



Sygn. akt III SK 7/14

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 16 kwietnia 2015 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Halina Kiryło (przewodniczący)

SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

SSN Maciej Pacuda

Protokolant Anna Pęsko

w sprawie z powództwa P. Sp. z o.o. w W. (obecnie O. S.A.)

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanej P. Sp. z o.o. w W.

o zmianę umowy,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 16 kwietnia 2015 r.,

skarg kasacyjnych strony powodowej i strony pozwanej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w W.

z dnia 3 października 2013 r.,

**uchyła zaskarżony wyrok w punkcie I w odniesieniu do apelacji powoda i pozwanego oraz w punkcie II wraz z poprzedzającym go wyrokiem Sądu Okręgowego w W. - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 lipca 2012 r., i przekazuje sprawę temu Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego i apelacyjnego.**

## UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes Urzędu) decyzją z 15 grudnia 2009 r., wydaną na podstawie art. 29 ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku Prawo telekomunikacyjne w związku z art. 206 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, zmienił postanowienia umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci zawartej w dniu 20 listopada 2006 roku pomiędzy P. Sp. z o.o. z (obecnie O. S.A., powód) a P. Sp. z o.o. (P., zainteresowany), zmienioną aneksami oraz decyzjami Prezesa Urzędu, w zakresie stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej P., w ten sposób, że wprowadził zasadę stopniowego obniżania asymetrii stawek MTR w rozliczeniach między powodem a zainteresowanym.

Powód zaskarżył decyzję Prezesa Urzędu odwołaniem. W odwołaniu podniósł zarzuty naruszenia: 1) art. 28 ust. 1 pkt 2 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne poprzez ustalenie zawyżonych opłat za usługę zakańczania połączeń w sieci zainteresowanego; 2) art. 28 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36 Prawa telekomunikacyjnego przez ustalenie zasad oferowania usług przez zainteresowanego na rzecz powoda na warunkach gorszych od stosowanych przez P. w ramach własnego przedsiębiorstwa; 3) art. 19 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, polegające na nieuwzględnieniu stanowiska Komisji Europejskiej do projektu zaskarżonej decyzji wyrażonego w postępowaniu konsolidacyjnym; 4) art. 28 ust. 1 pkt 1 Prawa telekomunikacyjnego, polegające na ustaleniu warunków współpracy pomiędzy powodem a zainteresowanym naruszających interesy użytkowników sieci telekomunikacyjnych; 5) art. 29 Prawa telekomunikacyjnego przez pominięcie przy ocenie przesłanki potrzeby zapewnienia skutecznej konkurencji kryterium zapewnienia użytkownikom osiągania maksymalnych korzyści w zakresie cen; 6) art. 19 ust. 1 dyrektywy 2002/21 w zw. z art. 13 dyrektywy 2002/19 polegające na nieuwzględnieniu pkt 10 Zalecenia Komisji Europejskiej 2009/396/WE z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (Dz.Urz. UE L 124/67, Zalecenie 2009/396) poprzez: a)

ustalenie nierównych stawek we współpracy pomiędzy powodem a zainteresowanym bez udowodnienia, że P. ponosi wyższe jednostkowe koszty przyrostowe niż operator zasiedziały; b) ustalenie okresu przejściowego stosowania wyższych stawek za zakańczanie połączeń przez P. dłuższego niż 4 lata od momentu wejścia tego operatora na rynek; 6) art. 28 ust. 1 pkt 5 ppkt b Prawa telekomunikacyjnego polegające na ukształtowaniu nierównych warunków współpracy pomiędzy powodem a zainteresowanym czego skutkiem jest dyskryminacja powoda; 7) brak ustaleń faktycznych co do poziomu opłat za zakończenie połączeń w sieci ruchomej P., które byłyby zgodne z nałożonym na P. obowiązkiem polegającym na zakazie stosowania przez P. zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej P4; 8) błędne ustalenia faktyczne, co do tego jakoby P. ponosiło większe od powoda nakłady na budowę sieci UMTS; 9) błędne ustalenia faktyczne, co do wniosków przyjętych w Stanowisku European Regulatory Group (ERG) na temat symetrii stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i symetrii stawek za zakańczanie połączeń w sieciach mobilnych; 10) błędne ustalenia faktyczne w zakresie braku obniżek stawek detalicznych stosowanych przez polskich operatorów sieci ruchomych przed rozpoczęciem świadczenia usług przez P.; 11) błędne ustalenia faktyczne co do działań powoda, które jakoby miałyby w sposób rażąco zniekształcać konkurencję oraz uzasadniać miały inne podejście w zakresie ustalania stawek od stosowanego w Unii Europejskiej; 12) błędne ustalenia faktyczne w zakresie relacji wielkości sieci dystrybucyjnej P. i powoda.

W oparciu o powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonej decyzji poprzez nadanie odpowiedniego, wskazanego w odwołaniu, brzmienia pkt I.1 decyzji polegającego na wprowadzeniu symetrycznych stawek za zakańczanie połączeń w rozliczeniach między powodem a zainteresowanym od 16 grudnia 2009 r., ewentualnie o ukształtowanie tych stawek w zróżnicowanej wysokości w kolejnych okresach według harmonogramu wskazanego w odwołaniu w dwóch wariantach, a w ostateczności o zmianę decyzji i ukształtowanie stawek za zakańczanie połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci zainteresowanego w wysokości niższej niż ustalona w zaskarżonej decyzji.

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z 30 lipca 2012 r., uchylił zaskarżoną decyzję oraz rozstrzygnął o kosztach postępowania.

Podstawą wydania przez Sąd pierwszej instancji wyroku kasacyjnego było uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 29 Prawa telekomunikacyjnego. Sąd Okręgowy wyjaśnił, że przesłanki wymienione w art. 29 Prawa telekomunikacyjnego nie muszą wystąpić łącznie. Każda z nich może wystąpić samodzielnie. Jednakże uzasadnienie decyzji nie powinno poprzestawać tylko na wskazaniu konkretnej przesłanki. Ma wyjaśniać na czym polega w konkretnym przypadku konieczność zapewnienia ochrony wskazanych w tym przepisie interesów. Z uzasadnienia decyzji wynika, że procedurę z art. 29 Prawa telekomunikacyjnego wszczęto z uwagi na zmniejszenie stawek MTR w sieci powoda od 1 lipca 2009 r. oraz upływ z dniem 15 grudnia 2009 r. okresu obowiązywania decyzji tymczasowej z dnia 26 czerwca 2009 r. Zdaniem Sądu pierwszej instancji niezawarcie aneksu nie usprawiedliwiało zastosowania trybu z art. 29 Prawa telekomunikacyjnego. Decyzja tymczasowa została wydana 26 czerwca 2009 r. a już 24 lipca 2009 r. zostało wszczęte postępowanie w trybie art. 29 Prawa telekomunikacyjnego. Strony nie miały zatem czasu na podjęcie negocjacji. Sąd nie podzielił także wskazanego w decyzji powodu zastosowanie trybu z art. 29 Prawa telekomunikacyjnego dla zapobieżenia podwyższenia stawki MTR w sieci zainteresowanego od 16 grudnia 2009 r., ponieważ teza, że po okresie obowiązywania decyzji tymczasowej nastąpiłby powrót do stawek sprzed decyzji (jakich) nie została udowodniona.

Sąd Okręgowy podzielił argumentację powoda, zgodnie z którą wprowadzenie asymetrii musi być należycie umotywowane jako odstępstwo od zasady symetrii stawek MTR. Wprowadzając wyjątkowe rozwiązanie należy zatem umożliwić jego obiektywną weryfikację na podstawie dowodów, które stanowiły przesłankę do przyjęcia odmiennego modelu rozwiązania. Sąd pierwszej instancji wskazał, że według uzasadnienia decyzji z samej asymetrii obowiązków może wynikać asymetria stawek MTR. Zwrócił także uwagę, że na poziom asymetrii wpływa wiele czynników, a w zaskarżonej decyzji Prezes Urzędu wskazał na: 1) czas wejścia P. na rynek (marzec 2007 r.); 2) koszty operatora nowo wchodzącego; 3) udział P. w rynku w wysokości 5% według Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego w 2008 r. Sąd Okręgowy miał na względzie, że w

postępowaniu konsolidacyjnym Komisja Europejska nie była przekonana, czy data wejścia zainteresowanego na rynek uzasadnia utrzymanie asymetrii stawek aż do roku 2014, czyli 7 lat od wejścia na rynek. W Zaleceniu 2009/396 kilkakrotnie podkreślono, że stawki za zakańczanie połączeń winne być symetryczne. Za uzasadniony uznano okres przejściowy trwający 4 lata od wejścia na rynek nowego operatora, w trakcie którego dozwolona jest asymetria. Ponadto, warunkiem asymetrii jest zgodnie z pkt 10 Zalecenia 2009/396: 1) udowodnienie, że nowy podmiot na rynku połączeń ruchomych działający poniżej minimalnej skali efektywności ponosi wyższe jednostkowe koszty przyrostowe niż operator standardowy, 2) stwierdzenie, że na rynku detalicznym istnieją przeszkody utrudniające wejście na rynek i ekspansję. W ocenie Sądu Okręgowego uzasadnienie zaskarżonej decyzji nie dowodzi, aby przesłanki z pkt 10 Zalecenia 2009/396 były spełnione. Złożenie odwołania, w którym C./.../ kwestionuje założenia (i) okresu przejściowego dla P. (ii) ponoszenia wyższych kosztów, przerzuca na Prezesa Urzędu ciężar dowodu założeń przyjętych w uzasadnieniu decyzji. W ocenie Sądu przedstawione przez Prezesa Urzędu motywy zastosowania asymetrii, nie spełniają przesłanek z pkt 10 Zalecenia 2009/396. Powołanie się na istniejące różnice między operatorami nie stanowi analizy rynku, albowiem nie zawiera relewantnych danych liczbowych. W uzasadnieniu decyzji nie przeprowadzono analizy danych, które podlegałyby obiektywnej weryfikacji. W ten sam sposób należy ocenić ustalony w decyzji harmonogram asymetrii. Prezes Urzędu odwołał się tylko do swego Stanowiska z 16 grudnia 2008 r.

W dalszej kolejności Sąd Okręgowy zważył, że w zaskarżonej decyzji Prezes Urzędu przyjął, że z zestawienia przygotowanego przez ERG wynika, iż koszty operatora mającego około 5% udziału w rynku, są około 250% wyższe niż koszty operatora posiadającego udział w rynku podobny do tego, jaki posiada powód. Według stanowiska ERG operator wchodzący na rynek może korzystać z asymetrycznych stawek w okresie 6 lat. Z wyliczeń ERG wynika, iż w pierwszym roku operator korzystający z asymetrii osiągnie 8% udziału w rynku, a w kolejnych odpowiednio 13%, 16%, 19%, 21% i 22%. Prezes Urzędu uznał zaś, że w przypadku zainteresowanego, który po dwuletniej przeszło działalności zdobył 5% udziału w rynku, model zdobywania udziału w rynku przez nowego operatora nie ma

zastosowania na polskim rynku telekomunikacyjnym. W ocenie Sądu Okręgowego w ten sposób Prezes Urzędu w sposób wybiórczy wykorzystał wyliczenia ERG.

Sąd Okręgowy uwzględnił także zarzut naruszenia art. 36 Prawa telekomunikacyjnego. Skutkiem decyzji organu powód, prowadząc racjonalnie działalność gospodarczą, musi obciążać swoich użytkowników wykonujących połączenia kończone w sieci zainteresowanego opłatą w wysokości co najmniej 40,41 gr/min (a w kolejnych półrocznych okresach 37,90 gr/min oraz 35,22 gr/min), tak by uwzględnić stawkę MTR dla zainteresowanego. Tymczasem w ramach własnego przedsiębiorstwa zainteresowany stosuje opłatę w wysokości 23,77 gr/min dodając do tego swoim użytkownikom inne korzyści, które powodują, że w rzeczywistości ta stawka jest jeszcze niższa. Porównanie to uwypukla różnicę w sytuacji użytkowników obu sieci i uzasadnia założenie, zgodnie z którym zmiana wprowadzona przez Prezesa Urzędu stanowiła zagrożenie dla interesów użytkowników sieci powoda. Sąd Okręgowy przyjął także, że podejmując interwencję w trybie art. 29 Prawa telekomunikacyjnego Prezes Urzędu musi wykazać, że jego działania nie spowodują skutku odwrotnego w postaci podziału rynku wedle kryterium przynależności użytkowników do sieci. Ponadto, działania w trybie art. 29 Prawa telekomunikacyjnego nie mogą służyć kreacji nowego operatora infrastrukturalnego.

Z drugiej strony Sąd Okręgowy nie podzielił zarzutu naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 5 ppkt b Prawa telekomunikacyjnego. Zapewnienie niedyskryminujących warunków dostępu do sieci oznacza konieczność takiego samego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych ubiegających się o dostęp do sieci telekomunikacyjnej konkretnego przedsiębiorcy. Sąd pierwszej instancji zgodził się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu, że określony w art. 36 Prawa telekomunikacyjnego obowiązek niedyskryminacji nie oznacza identycznego traktowania każdego przedsiębiorcy, na którego został nałożony przedmiotowy obowiązek, w każdej sytuacji. Niedyskryminacja podlega badaniu w płaszczyźnie ubiegających się przedsiębiorstw, a nie ubiegający się przedsiębiorca i udostępniający przedsiębiorca.

Konkludując Sąd Okręgowy stwierdził, że zarówno poziom asymetrii stawek MTR jak i harmonogram zostały wprowadzone przez Prezesa Urzędu w

zaskarżonej decyzji w sposób arbitralny. Jednakże wnioski odwołującego skierowane na zmianę decyzji nie zasługiwały na uwzględnienie, ponieważ przedstawiona argumentacja nie została poparta analizą i wyliczeniami. Mając na względzie, że żaden przepis prawa nie nakłada na Sąd obowiązku zebrania materiału dowodowego, Prezes Urzędu nie wykazał w decyzji, by wprowadzone na jej podstawie zmiany umowy były uzasadnione, zaś powód nie wykazał, że decyzja Prezesa Urzędu powinna być zmieniona w sposób określony w odwołaniu, Sąd pierwszej instancji uchylił decyzję Prezesa Urzędu.

Wyrok Sądu Okręgowego został zaskarżony apelacjami przez obie strony oraz zainteresowanego. Sąd Apelacyjny w W. wyrokiem z 3 października 2013 r., oddalił wszystkie apelacje oraz zniósł koszty postępowania.

Sąd drugiej instancji nie uwzględnił zarzutu naruszenia art. 321 k.p.c. przez wyrokowanie ponad żądanie zgłoszone w odwołaniu poprzez uchylenie decyzji mimo, iż odwołanie nie zawierało takiego żądania. Sąd pierwszej instancji mógł uchylić decyzję Prezesa Urzędu wówczas, gdy stwierdził, że brak było podstaw do jej wydania. Tak właśnie było w niniejszej sprawie. Sąd Okręgowy stwierdził bowiem, że nie zaistniały przesłanki z art. 29 Prawa telekomunikacyjnego, a w każdym razie Prezes Urzędu tego nie wykazał w uzasadnieniu spornej decyzji. Ponadto, w ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy prawidłowo uchylił decyzję po stwierdzeniu, iż nie została wykazana konieczność zastosowania asymetrii stawek. Analiza stawek MTR przeprowadzona w apelacji powoda nie może zastąpić badań Prezesa Urzędu.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie: 1) art. 479<sup>64</sup> § 2 k.p.c. w zw. z art. 321 § 1 k.p.c. oraz art. 391 § 1 k.p.c. przez przyjęcie, że Sąd uwzględniając odwołanie od decyzji o dostępie telekomunikacyjnym może, pozostając w granicach żądania przez przedsiębiorcę ochrony prawnej uchylić decyzje w całości, gdy powód zaskarżył decyzję w całości ale wnosił wyłącznie o jej zmianę w całości lub w części; 2) art. 29 Prawa telekomunikacyjnego przez uznanie, że w granicach przesłanek interwencji Prezesa Urzędu mieści się wymóg dysponowania przez przedsiębiorców odpowiednim czasem na prowadzenie negocjacji w sprawie zawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym; 3) art. 6 k.c. w zw. z art. 232

k.p.c. przez przyjęcie, że na powódzie ciąży ciężar dowodu w zakresie wykazania wysokości stawki należnej P.; 4) art. 29 w zw. z art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego przez uznanie, że w przypadku wydania decyzji o dostępie telekomunikacyjnym z urzędu nie mają zastosowania wymogi określone w art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego; 5) art. 36 Prawa telekomunikacyjnego poprzez pominięcie konieczności orzekania z uwzględnieniem ciężącego na P. obowiązku regulacyjnego równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, który polega na konieczności zachowania przez zobowiązanego przedsiębiorcę odpowiedniej relacji między opłatami z tytułu dostępu telekomunikacyjnego i cenami detalicznymi za usługi świadczone abonentom, która to relacja zapewnia, że warunki usług świadczonych w ramach dostępu będą nie gorsze od warunków stosowanych przez tego przedsiębiorcę w ramach własnego przedsiębiorstwa. Powód wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu.

Prezes Urzędu zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie: 1) art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez zaniechanie ustosunkowania się do wszystkich zarzutów apelacji; 2) art. 378 § 1 k.p.c. przez zaniechanie rozpoznania wszystkich zarzutów; 3) art. 29 Prawa telekomunikacyjnego w zw. z art. 6 k.c. przez uznanie, że złożenie przez powoda odwołania kwestionującego wysokość opłat za zakańczanie połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej innego przedsiębiorcy, określonych w decyzji, przerzuca na Prezesa Urzędu ciężar dowodu w zakresie zasadności tychże opłat bez względu na to, czy odwołujący się dowiódł w odwołaniu okoliczności podważających to rozstrzygnięcie. Prezes Urzędu wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania oraz o oddalenie apelacji powoda.

Zainteresowany wniósł o oddalenie obu skarg kasacyjnych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:



Skargi kasacyjne powoda i Prezesa Urzędu okazały się zasadne, choć nie wszystkie postawione w nich zarzuty zasługiwały na uwzględnienie.

Zasadniczym problemem prawnym niniejszej sprawy jest sposób udzielenia ochrony prawnej przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu wnoszącemu odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu wydanej na podstawie art. 29 Prawa telekomunikacyjnego, w sytuacji gdy w odwołaniu przedsiębiorca wnosi tylko o zmianę zaskarżonej decyzji, nie podnosi zarzutów dotyczących kompetencji Prezesa Urzędu lub przebiegu postępowania przed organem, a Sąd Okręgowy uznaje, że Prezes Urzędu nie wykazał potrzeby uregulowania obowiązków adresatów decyzji w sposób w niej przewidziany, zaś skarżący nie wykazał zasadności zmiany decyzji w sposób, o który wnioskował.

Rozstrzygając powyższe zagadnienie prawne Sąd Najwyższy stwierdza, że opisany powyżej problem prawny ma swoje źródło w zauważalnej od lat praktyce działania organu regulacji komunikacji elektronicznej. Polega ona na wydawaniu decyzji w skomplikowanych i istotnych dla uczestników rynku telekomunikacyjnego sprawach w oparciu o – jak oświadczone na rozprawie – „doświadczenie życiowe” Prezesa Urzędu. Kierowanie się doświadczeniem życiowym, a raczej doświadczeniem regulacyjnym, sprawia, że Prezes Urzędu wydaje decyzje zmieniające umowy między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, których rozstrzygnięcie nie zostaje argumentacyjnie w jakikolwiek sposób połączone z materiałem dowodowym zgromadzonym w toku postępowania. Podstawy faktyczne interwencji Prezesa Urzędu zostają wyjaśnione poprzez złożenie oświadczenia wiedzy organu, kształtowanego przez wspomniane doświadczenie regulacyjne, że dane zdarzenia lub okoliczności mają (miały) miejsce. Podstawy analityczne nałożonych obowiązków nie zostają wyjaśnione w ogóle, bądź w sposób tak wybiórczy, że można jedynie domniemywać czym kierował się organ. Prezes Urzędu ogranicza się do zakomunikowania stronom postępowania, że nałożył na nie konkretne obowiązki, ponieważ uznał (bazując na doświadczeniu regulacyjnym), że nałożenie właśnie takich obowiązków jest uzasadnione według jego doświadczenia regulacyjnego. Następnie, na etapie postępowania sądowego, organ regulacji komunikacji elektronicznej wykazuje całkowitą bierność w sferze dowodowej i argumentacyjnej. W przypadku kwestionowania przez przedsiębiorcę

w odwołaniu podstaw faktycznych rozstrzygnięcia decyzji, Prezes Urzędu nie wskazuje sądowi dowodów, na których opiera się decyzja. Nie przedstawia argumentacji uzupełniającej treść uzasadnienia decyzji w kontekście zarzutów odwołania. Organ konsekwentnie poprzestaje na stwierdzeniu, że wszystkie ustalenia decyzji mają oparcie w jej uzasadnieniu. Prezes Urzędu nie przedstawia argumentacji odnoszącej się do treści zarzutów odwołania, która wyjaśniałaby sądowi znane organowi (dzięki doświadczeniu regulacyjnemu) mechanizmy działania rynku telekomunikacyjnego, co z kolei pozwoliłoby właściwie ocenić zasadność zarzutów odwołania. Prezes Urzędu poprzestaje na powtórzeniu uzasadnienia decyzji. Niekiedy dopiero na etapie postępowania kasacyjnego organ wykazuje inicjatywę argumentacyjną, wyjaśniając istotę i znaczenie podjętych działań, co umożliwia weryfikację poprawności zastosowania przepisów Prawa telekomunikacyjnego. Praktyka ta stanowi istotną przeszkodę w rozwoju odpowiedniego i odpowiedzialnego orzecznictwa sądowego w sprawach telekomunikacyjnych i utrudnia Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów, działającemu jako sąd wyspecjalizowany, sprawowanie merytorycznej kontroli nad działalnością Prezesa Urzędu.

Efektom takiej utartej praktyki działania organu jest wspomniany na wstępie problem prawny. Nie można dziwić się Sądowi Okręgowemu, że w okolicznościach niniejszej sprawy wydał orzeczenie kasacyjne, skonfrontowawszy zarzuty odwołania z decyzją Prezesa Urzędu. Przypomnieć należy, że podstawy rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji oparte zostały na: 1) braku spójnej i przekonującej argumentacji co do występowania podstaw do interwencji z urzędu; 2) arbitralności rozstrzygnięcia decyzji w zestawieniu ze wskazaną w decyzji podstawą faktyczną oraz analityczno-metodologiczną (a w zasadzie jej brakiem wg oceny Sądu Okręgowego); 3) dowolności ustaleń faktycznych, dla których źródłem nie były dowody i ustalenia postępowania administracyjnego, lecz nieznanie bliżej Sądowi „doświadczenie regulacyjne” organu. Organ nie uwzględnił, że fakty dotyczące sytuacji rynkowej, w jakiej interweniuje regulator, nie są faktami powszechnie znanymi. Sąd Najwyższy w obecnym składzie, rozumiejąc motywy leżące u podstaw wydanych w niniejszej sprawie rozstrzygnięć Sądów obu

instancji, nie podziela jednak konsekwencji wytkniętych przez Sądy uchybień zaskarżonej decyzji w postaci jej uchylenia.

Odnosząc się do problemu sposobu udzielenia ochrony prawnej powodowi w niniejszej sprawie, należy przypomnieć, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 21 czerwca 2013 r., III SK 36/12, nie można bezwzględnie utożsamiać żądania odwołania z wnioskiem o uchylenie albo zmianę decyzji. Granice żądania udzielenia ochrony prawnej wyznaczają w sprawach regulacyjnych przede wszystkim zakres oczekiwanej kontroli zgodności z prawem decyzji (całość albo część) lub sposobu działania organu regulacyjnego oraz zarzuty odwołania. Dopiero w dalszej kolejności granice te kształtuje wniosek o zmianę lub uchylenie decyzji.

Sposób udzielenia przedsiębiorcy ochrony prawnej w wyniku uwzględnienia jego odwołania uzależniony jest od wyniku przeprowadzonej przez Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów weryfikacji zgodności decyzji Prezesa Urzędu z podnoszonymi uchybieniami formalnymi i materialnymi. Sąd Najwyższy podtrzymuje przy tym dotychczasowy pogląd, zgodnie z którym wydanie wyroku uchylającego decyzję w wyniku uwzględnienia odwołania jest środkiem udzielenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu ochrony prawnej, gdy Sąd pierwszej instancji stwierdzi uchybienie przez Prezesa Urzędu wymogom proceduralnym, których nie można sanować na etapie postępowania sądowego lub gdy stwierdzi brak kompetencji organu do podjęcia interwencji w danej sprawie (wynikający z braku podstawy prawnej w ogóle bądź, jak wynika to z zapatrywań Sądów w niniejszej sprawie, z niespełnienia przesłanek warunkujących samą możliwość wydania decyzji w trybie art. 29 Prawa telekomunikacyjnego). Jeżeli natomiast Sąd Okręgowy stwierdzi, że konkretny obowiązek został przez Prezesa Urzędu ukształtowany wadliwie, bądź nie było podstaw (przesłanek) do nałożenia jednego z wielu obowiązków, wówczas uwzględnienie odwołania powinno prowadzić do odpowiedniej zmiany decyzji Prezesa Urzędu (w tym poprzez uchylenie wadliwego obowiązku przy zachowaniu pozostałych). Zdaniem Sądu Najwyższego, gdy strona ogranicza się do zakwestionowania materialnoprawnej warstwy rozstrzygnięcia decyzji Prezesa Urzędu domaga się udzielenia ochrony prawnej tylko i wyłącznie przez dokonanie merytorycznego osądu zaskarżonej decyzji. Osąd ten wymaga

udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy możliwa jest zmiana tych postanowień decyzji, które 1) zostały zaskarżone przez stronę; 2) czy przewidziane w nich obowiązki zostały uregulowane wadliwie przez Prezesa Urzędu; 3) czy kontestowane postanowienia mogą zostać zmienione w sposób wnioskowany przez skarżącego.

W świetle powyższych wywodów nieudowodnienie przez organ regulacji, że spełnione zostały przesłanki do zmiany z urzędu umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie stawek MTR uzasadnia uchylenie decyzji Prezesa Urzędu. W tym sensie rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego i przedstawioną w jego uzasadnieniu argumentację można uznać za prawidłowe, skoro zdaniem Sądu Okręgowego organ nie wykazał przesłanek do interwencji.

Sąd Najwyższy ma jednak na względzie, że powód w odwołaniu nie kwestionował istnienia podstaw faktycznych do interwencji Prezesa Urzędu na podstawie art. 29 Prawa telekomunikacyjnego, lecz jedynie efekt dokonanej z urzędu zmiany. W odwołaniu powód zarzucał wadliwe – w świetle przesłanek zastosowania art. 29 Prawa telekomunikacyjnego - utrzymanie asymetrycznych stawek w rozliczeniach z zainteresowanym oraz nieprawidłowe ukształtowanie tzw. ścieżki dojścia do stawek symetrycznych. Żądanie udzielenia powodowi ochrony prawnej nie sięgało tak daleko, by nałożone na niego obowiązki oraz jego uprawnienia w stosunku do zainteresowanego zostały zniesione przez uchylenie decyzji, wydanej w braku przesłanek z art. 29 Prawa telekomunikacyjnego. Powód dochodził ochrony prawnej swoich interesów poprzez odmienne ukształtowanie praw i obowiązków wynikających z zaskarżonej decyzji Prezesa Urzędu. W odwołaniu powód nie formułował zarzutów, których uwzględnienie uzasadniałoby uchylenie decyzji. Uwadze Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów umknęło, że przepis art. 29 Prawa telekomunikacyjnego został przywołany w odwołaniu w innym celu niż przeprowadzenie przez Sąd weryfikacji ziszczenia się podstaw do zmiany z urzędu umowy powoda i zainteresowanego. Przepis art. 29 Prawa telekomunikacyjnego jest nie tylko przepisem kompetencyjnym (i w takiej roli jego zastosowanie zostało poddane kontroli przez Sądy obu instancji), ale dodatkowo przepisem prawa materialnego. Jako taki wymienia przesłanki, jakimi Prezes Urzędu ma się kierować przy wprowadzaniu zmian do umowy łączącej

przedsiębiorców telekomunikacyjnych (wyrok Sądu Najwyższego z 28 stycznia 2015 r., III SK 27/14). Powód zaś domagał się weryfikacji sposobu zastosowania art. 29 Prawa telekomunikacyjnego, by właśnie w oparciu o wymienione w art. 29 Prawa telekomunikacyjnego kryteria zmienić treść zaskarżonej decyzji przez – prawidłowe zdaniem powoda – uwzględnienie wartości, o których mowa w tym przepisie.

W tej sytuacji, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów jako sąd merytoryczny nie powinien był uchylać decyzji Prezesa Urzędu, lecz rozważyć możliwość jej zmiany, co czyni zasadnym zarzut naruszenia w postępowaniu apelacyjnym art. 479<sup>64</sup> § 2 k.p.c. w zw. z art. 321 § 1 k.p.c. oraz art. 391 § 1 k.p.c.

Powód w odwołaniu wnosił o zmianę decyzji Prezesa Urzędu poprzez wprowadzenie stawki symetrycznej w rozliczeniach z powodem, ewentualnie poprzez inne ukształtowanie ścieżki dojścia do stawek symetrycznych. W ocenie Sądu Najwyższego, oba żądania mogły zostać skutecznie zgłoszone przez powoda, mimo iż Prezes Urzędu podejmując interwencję na podstawie art. 29 Prawa telekomunikacyjnego nie zakładał wprowadzenia stawek symetrycznych na tym etapie rozwoju rynku telekomunikacyjnego, na jakim znajdował się on pod koniec 2009 r.

W odniesieniu do żądania wprowadzenia symetrycznej stawki MTR w relacjach handlowych powoda z zainteresowanym należy przypomnieć, że decyzja Prezesa Urzędu została wydana na podstawie art. 29 Prawa telekomunikacyjnego. Jak już wyjaśniono powyżej, jeżeli Sąd Okręgowy stwierdziłby, że nie było podstaw do interwencji Prezesa Urzędu w trybie unormowanym przez art. 29 Prawa telekomunikacyjnego, zmiana treści stosunku umownego łączącego powoda z zainteresowanym nie powinna była mieć w ogóle miejsca. Jeżeli natomiast Sąd Okręgowy stwierdziłby, że stosując art. 29 Prawa telekomunikacyjnego Prezes Urzędu wadliwie zastosował przesłanki wymienione w tym przepisie (z odpowiednim uwzględnieniem obowiązków wynikających z art. 28 Prawa telekomunikacyjnego), wówczas może uwzględnić odwołanie i odpowiednio zmienić decyzję. Jednakże stwierdziwszy, że Prezes Urzędu nie udowodnił, że umowa powoda z zainteresowanym powinna zostać zmieniona w sposób unormowany w decyzji w zakresie wprowadzenia ścieżki dojścia do stawek symetrycznych, Sąd

Okręgowy nie może zmienić decyzji w ten sposób, że zamiast obowiązujących strony stawek asymetrycznych wprowadzi stawki symetryczne. Nieudowodnienie podstaw dla zastosowania stawek asymetrycznych przewidzianych w decyzji miałyby takie konsekwencje tylko wówczas, gdyby zmieniana umowa przewidywała stawki symetryczne. Nieudowodnienie potrzeby asymetrii oznacza tylko, że nie może być wprowadzana taka asymetria, jaką przewidziano w zaskarżonej decyzji. Przedmiotem wydanej w niniejszej sprawie decyzji Prezesa Urzędu nie jest zmiana stawek symetrycznych na asymetryczne ani zmiana ścieżki dojścia do stawek symetrycznych wprowadzonego w umowie. W tej sytuacji powód może w odwołaniu skutecznie domagać się wprowadzenia symetrycznych stawek MTR w rozliczeniach z zainteresowanym, jeżeli wykaże za pomocą odpowiednich analiz rynkowych i stosownej argumentacji, że warunki rynkowe, w jakich wydana została zaskarżona decyzja Prezesa Urzędu, przesłanki art. 29 Prawa telekomunikacyjnego uzasadniały wprowadzenie stawek symetrycznych. Samo niewykazanie przez Prezesa Urzędu, że stawki w umowie powoda z zainteresowanym powinny być symetryczne nie wystarcza w tej sytuacji do ich zmiany przez Sąd Okręgowy na stawki symetryczne. Trzeba bowiem pamiętać, że przesłanki jakimi Prezes Urzędu kierował się zmieniając umowę o dostępie telekomunikacyjnym z urzędu wyznacza przede wszystkim art. 29 Prawa telekomunikacyjnego, a w dalszej kolejności art. 28 Prawa telekomunikacyjnego.

Dlatego Sąd Najwyższy nie znalazł podstaw do uwzględnienia zarzutu skargi kasacyjnej powoda obejmującego art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z 13 sierpnia 2013 r., III SK 65/12, nie jest możliwe wypracowanie jednolitego rozwiązania w zakresie standardu dowodowego jak i rozkładu ciężaru dowodu w sprawach z zakresu regulacji dla spraw z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nakładających kary pieniężne oraz dla spraw z odwołania od decyzji nakładających na przedsiębiorców telekomunikacyjnych obowiązki regulacyjne. W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego z zasady ciężar dowodu spoczywa na Prezesie Urzędu, zarówno w sprawach dotyczących kar pieniężnych (wyroki Sądu Najwyższego z 14 lipca 2011 r., III SK 4/10; z 8 czerwca 2011 r., III SK 51/10) jak i w sprawach regulacyjnych (wyroki Sądu Najwyższego z 10 listopada 2010 r., III SK

27/08; z 10 listopada 2010 r., III SK 18/08). Jeżeli jednak powód domaga się zmiany decyzji poprzez odmienne ukształtowanie stawek MTR, nie może się ograniczyć do wykazania, że decyzja Prezesa Urzędu wydana w trybie art. 29 Prawa telekomunikacyjnego nie została odpowiednio uzasadniona, bądź że Prezes Urzędu nie wykazał zasadności zmiany. Niewykazanie zasadności zmiany umowy przez Prezesa Urzędu może skutkować tylko uchYLENIEM decyzji organu, ponieważ organ nie wykazał, że spełnione zostały przesłanki interwencji regulacyjnej. Jeżeli powód domaga się w odwołaniu kierunkowej zmiany decyzji Prezesa Urzędu wydanej na podstawie art. 29 Prawa telekomunikacyjnego, to musi przedstawić odpowiednią argumentację (wraz z przywołaniem stosownych dowodów na okoliczność sytuacji rynkowej), że w świetle przesłanek tego przepisu zasadne jest dokonanie żądanej zmiany. Podkreślić przy tym należy, że gdyby powód domagał się zmiany decyzji Prezesa Urzędu z tego powodu, że organ ukształtował treść umowy o dostępie w sposób sprzeczny z obowiązującymi w tym zakresie przepisami Prawa telekomunikacyjnego, bądź w sposób sprzeczny z obowiązkami ciążącymi na przedsiębiorcach telekomunikacyjnych na podstawie wydanych wcześniej decyzji, wówczas do zmiany decyzji wystarczające jest wykazanie samej niezgodności i wskazanie standardu dotyczącego treści obowiązku, jaki powinien respektować organ regulacyjny.

Sąd Najwyższy uznał za zasadny podniesiony w skardze powoda zarzut naruszenia art. 29 Prawa telekomunikacyjnego, ponieważ czas trwania negocjacji między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi nie ma znaczenia dla spełnienia przesłanek zastosowania tego przepisu. Okres, jaki upłynął od wydania decyzji tymczasowej do wszczęcia postępowania w sprawie wydania decyzji w niniejszej sprawie może mieć znaczenie dla zastosowania art. 17 Prawa telekomunikacyjnego, ale samodzielnie nie wpływa na możliwość zastosowania art. 29 Prawa telekomunikacyjnego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 29 w zw. z art. 28 ust. 1 i art. 36 Prawa telekomunikacyjnego przez uznanie, że w przypadku wydania decyzji o dostępie telekomunikacyjnym z urzędu nie mają zastosowania wymogi określone w art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, przypomnieć należy, że w wyroku z 28 stycznia 2015 r., III SK 27/14 rozstrzygnięto już, że z uwagi na szczególny

charakter trybu z art. 29 Prawa telekomunikacyjnego Prezes Urzędu może modyfikować obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych innymi decyzjami w ten sposób, że dokona ich uzupełnienia o regulacje dotyczące kwestii nieprzewidzianych w wydanych wcześniej decyzjach. Nie jest także związany kwestiami spornymi między stronami umowy. Nie zwalnia to Prezesa Urzędu z obowiązku respektowania art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego przy wydawaniu decyzji na podstawie art. 29 Prawa telekomunikacyjnego. Sąd Najwyższy miał jednak na względzie, że podnosząc zarzut naruszenia art. 29 w zw. z art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego powód zmierzał do zakwestionowania stanowiska Sądu Apelacyjnego, zgodnie z którym wydając zaskarżoną decyzję Prezes Urzędu nie naruszył obowiązku nałożonego na podstawie art. 36 Prawa telekomunikacyjnego na zainteresowanego w decyzji SMP P. W tym zakresie zarzut skargi kasacyjnej powoda jest niezasadny. Przewidziany w niniejszej decyzji obowiązek stosowania asymetrycznej stawki MTR w rozliczeniach między powodem a zainteresowanym nie narusza art. 36 Prawa telekomunikacyjnego. Z obowiązku stosowania asymetrycznej stawki MTR nie wynika, że zainteresowany może dyskryminować powoda w rozumieniu art. 36 Prawa telekomunikacyjnego poprzez konstrukcję tańszej oferty detalicznej zawierającej niższe stawki za zakończenie połączenia wykonywanego w całości wewnątrz sieci zainteresowanego w stosunku do stawki MTR płaconej przez powoda zainteresowanemu. Z tych samych względów Sąd Najwyższy nie uwzględnił zarzutu naruszenia art. 36 Prawa telekomunikacyjnego.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów skargi kasacyjnej Prezesa Urzędu, Sąd Najwyższy uznał za bezpodstawny zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 378 § 1 k.p.c. przez zaniechanie ustosunkowania się do wszystkich zarzutów apelacji, tj. zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w odniesieniu do oceny skutków „utrąty mocy obowiązującej decyzji tymczasowej” oraz zarzutu naruszenia art. 479<sup>12</sup> k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. polegającego na przyjęciu, że zakwestionowanie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego założeń opisanych w decyzji powoduje, że to na Prezesie Urzędu spoczywa ciężar dowodu co do tych założeń.



Do zarzutów tych Sąd drugiej instancji ustosunkował się ogólnie. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku znajduje się wywód, w którym choć nie odniesiono się wprost do art. 233 § 1 k.p.c. z apelacji Prezesa Urzędu, to jednak wyjaśniono, dlaczego Sąd drugiej instancji nie podzielił zarzutu naruszenia art. 29 Prawa telekomunikacyjnego w zakresie objętym zarzutem naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. apelacji Prezesa Urzędu. Z kolei do zarzutu naruszenia art. 479<sup>12</sup> k.p.c. w zw. z art. 6 k.c., zdaniem Sądu Najwyższego, Sąd Apelacyjny odniósł się w zakresie w jakim potwierdził prawidłowość uchylecia decyzji przez Sąd Okręgowy, ponieważ Prezes Urzędu nie wykazał ani w decyzji ani w toku postępowania sądowego, że zachodziła konieczność zastosowania symetrii stawek. To że na organie regulacyjnym spoczywa ciężar wykazania podstaw faktycznych, na których opiera się następnie argumentacja uzasadniająca podjęcia takiego a nie innego rozstrzygnięcia regulacyjnego, nie budzi żadnych wątpliwości Sądu Najwyższego. Kompetencja do wydawania decyzji administracyjnych kształtujących stosunku cywilnoprawne między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi nie uprawnia Prezesa Urzędu do nakładania na przedsiębiorców obowiązków w oparciu o samo doświadczenie regulacyjne organu.

Zasadny okazał się natomiast zarzut naruszenia art. 29 Prawa telekomunikacyjnego. Przepis art. 29 Prawa telekomunikacyjnego określa przesłanki interwencji Prezesa Urzędu w stosunki umowne łączące przedsiębiorców. Organ regulacyjny, jako działający w granicach prawa, musi wykazać, że spełnione zostały przesłanki tej interwencji. Jak słusznie wskazuje się w piśmiennictwie i orzecznictwie uzasadnienie nie powinno poprzestawać na wymienieniu przesłanki, ale wyjaśnić jej rozumienie i zastosowanie w okolicznościach danej sprawy. Nie jest wystarczające powołanie się na znajomość rynku telekomunikacyjnego i formułowanie na tej podstawie założeń i wniosków stanowiących podstawę decyzji (wyrok SOKiK z 12 września 2008 r., XVII AmT 13/08). Spełnienie tych przesłanek podlega ocenie przez Sądy orzekające w sprawie z odwołania. Przepisu art. 6 k.c. nie stosuje się, a stwierdzenie, że Prezes Urzędu ma uzasadnić dlaczego jego interwencja jest dopuszczalna na podstawie art. 29 Prawa telekomunikacyjnego, nie narusza tego przepisu, tak samo jak stwierdzenie, że ma wykazać spełnienie tych przesłanek.

Choć wykazanie przesłanek interwencji niewątpliwie obciąża organ, przesłanki z art. 29 Prawa telekomunikacyjnego nie są faktami podlegającymi dowodzeniu. Spełnienie przesłanek z art. 29 Prawa telekomunikacyjnego uzależnione jest od przedstawienia odpowiednio przekonującej argumentacji. Argumentacja ta powinna opierać się na faktach rynkowych, które z kolei podlegają dowodzeniu chociażby za pomocą odesłań do odpowiednich ustaleń zawartych w badaniach rynkowych, zdarzeń na rynku z przeszłości (np. skutków wejścia zainteresowanego na rynek dla konkurencji cenowej między operatorami sieci ruchomych, itp.). Jednakże nawet gdy Prezes Urzędu, wbrew przywołanym powyżej zasadom, nie wyjaśni w uzasadnieniu decyzji przesłanek zastosowania art. 29 Prawa telekomunikacyjnego, bądź uczyni to niekompletnie, a zarzut naruszenia tego przepisu został podniesiony w odwołaniu, Sąd musi ocenić, czy w stanie faktycznym sprawy przesłanki te zostały spełnione.

W dalszej kolejności należy przypomnieć, że uzasadniając spełnienie przesłanek art. 29 Prawa telekomunikacyjnego Prezes Urzędu odniósł się do zagrożenia interesów użytkowników w przypadku braku zmiany umowy. Zdaniem Prezesa Urzędu, obniżki stawek MTR prowadzą w konsekwencji do obniżek stawek detalicznych, na czym korzystają konsumenci. Dlatego brak obniżki stawek MTR po 16 grudnia 2009 r. ograniczałby uprawnienia użytkowników końcowych przez pozbawienie ich korzyści w zakresie obniżek cen za połączenia do sieci zainteresowanego. Decyzje Prezesa Urzędu obniżające stawki MTR w sieciach operatorów zasiedziały nie obejmowały zainteresowanego. Rozumowanie to pozwala przyjąć, że spełniona została ta przesłanka art. 29 Prawa telekomunikacyjnego, która odnosi się do interesów użytkowników końcowych. Przy funkcjonalnym zastosowaniu art. 29 Prawa telekomunikacyjnego zasadne jest założenie, że te interesy zostały zagrożone w ten sposób, że brak zmiany umowy łączącej powoda z zainteresowanym byłby szkodliwy także dla użytkowników końcowych powoda, gdyż płaciliby oni (pośrednio) nadal wyższą stawkę MTR za zakończenie połączenia w sieci zainteresowanego. W uzasadnieniu decyzji przedstawiono przekonującą argumentację, zgodnie z którą ingerencja Prezesa Urzędu służy interesom użytkowników końcowych w ogólności poprzez: 1) obniżenie stawek MTR należnych zainteresowanemu, co zwiększa presję kosztową

na nim i przyczynia się do zapewnienia bardziej efektywnego działania w dalszej perspektywie czasowej; 2) zwiększa presję konkurencyjną na operatorów zasiedziałych. Wreszcie, Prezes Urzędu wskazał na konieczność obniżenia stawek MTR należnych zainteresowanemu w ślad za obniżeniem stawek MTR u operatorów zasiedziałych, by przeciwdziałać nadmiernym transferom ze strony tych ostatnich na rzecz zainteresowanego. Pozwalałoby to zainteresowanemu subsydiować skrośnię działalność na rynku detalicznym. Obniżka taka miała ponadto zachęcić zainteresowanego do stopniowej redukcji kosztów, powinna uwzględniać rozwój infrastruktury zainteresowanego, powiększenia bazy klientów oraz efekty skali.

W ocenie Sądu Najwyższego, Prezes Urzędu wykazał w decyzji potrzebę utrzymania (w dacie jej wydania) asymetrycznych stawek MTR w umowie między powodem a zainteresowanym. Po pierwsze, utrzymując asymetryczne stawki MTR Prezes Urzędu wskazał na asymetrię obowiązków regulacyjnych powoda i zainteresowanego. Na zainteresowanym nie ciąży obowiązek stosowania opłat ustalonych w oparciu o ponoszone koszty, dlatego wprowadzenie symetrycznych stawek oznaczałoby, że stawka za zakończenie połączenia w sieci zainteresowanego powinna wynosić tyle ile stawka obowiązująca za zakończenie połączenia w sieci powoda, która to stawka została ustalona w oparciu o uzasadnione koszty powoda. Po drugie, Prezes Urzędu miał na względzie 10-letnią różnicę w dacie wejścia na rynek powoda i zainteresowanego. Odwołując się do decyzji SMP P. organ regulacji komunikacji elektronicznej przyjął, że z uwagi na inną dynamikę rynku, poziom cen hurtowych i detalicznych, poziom nasycenia rynku nakłady zainteresowanego na rozbudowę infrastruktury zwrócą się później niż miało to miejsce w przypadku powoda. Po trzecie, różnice w liczbie klientów (2 mln do 13 mln - z odwołaniem do raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego w 2008 r.), przekładają się na ponoszenie wyższych kosztów jednostkowych świadczenia usług w stosunku do operatorów zasiedziałych. Dodatkowo Sąd Najwyższy miał na względzie, że Komisja w stanowisku konsultacyjnym nie wymagała udowodnienia, ale należytego uzasadnienia zastosowania asymetrii. Jej zastrzeżenia dotyczyły tylko okresu dochodzenia do stawek symetrycznych oraz wysokości stawek ustalonych dla zainteresowanego, a nie samej asymetrii. Sąd

Najwyższy uwzględnił także, że według ERG wszelkie przypadki asymetrii wymagają odpowiedniego uzasadnienia. W stanowisku ERG wskazano przykładowe okoliczności, które mogą uzasadniać czasowe odstąpienie od stosowania stawek symetrycznych. Jedną z takich okoliczności jest opóźnienie w wejściu na rynek nowego podmiotu, który nie może wykorzystywać efektu skali w takim samym stopniu, jak podmioty działające od wielu lat na rynku. W celu stymulowania rozwoju takiego nowego podmiotu przejściowe asymetryczne stawki pozwalają na osiągnięcie wyższych zysków w krótkim okresie i tym samym wzmacniają pozycję konkurencyjną nowych podmiotów na rynku, uprawnionych do korzystania z wyższych MTR, co w efekcie najczęściej prowadzi do wzrostu konkurencji w dłuższej perspektywie.

Jednocześnie Sąd Najwyższy stwierdza, że Prezes Urzędu nie wykazał (ani nie uzasadnił), dlaczego ścieżka dojścia do stawek symetrycznych powinna mieć taki przebieg jaki przyjęto w decyzji, zaś powód nie wykazał, by przesłanki art. 29 Prawa telekomunikacyjnego uprawniały do wprowadzenia symetrycznych stawek. Dlatego zadaniem Sądu Okręgowego przy ponownym rozpoznaniu sprawy jest dokonanie weryfikacji prawidłowości ścieżki dojścia do stawek symetrycznych ukształtowanej w decyzji.

Z uzasadnienia decyzji Prezesa Urzędu wynika dla Sądu Najwyższego, mimo podnoszonych w tym zakresie wątpliwości przez Sądy obu instancji, że kształtując ścieżkę dojścia organ zmierzał do zastosowania modelu ERG. Model ten, w ocenie Sądu Najwyższego, opiera się na zależności między różnicą w poziomie kosztów przedsiębiorcy telekomunikacyjnego wchodzącego na rynek i poziomem kosztów zasiedziałego operatora a wielkością udziału w rynku nowego operatora. Im niższy udział w rynku nowego operatora, tym wyższa różnica w ponoszonych przez niego kosztach, a w konsekwencji tym wyższa powinna być stawka MTR, jaką zasiedziały operator powinien płacić nowemu operatorowi (w porównaniu do stawki jako nowy uczestnik rynku uiszcza zasiedzialemu operatorowi). Model ERG opiera się na założeniu pewnej dynamiki pozyskiwania przez nowego operatora udziału w rynku. Zdaniem Sądu Najwyższego, wydając decyzję zaskarżoną w niniejszej sprawie Prezes Urzędu w dopuszczalny sposób dokonał modyfikacji tego modelu. Modyfikacja ta polegała na uwzględnieniu

wyjściowych realiów rynku polskiego. Zainteresowany uzyskał po dwóch latach działalności niższy udział w rynku niż założony w modelu ERG. Dlatego stawka MTR w pierwszym okresie może być liczona zgodnie z modelem ERG według faktycznego udziału zainteresowanego w rynku, co przekłada się na stawkę wyjściową przewidzianą w decyzji Prezesa Urzędu. Sąd Najwyższy uważa za uzasadnione założenie regulatora, zgodnie z którym obniżanie poziomu asymetrii stawek co 6 miesięcy ma na celu skorelowanie tych zmian z dynamiką tendencji rynkowych, zaś równomierne obniżanie stawek ma wymuszać na zainteresowanym presję na sukcesywne obniżanie kosztów. Dlatego zweryfikowane przez SOKiK stawki MTR w kolejnych 6-cio miesięcznych okresach powinny być ustalone z uwzględnieniem dynamiki wzrostu udziału w rynku przyjętej w modelu ERG. Stawki powinny osiągnąć symetryczny poziom w momencie, w którym zainteresowany osiągnie – według modelu ERG – udział w rynku uznawany na rynku telekomunikacyjnym za odpowiadający minimalnej efektywnej skali działania (15-20%). Decyzje regulatora adresowane do nowych operatorów mają bowiem służyć pogodzeniu dwóch potrzeb: 1) stworzenia warunków pozwalających nowym podmiotom konkurować z operatorami zasiedzającymi oraz 2) wywieraniu presji na obniżkę kosztów działania przez nowych uczestników rynku. Ścieżka dojścia do stawek symetrycznych nie może być przy tym dłuższa niż przewidywał to model ERG (6 lat od wejścia operatora na rynek). Dostępne obecnie rzeczywiste dane o kształtowaniu się wielkości udziału w rynku zainteresowanego, z uwagi na zasadę regulacji *ex ante*, mogą zostać wykorzystane przez Sąd Okręgowy jedynie posiłkowo do weryfikacji poprawności przyjętego rozumowania w zakresie dynamiki wzrostu udziału zainteresowanego w rynku w początkowym okresie (w modelu ERG dynamika wzrostu udziału nowego operatora w rynku obniża się w kolejnych latach, przy czym jej spadek jest tym szybszy im wyższy jest uzyskany udział w rynku).

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.