



Sygn. akt III SK 27/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 stycznia 2015 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Halina Kiriło (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Dawid Miąsik

SSN Zbigniew Myszka

w sprawie z powództwa T.P. S.A. w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej
z udziałem zainteresowanej Te. Sp. z o.o. z siedzibą w W.
o zmianę umowy,
oraz z powództwa Te. Sp. z o.o. z siedzibą w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej
z udziałem zainteresowanej T.P. S.A. w W.
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 28 stycznia 2015 r.,
skargi kasacyjnej Te. Sp. z o.o. z siedzibą w W. od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 11 grudnia 2013 r.,

oddala skargę kasacyjną.

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej jako: Prezes UKE) decyzją z 15 listopada 2010 r. Nr [...] - dalej: Decyzja - po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego o wydanie decyzji zmieniającej „Umowę hurtowego dostępu do sieci TP”, zawartą w dniu 4 stycznia 2010 r. pomiędzy T.P. S.A. z siedzibą w W. (dalej jako: TPSA) a Te. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako: Te.) w zakresie wprowadzenia postanowień umożliwiających realizację migracji usługi Hurtowego Dostępu do sieci TP(WLR) - zmienił postanowienia przedmiotowej umowy w sposób określony w Decyzji i na podstawie art. 17 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (jednolity tekst: Dz.U. z 2014 r., poz. 243 ze zm.; dalej Prawo telekomunikacyjne) określił okres obowiązywania Decyzji do dnia 15 maja 2011 r.

Wyrokiem z 27 grudnia 2012 r. Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołania: TPSA i Te. od powyżej decyzji i zasądził od odwołujących się na rzecz Prezesa UKE kwoty po 360 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Wyrok zapadł w oparciu o następujące ustalenia i wywody Sądu Okręgowego: dnia 6 czerwca 2007 r. Prezes UKE wydał decyzję nr .../06(44) w sprawie zmiany postanowień umowy o połączeniu sieci Te. oraz TPSA, zawartej 26 czerwca 2003 r. (Decyzja WLR Te.) w zakresie implementacji usługi hurtowego dostępu do sieci telekomunikacyjnej TP (usługa WLR). W dniu 15 stycznia 2008 r. Te. oraz T. N. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako: N.) zawarły Umowę o Współpracy, na podstawie której Te. odsprzedaje usługę WLR na rzecz N. W oparciu o usługę WLR, odsprzedawaną przez Te. na rzecz N., N. świadczy usługi detaliczne dla własnych abonentów, z którymi ma podpisaną umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych. W dniu 6 października 2009 r. Prezes UKE wydał decyzję nr .../08(25), zastępującą umowę o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie ustalenia warunków hurtowego dostępu do sieci TP dla N. (Decyzja WLR N.). Na podstawie Decyzji WLR N., N. uzyskało możliwość korzystania z usługi WLR bez konieczności pośrednictwa ze strony Te. W październiku 2009 r. N. wystąpiło do TPSA z wnioskiem o dokonanie migracji swoich abonentów obsługiwanych na podstawie usługi WLR odsprzedawanej przez Te. na rzecz N.,

na skutek której usługa WLR w zakresie łączy objętych przedmiotowym procesem migracji będzie świadczona przez TP bezpośrednio na rzecz N., w oparciu o Decyzję WLR N. W dniu 4 stycznia 2010 r. Te. oraz TPSA zawarły umowę hurtowego dostępu do sieci TP, która zastąpiła Decyzję WLR Te. Nie został jednak zrealizowany proces migracji usługi hurtowej WLR w odniesieniu do abonentów N. obsługiwanych na podstawie usługi WLR odsprzedawanej przez Te. na rzecz N., w wyniku którego N. mogłoby świadczyć usługi dla swoich abonentów w oparciu o Decyzję WLR N. Z trójstronnych spotkań negocjacyjnych przeprowadzonych w dniach 22 września 2010 r. i 28 września 2010 r., w których uczestniczyli również przedstawiciele Urzędu Komunikacji Elektronicznej, negocjujące strony sporządziły notatki, natomiast 30 września 2010 r. Te., TPSA oraz N. podpisały protokół rozbieżności. Decyzją z 29 września 2010 r. nr .../10(109) Prezes UKE zatwierdził „Ofertę ramową określającą ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń hurtowego dostępu do sieci TPSA, dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony, dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych” (Oferta SOR) dotyczącej migracji. Prezes UKE pismem z 4 października 2010 r. zawiadomił Te. Sp. z o.o. i TPSA o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego o wydanie decyzji zmieniającej wspomnianą umowę w zakresie wprowadzenia postanowień umożliwiających realizację migracji usługi Hurtowego Dostępu do Sieci TP (WLR) oraz zwrócił się do nich na podstawie art. 27 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego o przedstawienie stanowiska w wyżej wymienionej sprawie. W pismach z 18 października 2010 r. Te. i TPSA przedstawiły własne stanowiska w sprawie. Pismem z 25 października 2010 r. Prezes UKE poinformował przedsiębiorców o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Uprawnienie to zrealizowała Te., składając pismo z 29 października 2010 r.

W tak ustalonym stanie faktycznym spawy Sąd Okręgowy uznał odwołania za nieuzasadnione. Sąd nie podzielił poglądu Te., że zaskarżona Decyzja narusza przepisy art. 29, art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 43 ust.

6 Prawa telekomunikacyjnego oraz art. 17 Prawa telekomunikacyjnego. Zgodnie bowiem z treścią art. 29 Prawa telekomunikacyjnego, Prezes UKE może z urzędu, w drodze decyzji, zmienić treść umowy o dostępie telekomunikacyjnym lub zobowiązać strony umowy do jej zmiany, w przypadkach uzasadnionych potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług. Z przepisu tego wynika, że Prezes UKE posiada kompetencje do zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym w sytuacji zaistnienia co najmniej jednej ze wskazanych przesłanek. W przedmiotowej sprawie ziściła się zaś przesłanka konieczności zapewnienia ochrony skutecznej konkurencji. W ustalonym stanie faktycznym, pomimo, że przedsiębiorca telekomunikacyjny uzyskał na mocy Decyzji WLR N. możliwość samodzielnego korzystania z usługi WLR, faktycznie nie mógł realizować tego uprawnienia w stosunku do grupy swoich abonentów, którym wcześniej świadczył usługę detaliczną w oparciu o usługę WLR odsprzedawaną mu przez Te. i z którymi łączyły go umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Brak istnienia odpowiedniej procedury umożliwiającej przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu migrację własnych abonentów na poziomie hurtowym z usługi świadczonej w oparciu o umowę odsprzedaży usługi WLR na usługę świadczoną w oparciu o umowę WLR zawartą bezpośrednio z TP (lub też decyzję o dostępie telekomunikacyjnym zastępującą taką umowę) umożliwia w rzeczywistości blokowanie przez Te. przeprowadzenia takiego procesu, tym bardziej, że Te. nie ma interesu faktycznego w przeprowadzeniu procesu migracji, którego efektem byłaby utrata przychodów z tytułu odsprzedawania usługi WLR danemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu. Prezes UKE zasadnie zatem uznał za zaprzeczenie zasad wolnej konkurencji brak możliwości świadczenia usług w oparciu o usługi WLR dla całej bazy abonenckiej danego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego przez blokowanie migracji przez innego przedsiębiorcę. Rozwiązanie wprowadzone do Decyzji odnośnie do umowy TPSA z Te. umożliwi rozwój tym podmiotom, które po początkowym okresie świadczenia usług jedynie w oparciu o usługę WLR odsprzedawaną przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, zdecydują się na świadczenie usługi samodzielnie bez udziału pośredników, a w oparciu o usługę WLR nabywaną już bezpośrednio przez

TPSA. Umożliwienie przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, którzy mogą korzystać z usługi WLR kupowanej bezpośrednio od TPSA, dokonania migracji usługi WLR, spowoduje obniżenie kosztów po stronie tych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, co ma wpływ na inwestycje przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz stworzenie konkurencyjnej oferty detalicznej. Czynnikiem ograniczającym możliwość kreowania konkurencyjnej oferty detalicznej są bowiem dodatkowe koszty związane z odkupywaniem usługi WLR od pośrednika, których unika się w przypadku nabywania usługi WLR bezpośrednio od TPSA. Wprowadzenie takiej procedury umożliwi zatem przeprowadzenie tego rodzaju migracji usługi WLR nie tylko N., ale wszystkim innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, którzy znajdują się w analogicznej sytuacji.

Odnosząc się do twierdzeń Te., iż spółka nie wyłączała możliwości przeprowadzenia migracji abonentów N., Sąd wskazał, że toczące się między przedsiębiorcami rozmowy nie doprowadziły do definitywnego porozumienia, a wobec tego, że N. nie łączy żadna relacja z Te., podstawowe znaczenie ma fakt, iż abonent ma zawartą umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych z danym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, który chce skorzystać z procedury przewidzianej w Decyzji, bez pośrednictwa Te. Sąd nie podzielił poglądu Te. odnośnie do braku konkurencji pomiędzy uczestniczącymi w sporze podmiotami z uwagi na różny przedmiot działalności tychże podmiotów, gdyż podmioty te konkurują na tożsamym rynku telekomunikacyjnym, różny jest jedynie profil ich działalności. W ocenie Sądu pierwszej instancji, Prezes UKE wydając Decyzję wziął pod uwagę kryteria wymienione w art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, tj. w szczególności interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych, charakter zaistniałych kwestii spornych oraz praktyczną możliwość wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, a także zapewnienie niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego oraz rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych. Sąd zauważył, że pozwany implementował do umowy uzgodnioną co do zasady przez przedsiębiorców procedurę migracji usługi hurtowej WLR. Decyzja reguluje jednak dodatkowo kwestie sporne wobec tego, że mimo podjętych trójstronnych negocjacji między przedsiębiorcami i braku ostatecznego

całkowitego trójstronnego porozumienia, uniemożliwiły one wdrożenie procedury realizacji migracji. Sąd zważył, iż wprawdzie Decyzja nie nakłada na podmiot trzeci, jak np. N. Sp. z o.o. żadnych obowiązków, a jedynie reguluje zasady postępowania przez Te. i TP, jednakże pozwany słusznie wziął pod uwagę, zmieniając postanowienia Umowy hurtowego dostępu do sieci TP, iż ma ona zastosowanie w przypadku, gdy proces zostanie zainicjowany przez ten podmiot czyli innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego.

Sąd pierwszej instancji zaznaczył, że jeśli chodzi o dzienne limity zamówień migracji w kontekście rozwiązań dotyczących technicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, to kwestia ta nie była uzgodniona między TP S.A. a Te. Wprowadzenie takiego limitu przez pozwanego nie było konieczne, gdyż postanowienie w tym zakresie może zostać uzgodnione między TP a danym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, który chce skorzystać z procedury migracji usługi WLR przewidzianej zaskarżoną Decyzją. Ponadto oprócz tego, że przewidziany w ofercie SOR model współpracy międzyoperatorskiej nie określa precyzyjnych zasad migracji dla przedmiotowego przypadku, dzienny limit zamówień nie jest przewidziany dla żadnego innego procesu Modelu Współpracy Międzyoperatorskiej przewidzianego w ofercie SOR. Sąd zważył, iż nie można uznać za trafny zarzut Te., że Prezes UKE przyjął w zaskarżonej Decyzji gorsze warunki niż w zatwierdzonej ofercie SOR, gdyż zatwierdzoną decyzją pozwanego oferta SOR nie przewidywała dedykowanej procedury dla zaistniałego przypadku dotyczącego migracji usługi WLR bez zmian na poziomie detalicznym, to jest bez zmiany dostawcy usług dla abonenta. Ponieważ w przedmiotowej sprawie zaistniał przypadek wymagający interwencji Prezesa UKE, a z drugiej strony był to przypadek zasadniczo nieprzewidziany w ofercie SOR, niezbędne było zatem opracowanie rozwiązania nieprzewidzianego w ofercie SOR. Wobec powyższego, pozwany nie naruszył art. 43 ust. 6 Prawa telekomunikacyjnego, zgodnie z którym operator, na którego został nałożony obowiązek omówiony w art. 42 ust. 1, jest obowiązany do zawierania umów o dostępie telekomunikacyjnym na warunkach nie gorszych dla pozostałych stron umowy, niż określone w zatwierdzonej ofercie ramowej lub ustalonej decyzją Prezesa UKE. Skoro bowiem Prezes UKE unormował w umowie stron rozwiązania nieprzewidziane w ofercie ramowej, nie

można uznać, że są one gorsze niż określone w zatwierdzonej ofercie ramowej. Przy czym Sąd podkreślił, iż nie oznacza to, że pozwany pominął w ogóle ofertę SOR. Prezes UKE uwzględnił ją zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 28 ust. 1 pkt 2 Prawa telekomunikacyjnego, w ramach którego podejmuje on decyzję o dostępie telekomunikacyjnym biorąc pod uwagę obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Sąd zwrócił przy tym uwagę, że pozwany podejmując decyzję o dostępie telekomunikacyjnym, musiał mieć na względzie nie tylko ofertę ramową ale także inne kryteria wskazane w art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego.

Zdaniem Sądu Okręgowego, Prezes UKE był uprawniony w niniejszej sprawie do zaniechania przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego. Stosownie bowiem do treści art. 17 Prawa telekomunikacyjnego w wyjątkowych przypadkach, wymagających pilnego działania ze względu na bezpośrednie i poważne zagrożenie konkurencyjności lub interesów użytkowników, Prezes UKE może bez przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego wydać decyzję w sprawach, o których mowa w art. 15, na okres nieprzekraczający 6 miesięcy. Dopiero wydanie kolejnej decyzji w tej samej sprawie poprzedza się postępowaniem konsultacyjnym. Tymczasem przedłużanie się negocjacji między Te. a TPSA i brak zmiany umowy w zakresie wprowadzenia postanowień umożliwiających realizację migracji usługi hurtowego dostępu do sieci TP stanowiły przypadek wyjątkowy i powodowały bezpośrednie zagrożenie dla konkurencyjności, ale też dla interesów użytkowników. Niemożliwość zmigrowania usługi WLR stawiało przedsiębiorcę telekomunikacyjnego (w przedmiotowej sprawie N.) w niekorzystnej pozycji konkurencyjnej w stosunku do Te. Przedsiębiorca telekomunikacyjny, który odkupywał usługę WLR od Te., dotychczas był zmuszony do korzystania z usług odsprzedawcy przynajmniej do czasu, gdy abonent nie rozwiąże umowy abonenckiej całkowicie rezygnując z usługi. Przedsiębiorca telekomunikacyjny mógł zatem obsługiwać w oparciu o własną relację z TPSA jedynie swoich nowych abonentów, a więc tych, z którymi zawarł umowy abonenckie już po rozpoczęciu bezpośredniej współpracy z TP, natomiast w stosunku do pozostałych abonentów możliwość ich obsługi w oparciu o własną relację z TP w praktyce była zablokowana. Wpływało to na zachwianie pozycji

konkurencyjnej pomiędzy Te. i przedsiębiorcą telekomunikacyjnym odkupującym od Te. usługę WLR, wynikające ze zmniejszenia poziomu rentowności usługi świadczonej przez przedsiębiorcę własnym abonentom, kosztem Te., a więc pośrednika, z którego usług w zaistniałym stanie faktycznym zmuszony był korzystać ten przedsiębiorca telekomunikacyjny. Zagrożenie konkurencyjności miało charakter bezpośredni, gdyż dotyczyło realnie zaistniałej sytuacji, której skutkiem była niemożność dokonania migracji w określonym stanie faktycznym, ale również charakter poważny choćby z uwagi na ilość abonentów podawaną przez Prezesa UKE, to jest ponad 55 tys. abonentów, co do których brak było możliwości migracji usługi WLR. Tym samym wystąpił wyjątkowy przypadek wymagający pilnego działania.

Powyższy wyrok Te. zaskarżyła apelacją, zarzucając naruszenie art. 17, 28 ust. 1 pkt 2 i 4, 29 i 43 ust. 6 Prawa telekomunikacyjnego oraz 479⁶⁴ k.p.c. i wносиła o jego zmianę orzeczenia przez uchylenie w całości zaskarżonej Decyzji, z zasądzeniem kosztów, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi I instancji od ponownego rozpoznania

Sąd Apelacyjny – Sąd Cywilny wyrokiem z dnia 11 grudnia 2013 r. oddalił apelację i zasądził od Te. na rzecz Prezesa UKE kwotę 270 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd drugiej instancji podzielił ustalony przez Sąd Okręgowy stan faktyczny sprawy i uznał go za własny, a skarżony wyrok za trafny. Sąd Apelacyjny podkreślił, iż w odniesieniu do odwołującego się znajduje w niniejszej sprawie zastosowanie przepis art. 479¹² § 1 k.p.c., w brzmieniu uprzednio obowiązującym, który nakładał na powoda obowiązek podania w pozwie wszystkich twierdzeń i dowodów na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba że wykaże, że ich powołanie w pozwie nie było możliwe albo że potrzeba powołania wynikała później. W treści odwołania odwołujący się nie zgłosił bowiem zarzutów: naruszenia przepisu art. 28 ust. 1 pkt 2 Prawa telekomunikacyjnego przez uznanie, że Prezes UKE wydając skarżoną Decyzję wziął pod uwagę obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych w sytuacji, gdy takowe nie zostały nałożone ani na TPSA, ani na Te., ponieważ nie przewidują ich ani oferta ramowa, ani powszechnie obowiązujące przepisy prawa; przepisu art. 28 ust. 1 pkt 4 Prawa

telekomunikacyjnego przez uznanie, iż wydając zaskarżoną Decyzję pozwany mógł nie wprowadzać dziennych limitów zamówień migracji, gdyż kwestia ta może być uzgodniona pomiędzy TPSA i konkretnym przedsiębiorcą oraz przepisu art. 29 Prawa telekomunikacyjnego przez niezbadanie, czy dokonanie migracji rzeczywiście spowoduje obniżenie kosztów działalności biorcy usługi - czym skutecznie pozbawił się możliwości podnoszenia ich w dalszych toku postępowania, a nie wykazał w apelacji, aby ich powołanie w odwołaniu nie było możliwe lub że potrzeba taka wynikała później.

Za nieuzasadniony Sąd Apelacyjny uznał zarzut apelującego naruszenia przepisu art. 28 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 43 ust. 6 Prawa telekomunikacyjnego przez stwierdzenie przez Sąd Okręgowy, iż wydając zaskarżoną Decyzję Prezes UKE nie wprowadził w umowie stron warunków gorszych niż określone w zatwierdzonej ofercie ramowej. Sąd drugiej instancji w całości poparł wywody Sądu Okręgowego w tym zakresie. Brak było bowiem uprzednio procedury dotyczącej migracji usługi WLR bez zmian na poziomie detalicznym, stąd zaistniała praktyczna - rynkowa - potrzeba jej wprowadzenia. Zatwierdzona decyzją pozwanego oferta SOR w ogóle nie przewidywała takiej procedury i z tego też powodu nie można uznać, że skarżona Decyzja wprowadzająca stosowną procedurę migracji przewiduje warunki gorsze niż w zatwierdzonej ofercie ramowej. Z tego punktu widzenia oraz z uwagi na cel wydania skarżonej Decyzji - trudno też przyjąć, że są to rozwiązania niekorzystne dla Te. Za nieuzasadniony Sąd Apelacyjny uznał także zarzut naruszenia przepisu art. 28 ust. 1 pkt 4 Prawa telekomunikacyjnego przez uznanie, iż skarżona Decyzja mogła być wydana pomimo braku kwestii spornych pomiędzy stronami. Ze względu na swoją treść decyzja ta ma charakter wyjątkowy. Reguluje wzajemne prawa i obowiązki stron umowy w sytuacji, gdy inny podmiot zainicjuje procedurę migracji. Trójstronne (strony oraz N.) negocjacje prowadzone w niniejszej sprawie nie doprowadziły ani do zawarcia porozumienia, ani też zmiany umowy stron. Już powyższe wskazuje na zaistnienie kwestii spornych w rozumieniu powyższego przepisu i w ustalonych okolicznościach faktycznych sprawy uzasadnia ingerencję pozwanego z urzędu w treść umowy stron.

Sąd Apelacyjny zgodził się też ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w zakresie odnoszącym się do treści przepisów art. 29 i 17 Prawa

telekomunikacyjnego. Uznał, że ingerencję pozwanego w stosunki stron umowy z 4 stycznia 2010 r. w formie wydania skarżonej Decyzji uzasadniała potrzeba zapewnienia ochrony skutecznej rynkowej konkurencji. Doszło bowiem do sytuacji, w której N. (a więc podmiot trzeci) pomimo uzyskania możliwości samodzielnego korzystania z usługi WLR, nie mogła jej zrealizować w stosunku do grupy swoich abonentów, którym wcześniej świadczyła usługę detaliczną w oparciu o usługę WLR odsprzedaną mu przez Te. Sąd Apelacyjny przyznał rację Prezesowi UKE, że brak stosownej procedury umożliwiającej przedsiębiorcy migrację własnych abonentów na poziomie hurtowym z usługi świadczonej w oparciu o usługę odsprzedaży usługi WLR na świadczoną w oparciu o umowę WLR zawartą bezpośrednio z TPSA, umożliwiło Te. blokowanie przeprowadzenia procesu migracji i negatywnie wpływało na utrzymanie zasad konkurencji.

Sąd Apelacyjny przyjął także za Sądem Okręgowym, że ustalony stan faktyczny sprawy - brak zmiany umowy stron w zakresie wprowadzenia postanowień umożliwiających realizację migracji usługi hurtowego dostępu do sieci TPSA - uzasadniał uznanie przez Prezesa UKE niniejszej sprawy za przypadek wyjątkowy w rozumieniu przepisu art. 17 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, wymagający pilnego działania ze względu na bezpośrednie i poważne zagrożenie zarówno konkurencyjności, jak i interesów użytkowników, uzasadniający wydanie Decyzji bez przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego.

Powyższy wyrok został zaskarżony skargą kasacyjną przez Te. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono naruszenie przepisów prawa materialnego: 1/ art. 17 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, przez niewłaściwie jego zastosowanie, tj. uznanie przez Sąd Apelacyjny, że wydanie przez Prezesa UKE Decyzji z dnia 15 listopada 2010 r. nr .../10(14) bez uprzedniego postępowania konsultacyjnego było uprawnione, mimo że na gruncie prawidłowo ustalonego w sprawie stanu faktycznego nie zaszła żadna przesłanka do zastosowania zaskarżonego przepisu (ani potrzeba pilnego działania, ani bezpośrednio i poważne zagrożenie konkurencyjności lub interesów użytkowników); 2/ art. 28 ust. 1 pkt 2 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 43 ust. 6 Prawa telekomunikacyjnego, przez błędną ich wykładnię skutkującą przyjęciem przez Sąd Apelacyjny, że wprowadzenie przez Prezesa UKE Decyzją do Umowy hurtowego dostępu do sieci

TP zawartej w dniu 4 stycznia 2010 r. pomiędzy TPSA (obecnie O. P. S.A.), a Te. przepisów umożliwiających migrację Usługi WLR na poziomie hurtowym oraz opłaty 30 zł netto po stronie Te. na rzecz TPSA odbyło się z uwzględnieniem obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych i nie wprowadza warunków gorszych dla Te., niż w zatwierdzonej ofercie ramowej, w sytuacji gdy powinność migracji nie wynika z jakiegokolwiek obowiązku regulacyjnego nałożonego na Te. na podstawie jakiegokolwiek aktu normatywnego, a dodatkowo wprowadzenie takiej powinności doprowadziło do wykreowania dla Te. umownych warunków gorszych, skutkujących obniżeniem przychodu spółki; 3/ art. 28 ust. 1 pkt 4 Prawa telekomunikacyjnego, przez błędną jego wykładnię skutkującą przyjęciem przez Sąd Apelacyjny, że zaskarżona Decyzja Prezesa UKE uwzględnia charakter kwestii spornych oraz praktyczną możliwość wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, w sytuacji gdy pomiędzy Te. i TPSA brak kwestii spornych w zakresie objętym Decyzją Prezesa UKE, a brak dziennych limitów zamówień migracji oznacza dla Te. ryzyko dokonania migracji w sposób błędny, to jest migracji numeru abonenckiego, który nie należy do biorcy; 4/ art. 29 Prawa telekomunikacyjnego, przez niewłaściwie jego zastosowanie, to jest przyjęcie przez Sąd Apelacyjny, że Prezes UKE może z urzędu zmienić Umowę pomiędzy Te. i TPSA mimo że na gruncie prawidłowo ustalonego stanu faktycznego nie zaszła potrzeba ochrony skutecznej konkurencji, ponieważ nie została ona w żaden sposób zagrożona, a dokonanie migracji nie spowoduje obniżenia kosztów działalności po stronie biorcy. Ponadto skargę kasacyjną oparto na podstawie naruszenia przepisów postępowania - art. 378 § 1 k.p.c. w związku z art. 479¹² § 1 k.p.c. w brzmieniu uprzednio obowiązującym w związku z art. 9 ust. 7 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 233, poz. 1381), przez zaniechanie merytorycznego rozpoznania przez Sąd Apelacyjny części zarzutów apelacyjnych (tj. zarzutu naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 29 Prawa telekomunikacyjnego), wskutek niesłusznego uznania ich za spóźnione mimo, że zostały podniesione na gruncie stanu faktycznego prawidłowo ustalonego w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji, a dodatkowo dotyczą naruszenia przepisów prawa materialnego, którego stosowanie

podlega kontroli instancyjnej z urzędu, co doprowadziło w efekcie do nierozpoznania przez Sąd Apelacyjny sprawy w granicach apelacji. Skarżący wniósł alternatywnie o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w całości i orzeczenie co do istoty sprawy przez uchylenie w całości zaskarżonej Decyzji Prezesa UKE oraz o zasądzenie od Prezesa UKE na rzecz Te. kosztów postępowania przed Sądami obu instancji; ewentualnie wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w całości i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do kasacyjnej podstawy naruszenia przepisów postępowania wypada zauważyć, że wypełnia ją zarzut obrazy art. 378 § 1 k.p.c. w związku z art. 479¹² § 1 k.p.c. (w brzmieniu obowiązującym do czasu uchylenia go z mocy art. 9 ust. 7 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw - Dz.U. Nr 233, poz. 1381), przez zaniechanie merytorycznego rozpoznania przez Sąd drugiej instancji części zarzutów apelacyjnych (tj. zarzutu naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 29 Prawa telekomunikacyjnego), wskutek niesłusznego uznania ich za spóźnione.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że zarzut naruszenia art. 378 § 1 k.p.c. będzie uzasadniony, jeżeli sąd drugiej instancji nie odniósł się do zarzutów i wniosków w sposób wskazujący, iż rozważył je przed wydaniem orzeczenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2009 r., I PK 38/09, LEX nr 523541 oraz postanowienie z dnia 16 marca 2012 r., IV CSK 373/11, LEX nr 1169841). W niniejszym przypadku przyczyną odmowy odniesienia się do niektórych zarzutów apelacji powoda było założenie Sądu drugiej instancji, zgodnie z którym zarzuty te są sprekludowane, jako że nie zostały wskazane w odwołaniu od decyzji Prezesa UKE, stosownie do art. 479¹² § 1 k.p.c. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, zarzuty odwołania od decyzji Prezesa UKE są odpowiednikiem twierdzeń, o jakich mowa w art. 479¹² § 1 k.p.c. Przepis art. 479²⁸ § 3 k.p.c.

wymienia bowiem wśród wymogów formalnych odwołania „zarzuty”. Zarzuty odwołania to żądanie udzielenia ochrony prawnej na drodze sądowej, które to żądanie oparte jest na stwierdzeniu nieuwzględnienia prawnie chronionych interesów wnoszącego odwołanie. Zarzuty pełnią doniosłą rolę, ponieważ wpływają na zakres zaskarżenia, a przez to - na zakres kontroli decyzji Prezesa UKE. Zarzuty odwołania służą wskazaniu sądowi, jakiego rodzaju interesy zostały naruszone przez Prezesa UKE. Organ regulacyjny mógł się dopuścić naruszenia uprawnień przysługujących wnoszącemu odwołanie lub nałożyć na niego wadliwie obowiązki, bądź nałożyć je bez podstawy prawnej. Formułując zarzuty powód wskazuje, jakiego rodzaju rozstrzygnięcia zawarte w decyzji kwestionuje.

Godzi się zatem zauważyć, że gdy wnoszący odwołanie skarży decyzję w całości i kontestuje w ogóle kompetencję Prezesa UKE do wydania decyzji w leżących u jej podstaw okolicznościach, brak przesłanek do zastosowania art. 479¹² § 1 k.p.c., jeśli wnoszący odwołanie podnosi w apelacji zarzuty naruszenia przez sąd pierwszej instancji innych przepisów, niż wskazane w odwołaniu, bądź gdy zarzuca wyrokowi Sądu pierwszej instancji naruszenie przepisów prawa normujących szczegółowy obowiązek przewidziany w decyzji, którego treści powód nie kontestował w odwołaniu, w którym podważał całą decyzję. Przepis ten może natomiast znaleźć zastosowanie, gdy dopiero w apelacji wnoszący odwołanie domaga się uregulowania przez sąd obowiązku, o uregulowanie którego nie wnosił w odwołaniu. Odstępstwo od tej zasady dopuszczalne jest w przypadku równoległego zaskarżenia decyzji Prezesa UKE przez drugą stronę umowy, gdy w wyniku uwzględnienia jej odwołania sąd pierwszej instancji zmienił treść obowiązku, który nie był kontestowany w odwołaniu innej strony umowy zmienianej decyzją Prezesa UKE.

W przedmiotowej sprawie w odwołaniu od decyzji Prezesa UKE powód sformułował następujące zarzuty: 1) wydania decyzji pomimo niespełnienia przesłanek art. 29 Prawa telekomunikacyjnego; 2) wprowadzenia zaskarżoną decyzją do umowy WLR Te. rozwiązań nieprzewidzianych w Ofercie ramowej SOR; 3) wydania decyzji pomimo braku przesłanek art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, z powodu braku kwestii spornych między stronami; 4) zaniechania przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego. W apelacji

powód podniósł zarzuty: 1) naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 2 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 43 ust. 6 Prawa telekomunikacyjnego, przez uznanie, że Prezes UKE wziął pod uwagę obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz że Prezes UKE nie wprowadził warunków gorszych, niż określone w Ofercie ramowej; 2) naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 4 Prawa telekomunikacyjnego, przez uznanie, że Prezes UKE mógł nie wprowadzać dziennych limitów zamówień migracji oraz przez uznanie, iż organ regulacyjny mógł wydać zaskarżoną decyzję pomimo braku kwestii spornych między stronami.

Z powyższego zestawienia wynika, że wnosząc odwołanie powód kwestionował dopuszczalność wydania decyzji Prezesa Urzędu w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy (zarzut 1 i 2), podnosił uchybienie procedury przed Prezesem UKE (zarzut 4) oraz kontestował wprowadzenie rozwiązań nieprzewidzianych w Ofercie ramowej SOR (zarzut 3).

Sąd Apelacyjny uznał za sprekludowane zarzuty naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 oraz art. 29 Prawa telekomunikacyjnego.

W tej materii należy stwierdzić, że sformułowanie przez apelującego powyższych zarzutów nie jest zgłoszeniem nowego twierdzenia w rozumieniu art. 479¹² § 1 k.p.c. Za sprekludowane bowiem można uznać podniesienie nowych twierdzeń co do faktów, jakie były lub jakie Prezes UKE powinien wziąć pod uwagę, a nie co do przepisów prawa, z których organ regulacyjny może wyprowadzić konkretne uprawnienie upoważniające go do nałożenia obowiązku regulacyjnego na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego.

Rozważając prawidłowość zastosowania w niniejszej sprawie przez Sąd Apelacyjny przepisu art. 479¹² § 1 k.p.c. warto przytoczyć treść uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r. sygn. akt III CZP 49/07, mającej moc zasady prawnej (OSNC 2008 nr 6, poz. 55), zgodnie z którą sąd drugiej instancji, rozpoznający sprawę na skutek apelacji, nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, lecz z urzędu stosuje właściwe przepisy tego prawa. Stosując samodzielnie przepisy prawa materialnego, sąd odwoławczy kieruje się przy tym wynikami przeprowadzonego w sprawie postępowania dowodowego. Na stronach spoczywa zatem obowiązek zgłoszenia określonych twierdzeń i zarzutów dotyczących

okoliczności faktycznych, z których chcą wywodzić korzystne dla siebie skutki prawne. Tym samym stosownie do art. 6 k.c. mają również obowiązek udowodnienia tych okoliczności. Zgodnie z art. 479¹² § 1 k.p.c. powód w sprawie gospodarczej obowiązany był podać wszystkie twierdzenia oraz dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba że wykazał, iż ich powołanie w pozwie nie było możliwe albo potrzeba powołania wynikła później. W ten sposób realizowany był postulat sprawności i szybkości postępowania z uwzględnieniem wymaganej podwyższonej staranności przedsiębiorców w zakresie prowadzonej przez nich profesjonalnej działalności. Jak zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 listopada 2010 r., I CSK 58/10 (LEX nr 811812), przepis zawarty w art. 479¹² § 1 k.p.c. w zakresie, w jakim określał obowiązek powoda wskazania faktów i dowodów już w pozwie, był adresowany do powoda. Przepis ten wskazywał również skutek zaniechania tego obowiązku polegający na utracie przez powoda prawa powoływania nowych faktów lub dowodów w toku postępowania. W tym zakresie przepis ten był adresowany także do sądu. Konsekwencją bowiem naruszenia przez powoda obowiązku wynikającego z art. 479¹² § 1 k.p.c., tj. zgłoszenia z opóźnieniem nowych faktów i dowodów, była konieczność pominięcia przez sąd w podstawie faktycznej rozstrzygnięcia sprekludowanego faktu, a wcześniej, na etapie poprzedzającym wydanie orzeczenia, pominięcia przeprowadzenia sprekludowanego dowodu. Możliwe było podniesienie zarzutu naruszenia art. 479¹² § 1 k.p.c. w razie naruszenie przez sąd obowiązków wynikających z omawianego przepisu.

Przepis art. 479¹² § 1 k.p.c. nie mógł być jednak uważany za podstawę obowiązku przedstawienia przez powoda wszelkich możliwych twierdzeń i dowodów na wszystkie okoliczności, jakie istnieją lub mogą, choćby tylko hipotetycznie i ewentualnie, pojawić się w konkretnej sprawie. Taki pogląd byłby sprzeczny m.in. z art. 227 k.p.c., zgodnie z którym przedmiotem dowodu są fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Nie uwzględniałby także wynikających z art. 229 i art. 230 k.p.c. możliwości przyznania określonych faktów przez stronę przeciwną oraz uznania za przyznane twierdzeń o faktach, co których strona przeciwna nie wypowiedziała się. Nadto, jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie, realizacja koncentracji dowodów nie może iść tak daleko, że

nakazuje nakładanie na stronę powodową obowiązku przewidzenia wszystkich możliwych wariantów przebiegu sprawy i to pod rygorem prekluzji dowodowej (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 września 2010 r., V CSK 43/10, niepublikowany.; podobnie m.in. w orzeczeniach z dnia 16 grudnia 2003 r., II CK 318/02, niepublikowany.; z dnia 29 września 2005 r., III CK 11/05, niepublikowany.; z dnia 15 listopada 2006 r., V CSK 243/06, niepublikowany.; 10 lipca 2008 r., III CSK 65/08, niepublikowany). Nie można wymagać od powoda aby zgłaszał w pozwie wszystkie dowody również na te okoliczności, których przed wytoczeniem powództwa pozwany nie kwestionował (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2007 r., I CSK 435/06, niepublikowany; z dnia 8 sierpnia 2008 r., V CSK 87/08, niepublikowany; z dnia 12 maja 2006 r., V CSK 55/06, niepublikowany). Powołany przepis nie wymagał od powoda przewidywania z góry zarzutów, jakie wobec jego twierdzeń podniesie pozwany, tylko odniesienia się do znanych mu w chwili wnoszenia pozwu twierdzeń i dowodów wskazujących na zasadność powództwa (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2012 r., IV CSK 182/11, LEX nr 1129968). Z przytoczonego orzecznictwa wynika zatem, że pojęcie twierdzeń, jakie powód powinien był podać w pozwie, powinny być odnoszono do uzasadniających zgłoszone w pozwie żądania faktów i to one podlegały wykazaniu przy pomocy powołanych przez powoda dowodów. Jak bowiem zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 marca 2012 r., I CSK 183/11 (LEX nr 1214567), system prekluzji dowodowej obowiązujący w postępowaniu w sprawach gospodarczych polega na nałożeniu na strony obowiązku przedstawienia sądowi wszystkich znanych im faktów, dowodów i zarzutów w określonym ustawowo terminie, pod rygorem utraty możliwości późniejszego ich przytaczania lub powoływania. Do rygorów systemu prekluzyjnego nie należy jednak wymagania, aby powód przytaczając fakty dokonywał ich oceny prawnej, a więc umieszczał w pozwie argumentację prawną, nadto ze skutkiem zastosowania do takich, późniejszych stwierdzeń, prekluzji. Powód w pozwie zgłasza roszczenie w znaczeniu procesowym, natomiast do decyzji sądu należy wybór kwalifikacji materialnoprawnej prawnej roszczenia.

Odniesienie powyższych rozważań do realiów niniejszej sprawy prowadzi do konkluzji, że zgłoszone w apelacji powoda zarzuty naruszenia przez Prezesa UKE

przepisów art. 28 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 29 Prawa telekomunikacyjnego nie podlegały prekluzji z art. 479¹² § 1 k.p.c. Zastosowanie przez Sąd Apelacyjny tego ostatniego przepisu stanowiło więc naruszenie prawa procesowego przy ferowaniu zaskarżonego wyroku. Uchybienie to nie miało jednak wpływu na wynik sprawy, albowiem wskazywane przez apelującego na poparcie tychże zarzutów fakty były przedmiotem ustaleń i oceny prawnej Sądu pierwszej instancji, podzielonych przez Sąd Apelacyjny. Samo zaś rozstrzygnięcie odpowiada prawu materialnemu.

Przechodząc zatem do kasacyjnej podstawy naruszenia prawa materialnego w pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutu obrazy art. 28 ust. 1 pkt 2 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 43 ust. 6 Prawa telekomunikacyjnego, przez błędną wykładnię i przyjęcie, że wprowadzenie przez Prezesa Urzędu decyzją postanowień umożliwiających migrację usługi WLR na poziomie hurtowym odbyło się z uwzględnieniem obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych i nie wprowadza warunków gorszych dla powoda niż w zatwierdzonej ofercie ramowej.

Istota problem sprowadza się do pytania, czy decyzja wydawana na podstawie art. 29 Prawa telekomunikacyjnego może zmieniać umowę, która została zawarta na podstawie oferty ramowej zatwierdzonej decyzją Prezesa UKE na podstawie art. 43 Prawa telekomunikacyjnego.

W niniejszej sprawie TPSA, jako podmiot posiadający znaczącą pozycję rynkową, została zobowiązana do sporządzenia oferty ramowej, którą zatwierdził Prezes UKE. Organ regulacyjny mógł też wezwać TPSA do przedłożenia nowego, zmienionego projektu oferty ramowej, w sytuacji gdyby pojawiła się potrzeba rozwiązania nowych problemów. Oferta ramowa stanowi szczególnego rodzaju wzorzec umowy. Przedsiębiorca zobowiązany do jej stosowania ma obowiązek postępowania się tym wzorcem w obrocie i nie może zawierać umów o dostępie na gorszych warunkach, niż wynikające z oferty ramowej. Konieczne jest rozważenie, czy Prezes UKE może zmienić postanowienia umowy zawartej na podstawie oferty ramowej i wprowadzić do umowy postanowienia, których oferta ramowa nie przewiduje.

Mogłoby się wydawać, że skoro istnieje ustawowy tryb zmiany oferty ramowej, to Prezes UKE powinien skorzystać z tego trybu i doprowadzić do takiej

zmiany oferty ramowej, która w przedmiotowym przypadku sprawiłaby, iż TPSA traktowałaby wszystkich swoich kontrahentów jednakowo, gdyż w umowie z każdym z nich byłyby zawarte postanowienia dotyczące migracji abonentów na poziomie hurtowym (czyli bez angażowania konsumenta w zmianę operatora).

Sąd Najwyższy nie podziela jednak tej argumentacji stwierdzając, że Prezes UKE może na podstawie art. 29 Prawa telekomunikacyjnego ingerować w treść umowy o dostępie zawartej na podstawie oferty ramowej. Przepis art. 43 Prawa telekomunikacyjnego nie wyłącza bowiem możliwości zastosowania art. 29 Prawa telekomunikacyjnego.

Wypada zauważyć, że cała konstrukcja oferty ramowej i obowiązku jej stosowania adresowana jest w pierwszej kolejności do przedsiębiorców takich jak TPSA, którzy powinni traktować swoich kontrahentów nie gorzej, niż wynika to z oferty ramowej. Oferta ramowa jako wzorzec ułatwia zawieranie umów operatorom alternatywnym i zapewnia im pewne minimum równoprawnych warunków konkurencji. Przedsiębiorca zobowiązany do stosowania oferty ramowej nie ma możliwości zawierania umów z jej naruszeniem. Ale treść oferty ramowej nie wyklucza zastosowania przepisu art. 29 Prawa telekomunikacyjnego, jeśli spełnione zostaną określone w tym przepisie przesłanki ingerencji w umowę stron. Prezes UKE interweniuje na podstawie art. 29 Prawa telekomunikacyjnego w odniesieniu do konkretnej umowy zawartej w oparciu o art. 43 Prawa telekomunikacyjnego z użyciem oferty ramowej. To, że została ona zawarta w ten sposób, nie wyłącza uprawnienia organu regulacyjnego do interwencji, o jakiej mowa w art. 29 Prawa telekomunikacyjnego. Skoro Prezes działa w interesie publicznym, kierując się przesłankami z art. 29 Prawa telekomunikacyjnego, to może zmienić umowę o dostępie zawartą na podstawie oferty ramowej zarówno w ten sposób, że zmodyfikuje względem tej oferty układ praw i obowiązków stron, jak i w ten sposób, że wprowadzi do umowy takie rozwiązania, które nie zostały przewidziane w ofercie ramowej, jeśli będzie to uzasadnione przesłankami interwencji w stosunek umowny, określonymi w art. 29 Prawa telekomunikacyjnego oraz kryteriami wymienionymi w art. 28 Prawa telekomunikacyjnego. Zgodnie z art. 30 Prawa telekomunikacyjnego, do zmian umów o dostępie (a decyzja wydana z mocy art. 29 Prawa telekomunikacyjnego zmienia taką umowę), stosuje się

odpowiednio art. 28 Prawa telekomunikacyjnego, czyli z modyfikacjami wynikającymi z przyczyn interwencji, o jakich mowa w art. 29 Prawa telekomunikacyjnego.

W ten sposób przechodzimy do kolejnego kasacyjnego zarzutu naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 4 Prawa telekomunikacyjnego, przez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że zaskarżona decyzja uwzględnia charakter kwestii spornych oraz praktyczną możliwość wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, podczas gdy między skarżącym a TPSA brak kwestii spornych w zakresie objętym decyzją Prezesa UKE.

Zdaniem skarżącego, przez kwestie sporne w ujęciu tego przepisu należy rozumieć kwestie sporne między stronami umowy zmienianej przez Prezesa UKE. Kwestie uregulowane przez Prezesa UKE nie były zaś sporne między adresatami zaskarżonej decyzji.

Odnosząc się do powyższego zarzutu trzeba jeszcze raz podkreślić, że do zmiany w trybie art. 29 Prawa telekomunikacyjnego umowy o dostępie art. 28 Prawa telekomunikacyjnego stosuje się odpowiednio, mając na względzie to, iż przesłanka „kwestii spornych” jest tylko jednym z wielu określonych w tym przepisie kryteriów dopuszczalności takiej ingerencji organu regulacyjnego w umowę. Nie można zapominać, że w niniejszej sprawie Prezes UKE działał z urzędu, a zatem nie było konieczne występowanie „kwestii spornych” między stronami umowy. Nadto, jak wynika z uzasadnienia zaskarżonej decyzji, strony umowy o dostępie nie mogły dojść do porozumienia co do wprowadzenia migracji WLR oraz jej zasad, a zatem nie jest prawdą, iż nie było między nimi żadnych kwestii spornych. TPSA wskazywała, że Te. nie wyrażała zgody na wdrożenie stosowanego przez TPSA i zaproponowanego skarżącej Modelu Przejść Międzyoperatorskich.

Chybiony jest też zarzut naruszenia art. 29 Prawa telekomunikacyjnego, przez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że Prezes UKE mógł zmienić z urzędu umowę między powodem a TPSA, mimo iż w stanie faktycznym nie zaszła potrzeba ochrony skutecznej konkurencji.

W ocenie skarżącego, Sąd drugiej instancji nie wyjaśnił, na czym ma polegać rozwój konkurencji, czyli co konkretnie zyska przedsiębiorca, który zaprzestał odkupowania usługi WLR od pośrednika. Brak jest koniecznych ustaleń

choćby co do tego, czy cena oferowana przez TPSA była niższa od ceny odsprzedaży WLR przez Te. Zdaniem autora skargi kasacyjnej, należało wykazać, że zagrożona jest skuteczna konkurencja między Te. a N.

Przedstawiona w tym zakresie przez skarżącego argumentacja nie zasługuje na aprobatę. Dokonana w trybie w art. 29 Prawa telekomunikacyjnego ingerencja Prezesa UKE w umowę o dostępie nastąpiła z uwagi na ochronę „skutecznej konkurencji” na rynku, a nie konkurencji między powodem a N. Tym bardziej, iż nie wiadomo, czy podmioty te w ogóle ze sobą konkurują. Jest to wątpliwe, gdyż w świetle ustaleń faktycznych Sądów obu instancji Te. i N. działają na różnych rynkach. Jedyne utrudnienia ze strony Te. dotyczą uzyskania „pełnej” kontroli nad procesem świadczenia przez N. usług własnym klientom, przez eliminację pośrednika, przed wygaśnięciem umów abonenckich, w ramach których usługa jest świadczona przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego.

Wypada zauważyć, że decyzja Prezesa UKE zmienia umowę TPSA z Te. w sposób generalny, po to, by każdy przedsiębiorca telekomunikacyjny, który uzyskał Decyzję WLR lub zawarł umowę WLR, mógł przeprowadzić proces migracji swoich abonentów na poziomie hurtowym z Te. do siebie. Decyzja Prezesa UKE nie ingeruje w żaden sposób w treść stosunku prawnego łączącego Te. z N. w zakresie zasad współpracy i rozliczeń przy świadczeniu usług na łączach TPSA dzierżawionych przez Te. Wprowadza natomiast możliwość dokonania przez przedsiębiorców takich jak N. wyboru między świadczeniem usług na dotychczasowych zasadach (z pośrednikiem) bądź na nowych (przez dokonanie migracji). Decyzja Prezesa UKE przyznaje przedsiębiorcom takim jak N. prawo wyboru, przez co rośnie presja konkurencyjna na powoda, by oferował swoje usługi na wyższym poziomie, gdyż w przeciwnym razie jego dotychczasowi kontrahenci usamodzielnia się całkowicie (o ile uzyskali decyzję WLR lub umowę WLR). Trzeba zatem przyjąć, że wbrew zarzutowi kasacyjnemu, przesłanka zastosowania przez Prezesa UKE zmiany umowy o dostępie w trybie art. 29 Prawa telekomunikacyjnego (tj. przesłanka potrzeby ochrony skutecznej konkurencji) została spełniona.

Przy takim rozumieniu ochrony skutecznej konkurencji jako przesłanki ingerencji Prezesa UKE w umowę o dostępie niesłuszny jest także kasacyjny zarzut

naruszenia art. 17 ust. 1 PT. W tej materii należy zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego, że przedłużanie się negocjacji między TPSA i Te. oraz brak w umowie postanowień dotyczących migracji abonentów (których liczba sięga 55.000) stanowiło przypadek wyjątkowy i powodowało bezpośrednie zagrożenie dla konkurencyjności oraz dla interesów użytkowników, uzasadniając odstąpienie przez Prezesa UKE od postępowania konsultacyjnego przed wydaniem zaskarżonej decyzji.

Nie podzielając zarzutów i wniosków kasacyjnych, Sąd Najwyższy z mocy art. 398¹⁴ k.p.c. orzekł jak w sentencji.