wyliczenia opłaty hurtowej przy zastosowaniu określonego w umowie wzoru. Prezes Urzędu włączył także do umowy przyjęte w zatwierdzonej ofercie SOR testy MS/PS. Testy te mają służyć potencjalnej weryfikacji przez organ regulacyjny ustalonych przez zainteresowanego opłat nominalnych (na nowym poziomie), celem zbadania czy nie dochodzi do zawężenia marży (MS) lub zawężenia ceny (PS) w sytuacji, gdyby zainteresowany zamierzał wprowadzić na rynek nową usługę detaliczną. Wówczas niezbędne jest sprawdzenie, czy opłaty detaliczne zaproponowane za nowe usługi ustalone zostały przez zainteresowanego na takim poziomie, który pozwala alternatywnym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, korzystającym z hurtowych usług regulowanych zainteresowanego, na stworzenie własnej usługi detalicznej, konkurencyjnej w stosunku do nowej usługi detalicznej zainteresowanego. Stosowanie testów MS/PS zmierza do ustalenia czy równie efektywni operatorzy alternatywni nie są wykluczani z rynku praktyką antykonkurencyjną stosowaną przez operatora zasiedziałego. W sytuacji, gdy zainteresowany wprowadzi na rynek nową usługę detaliczną pomimo negatywnego testu PS, przeprowadzonego przez Prezesa Urzędu lub też nie wystąpi do regulatora z wnioskiem o przeprowadzenie takiego testu, albo gdy nie upłynął termin do opublikowania wyników testu PS, wówczas zainteresowany powinien dokonać odpowiedniej zmiany oferty. Jeżeli nowa usługa wchodziła wcześniej w zakres świadczenia usługi dostępu szerokopasmowego i przeprowadzony test MS dał wynik negatywny lub zachodzi

inny z ww. przypadków, wówczas opłata hurtowa za usługę świadczoną powodowi przez zainteresowanego zostanie ustalona w oparciu o metodę „cena detaliczna minus”.

Sąd Okręgowy uznał, że skoro zaskarżona decyzja stanowi dostosowanie warunków współpracy zainteresowanego i powoda do warunków ustalonych w decyzji z 29 września 2010 r. (decyzja SOR), to trudno kwestionować jej zgodność z obowiązkiem regulacyjnym nałożonym na zainteresowanego w decyzji z 14 lutego 2007 r. (decyzja SMP), gdyż decyzja zatwierdzająca SOR, wykonująca SMP, znajduje się w obrocie prawnym, korzysta z domniemania zgodności z prawem i Sąd powszechny, rozstrzygający inną sprawę jest nią związany. Decyzją SMP na zainteresowanego nałożono m. in. obowiązek równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, przejawiający się w zobowiązaniu operatora zasiedziałego do przygotowania i przedstawienia Prezesowi Urzędu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym. Zatwierdzenie ww. oferty decyzją Prezesa Urzędu z 29 września 2010 r. oznacza, że zainteresowany w relacjach z operatorami alternatywnymi zakupującymi u niego hurtowe usługi, które objęte są tą ofertą, ma obowiązek stosować warunki nie gorsze niż przewidziane w ofercie, skierowanej do wszystkich podmiotów zainteresowanych takimi usługami. Skoro więc postanowienia SOR zostały inkorporowane zaskarżoną decyzją do łączącej powoda i zainteresowanego umowy, nieuzasadnione jest podnoszenie zarzutu dyskryminacji powoda w stosunku do innych operatorów alternatywnych.

SOKiK za niezasadny uznał zarzut potencjalnego uprzywilejowania lub niejasności zasad traktowania podmiotu zależnego od zainteresowanego, tj. (ówcześnie) PTK C. Sp. z o.o., gdyż stoi temu na przeszkodzie przepis art. 36 PT, nakazujący równe traktowanie przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego.

Odnosząc się do zarzutu powoda, dotyczącego braku sprecyzowania w zaskarżonej decyzji metodologii testów MS/PS SOKiK podkreślił, że stanowisko Prezesa Urzędu, zawarte w komunikacie z 22 marca 2013 r., jest wyrazem postulatów i problemów zgłaszanych dotychczas przez zainteresowanego i operatorów alternatywnych. Sąd Okręgowy zaznaczył, że Prezesowi Urzędu

przyznane zostały daleko idące kompetencje do ingerowania w kształt rynku telekomunikacyjnego, co oznacza, że uprawnienia tego organu nie mogą zostać ograniczone jedynie do wydawania decyzji kształtujących rynek, ale dotyczą one również etapu wykonywania decyzji.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego złożył powód, zarzucając naruszenie prawa materialnego, tj. 1) art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b i c PT w zw. z art. 30 PT i art. 189 ust. 2 pkt 2 lit. c PT poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że przesłankę „zapewnienia niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego”, stanowiącą kryterium wydania decyzji o dostępie telekomunikacyjnym należy rozumieć w oderwaniu od relacji dwustronnej jej adresatów i w konsekwencji przez błędne uznanie, że zaskarżona decyzja spełnia powyższe kryterium; 2) art. 28 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 PT w zw. z art. 30 PT oraz art. 479⁶⁴ k.p.c. w zw. z art. 45 Konstytucji RP oraz art. 4 dyrektywy 2002/21/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. WE L 108 z 24.04.2002, dyrektywa 2002/21) poprzez niezbadanie przesłanki uwzględnienia przez Prezesa Urzędu „obowiązków nałożonych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych” oraz błędne przyjęcie prawidłowości oparcia zaskarżonej decyzji wyłącznie na decyzji Prezesa Urzędu z 29 września 2010 r. (SOR), której powód nie mógł zakwestionować i co do której postanowień nie istniała możliwość ich praktycznego wdrożenia w ramach stosunku prawnego łączącego powoda z zainteresowanym, w zakresie objętym umową tych stron; 3) art. 28 ust. 1 PT w zw. z art. 30 ust. 1 PT w zw. z art. 479⁶⁴ k.p.c. i art. 479⁶⁰ k.p.c. i art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/21 oraz art. 190 ust. 1 PT i art. 7 Konstytucji RP poprzez nieprawidłowe zdefiniowanie zarzutów powoda podniesionych w odwołaniu i w konsekwencji nierozważenie ich co do meritum, niewłaściwe przyjęcie, że przedmiotowo istotne postanowienia decyzji o dostępie telekomunikacyjnym mogą być zawarte w niewiążącym stanowisku Prezesa Urzędu, niedopuszczalne domniemanie kompetencji Prezesa Urzędu do „ingerowania w kształt rynku telekomunikacyjnego” w drodze wydawania niewiążących stanowisk. Powód zarzucił także naruszenie następujących przepisów postępowania: 1) art. 479⁶⁴ k.p.c. w zw. z art. 479⁶⁰ k.p.c. i art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/21; 2) art. 227 k.p.c. w zw. z art. 217 pkt 2 k.p.c., art.

235 § 1 zd. 1 k.p.c., art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. oraz art. 236 k.p.c. i art. 224 § 1 k.p.c.

Powód wniósł o zmianę wyroku Sądu Okręgowego poprzez uchylenie w całości zaskarżonej decyzji, ewentualnie o zmianę wyroku poprzez uchylenie zaskarżonej decyzji oraz jej zmianę w sposób opisany w odwołaniu lub też o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji, a ponadto o wydanie orzeczenia o kosztach procesu.

Prezes Urzędu i zainteresowany wnieśli o oddalenie apelacji i zasądzenie od powoda na ich rzecz kosztów postępowania.

Wyrokiem z 1 kwietnia 2014 r., Sąd Apelacyjny uchylił zaskarżoną decyzję Prezesa Urzędu w całości i zasądził na rzecz powoda koszty postępowania.

Sąd Apelacyjny podzielił zarzuty powoda, dotyczące naruszenia przez Prezesa Urzędu wymogów przewidzianych w art. 28 ust. 5 pkt b i c PT, czyli przesłanki niedyskryminacyjnego dostępu telekomunikacyjnego i rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych, poprzez sposób, w jaki postanowienia SOR zostały przeniesione do umowy łączącej powoda z zainteresowanym.

Sąd drugiej instancji za całkowicie wadliwą uznał transpozycję do zaskarżonej decyzji jedynie ogólnych zasad stosowania testów MS i PS w razie wprowadzenia lub prób wprowadzenia przez zainteresowanego nowej usługi detalicznej, bez określenia szczegółowej procedury przeprowadzenia takiej czynności. W zaskarżonej decyzji nie została wskazana metodologia pozwalająca operatorom alternatywnym przygotować dane do realizacji testów. Niewiadomym pozostaje także charakter owych testów, czy miały one dotyczyć jedynie powoda czy też miały mieć charakter grupowy. Sąd Apelacyjny zaznaczył także, że powodowi nie została zapewniona możliwość weryfikacji wyników przeprowadzonych testów, jak i samego udziału w ich przeprowadzaniu.

W ocenie Sądu drugiej instancji dowodem potwierdzającym wadliwość skarżonej decyzji jest przedstawienie przez Prezesa Urzędu, dopiero w marcu 2013 r., stanowiska w sprawie procesu T.-T.-M. oraz w sprawie szczegółowych metod przeprowadzania testu zawężenia marży i testu zawężenia ceny. Dokument

ten, opublikowany na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej, nie może być traktowany jako uzupełnienie zaskarżonej decyzji i prowadzić do sanowania jej istotnych braków. Sąd Apelacyjny za zasadny uznał zarzut powoda, że istota takich komunikatów może sprowadzać się tylko do wyrażenia przez organ regulacyjny niewiążącego poglądu na dane zagadnienie. W ocenie Sądu niedopuszczalne jest rozstrzyganie w ww. trybie kwestii, które wymagają rozstrzygnięć w drodze decyzji administracyjnych, skierowanych do ściśle określonych podmiotów.

Jednocześnie Sąd Apelacyjny stwierdził, że nie neguje idei stosowania testów MS/PS, które zostały przewidziane w zatwierdzonej decyzji ramowej SOR, lecz jedynie sposób przeniesienia ich do umowy o dostępie telekomunikacyjnym, która łączy powoda z zainteresowanym, bez uszczegółowienia tych procedur tak, by interesy operatorów alternatywnych nie zostały zagrożone i zapewnione były warunki sprzyjające rozwojowi konkurencji na rynku telekomunikacyjnym. Sąd Apelacyjny orzekł, że charakter ww. wad zaskarżonej decyzji sprawia, że nie mogły one zostać usunięte na etapie postępowania sądowego.

Sąd Apelacyjny nie podzielił natomiast zarzutu apelacji, że skarżona decyzja narusza przepis art. 28 ust. 1 pkt 2 PT w zw. z art. 39 ust. 1 i 2 PT oraz art. 40 ust. 1 i 4 PT poprzez wprowadzenie mechanizmu powiązania stawek z wymogiem ich ustalenia w oparciu o ponoszone koszty operatora. W ocenie Sądu należy zgodzić się ze stanowiskiem powoda, że celem przeprowadzenia testów MS/PS miało być zbadanie, czy wprowadzenie przez zainteresowanego nowej usługi detalicznej nie wywoła negatywnego wpływu na możliwość zaoferowania użytkownikowi przez operatorów alternatywnych konkurencyjnych usług. Może to zdaniem Sądu prowadzić co najwyżej do utrudnienia Prezesowi Urzędu kontroli prawidłowości ustalania kosztów (opłat z tytułu dostępu), jakie będzie ponosił operator alternatywny w związku z korzystaniem z usługi regulowanej, świadczonej przez zainteresowanego, wobec braku przejrzystych reguł, normujących przeprowadzenie testów MS/PS. Sąd drugiej instancji zaznaczył ponadto, że treść zaakceptowanej przez Prezesa Urzędu oferty ramowej SOR, w zakresie dotyczącym wprowadzania testów MS/PS, nie różniła się znacząco od projektu przedstawionego przez powoda.

Prezes Urzędu i zainteresowany zaskarżyli wyrok Sądu Apelacyjnego skargami kasacyjnymi.

Prezes Urzędu zaskarżył ww. wyrok w całości, zarzucając naruszenie art. 28 ust. 1 PT poprzez uznanie, że transponowanie do zaskarżonej decyzji ogólnych zasad stosowania testów PS i MS, bez określenia szczegółowej procedury ich przeprowadzania narusza przesłankę zapewnienia niedyskryminacyjnych warunków dostępu telekomunikacyjnego i rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych. Zarzucił także naruszenie art. 479⁶⁴ § 2 k.p.c. poprzez uchylenie zaskarżonej decyzji w całości w sytuacji, gdy została ona wydana w postępowaniu administracyjnym wszczętym na wniosek strony, Sąd nie stwierdził, iż została wydana bez podstawy prawnej, a stwierdzoną przez Sąd wadą obarczone były tylko niektóre postanowienia decyzji. Prezes Urzędu wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w całości i orzeczenie co do istoty sprawy, poprzez oddalenie apelacji powoda w całości i zasądzenie od powoda na rzecz Prezesa Urzędu kosztów postępowania. Ponadto wniósł o zasądzenie od powoda kosztów postępowania kasacyjnego.

Zainteresowany zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w całości, zarzucając naruszenie art. 28 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 lit. b i c PT w zw. z art. 43 ust. 6 PT oraz art. 43 ust. 1 i 3 PT w zw. z art. 42 ust. 1 PT i art. 36 PT, poprzez błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie prowadzące do uznania, że decyzja Prezesa Urzędu zastępująca umowę między operatorem zobowiązanym do stosowania obowiązku równego traktowania a operatorem alternatywnym, przewidująca zapisy stanowiące wierne i kompletne powtórzenie zapisów w sprawie rozwiązania merytorycznego przewidzianego w SOR, dyskryminuje operatora alternatywnego z uwagi na to, że nie zawiera dodatkowych zapisów, nie przewidzianych w SOR, w sytuacji, gdy oferta ramowa zawiera wszystkie istotne warunki umów o dostępie telekomunikacyjnym, jest wydawana z uwzględnieniem obowiązków ciążących na operatorze zobowiązanym do jej stosowania oraz kwestii rozwoju konkurencyjności, a ostateczna decyzja potwierdzająca SOR korzysta z domniemania zgodności z prawem; jak też do uznania, że oferta ramowa stanowi jedynie ogólną konstrukcję

niemożliwą do zastosowania wprost jako wystarczająca treść umowy i że do praktycznego zastosowania oferty ramowej niezbędne jest wypełnienie ram konstrukcyjnych oferty dodatkowymi zapisami uzupełniającymi. Zarzucił także naruszenie art. 382 k.p.c., art. 385 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 k.p.c., poprzez wadliwe uzasadnienie wyroku Sądy Apelacyjnego, gdzie z jednej strony Sąd nie neguje przyjętego rozwiązania (tj. testów MS/PS) przewidzianego w decyzji Prezesa Urzędu, wydanej w spornej sprawie, lecz kwestionuje zastosowanie tego rozwiązania w kształcie przyjętym we wspomnianej decyzji, uzasadniając to niewystarczającą szczegółowością zapisów decyzji w tym zakresie i wskazując na brak doprecyzowania, podczas gdy wprowadzenie takich zapisów stanowiłoby zaprzeczenie istoty danego rozwiązania, co w szczególności dotyczy ewentualnych zapisów o przeprowadzeniu testów w sposób indywidualny w stosunku do danego operatora, podczas gdy ich miarodajność wynika z przeprowadzenia ich w sposób grupowy, z uwzględnieniem wielu przedsiębiorców, jako przedstawicieli rynku telekomunikacyjnego, gdyż pozwala to na pełną ocenę działań planowanych przez operatora zobowiązanego do stosowania testów MS/PS, z poszanowaniem konkurencyjności interesów uczestników rynku telekomunikacyjnego. Naruszenie ww. przepisów postępowania, poprzez nieoddalenie apelacji w sytuacji gdy powinna zostać oddalona, jako niezasadna. Zainteresowany wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego i przekazanie sprawy temu Sądowi do rozpoznania i orzeczenia o kosztach. Ponadto wniósł o rozpoznanie skargi kasacyjnej na rozprawie.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną zainteresowanego powód wniósł o oddalenie skargi zainteresowanego w całości. Wniósł także o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Obie skargi kasacyjne okazały się zasadne w zakresie, w jakim kontestują uchylenie przez Sąd drugiej instancji decyzji Prezesa Urzędu w całości z powodów wskazanych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku (art. 479⁶⁴ § 2 k.p.c.).

Na wstępie należy przypomnieć, że decyzja Prezesa Urzędu wydana w niniejszej sprawie zmieniła dotychczasowy model kształtowania w umowie między powodem a zainteresowanym hurtowych stawek z tytułu dostępu do łączy abonenckich zainteresowanego, na potrzeby sprzedaży przez powoda usług szerokopasmowej transmisji danych. Dotychczasowy model przewidywał kalkulację cen hurtowych według reguły „cena detaliczna minus”, czyli na pobieraniu przez zainteresowanego opłaty hurtowej od powoda w wysokości określonego % ceny detalicznej z oferty zainteresowanego dla dostępu do internetu o określonej prędkości. Wprowadzona zmiana polegała na zastąpieniu modelu „cena detaliczna minus” nowym sposobem regulacji stawek za zapewnienie dostępu do łączy abonenckich. Stawki te zostały określone w stałej, nominalnej wysokości, zróżnicowanej w zależności od prędkości usługi dostępu do sieci. W odwołaniu powód kontestował zmianę tego modelu i domagał się zachowania dotychczasowego modelu (cena detaliczna minus), a w załączniku od odwołaniu przedstawił szczegółową treść wnioskowanego przez siebie cennika.

Dokonana przez Prezesa Urzędu zmiana modelu kształtowania cen w relacjach między zainteresowanym a powodem nie została zakwestionowana przez Sąd Apelacyjny. Sąd ten uchylił decyzję Prezesa Urzędu wyłącznie ze względu na zbyt ogólne określenie w decyzji zmieniającej umowę zasad przeprowadzania testów MS/PS. W konsekwencji, z uwagi na podstawy obu skarg kasacyjnych, na etapie postępowania kasacyjnego istota sporu została ograniczona do kwestii, czy w wydanej w niniejszej sprawie decyzji Prezes Urzędu prawidłowo uregulował zasady przeprowadzania testów MS/PS, a jeżeli odpowiedź na to pytanie jest negatywna, to czy wadliwe unormowanie tych zasad w decyzji zmieniającej umowę powoda z zainteresowanym uzasadnia uchylenie decyzji Prezesa Urzędu w całości, skoro za wadliwą uznano tylko tę jej część, która odnosi się do sposobu przeprowadzania testów MS/PS.

Metoda „cena detaliczna minus” stosowana jest jako narzędzie regulacyjne przy obowiązku z art. 40 PT (dotyczącego kształtowania cen). Metoda ta prowadzi do ustalenia ceny hurtowej za usługi świadczone innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym według stałej relacji między ceną detaliczną i ceną hurtową. Od ceny detalicznej stosowanej przez przedsiębiorę telekomunikacyjnego

zobowiązanego do kształtowania cen hurtowych za pomocą tej metody odejmuje się opust hurtowy i w wyniku otrzymuje się cenę hurtową. Obniżenia lub podniesienie ceny detalicznej danej usługi objętej tym obowiązkiem prowadzi do odpowiedniego obniżenia lub podniesienia ceny hurtowej. Natomiast w przypadku testów MS/PS porównuje się cenę detaliczną z ceną hurtową celem ustalenia, czy cena hurtowa została ustalona na poziomie pozwalającym operatorowi alternatywnemu na skonstruowanie własnej oferty detalicznej, konkurencyjnej względem dostawcy usługi hurtowej. Ten ostatni przedsiębiorca może bowiem zachowywać się antykonkurencyjnie sprzedając usługę hurtową zbyt drogo albo usługę detaliczną zbyt tanio, by operator alternatywny mógł skonstruować na różnicy między ceną hurtową a ceną detaliczną usługę atrakcyjną dla klienta detalicznego w stosunku do usługi detalicznej dostawcy usługi hurtowej.

Różnica między kształtowaniem cen w oparciu o metodę „cena detaliczna minus” a posługiwaniem się narzędziem regulacyjnym w postaci testów MS/PS polega na tym, że opust hurtowy w „cenie detalicznej minus” określany jest sztywno na pewien okres czasu. Natomiast na rynku, na którym stosowane są testy MS/PS ceny detaliczne i ceny hurtowe mogą ulegać zmianie w ślad za zmianami ofert detalicznych i ponoszonych kosztów. Jeżeli modelowe koszty efektywnie działających konkurentów operatora zasiedziałego spadną, wówczas operator ten może obniżyć własną cenę detaliczną i zmniejszyć różnicę między ceną hurtową a ceną detaliczną, ponieważ równie efektywni konkurenci będą w stanie zaoferować konkurencyjną ofertę detaliczną na niższej marży. W ten sposób testy MS/PS w lepszym stopniu pozwalają na realizację tego celu regulacyjnego, jakim jest rozwój konkurencji. Pozwalają także użytkownikom końcowym szybciej skorzystać ze spadku cen, gdyż to nie tylko operatorzy alternatywni wywierają presję cenami detalicznymi na operatora zasiedziałego, ale także operator zasiedziały swoimi cenami detalicznymi może wywierać presję na operatorów alternatywnych. Z tych względów Sąd Najwyższy podziela pogląd Sądu Apelacyjnego co do przydatności posługiwania się testami MS/PS jako narzędziem regulacyjnym.

Testy MS/PS służą jedynie badaniu relacji między poziomem ceny hurtowej i ceny detalicznej operatora zasiedziałego. Nie są jednak narzędziem służącym bezpośredniemu ustalaniu wysokości cen hurtowych lub detalicznych. Mogą być

wykorzystywane jedynie w celu pośredniej kontroli cen oraz jako środek służący weryfikacji możliwości stworzenia usługi detalicznej konkurencyjnej przez operatora alternatywnego względem usługi operatora o znaczącej pozycji rynkowej.

W dalszej kolejności należy stwierdzić, że testy MS/PS dotyczą relacji „operator o znaczącej pozycji rynkowej – Prezes Urzędu”. Traktując testy MS/PS jako narzędzie regulacyjne służące weryfikacji wywiązywania się przez operatora zasiedziałego z obowiązku, o którym mowa w art. 40 PT bądź art. 36 PT, sama procedura przeprowadzania testów nie określa praw i obowiązków stron umowy o dostępie, a jedynie obowiązki operatora o znaczącej pozycji rynkowej. Testy te nie odnoszą się do zagadnień z zakresu dostępu telekomunikacyjnego. Jedynie konsekwencje przeprowadzenia testów MS/PS w zakresie kształtowania cen za usługi hurtowe mogą mieć związek z problematyką dostępu telekomunikacyjnego, gdyż rzutują na „zasady naliczania opłat za usługi”. Wynik testów MS/PS może bowiem prowadzić do zastąpienia modelu rozliczeń opartego na cenach nominalnych modelem wykorzystującym metodę „cena detaliczna minus”. Tylko w tym zakresie odwołania do testów MS/PS w decyzjach dostępowych oraz SOR są objęte zakresem załącznika nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 21 lipca 2008 r. w sprawie zakresu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym (Dz.U. nr 138, poz. 866)

W ocenie Sądu Najwyższego, testy MS/PS jako narzędzie regulacyjne powinny być przeprowadzane przy użyciu pewnego modelu operatora alternatywnego, zrekonstruowanego w oparciu o dane pochodzące od różnych kontrahentów zainteresowanego. Skoro jednak Prezes Urzędu postanowił wprowadzić do umowy między powodem a zainteresowanym postanowienia dotyczące zasad przeprowadzenia testów MS/PS, Sąd Najwyższy uznaje, że wolą organu regulacyjnego (której powód nie kontestował w odwołaniu i apelacji) było przeprowadzanie zindywidualizowanych testów MS/PS, w oparciu o dane kosztowe powoda oraz ze skutkami dla treści oferty hurtowej zainteresowanego dla powoda. W ten sposób Prezes Urzędu potwierdził doniosłe znaczenie sposobu przeprowadzania testów MS/PS dla rynku telekomunikacyjnego, gdyż ich wyniki decydują o atrakcyjności oferty hurtowej zainteresowanego i przekładają się na

pozycję konkurencyjną powoda oraz innych przedsiębiorców korzystających z usług hurtowych zainteresowanego.

Sąd Najwyższy w pełni podziela ocenę Sądu drugiej instancji, zgodnie z którą zasady przeprowadzania testów MS/PS zostały unormowane w decyzji Prezesa Urzędu wyjątkowo niejasno i nieprecyzyjnie. Na s. 10 decyzji w pkt VI.2 Prezes Urzędu wyjaśnia, że „celem testu PS jest weryfikacja, czy cena [...] została ustalona na poziomie, który umożliwia Operatorowi korzystającemu z usług regulowanych stworzenie usługi detalicznej konkurencyjnej [...]”, przy czym w świetle wykładni pozostałych postanowień umowy zmienianych decyzją za „operatora korzystającego” należy uznać powoda. Na s. 12 w pkt VI.13 Prezes Urzędu określa wzór testu MS/PS, którego zmiennymi są „suma kosztów jakie ponosi operator korzystający [...]”; „suma kosztów związanych z dostarczaniem własnej infrastruktury przez operatora korzystającego [...]”; „suma kosztów, jakie ponosi operator korzystający w celu świadczenia usługi abonentom”. Dalej na s. 15 w pkt VI.13.C rozróżnia się między „operatorem korzystającym” a „operatorami korzystającymi”, a w punkcie D między danymi przekazanymi przez „operatora korzystającego” a danymi przekazanymi przez „przedsiębiorców telekomunikacyjnych przeprowadzających audyt finansowy w swoim przedsiębiorstwie” (przy czym uwzględnia się dane przekazane przez obie kategorie przedsiębiorców na użytek wyliczenia kosztów związanych z dostarczeniem „własnej infrastruktury przez operatora korzystającego”). Analogicznie jest w punkcie E dotyczącym zmiennej „koszty świadczenia usługi użytkownikom końcowym ponoszone przez operatora korzystającego” (s. 15). Z kolei rozsądna marża (zmienna M) wyliczana jest raz dla „operatora korzystającego”, a w innych postanowieniach dla „operatorów korzystających”, a następnie znowu dla „operatora korzystającego”.

Sąd Najwyższy podkreśla, że zmiana umowy łączącej dwóch przedsiębiorców telekomunikacyjnych nie może polegać na bezrefleksyjnym skopiowaniu fragmentów innej decyzji Prezesa Urzędu i wprowadzeniu ich do umowy bez uwzględnienia chociażby siatki pojęciowej modyfikowanej umowy, o przesłankach zastosowania art. 28 PT nie wspominając. Tymczasem zasady wykonywania testów MS/PS w umowie powoda z zainteresowanym zostały

ukształtowane przez Prezesa Urzędu tak, że nie wiadomo kto, kiedy i co powinien przedłożyć Prezesowi Urzędu, aby możliwe było przeprowadzenie wyżej wymienionych testów. Z decyzji Prezesa Urzędu w części dotyczącej testów MS/PS wynika, że przy ich przeprowadzaniu uwzględnia się niektóre dane powoda oraz wylicza wskaźniki dla niego, a jednocześnie należy kierować się danymi i wskaźnikami odnoszącymi się do innych operatorów alternatywnych.

Powyższe uchybienia nie uzasadniają uchylenia decyzji Prezesa Urzędu w całości. Sąd Najwyższy nie uważa co prawda, by uchylenie decyzji Prezesa Urzędu z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, zamykało organowi możliwość sanowania wytkniętych uchybień decyzji. Uchylenie decyzji organu regulacyjnego powinno mieć miejsce w przypadku takich wad decyzji lub poprzedzającego jej wydanie postępowania, których Sąd odwoławczy nie może skorygować (wyrok Sądu Najwyższego z 18 maja 2012 r., III SK 37/11). Merytoryczny charakter postępowania sądowego zainicjowanego wniesieniem odwołania od decyzji Prezesa Urzędu powoduje, że stwierdziwszy wspomniane powyżej nieprawidłowości decyzji Prezesa Urzędu co do sposobu unormowania zasad prowadzenia testów MS/PS, Sąd drugiej instancji powinien wprowadzić stosowne zmiany do tych zasad, w granicach wyznaczonych odwołaniem i zgodnie z jego żądaniem. Przedsiębiorcy telekomunikacyjni wnoszący odwołania od decyzji regulatora powinni mieć na uwadze, że wadliwe formułowanie wniosków i zarzutów odwołania może prowadzić do jego oddalenia, gdy stwierdzone uchybienia decyzji nie będą uzasadniały jej uchylenia, a treść odwołania i aktywność procesowa strony nie będzie uprawniała Sąd do zmiany treści decyzji organu w sposób oczekiwany przez wnoszącego odwołanie przedsiębiorcę (wyroki Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 2015 r., III SK 7/14; z 21 czerwca 2013 r., III SK 36/12).

W niniejszej sprawie, ewentualne zmiany treści decyzji Prezesa Urzędu w zakresie punktu VI załącznika nr 4 powinny prowadzić do nadania decyzji Prezesa Urzędu, a przez to umowie powoda z zainteresowanym, treści pozwalającej zrealizować wspomniane zamierzenie regulatora (przeprowadzenie testów MS/PS w relacjach powód-zainteresowany). Jednocześnie powinny zabezpieczać interesy powoda (poprzez doprecyzowanie zakresu danych oraz terminów i dostępu do wyników i metodologii testów w sposób przedstawiony w odwołaniu).

Niezależnie od powyższego, stwierdzenie uchybień w zakresie treści punktu VI załącznika nr 4 zaskarżonej decyzji nie uprawnia Sądu do jej uchylenia w całości, skoro zakwestionowano skutecznie tylko część postanowień umowy łączącej powoda i zainteresowanego, którą zmieniała zaskarżona decyzja. Z powyższych względów Sąd Najwyższy uznał za zasadny zarzut naruszenia art. 479⁶⁴ § 2 k.p.c. ze skargi kasacyjnej Prezesa Urzędu oraz zarzut naruszenia art. 382 k.p.c., art. 385 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 k.p.c. ze skargi kasacyjnej zainteresowanego.

Uchylenie zaskarżonej decyzji w całości byłoby właściwym rozstrzygnięciem o zasadności odwołania powoda, gdyby Sąd drugiej instancji stwierdził brak podstawy prawnej do wprowadzenia przez Prezesa Urzędu zaskarżoną decyzją zmiany modelu kalkulacji cen za usługi hurtowe zainteresowanego świadczone powodowi, z metody „cena detaliczna minus” na model oparty o sztywno określone ceny nominalne, bądź gdyby uznał, że nie zostały spełnione przesłanki zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym z art. 28 PT. Jeżeli powód nie mógł zaskarżyć decyzji SOR z uwagi na brak interesu prawnego, Sąd drugiej instancji ponownie rozpoznając sprawę powinien rozważyć, czy zmiana w zaskarżonej decyzji modelu kalkulacji cen hurtowych przez zainteresowanego miała podstawę w decyzjach Prezesa Urzędu adresowanych do zainteresowanego innych niż decyzja SOR. Decyzja SOR ma za przedmiot zatwierdzenie szczegółowej oferty ramowej, której treść wyznaczają przepisy przywołanego powyżej rozporządzenia. Skoro wyniki testów MS/PS mogą wpływać na ostateczną cenę usługi objętej SOR, w ofercie ramowej można umieścić postanowienie regulujące wpływ wyników testów MS/PS dla oferty cenowej zainteresowanego. Jednakże, oferta ramowa nie jest instrumentem regulacyjnym, za pomocą którego Prezes Urzędu może modyfikować treść obowiązków w odniesieniu do kontroli cen, już ciążących na przedsiębiorcy telekomunikacyjnym o znaczącej pozycji rynkowej na mocy innych decyzji. Przy ponownym rozpoznawaniu sprawy należy także poddać weryfikacji, w związku z treścią odwołania powoda, czy przyjęty w decyzji wzór, według którego przeprowadzane są testy MS/PS, pozwala rzetelnie weryfikować wpływ nowych ofert detalicznych zainteresowanego na konkurencyjność jego oferty hurtowej. W odwołaniu powód przedstawił bowiem wyliczenia, z których wynika, że stosując

wzory określone w decyzji oraz przyjętą w niej metodologię przeprowadzania testów MS/PS, pozbawiony jest możliwości skonstruowania konkurencyjnej oferty detalicznej na bazie oferty hurtowej zainteresowanego.

Sąd Najwyższy uznał natomiast za niezasadny zarzut skargi kasacyjnej Prezesa Urzędu dotyczący naruszenia art. 28 ust. 1 PT poprzez uznanie, że transponowanie do zaskarżonej decyzji ogólnych zasad stosowania testów PS i MS, bez określenia szczegółowej procedury ich przeprowadzania, narusza przesłankę zapewnienia niedyskryminacyjnych warunków dostępu telekomunikacyjnego i rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych. Skoro, wbrew istocie testów MS/PS Prezes Urzędu postanowił uregulować zasady ich przeprowadzania w umowie między powodem a zainteresowanym, a jednocześnie z niektórych postanowień punktu VI załącznika nr 4 do umowy wynika, że testy te mają być przeprowadzane na podstawie danych dostarczonych przez powoda i z uwzględnieniem jego sytuacji rynkowej, to stwierdzone przez Sąd drugiej instancji wady decyzji Prezesa Urzędu powodują, że decyzja ta nie zapewnia realizacji zamierzeń regulacyjnych, o których mowa w art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b i c PT. Jeżeli Prezes Urzędu zmienia umowę między dwoma przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi ma wziąć pod uwagę nie tylko obowiązki ciążące na tych przedsiębiorcach, ale także pozostałe kryteria wymienione w tym przepisie. W sytuacji, gdy w umowie o dostępie telekomunikacyjnym narzuca przedsiębiorcy, który nie jest zobowiązany do stosowania SOR, rozwiązanie w zakresie cen za usługi nabywane od przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, który zobowiązany jest posługiwać się SOR, przedsiębiorca któremu narzuca się te warunki może domagać się przed sądem weryfikacji ich poprawności w świetle przesłanek zastosowania art. 28 PT, w zakresie w jakim dotyczą one zagadnień z zakresu dostępu telekomunikacyjnego.

Sąd Najwyższy nie podzielił także zarzutu skargi kasacyjnej zainteresowanego dotyczącego art. 28 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 lit. b i c PT w zw. z art. 43 ust. 6 PT oraz art. 43 ust. 1 i 3 PT w zw. z art. 42 ust. 1 PT i art. 36 PT poprzez uznanie, że decyzja Prezesa Urzędu zastępująca umowę między operatorem zobowiązanym do stosowania obowiązku równego traktowania a operatorem alternatywnym, przewidująca zapisy stanowiące wierne i kompletne powtórzenie

zapisów w sprawie rozwiązania merytorycznego przewidzianego w SOR, dyskryminuje operatora alternatywnego z uwagi na to, że nie zawiera dodatkowych zapisów, nieprzewidzianych w SOR. Zdaniem Sądu Najwyższego już na pierwszy rzut oka oczywistym jest, że treść decyzji SOR nie została przeniesiona „wiernie i kompletnie” do treści zaskarżonej decyzji. Z decyzji SOR wynika dla Sądu Najwyższego wyraźnie, że zawarte w niej postanowienia dotyczące testów MS/PS i zasad ich przeprowadzania dotyczą relacji zainteresowany – Prezes Urzędu. Jak zaś przyjęto powyżej, uregulowanie przez Prezesa Urzędu – choć w sposób wysoce niedoskonały – sposobu przeprowadzania testów MS/PS w umowie między powodem a zainteresowanym należy potraktować jako rozstrzygnięcie regulacyjne, zgodnie z którym testy te będą przeprowadzone w relacjach powód – zainteresowany. Ponadto, sens oferty ramowej polega na tym, że zainteresowany nie może zawierać umów z innymi przedsiębiorcami na warunkach gorszych niż ustalone w ofercie ramowej. Z art. 43 PT nie wynika obowiązek odwzorowywania postanowień oferty ramowej w umowach o dostępie telekomunikacyjnym. Dlatego Sąd orzekający w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu zmieniającej umowę między zainteresowanym a innym przedsiębiorcą w celu realizacji decyzji SOR może uznać, że umowa ta powinna zostać ukształtowana na warunkach korzystniejszych niż przewidziane w ofercie ramowej, o ile nie będzie to naruszało obowiązku z art. 36 PT. Dlatego nie można podzielić zarzutu, zgodnie z którym zakwestionowanie przez Sąd Apelacyjny prawidłowości wdrożenia SOR przez Prezesa Urzędu w decyzji zmieniającej umowę powoda z zainteresowanym narusza powołane wyżej przepisy. Powodem uchylecia decyzji nie było stwierdzenie przez Sąd, że decyzja nie zawiera „zapisów nieprzewidzianych w SOR”, lecz zbytnia ogólnikowość postanowień decyzji, która w ocenie Sądu nie pozwoliła na realizację art. 28 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 lit. b i c PT.

Mając powyższe na względzie Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.