



KRAJOWA IZBA KOMUNIKACJI ETHERNETOWEJ

ul. Lindleya 16, 02-013 Warszawa
tel. + 48 22 2928700, fax +48 22 2928701
www.kike.pl, e-mail: biuro@kike.pl, grap@kike.pl
KRS 0000316678, REGON 141637224, NIP 9512270210

Warszawa, dnia 29 czerwca 2023 r.

DKKIKE-430

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej
ul. Giełdowa 7/9
01-211 Warszawa

Strony postępowania:

- 1) Fiberhost S.A.**, ul. Klaudyny Potockiej 25, 60-211 Poznań, dalej także jako **Fiberhost** lub **OSD**
- 2) Orange Polska S.A.**, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa, dalej także jako **OPL** lub **OK**

Podmiot wnoszący stanowisko: **Krajowa Izba Komunikacji Ethernetowej**, ul. Lindleya 16, 02-013 Warszawa, dalej także jako **KIKE** lub **Izba**

Znak sprawy: DR.WPS.6080.3.2022

STANOWISKO KONSULTACYJNE

dotyczące projektu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej
w sprawie zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym Orange Polska S.A. do sieci
szerokopasmowej Fiberhost S.A., wykonanej z wykorzystaniem środków publicznych

Działając w imieniu KIKE, przedstawiam stanowisko dotyczące projektu decyzji (dalej: **Projekt Decyzji** lub **Projekt**) Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: **Prezes UKE**) w tej sprawie, opublikowanego na stronie internetowej tut. Urzędu w dniu 2 czerwca 2023 r.

I. Przedmiot postępowania

Przedmiotem niniejszego postępowania są wnioski (zarówno Fiberhost, jak i OPL) o wydanie decyzji zmieniającej umowę ramową Fiberhost o dostępie telekomunikacyjnym do sieci szerokopasmowej wykonanej z wykorzystaniem środków publicznych przyznanych w ramach Działania 1.1 Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa (dalej: **POPC**) nr TRH163368, zawartej w dniu 27 marca 2019 r. pomiędzy Fiberhost a OPL, regulującej zasady dostępu OPL do sieci szerokopasmowej Fiberhost, wykonanej z wykorzystaniem środków publicznych, przyznanych w ramach drugiego konkursu Działania 1.1. POPC (dalej: **Umowa Ramowa** lub **Umowa**).

Fiberhost wnosił o dostosowanie Umowy Ramowej do oferty ramowej Fiberhost pt. *Oferta Ramowa dostęp telekomunikacyjny do sieci szerokopasmowej wykonanej z wykorzystaniem środków publicznych przyznanych w ramach Działania 1.1 POPC drugi i trzeci konkurs* (dalej

Razem możemy więcej!

OR POPC2/2021), zaakceptowanej przez Prezesa UKE w dniu 13 lipca 2021 r.

Z kolei OPL domagał się implementacji do Umowy Ramowej uregulowań dotyczących promocji, w istocie zgodnych z kolejną wersją oferty ramowej Fiberhost, zaakceptowaną w drodze tzw. milczącej zgody Prezesa UKE w postępowaniu o znaku DR.WPS.6082.18.2022 (nazwaną w Projekcie OR POPC2/2022) oraz wykreślenia z Umowy Ramowej postanowień uprawniających Fiberhost do wypowiedzenia Umowy Ramowej bez podania przyczyny z zachowaniem 6-miesięcznego okresu wypowiedzenia.

Przedmiot postępowania KIKE rekonstruuje na podstawie lektury Projektu, ponieważ nie uczestniczy w postępowaniu na prawach strony. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na przepis art. 31 § 4 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (dalej jako **KPA**) w zw. z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (dalej jako **UstPT**), z których w ocenie Izby wynika, że Prezes UKE winien był zawiadomić KIKE o wszczęciu postępowania.

Izba wyjaśnia, że członkowie KIKE zgłaszają jej nieustannie problemy na tle dostępu hurtowego do sieci, których dysponentem jest Fiberhost. Izba z dużym niepokojem przyjmuje wiadomość, że Prezes UKE w Projekcie niejako aprobuje postępowanie Fiberhost, polegające w zasadzie na wymuszaniu na operatorach korzystających akceptacji wszelkich, proponowanych przez OSD zmian umów o dostępie do sieci wykonanych ze środków publicznych, w tym w zakresie tzw. *essentialia negotii*, w szczególności ceny usług, przy braku jakiegokolwiek ograniczenia zakresu dopuszczalnych zmian.

Już na wstępie tego pisma KIKE wnosi o reasumpcję podejścia Prezesa UKE do tego zagadnienia i poddanie tej kwestii dyskusji z przedstawicielami rynku telekomunikacyjnego (np. w ramach prac Zespołu doradczego Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej do spraw hurtowych cen usług telekomunikacyjnych w sieci stacjonarnej dla inwestycji dotowanych ze środków Unijnych), zwracając jednocześnie uwagę na to, że wynik tego postępowania będzie miał zasadniczy wpływ nie tylko na stosunki prawne pomiędzy OPL a Fiberhost, ale i na szereg umów, jakie z Fiberhost mają zawarte inni przedsiębiorcy telekomunikacyjny. Postępowanie to będzie także niewątpliwie oddziaływać całościowo na rynek dostępu hurtowego i - jeśli Prezes UKE nie zmieni swojego stanowiska w tej sprawie - wpłynie na ukształtowanie na tym rynku nowej praktyki, pogarszającej znacznie sytuację operatorów korzystających oraz niewątpliwie mającej negatywny skutek dla użytkowników końcowych.

Trzeba wszak pamiętać o tym, że żaden z operatorów korzystających nie zakupuje od Fiberhost (czy innego operatora sieci dostępowej) usług w innym celu niż świadczenie usług telekomunikacyjnych na rzecz swoich abonentów – ostatecznym „konsumentem” tych usług jest użytkownik końcowy. W przypadku zmian warunków dostępu telekomunikacyjnego, operator korzystający będzie musiał „wymusić” tożsame zmiany warunków umowy abonenckiej zawartej z użytkownikiem końcowym, z czego, na tą chwilę nie posiada do tego mechanizmów prawnych, które byłyby aprobowane przez Prezesa UKE czy też przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako **Prezes UOKiK**). Operator korzystający, jako jedynie pośredni użytkownik/konsument usług hurtowych, nie może zaś ponosić negatywnych konsekwencji zmian ofert hurtowych operatora sieci dostępowej.

Nie bez znaczenia pozostaje także okoliczność, że niniejsze postępowanie dotyczy sieci telekomunikacyjnej wykonanej ze środków publicznych, która powstała, nie celem wzbogacenia się operatora sieci dostępowej, a po to, aby zapewnić dostęp do Internetu dla użytkowników końcowych na obszarach, na których było mało prawdopodobne, aby sieci te powstały w ramach inwestycji komercyjnych. Przy rozstrzyganiu tej sprawy nie sposób pominąć zatem tego, jakiego typu sieci dotyczy Umowa Ramowa i jaki był cel przyznania na jej wykonanie środków publicznych. Zdaniem KIKE, w Projekcie okoliczności tej nie została przypisana należyta waga.

Powyższe jest istotne także z tej perspektywy, że Projekt Decyzji, a następnie decyzja, będą stanowić warunki rynkowe w zakresie dostępu telekomunikacyjnego dla całego rynku, a może i (uzupełniająco) warunki rynkowe w zakresie dostępu do infrastruktury technicznej operatorów sieci elektroenergetycznych. Z tej perspektywy, koniecznym jest usunięcie z Projektu Decyzji postanowień, które uniemożliwiają korzystanie przez OPL z sieci szerokopasmowej na sprawiedliwych i niedyskryminacyjnych warunkach, naruszając tym samym interes użytkowników końcowych.

II. Zasadnicze stanowisko

KIKE w niniejszym piśmie pragnie zająć stanowisko odnośnie do:

- 1) Części I Rozdziału 3 Podrozdziału 3.2 ust. 10-18 Umowy Ramowej - to jest odnośnie do wprowadzenia przez tut. Organ regulacyjny do Umowy Ramowej mechanizmu automatycznego dostosowania Umowy Ramowej do obowiązującej oferty hurtowej Fiberhost. Na mocy tej zmiany, Fiberhost będzie uprawniony do automatycznego wprowadzenia zmian do Umowy Ramowej, z całkowitym pominięciem stanowiska OPL, a nawet wbrew woli OPL, co generuje po stronie OPL wysokie ryzyko biznesowe prowadzenia działalności gospodarczej;
- 2) Części I Rozdziału 4 Podrozdziału 4.2 ust. 5 Umowy Ramowej – to jest, co do przyznania Fiberhost prawa do rozwiązania Umowy z zachowaniem 6-miesięcznego okresu wypowiedzenia, w przypadku zmiany treści, zakresu lub warunków wykonywania obowiązku zapewnienia dostępu hurtowego, będącego podstawą do świadczenia usług na podstawie Umowy, po uprzednim wezwaniu OK do dostosowania Umowy do zmienionych warunków realizacji tego obowiązku. W ocenie KIKE, zmiany treści, zakresu lub warunków wykonywania obowiązku zapewnienia dostępu hurtowego, jeśli nie będą wynikały z umowy o dofinansowanie lub z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, lub decyzji Prezesa UKE wydanej w stosunku do wszystkich beneficjentów danego naboru POPC, nie powinny prowadzić do tak drastycznego skutku, jakim jest rozwiązanie Umowy;
- 3) Części I Rozdziału 2 ust. 7 Umowy Ramowej - to jest w zakresie przyjęcia, iż OPL i Fiberhost są zobowiązani do *dostosowania* Umowy Ramowej każdorazowo, jeżeli z przepisów o pomocy publicznej, decyzji, umów lub innych aktów, na podstawie których nastąpiło finansowanie ze środków publicznych sieci POPC, wynikać będą inne zasady i warunki dostępu - z tej przyczyny, iż postanowienie to jest niejasne, nie ogranicza

zakresu zmian, nie wskazuje konkretnie, jakie obowiązki winien w takiej sytuacji spełnić OPL, jak i stwarza pole do nadużyć ze strony Fiberhost;

- 4) Części I Rozdziału 2 ust. 14 Umowy Ramowej - to jest do przyjęcia, iż w przypadku braku przyłącza doprowadzonego do danego punktu adresowego do sieci POPC, OSD pobiera opłaty za doprowadzenie przyłącza zgodnie z cennikiem – z tej przyczyny, że nie zostało wskazane, czyją własność stanowią ma przyłącze, nie przewidziano możliwości zapewnienia przyłącza przez OK, jak i rekompensaty dla OK na wypadek rozwiązania Umowy Ramowej w sytuacji, gdyby przyłącze, które zostało wykonane na koszt OK, miało wejść w skład majątku OSD

- bowiem to właśnie te postanowienia są najbardziej istotne w punktu widzenia okoliczności, które KIKE nakreśliła w pierwszej części tego pisma. Niemniej jednak, nie należy kwestii tej interpretować jako wyrazu aprobaty ze strony KIKE dla pozostałej części Projektu.

Uwzględnienie stanowiska konsultacyjnego KIKE umożliwi wydanie zgodnej z prawem decyzji, ujmującej wolę stron, udzielającej ochrony prawnej OPL i zapewniającej niedyskryminujące oraz proporcjonalne warunki dostępu, zabezpieczające interesy użytkowników końcowych.

II. Wprowadzenie automatycznego mechanizmu zmiany Umowy Ramowej, jak i prawa OSD do wypowiedzenia Umowy z uwagi na brak zgody OK na zmianę jej treści

Prezes UKE w Projekcie Decyzji, a konkretnie w Części I Rozdziału 3 Podrozdziału 3.2, ust. 10-18 Umowy Ramowej, przyznał *stronie* uprawnienie do żądania wprowadzenia zmian w treści tej Umowy, w ten sposób, że w przypadku zmiany warunków współpracy, określonych w aktualnie obowiązującej ofercie ramowej OSD, dotyczącej dostępu telekomunikacyjnego do sieci szerokopasmowej wykonanej z wykorzystaniem środków przyznanych w ramach działania 1.1 POPC drugi konkurs, każda ze stron Umowy ma prawo żądać odpowiedniego dostosowania treści Umowy, w tym aktualizacji cennika.

KIKE zwraca uwagę na to, że w ust. 10 nie powołano się na to, aby prawo do złożenia stosownego żądania przysługiwało *stronom* bądź *każdej ze stron*. Taki, a nie inny sposób regulacji – biorąc pod uwagę dalsze ustępy (w szczególności ustęp 14) – w ocenie KIKE był celowy i prowadzi do tego, że omawiane żądanie, na tle regulacji umownych, przysługiwać będzie w zasadzie wyłącznie OSD. Co prawda, postanowienia Umowy mówią też o uprawnieniach OK, ale z ich zasadniczej treści wynika, że jedynym podmiotem, który może się sprzeciwić zmianie, jest OSD. Dodatkowo, OSD może skutecznie zablokować wdrożenie do Umowy zmiany wnioskowanej przez OK.

Zaproponowany przez Prezesa UKE mechanizm zmiany Umowy w zasadzie sprowadza się do tego, że zmiana ta następuje automatycznie z woli OSD, zaś brak zgody OK na takową zmianę uniemożliwia realizację nowych zamówień. Co więcej, procedura zmiany Umowy w tym trybie rozpoczyna się wyłącznie w sytuacji, w której OSD opublikuje na swojej stronie internetowej zmienioną ofertę hurtową. Innymi słowy, OPL nie jest władny ze swojej strony zainicjować omawianej procedury, bowiem nie jest może zastąpić OSD w opublikowaniu zmienionej oferty hurtowej.

To OSD jest jedynym podmiotem władnym narzucić zmienioną treść kontraktu, w przypadku braku zgody OPL na wprowadzenie zmian do Umowy Ramowej. Innymi słowy, to OSD ma prawo jednostronnie dostosować treść Umowy Ramowej (narzucić OPL treść kontraktu), do własnej oferty hurtowej, która co prawda została zaakceptowana przez Prezesa UKE, ale nie podlega konsultacjom publicznym.

Jednocześnie, należy zwrócić uwagę, że bezpodstawnie proponuje się w Projekcie Decyzji, aby OSD miał możliwość według tej procedury wprowadzenia do umowy także innych zmian niż te, które będą wynikać z dokonania przez Prezesa UKE akceptacji zmian w ofercie hurtowej tego podmiotu. Okoliczność ta wynika z tej części ust. 11, którą KIKE zaznaczyła poniżej na czerwono. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN¹:

między innymi «wyrażenie informujące o tym, że oprócz wymienionych rzeczy, osób, sytuacji itp. istnieją też inne, odnoszące się do tego, o czym mowa»

Taki sposób redakcji może także prowadzić do innej wykładni, a to jest do tego, że Fiberhost może wprowadzić zmiany do swojej oferty hurtowej bez akceptacji Prezesa UKE. W obu przypadkach regulacja jest nieprawidłowa.

Jak stanowi bowiem Projekt Decyzji:

11. Procedura zmiany Umowy, wynikająca między innymi z zaakceptowania zmian wprowadzonych w Ofercie (obejmującej wzór Umowy) przez Prezesa UKE, rozpoczyna się z dniem opublikowania przez OSD zmienionej Oferty na swojej stronie internetowej, w miejscu publikacji Oferty ("Publikacja"). [...]

14. W przypadku nieosiągnięcia przez Strony porozumienia w drodze negocjacji, niepodjęcia negocjacji lub oświadczenia drugiej Strony o braku zgody na wprowadzenie zmian wskazanych w Zawiadomieniu, OSD po upływie 3 pełnych Okresów Rozliczeniowych od doręczenia Zawiadomienia drugiej Stronie poprzez SK, ma prawo odmówić realizacji nowych Zamówień OK [...].

15. Zawiadomienie stanowi integralną część Umowy, zaś zmiana dokonana w myśl postanowień ust. 10 powyżej nie wymaga sporządzenia aneksu w formie pisemnej.

Powyższe powoduje, iż OPL jest *de facto* pozbawiony realnego wpływu na treść, jak i kształt zmian, a hipotetyczne negocjacje, które mają poprzedzać wprowadzenie zmian, będą mieć charakter jedynie pozorny, ponieważ Fiberhost i tak będzie uprawniony do automatycznego ich wprowadzenia, jak również do zablokowania możliwości realizacji nowych zamówień w przypadku zmian proponowanych przez OPL.

Należy także zwrócić uwagę na dalszą część ust. 11, która nie została zacytowana powyżej, a to jest, że:

Poczynając od dnia Publikacji OSD, w terminie 30 dni kalendarzowych, ale nie później niż do końca Okresu Rozliczeniowego, w którym nastąpiła Publikacja, zobowiązany jest do wysłania zawiadomienia („Zawiadomienie”) do OK. Zawiadomienie zawiera w szczególności informacje o tym, że termin jego doręczenia jest terminem rozpoczęcia negocjacji, o wprowadzanych zmianach wraz z ich uzasadnieniem, pouczenie o umownych skutkach odmowy nowych

¹ Źródło: <https://sjp.pwn.pl/slowniki/mi%C4%99dzy%20innymi.html> [dostęp w dniu 30 czerwca 2023 r.]

warunków oraz braku reakcji na Zawiadomienie. OK również jest uprawniony do wysłania Zawiadomienia do OSD.

Z postanowienia tego wynika, że opublikowanie zmian w ofercie hurtowej OSD daje Fiberhost prawo do wysłania do OK zawiadomienia. OPL też może wysłać do OSD zawiadomienie, w którym – kuriozalnie - ma pouczyć Fiberhost o *umownych skutkach odmowy nowych warunków oraz braku reakcji na Zawiadomienie* – czyli o tym, że jeśli OSD się nie zgodzi na zmiany proponowane przez OPL, to OPL poniesie negatywne konsekwencje tego postępowania, bowiem da to Fiberhost prawo do odmowy realizacji nowych zamówień.

W treści uzasadnienia Projektu Decyzji, a konkretnie na str. 8 Projektu, Prezes UKE wskazuje, iż:

[...] Prezes UKE obowiązany był dostosować warunki współpracy Stron do warunków przewidzianych w OR POPC2/2022/publ. jako najbardziej aktualnej wersji OR POPC2, zawierającej aktualne warunki zapewnienia Dostępu do Sieci POPC2, z zastrzeżeniem dokonania modyfikacji wspomnianych warunków Dostępu w wybranych przypadkach, gdy przemawiały za tym szczególne okoliczności (ich uzasadnienie omówiono w dalszej części uzasadnienia Decyzji).

W tym miejscu KIKE zwraca uwagę, iż branża telekomunikacyjna nie brała udziału w ustalaniu warunków OR POPC2/2022 i nikomu - poza Fiberhost i Prezesem UKE - nie jest znany przebieg postępowania w przedmiocie ustalenia tych warunków. Z niepokojem Izba przyjmuje zaś wiadomość wskazaną na str. 8 Projektu, jakoby warunki te zostały jednostronnie ustalone przez Fiberhost, a Prezes UKE je zaaprobował w drodze tzw. milczącej zgody.

Powyższe oznacza, iż Fiberhost, w przypadku utrzymania treści Projektu Decyzji, będzie uprawniony do automatycznego wprowadzania zmian do Umowy Ramowej, które wynikać będą *m.in.* ze zmiany oferty hurtowej tego OSD, na którą to treść oferty OPL ani żaden inny przedsiębiorca telekomunikacyjny nie będą mieli żadnego wpływu, a której postanowienia, warunki i wytyczne będą musieli stosować.

Nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem Prezesa UKE, jakoby konieczność dostosowania Umowy Ramowej do oferty hurtowej Fiberhost OR POPC2/2022/publ., była konieczna z uwagi na przesłankę niedyskryminacji, albowiem OSD przy zawieraniu lub aneksowaniu umów o dostęp do sieci POPC2 (i analogicznie Prezes UKE, wydając decyzje) powinien stosować jednakowe warunki umowne. Tutaj Izba zaznacza, iż OK, który Umowę Ramową zawarł w 2019 r. i na podstawie której złożył zamówienia na usługi, w oparciu o które świadczy usługi telekomunikacyjne na rzecz swoich abonentów, nie jest w takiej samej czy jednakowej sytuacji, co inny przedsiębiorca telekomunikacyjny, który aktualnie (to jest w 2023 r.) zamierza nawiązać współpracę z OSD, w tym rozpocząć składanie zamówień.

Drugi z tym podmiotów może bowiem podjąć świadomą decyzję co do tego, czy zdecyduje się związać warunkami aktualnej oferty hurtowej Fiberhost, jak i ma możliwość odwzorowania ich treści w umowach zawieranych z abonentami, dla których usługi będzie dostarczał z wykorzystaniem dostępu telekomunikacyjnego zapewnianego przez Fiberhost.

OPL zaś postanowił związać się z OSD umową ramową o konkretnym brzmieniu, ustalonym według ówczesnej treści oferty hurtowej Fiberhost i odwzorowanym w, zawartych w późniejszym czasie i obowiązujących po dziś dzień, umowach abonenckich. Mając na uwadze:

- ❖ związanie umowami abonenckimi;
- ❖ ponoszenie przez dostawcę usług odpowiedzialności za zerwanie umów abonenckich przed upływem terminu, na jaki zostały zawarte;
- ❖ stanowisko Prezesa UOKiK co do tego, iż dostawca usług może rozwiązać umowę abonencką wyłącznie z ważnych przyczyn, enumeratywnie określonych w tej umowie;
- ❖ art. 385³ pkt 20 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, zwanej dalej „UstKC” i brak możliwości jednostronnej zmiany umowy abonenckiej bez przyznania abonentowi prawa do jej wypowiedzenia oraz bez możliwości żądania zwrotu ulg przyznanych abonentowi w związku z zawarciem umowy;
- ❖ art. 385³ pkt 19 UstKC i stanowisko Prezesa UOKiK oraz Prezesa UKE co do braku dopuszczalności jednostronnej zmiany umowy abonenckiej bez zawarcia w umowie odpowiednio ukształtowanej klauzuli modyfikacyjnej;
- ❖ czas potrzebny do znalezienia alternatywnej możliwości świadczenia usług telekomunikacyjnych w danej lokalizacji

- OPL nie jest w takiej samej bądź jednakowej sytuacji, co drugi z opisanych powyżej przedsiębiorców. Okoliczności tej zdaje się nie dostrzegać Prezes UKE, stwierdzając, że owa tożsama bądź jednakowa sytuacja sprowadza się do zakwalifikowania danego podmiotu jako przedsiębiorcy telekomunikacyjnego kierującego wnioskiem o zapewnienie dostępu telekomunikacyjnego przez Fiberhost.

KIKE przypomina także, iż zasada swobody umów polega na przyznaniu stronom kontraktu prawa do ukształtowania treści umowy według swego uznania, byleby treść lub cel umowy nie sprzeciwiały się jej właściwości, ustawom ani zasadom współżycia społecznego. Za zgodną z tą zasadą nie sposób uznać sytuacji, w której OSD będzie mógł - na podstawie wyłącznie swojej woli - dokonać nieograniczonych zmian w Umowie. Prezes UKE Projektem Decyzji dokonuje nieuprawnionej ingerencji w treść kontraktu łączącego strony, powołując się na klauzulę generalną - konieczność zapewnienia niedyskryminacyjnych warunków dostępu. Równocześnie, Prezes UKE zmienia postanowienia Umowy w sposób niekorzystny dla OPL (co w oczywisty sposób dyskryminuje tego operatora) i dodatkowo wprowadza do Umowy mechanizm, który pozwala OSD na dokonanie w każdym czasie zmian do kontraktu, w ten sposób, aby kontrakt ten był zgodny z ofertą hurtową Fiberhost (na której treść OPL nie miał wpływu), wbrew woli OPL oraz bez uwagi na interes społeczny, tj. interes abonentów OPL, dla których usługi są zapewniane z wykorzystaniem sieci Fiberhost.

Nie sposób zrozumieć, dlaczego w ocenie Prezesa UKE to gorsze rozwiązania/mechanizmy umowne – pod względem ochrony interesów operatorów korzystających oraz ich abonentów - powinny być standardem we współpracy OPL i Fiberhost, i do których - w konsekwencji - powinny być dostosowywane wszelkie kontrakty telekomunikacyjne, jakie ma zawarte OSD z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi.

Dalej, nie jest jasne, co tutaj. Organ miał na myśli, wskazując na stronie 9 Projektu Decyzji, iż:

[...] utrzymywanie przez Fiberhost na potrzeby relacji z OPL **procesów w przestarzałym kształcie uregulowanym w dotychczasowym brzmieniu Umowy Ramowej, przy jednoczesnej migracji takich procesów w relacjach z innymi PT mającymi umowy dostosowane do aktualnej wersji OR POPC2/2022/publ.** powodowałoby po stronie Fiberhost konieczność utrzymywania procesów niezgodnych z aktualną wersją OR POPC2 wyłącznie na potrzeby obsługi OPL (generując dodatkowe koszty sprzętowe, osobowe i w zakresie oprogramowania), co byłoby nieproporcjonalnym utrudnieniem w stosunku do potrzeby zapewnienia otwartego dostępu hurtowego do Sieci POPC2, naruszając przesłankę proporcjonalności przewidzianą w art. 27 ust 6 pkt 2 ustawy o wspieraniu rozwoju.

KIKE zwraca uwagę, iż Prezes UKE w zakresie użycia sformułowania *procesy w przestarzałym kształcie* posługuje się niejako sloganem/klauzulą generalną, z którego nie sposób wyprowadzić merytorycznej treści czy konkretnych stanów faktycznych. Tut. Organ nie wskazał, jakie mechanizmy/procesy/procedury Umowy Ramowej w aktualnej treści w jego ocenie są przestarzałe i których utrzymanie w aktualnym kształcie generowałoby dla OSD dodatkowe koszty sprzętowe, osobowe i w zakresie oprogramowania, a także, jaka byłaby wysokość tych kosztów.

Formułując takie stwierdzenie w uzasadnieniu tak daleko idących zmian i stanowisk, jakie prezentowane są w Projekcie Decyzji, Prezes UKE winien był zacząć od wyodrębnienia z Umowy Ramowej takich procesów i ograniczyć samą zmianę Umowy, jak i możliwość jej jednostronnej zmiany w przyszłości, wyłącznie do tych procesów. Znamiennym przy tym pozostaje także, że przy takim uzasadnieniu dla tej modyfikacji Umowy, z dopuszczalnego przedmiotowo zakresu zmian należałoby *a priori* wyłączyć zmiany dotyczące cennika, w tym w zakresie wysokości opłat za usługi hurtowe.

Izba nie zgadza się również ze stanowiskiem Prezesa UKE, jakoby utrzymanie w Umowie Ramowej dotychczasowych (nieco mniej korzystnych) rozwiązań, przy jednoczesnym oferowaniu przez Fiberhost innym operatorom telekomunikacyjnym warunków zgodnych z aktualną ofertą hurtową OSD i zarazem bardziej korzystnych niż te, które aktualnie przewiduje Umowa, stanowiłoby dyskryminację OPL. Trzeba bowiem pamiętać, iż OPL jest przedsiębiorcą, który funkcjonuje na rynku usług telekomunikacyjnych nieprzerwanie od kilkadziesiąt lat, i który posiada wiedzę, jak i doświadczenie, które pozwalają OPL obiektywnie ocenić, które postanowienia umowne są dla niego korzystne, a które nie. Z tej perspektywy, Prezes UKE nie powinien w sposób władczy narzucać zmian w kontrakcie łączącym OSD i OPL, uzasadniając swoje działania potrzebą rzekomej poprawy sytuacji OPL i celem wyeliminowania postanowień, które w ocenie Organu regulacyjnego są dla OPL niekorzystne. Jeżeli OPL będzie chciał dokonać zmian w Umowie, może przecież wszcząć negocjacje w przedmiocie zmiany Umowy, a w przypadku ich niepowodzenia, wystąpić do tut. Organu z wnioskiem o wydanie decyzji w przedmiocie zmiany Umowy. W takim sam sposób do Umowy powinny być wdrażane zmiany wnioskowane przez OSD, które nie znajdują uznania OPL.

Działanie Prezesa UKE w tej sprawie narusza także zasadę pewności obrotu gospodarczego. Absolutnie niedopuszczalnym jest to, aby na rynku usług telekomunikacyjnych ukształtowana została praktyka, polegająca na tym, że dochodziłoby do zmiany umowy każdorazowo w

sytuacji, w której jedna ze stron kontraktu wprowadziłaby zmiany do własnej oferty hurtowej. Z perspektywy operatorów korzystających, powyższe doprowadziłoby bowiem do nieprzewidywalności pod względem częstotliwości, ram czasowych i zakresu zmian kontraktu, jak również uniemożliwiłoby racjonalne kształtowanie jego polityki w zakresie umów detalicznych, regulujących usługi świadczone w oparciu o sieć POPC.

KIKE nie zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym przez Fiberhost, że:

[...] strona umowy o dostępie hurtowym, obowiązana do stosowania zatwierdzonych przez regulatora warunków ramowych, ma prawo żądać od kontrahenta dostosowania indywidualnej umowy do zmian wprowadzonych w tych warunkach rynkowych.

Żądanie takie powinno przysługiwać nie stronom, a wyłącznie operatorom korzystającym. OSD wydaje się całkowicie pomijać fakt, iż dokonanie zmian w umowie o dostępie telekomunikacyjnym powoduje także konieczność następczej zmiany umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych, zawartych przez OPL z jego własnymi abonentami - którymi w znacznej części są konsumenci - celem dostosowania tych kontraktów do Umowy Ramowej.

OPL, a także abonenci, którym OPL świadczy własne usługi telekomunikacyjne, zawierając umowy zgodzili się na określone postanowienia umowne, w tym na jednoznacznie sprecyzowane warunki finansowe korzystania z usług. Oczywistym jest, iż strona kontraktu ma prawo oczekiwać jego wykonywania na uzgodnionych warunkach, a wprowadzenie jakiegokolwiek zmiany do umowy powinno stanowić wynik zgodnych ustaleń stron, a nie arbitralnego narzucenia nowej treści.

Tymczasem, zdaniem OSD, umowa dostępowa, zawierana w oparciu o obowiązujące w dacie jej zawarcia ramowe warunki dostępu hurtowego, powinna być następczo, każdorazowo i jednostronnie dostosowywana do zmian takich warunków. Powyższą optykę zaakceptował tutaj. Organ, poprzez zmianę obowiązującej Umowy Ramowej, w ten sposób, że Część I Rozdział 3 Podrozdział 3.2 ust. 16 otrzymał brzmienie:

Strony zgodnie postanawiają, że warunki Umowy sprzed zmiany, o której mowa powyżej obowiązują dla Usług, dla których Zamówienie zostało złożone przed dniem wejścia w życie zmian, o których mowa w ust. 10 powyżej:

a. w przypadku Zamówień na czas określony – do upływu terminu, na który zostało złożone Zamówienie,

b. w przypadku Zamówień na czas nieokreślony – do końca 3 pełnych Okresów Rozliczeniowych od doręczenia Zawiadomienia drugiej Stronie poprzez SK, zaś po upływie ww. terminów obowiązywać będą nowe warunki Umowy zmienione zgodnie z Zawiadomieniem.

Jak widać, w przypadku niezaakceptowania przez OPL zmiany warunków umownych, w sytuacji zamówień zawartych na czas nieokreślony, OSD będzie świadczył OPL usługi na warunkach dotychczasowych wyłącznie przez 3 pełne okresy rozliczeniowe, licząc od dnia doręczenia OPL zawiadomienia o zmianie oferty hurtowej. Po upływie tego okresu obowiązywać będą nowe warunki umowne, odzwierciedlające postanowienia oferty hurtowej. W ocenie Fiberhost, strona umowy o dostępie hurtowym, obowiązana do stosowania zatwierdzonych przez regulatora warunków ramowych, ma prawo żądać od kontrahenta dostosowania indywidualnej umowy do zmian wprowadzonych w tych

warunkach rynkowych. Na zasadzie analogii, takie samo uprawnienie powinno zatem przysługiwać OPL w stosunku do jego własnych abonentów, celem dostosowania zapisów umów zawartych z abonentami do warunków Umowy Ramowej.

Tymczasem, jednostronna zmiana umowy abonenckiej, stanowi rozwiązanie, które od lat jest przedmiotem wielu dyskusji, jak również wielu postępowań prowadzonych między innymi przez Prezesa UOKiK. Przyjmuje się, że:

- ❖ dostawca usług powinien dotrzymywać zawartych umów, bowiem konsumenci nabywają prawa na podstawie tych umów;
- ❖ jakiegokolwiek zmiany umowy powinny mieć wyraźną podstawę prawną w przepisach lub w umowie. Innymi słowy, przesłanki materialnoprawne zmiany muszą być określone co najmniej w umowie;
- ❖ dopiero ziszczenie się, ściśle określonej w umowie, przesłanki zezwala na wprowadzenie zmian w umowie. Przesłanka powinna w sposób precyzyjny, jednoznaczny i zrozumiały wskazywać okoliczności faktyczne warunkujące zmianę (przesłanka nie może być blankietowa). Umowa powinna określać też maksymalny zakres zmian;
- ❖ nie jest możliwe jednostronne dokonanie zmiany umowy poprzez wprowadzenie do niej klauzuli uprawniającej dostawcę usług do zmiany umowy;
- ❖ sposób wprowadzenia jednostronnych zmian w umowie abonenckiej określa art. 60a UstPT – co oznacza, że należy poinformować abonenta o zmianie z wyprzedzeniem co najmniej miesiąca przed wprowadzeniem tych zmian w życie. Jednocześnie, abonent powinien zostać poinformowany o prawie do wypowiedzenia umowy w przypadku braku akceptacji tych zmian, przy czym termin na realizację tego prawa nie może być krótszy niż do dnia wejścia tych zmian w życie.

Znamiennym jest, że zaproponowane przez Prezesa UKE rozwiązania dotyczące zamówień złożonych na czas nieokreślony – abstrahując od możliwości zmiany okresu ich obowiązywania na czas określony - nie zabezpieczają należycie interesów abonentów OPL. Podkreślenia zaś wymaga, że jak wynika z Projektu, OPL posługuje się aktualnie wyłącznie takimi zamówieniami.

Z daleko posuniętej ostrożności KIKE podnosi, że Projekt nie przewiduje żadnego rozwiązania zabezpieczającego OK i abonentów OK w sytuacji, w której termin obowiązywania zamówień złożonych na czas określony upływałby wcześniej niż na 3 miesiące od momentu powiadomienia OK o zmianie oferty. Zgodnie z przepisami UstPT, umowy abonenckie zawarte na czas określony – o ile nie dojdzie do zawarcia aneksu zmieniającego okres ich obowiązywania lub o ile abonent nie sprzeciwi się temu w określonym terminie – przedłużają się automatycznie na czas nieokreślony. Wielu operatorów telekomunikacyjnych w takiej sytuacji nie zmienia wysokości opłat abonamentowych. OK nie zdążyłby wprowadzić analogicznych zmian do umowy abonenckiej (pomiędzy powiadomieniem abonenta o planowanej zmianie, a samą zmianą musi upłynąć co najmniej jeden miesiąc) albo w ogóle nie mógłby wprowadzić analogicznych zmian do umowy abonenckiej (jeśli nie wprowadził

uprzednio za zgodą abonenta do tej umowy abonenckiej odpowiedniej klauzuli modyfikacyjnej).

Podsumowując tą część stanowiska:

- 1) jeżeli OPL w zawartych umowach z abonentami nie posiada odpowiedniej klauzuli, nie przysługuje mu prawo do modyfikacji ich treści w formie jednostronnego oświadczenia z przyczyn innych niż nowelizacja przepisów prawa;
- 2) Prezes UOKiK jednoznacznie wypowiada się o zakazie jednostronnego wprowadzenia do umowy zawartej z konsumentem klauzuli modyfikacyjnej. Należy zatem odrzucić rozwiązanie polegające na dodaniu takich klauzul do obowiązujących umów przez jednostronne oświadczenie OPL. Jedyną akceptowalną formą zmiany umowy w tym zakresie jest zawarcie stosownego aneksu do umowy, który sprowadza się do wyrażenia przez abonenta zgody na zmianę;
- 3) nie jest określone stanowiska Prezesa UOKiK odnośnie do tego, czy w oparciu o odpowiednie klauzule, OPL może wprowadzić zmiany w umowach abonenckich obowiązujących na czas określony;
- 4) w przypadku posiadania odpowiednich klauzul, OPL nie może dokonać jednostronnej zmiany umowy abonenckiej bez przyznania abonentowi prawa do wypowiedzenia tej umowy bez zwrotu ulg.

KIKE całkowicie sprzeciwia się temu, aby Umowa zawierała mechanizm jej jednostronnej zmiany przez OSD. Wyłącznie na wypadek, gdyby Prezes UKE zamierzał utrzymać proponowaną zmianę Umowy Ramowej, Izba podnosi, że zmiana oferty powinna być wdrażana w zamówieniach złożonych przed powiadomieniem OK o zmianie oferty nie wcześniej niż na 6 miesięcy od momentu powiadomienia OK o zmianie oferty. Na tą chwilę Projekt pomija to, że zmiany oferty (w szczególności cenowe) oddziałują na usługi detaliczne, jakie OK świadczy w oparciu o sieć Fiberhost. W przypadku usług detalicznych świadczonych na rzecz konsumentów, zmiana obowiązujących umów jest prawnie ograniczona.

W tym kontekście akceptacja przez ten Organ automatycznego mechanizmu zmiany umowy, wydaje się a priori przedstawić przez Fiberhost argumentację w zakresie niezasadności skorzystania z możliwości, jaką daje art. 27 ust. 8 Ustawy, poprzez uznanie, iż rozwiązanie to jest nieracjonalne w kontekście celów regulacyjnych art. 27 i nast. Ustawy z uwagi na:

- ❖ długotrwałość postępowania administracyjnego oraz potencjalnego postępowania sądowego;
- ❖ to, że postępowanie to byłoby zbędne, gdyż Prezes UKE nie może nie zaakceptować modyfikacji Umowy Ramowej wiążącej OSD, implementującej zmiany oferty już wcześniej zaakceptowane przez ten Organ;
- ❖ to, że postępowanie to jest sprzeczne z praktyką regulacyjną Prezesa UKE ostatnich lat;
- ❖ to, że postępowanie to nie chroni żadnego słusznego interesu operatora korzystającego, gdyż interes taki został już uwzględniony przy zatwierdzeniu zmian oferty ramowej, na podstawie których ma być zmieniana Umowa Ramowa.

Co ciekawe – i co potwierdza nieprawidłowość stanowiska Prezesa UKE w tej sprawie - podobnej optyki Prezes UKE słusznie nie prezentuje w postępowaniach prowadzonych w oparciu o art. 20 i następane Ustawy, które przyznają Prezesowi UKE uprawnienie do wydania decyzji w sprawie określenia warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej albo zmiany umowy o takim dostępie. KIKE przypomina chociażby, iż w przypadku infrastruktury technicznej, do której dostęp również jest regulowany poprzez ramowe warunki zapewnienia dostępu, Prezes UKE nie uznaje za zasadne przyznania operatorom sieci elektroenergetycznych uprawnienia do jednostronnej zmiany umowy. W przypadku braku osiągnięcia porozumienia w zakresie zmiany umowy dostępowej, strony takiej umowy, celem wprowadzenia modyfikacji w jej treści, muszą zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji zmieniającej umowę. Analogiczne zasady powinny być zatem zastosowane w tej sprawie. Należy podkreślić bowiem, że zgodnie z art. 8 § 2 KPA w zw. z art. 206 ust. 1 UstPT:

Organy administracji publicznej bez uzasadnionej przyczyny nie odstępują od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym.

Także zgodnie z art. 14 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo Przedsiębiorców:

Organ bez uzasadnionej przyczyny nie odstępuje od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym.

Odwołując się do tej zasady, trzeba też podnieść, że tut. Organ słusznie nie wyraził zgody na wprowadzenie analogicznego rozwiązania umownego w przypadku zatwierdzenia oferty ramowej OPL. Mianowicie, w postępowaniu w przedmiocie zmiany i zatwierdzenia zmienionych projektów:

- ❖ oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w oparciu o technologię miedzianą (Oferta CU);
- ❖ oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w oparciu o technologię światłowodową (Oferta FTTH);

- w zakresie zapewnienia dostępu do hurtowej usługi lokalnego dostępu w stałej lokalizacji oraz zapewnienia dostępu do urządzeń dostępu szerokopasmowego oraz dostępu do węzłów sieci telekomunikacyjnej używanych na potrzeby szerokopasmowej transmisji danych kierowanej do lokalnej pętli abonenckiej, Prezes UKE² jednoznacznie wskazał, iż:

Dodatkowo zgodnie z art. 43 ust. 6 Pt operator, na którego został nałożony obowiązek, o którym mowa 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, o której mowa w ust. 1, lub ustalonej decyzją Prezesa UKE. Zapisy oferty ramowej mają zatem skutek prawny wyłącznie wobec operatora, na którego został nałożony obowiązek, o którym mowa w art. 42 ust. 1 Pt. Zgodnie z Decyzjami SMP 3a i 3b Prezes UKE wyznaczył OPL jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej (operatora SMP) i nałożył obowiązek z art. 42 ust. 1 Pt. Warunki współpracy pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi określa umowa lub decyzja Prezesa UKE zastępująca umowę. Oferta ramowa stanowi minimalne warunki jakie operator SMP musi zaproponować OA, ale nie wyłącza

² Źródło: <https://bip.uke.gov.pl/decyzje/oferty-ramowe/zatwierdzenie-ofert-ramowych-orange-polska-s-a-46.html> [dostęp w dniu 30 czerwca 2023 r.]

możliwości zawarcia przez Strony umowy na zasadzie swobody umów na warunkach korzystniejszych przy zachowaniu zasady niedyskryminacji. Wobec powyższego, jeżeli jakiegokolwiek postanowienie oferty ramowej ma kształtować relację pomiędzy OPL a OA, to musi zostać wprowadzone do umowy w drodze aneksu (na podstawie negocjacji, a nie jak zaproponowała OPL automatycznie w wyniku wydania decyzji Prezesa UKE zmieniającej ofertę ramową, bez potrzeby aneksowania umowy) lub decyzji zmieniającej umowę (której wydanie następuje w postępowaniu administracyjnym, po przeprowadzeniu negocjacji).

Niezależnie od powyższego, strony mogą wprowadzić takie dodatkowe rozwiązanie w ramach negocjacji umowy w przypadku obopólnej zgody.

Wobec powyższego, jeśli Projekt zostanie utrzymany w proponowanym kształcie, dojdzie do naruszenia wyżej wskazanej zasady pogłębiania zaufania.

Izba zgadza się ze stanowiskiem OPL, iż wprowadzenie do Umowy mechanizmu automatycznej jej zmiany, generuje po stronie OK wysokie ryzyko biznesowe prowadzenia działalności gospodarczej z uwagi na to, że:

- 1) kontrakt ten będzie cechował się nieprzewidywalnością pod względem częstotliwości, ram czasowych i zakresu zmian, które mogą zostać w nim wprowadzone, a które to mogą negatywnie oddziaływać na racjonalne kształtowanie polityki OPL w zakresie umów detalicznych, regulujących usługi świadczone w oparciu o sieci szerokopasmowe POPC;
- 2) OPL nie ma żadnego wpływu na ofertę hurtową OSD, do której automatycznie ma być dostosowywana Umowa Ramowa. Dokument ten nie podlega konsultacjom publicznym;
- 3) negocjacje w przedmiocie zmiany, które hipotetycznie mogą być prowadzone przez OSD i OPL, będą miały charakter jedynie pozorny, ponieważ Fiberhost i tak będzie uprawniony do automatycznego wprowadzenia zmian, niezależnie od stanowiska OPL;
- 4) wprowadzanie narzuconych przez OSD zmian do Umowy Ramowej może utrudnić bądź uniemożliwić OPL świadczenie własnych usług detalicznych;
- 5) wprowadzenie zmian postulowanych przez Fiberhost może prowadzić do negatywnych konsekwencji dla całego rynku, np. wprowadzenie planowanej przez Fiberhost waloryzacji opłat o poziom inflacji może doprowadzić do spirali podwyżek na rynku telekomunikacyjnym, gdyż wzrost opłat na rynku hurtowym prowadziłby do konieczności odzwierciedlania tych podwyżek na rynku detalicznym i w konsekwencji taki wzrost mógłby przyczynić się do wzrostu cen w innych obszarach rynku, a zatem przyczynić się do kreowania większej inflacji w Polsce;
- 6) OPL, celem dostosowania umów zawartych z własnymi abonentami, będzie zmuszony do wypowiedzenia wszystkich usług detalicznych abonentom, którym usługa jest dostarczana w oparciu o usługi hurtowe Fiberhost bądź do dostarczania wspomnianych usług ze stratą, co łącznie może spowodować utratę dużej liczby abonentów przez OPL;

- 7) zmiany wprowadzane przez Fiberhost z dużą dozą prawdopodobieństwa spowodują, że OPL będzie zmuszony ponieść duże koszty wdrożenia (dostosowanie systemów IT, systemów billingowych, wdrożenie odrębnych planów taryfowych i innych rozwiązań narzucanych przez Fiberhost);
- 8) omawiane uprawnienie pozbawia OPL ochrony prawnej z tego względu, że Prezes UKE, będący Organem regulacyjnym w zakresie telekomunikacji, przestaje decydować o treści i zakresie zmian na wypadek sporu. Umowa nie stanowi o tym, aby procedura automatycznej zmiany Umowy ulegała zawieszeniu w przypadku, gdy jedna ze stron zwróci się do Prezesa UKE o wydanie decyzji w przedmiocie zmiany Umowy;

Co więcej, KIKE zwraca uwagę, że według proponowanych w Projekcie rozwiązań, Umowa ma podlegać automatycznej zmianie po upływie 3 okresów rozliczeniowych od doręczenia drugiej stronie propozycji zmiany. W sytuacji zatem, w której OK nie będzie inicjatorem zmiany i nie będzie wyrażał zgody na modyfikację, będzie mógł jedynie żądać przywrócenia poprzedniego brzmienia kontraktu w postępowaniu przed Prezesem UKE, po zainicjowaniu odpowiednich negocjacji – zaś rozstrzygnięcie w tym przedmiocie zapewne zostanie wydane na długo po automatycznej zmianie Umowy i nie przyniesienie żadnych efektów dla OK.

Nie sposób także pominąć tego, że według proponowanych w Projekcie rozwiązań, uznanie przez Prezesa UKE, że OSD niezasadnie domagał się zmiany Umowy, nie skutkuje przywróceniem po stronie OSD obowiązku realizacji nowych zamówień. Projekt stanowi wyłącznie, że:

W przypadku nieosiągnięcia przez Strony porozumienia w drodze negocjacji, niepodjęcia negocjacji lub oświadczenia drugiej Strony o braku zgody na wprowadzenie zmian wskazanych w Zawiadomieniu, OSD po upływie 3 pełnych Okresów Rozliczeniowych od doręczenia Zawiadomienia drugiej Stronie poprzez SK, ma prawo odmówić realizacji nowych Zamówień OK.

- 9) OSD będzie mógł wykorzystywać przyznane mu uprawnienia do narzucania nadmiernie wygórowanych cen, czy też narzucania uciążliwych warunków umownych.

KIKE wspiera także argumentację OPL w zakresie zasadności usunięcia z Umowy Ramowej uprawnienia Fiberhost do wypowiedzenia Umowy, które aktualnie Projekt przewiduje w Części I Rozdział 4 Podrozdział 4.7 ust. 5 Umowy z powodu tego, że:

- 1) takie uregulowanie powoduje, że OPL zmuszony jest do bezkrytycznego zaakceptowania proponowanych przez OSD zmian oraz pozbawiony jest prawa do ich negocjacji, albowiem Fiberhost ma m.in. prawo do wypowiedzenia Umowy;
- 2) wypowiedzenie Umowy Ramowej przez Fiberhost narusza interes użytkowników końcowych OPL z tego względu, że OPL nie będzie mógł kontynuować świadczenia usług na ich rzecz na dotychczasowych warunkach (okres wypowiedzenia Umowy Ramowej to 6 miesięcy);

- 3) omawiane uprawnienie w sposób oczywisty stanowi wypaczenie wymogu zapewnienia dostępu hurtowego przez okres 7 lat od zakończenia realizacji projektu, z czego dostęp do infrastruktury nie jest ograniczony w czasie;
- 4) OSD będzie mógł wykorzystywać przyznane mu uprawnienia do narzucania nadmiernie wygórowanych cen, czy też narzucania uciążliwych warunków umownych, pod rygorem skorzystania z uprawnienia do wypowiedzenia Umowy.

KIKE podziela także argumentację OPL zaprezentowaną na stronie 16 Projektu Decyzji, iż:

- 1) zasada niedyskryminacji nie może być rozumiana jako uniwersalne stosowanie tożsamyh warunków dla wszystkich podmiotów, bez wzięcia pod uwagę okoliczności faktycznych, właściwych dla sytuacji każdego z tych przedsiębiorców, ale powinna być rozumiana jako stosowanie warunków ekwiwalentnych, w stosunku do podmiotów o podobnych sytuacjach, [...] *wymóg niedyskryminacji należy adresować raczej do Prezesa UKE, który nie powinien ustalać warunków dostępu w sposób **zasadniczo odmienny** od tych jakie są ustalone w innych, podobnych przypadkach³*;
- 2) zmiany w umowach powinny stanowić skutek wyłącznie aneksu do umowy, którego zawarcie jest poprzedzone prowadzeniem negocjacji lub decyzji zmieniającej umowę, której *notabene* wydanie także jest poprzedzone prowadzeniem negocjacji przez strony tej umowy;
- 3) na skutek automatycznych zmian Umowy, OPL nie będzie posiadał wiedzy w przedmiocie najważniejszych postanowień umownych. Izba zwraca uwagę, że automatyczny mechanizm zmiany umowy spowoduje, że zawarta umowa będzie mogła zostać zmieniona w każdej chwili i w sposób dowolny, a OPL nie będzie miał żadnego wpływu na zmianę warunków umownych;
- 4) aktualne ceny OSD w zakresie MFH (budynków wielorodzinnych) w znacznej mierze odbiegają od cen obowiązujących na rynku, a podwyżki postulowane przez Fiberhost spowodują, że opłaty te będą jeszcze wyższe.

Przechodząc do stanowiska Prezesa UKE, wyrażonego na str. 17-21 Projektu, KIKE dodatkowo wskazuje, co następuje:

- ❖ nie sposób uznać, jakoby obowiązująca oferta hurtowa Fiberhost zawierała wyważony zestaw praw i obowiązków, odpowiadający aktualnym potrzebom OSD i OPL. KIKE w niniejszym stanowisku konsultacyjnym wskazała na szereg nieprawidłowości w zakresie aktualnej treści oferty hurtowej Fiberhost, w tym w szczególności na możliwość wypowiedzenia przez OSD Umowy bez podania przyczyny;
- ❖ OSD winien mieć prawo do zmiany obowiązującej Umowy o dostępie telekomunikacyjnym z uwagi na zmianę oferty hurtowej wyłącznie w przypadku, w którym nowe warunki byłyby dla OK korzystniejsze, aniżeli warunki dotychczasowe;

³ St. Piątek, Prawo Telekomunikacyjne. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2019 Legalis, Komentarz do art. 28, teza 7, [w]: Projekt Decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr DR.WIT.6174.10.2020., str. 6.

- ❖ brak mechanizmu dostosowania umów nie będzie wpływać na możliwość oferowania porównywalnych warunków dostępu hurtowego różnym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, z tego względu, iż OSD może przecież skorzystać z mechanizmu zmiany zawartych umów, który został przewidziany w art. 27 ust. 8 Ustawy.

Odnośnie do twierdzenia Prezesa UKE, iż zastosowanie automatycznej zmiany Umowy pozwoli na oferowanie przedsiębiorcom telekomunikacyjnym tożsamyh warunków w zakresie dostępu hurtowego w tym samym czasie - co w ocenie Organu jest zgodne z zasadą niedyskryminacji - wskazać należy, iż nie można zrównywać sytuacji i tym samym arbitralnie narzucać tożsamyh postanowień umownych w stosunku do przedsiębiorców, którzy zawarli z OSD umowę przed wprowadzeniem zmian i mają zawarte z abonentami umowy o określonej treści (które określają między innymi ceny usług), którym świadczą usługi własne, przy wykorzystaniu usług hurtowych, w stosunku do przedsiębiorców, którzy dopiero chcą zawrzeć umowę ramową i następnie umowy abonenckie. Okoliczność ta została już szczegółowo przedstawiona powyżej.

Analogiczna argumentacja znajduje zastosowanie w zakresie tego, iż dodanie postanowień wskazanych przez OPL w zakresie stosowania promocji, z pominięciem dostosowania Umowy Ramowej do oferty hurtowej stosowanej przez Fiberhost (dla sieci POPC2), mogłoby spowodować, iż OPL korzystałby *de facto* z lepszych warunków dostępu hurtowego, aniżeli pozostali przedsiębiorcy. Po raz kolejny KIKE wskazuje, iż nie można zrównywać sytuacji przedsiębiorcy, który świadczy już usługi własne abonentom, przy wykorzystaniu sieci Fiberhost, do przedsiębiorcy, który takie usługi dopiero świadczyć zamierza w niedalekiej przyszłości. Nie sposób również stwierdzić, o jakich kosztach mówi Prezes UKE, które miałyby ponieść Fiberhost, a związanych z obsługą OPL. Organ nie precyzuje, ani też nie wyjaśnia, jakie są to koszty oraz jaki miałyby być ich wzrost.

Dla Izby całkowicie niezrozumiałe są wywody tutaj. Organu regulacyjnego w zakresie tego, że:

co do zasady nie można mówić o automatycznym wprowadzaniu zmian do Umowy Ramowej wynikającej ze zmiany oferty hurtowej, gdyż każdorazowo tego rodzaju zmiany powinny być poprzedzone negocjacjami (mechanizm dostosowania nie wyłącza ustawowego uprawnienia Stron do negocjowania zmian Umowy Ramowej)

- przy równoczesnym przyznaniu na rzecz Fiberhost uprawnienia do jednostronnej zmiany Umowy. Skoro zmiany zaproponowane przez OSD do Umowy „wchodzą” automatycznie, to w jakim celu Fiberhost miałyby prowadzić negocjacje z OPL? Oczywiście jest, iż w takiej sytuacji OSD skorzysta z uprawnienia nadanego mu przez Prezesa UKE i każdorazowo będzie wprowadzał zmiany bez prowadzenia negocjacji bądź pozorując ich prowadzenie.

KIKE zgadza się z tym, iż w zakresie akceptacji oferty hurtowej OSD, Prezes UKE bierze pod uwagę wymagania stanowiące załącznik do umowy o dofinansowanie oraz wytyczne i rekomendacje Prezesa UKE w sprawie dostępu hurtowego do sieci POPC, niemniej jednak, nie należy tracić z pola widzenia tego, iż w procesie akceptacji oferty hurtowej bierze udział wyłącznie Prezes UKE. Dodatkowo, sytuacji nie zmienia okoliczność, że rekomendacje Prezesa UKE były poddane konsultacjom publicznym. Żaden ze wspomnianych dokumentów nie przewiduje automatycznej zmiany umowy, celem dostosowania treści kontraktów do nowych

warunków hurtowych, jak i nie stanowi o prawie OSD do wypowiedzenia umowy z uwagi na brak zgody OK na zmianę obowiązującej Umowy. Proponowane aktualnie przez Prezesa UKE rozwiązania nie były zatem konsultowane z przedstawicielami branży telekomunikacyjnej, ani osobno, ani w ramach konsultacji dot. rekomendacji Prezesa UKE w sprawie dostępu hurtowego do sieci POPC.

Izba nie zgadza się z Prezesem UKE, jakoby w świetle proponowanych w Projekcie rozwiązań, OPL nie był zobowiązany do przyjęcia warunków zmienionej oferty hurtowej. O braku obowiązku można by mówić wyłącznie wówczas, gdyby konsekwencją nieprzyjęcia propozycji zmienionej oferty hurtowej nie byłoby wypowiedzenie Umowy i możliwość odmowy wykonania nowych zamówień, jak również, gdyby nie dochodziło do modyfikacji Umowy wobec wyrażenia sprzeciwu przez OPL.

KIKE zgadza się z tym, iż mechanizm automatycznej zmiany Umowy nie wyłącza możliwości złożenia przez OPL wniosku do Prezesa UKE o rozstrzygnięcie sporu w przypadku niepowodzenia negocjacji, niemniej jednak, powyższe uprawnienie nie zablokuje wprowadzenia do Umowy zmian arbitralnie narzuconych przez OSD. Postępowanie przed UKE o zmianę postanowień umownych, jak już sygnalizowano powyżej, trwa od kilku do kilkunastu miesięcy, zatem OPL będzie zmuszony stosować niekorzystne postanowienia umowne, co najmniej do chwili wydania rozstrzygnięcia przez organ regulacyjny.

Odnosnie do tego, że każdorazowa zmiana wysokości opłat w ofercie hurtowej związana jest z akceptacją Prezesa UKE, KIKE wskazuje, iż akceptacja wzrostu cen hurtowych przez Prezesa UKE nie rozwiąże problemu, jaki spowoduje jednostronna zmiana wysokości opłat w obowiązujących umowach o dostępie hurtowym, przed którym stanie każdy przedsiębiorca telekomunikacyjny, a związanego z tym, że aktualnie przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie mogą skorzystać bez ryzyka utraty abonenta z żadnego mechanizmu prawnego, który pozwalałby im na zmianę obowiązującej umowy abonenckiej, w drodze jednostronnego oświadczenia woli, z przyczyn innych niż nowelizacja przepisów prawa. Innymi słowy, w przypadku zmiany Umowy w zakresie wysokości opłat, OK nie będzie miał możliwości dokonania analogicznej zmiany cen w umowach detalicznych.

KIKE nie zgadza się z postawioną przez Prezesa UKE tezę na stronie 19 Projektu Decyzji, iż mechanizmu dostosowywania Umowy nie należy łączyć z koniecznością poniesienia przez OPL kosztów, związanych z wprowadzeniem tej zmiany w życie. Stosunek kosztów do zmiany kontraktu będzie każdorazowo zależny od treści samej umowy. Z tej perspektywy hipoteza postawiona przez Prezesa UKE jest zbyt daleko idąca. Nie można odgórnie zakładać, iż żadna ze zmian w Umowie nie spowoduje konieczności poniesienia przez OPL zwiększonego kosztu jej wdrożenia w życie.

Izba przyznaje, iż Fiberhost nie ma obowiązku oferowania lepszych warunków hurtowych od tych zawartych w ofercie hurtowej zaakceptowanej przez Prezesa UKE i opublikowanej na jego stronie internetowej, niemniej jednak, równocześnie OSD ma obowiązek dotrzymywania postanowień zawartych umów (*pacta sunt servanda*) - co zdaje się wykluczać wprowadzony w Projekcie Decyzji mechanizm automatycznej zmiany Umowy. Niniejsza sprawa nie dotyczy

tego, jakie warunki współpracy ma oferować Fiberhost podmiotom, z którymi nie ma zawartych umów.

Nieadekwatny jest argument Prezesa UKE, iż Projekt jest zasadny z tej przyczyny, że postanowienia kwestionowane przez OPL, w tym postanowienia dotyczące mechanizmu zmiany Umowy, są aktualnie stosowane w praktyce rynkowej (w tym w ofertach hurtowych) przez Fiberhost oraz Nexera sp. z o.o. Fakt zastosowania określonego rozwiązania w ofertach zawierania umów w ramach przedsiębiorstw prowadzonych przez dwa podmioty (z czego jednym z nich jest strona postępowania, a oba te podmioty są operatorami wyłącznie hurtowymi, które współpracują ze sobą⁴), kwestionowanego przez pozostałych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, w żadnej mierze nie może reprezentować całego rynku telekomunikacyjnego. Podaną przez Prezesa UKE informację o tym, że analizowane rozwiązanie jest wdrożone w ofertach hurtowych dwóch przedsiębiorców, należałoby zestawzić z informacją o tym, w ofertach hurtowych ilu przedsiębiorców telekomunikacyjnych brak takich postanowień.

Nie można w sposób 0:1 przenosić rozwiązań/postanowień umownych, które obowiązują w kontrakcie danego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, do umowy, którą związany jest inny przedsiębiorca telekomunikacyjny. KIKE nie zgadza się, iż zasada niedyskryminacji w najczystszej postaci oznacza jednakowe traktowanie wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych, co miałyby uzasadniać wprowadzenie przez Prezesa UKE do Umowy Ramowej mechanizmu automatycznej zmiany kontraktu. Zasada niedyskryminacji nie polega na bezrefleksyjnym stosowaniu, w stosunku do każdego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, takich samych rozwiązań umownych, które w stosunku do danego przedsiębiorcy będą korzystne, natomiast w przypadku innego przedsiębiorcy już się nie sprawdzą. Izba przypomina, iż *wymóg niedyskryminacji należy adresować raczej do Prezesa UKE, który nie powinien ustalać warunków dostępu w sposób **zasadniczo odmienny** od tych jakie są ustalone w innych, podobnych przypadkach*⁵. Dodatkowo, jednakowe traktowanie przedsiębiorców telekomunikacyjnych powinno dotyczyć przedsiębiorców, którzy znajdują się w takiej samej sytuacji faktycznej i prawnej.

III. Przyłącza

Część I Rozdział 2 ust. 14 Projektu Decyzji stanowi, że:

W przypadku braku przyłącza doprowadzonego do danego Punktu Adresowego do sieci POPC, OSD pobiera opłaty za doprowadzenie przyłącza zgodnie z Cennikiem.

W ocenie KIKE, postanowienie wymaga zmiany z tego powodu, iż aktualnie nie wiadomo:

- ❖ czyją własnością staje się takie przyłącze - OPL czy OSD;
- ❖ z jakiego powodu Prezes UKE wyłączył możliwość doprowadzenia przyłącza przez OK, bez uiszczenia opłaty na rzecz OSD;

⁴ Źródło: <https://www.openallies.eu/pl/powolanie-fundacji-open-allies.html> [dostęp w dniu 30 czerwca 2023 r.]

⁵ St. Piątek, Prawo Telekomunikacyjne. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2019 Legalis, Komentarz do art. 28, teza 7, [w]: Projekt Decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr DR.WIT.6174.10.2020., str. 6.

- ❖ jeśli przyłącze ma być wykonywane na koszt OK (za opłatą) i wejść w skład majątku OSD, to czy opłata za doprowadzenie przyłącza jest zwracana OK w przypadku, w którym zrezygnuje on z korzystania z usługi hurtowej w danym punkcie adresowym, a z usługi tej zacznie korzystać inny przedsiębiorca.

Izba stoi na stanowisku, iż OK powinien mieć prawo do zapewnienia przyłącza we własnym zakresie. Jeśli zaś miałyby być ono wykonywane przez OSD na koszt OK i stawać się własnością OSD, w sytuacji, w której OK przestawałby z niego korzystać, opłata za jego doprowadzenie powinna mu być zwracana. Nie sposób bowiem znaleźć uzasadnienia do przyjęcia odmiennego rozwiązania, bowiem gdy OPL zwalnia przyłącze, OSD może udostępnić je innemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu i czerpać z niego zyski.

I. Kompleksowa zmiana treści Umowy Ramowej

Prezes UKE, argumentując zasadność wprowadzenia przez siebie szerokich zmian do Umowy, wskazuje, że:

Należy przy tym również pamiętać, że szeroki zakres żądania Stron (zwłaszcza Fiberhost) w przedmiocie dostosowania Umowy Ramowej do OR POPC2/2021 powodował, że w przypadku uwzględnienia danego żądania, dokonywana w Umowie Ramowej zmiana musiała mieć charakter kompleksowy w celu zachowania spójności z innymi postanowieniami tej umowy (utrzymanymi w dotychczasowym brzmieniu bądź dodanymi lub zmodyfikowanymi), jednakże przy zachowaniu granic sporu określonych przez Strony w negocjacjach oraz Wnioskach o decyzje.

KIKE nie zgadza się ze stanowiskiem organu, który arbitralnie przyznaje sobie prawo do prowadzenia postępowania, a następnie zmiany Umowy w zakresie wykraczającym poza zakres wniosków stron o wydanie decyzji, które określają ramy postępowania. Brak jest jakichkolwiek podstaw do tego, aby w postępowaniach prowadzonych na wniosek przedsiębiorców telekomunikacyjnych Prezes UKE władny był zmieniać postanowienia umowy, które:

- ❖ nie były przedmiotem negocjacji prowadzonych przed zainicjowaniem postępowania administracyjnego;
- ❖ nie były objęte wnioskiem stron o wszczęcie postępowania administracyjnego;
- ❖ nie były objęte wnioskami stron wyrażonymi w stanowiskach zgłaszanych w toku postępowania.

KIKE stoi również na stanowisku, iż Prezes UKE nie posiada kompetencji w przedmiocie dodawania, z inicjatywy własnej, nowych postanowień do Umowy. Z daleko idącej ostrożności, na wypadek podnoszenia przez tut. Organ, jakoby jego ingerencja w treść Umowy była uzasadniona potrzebą:

- ❖ ujednolicenia zapisów umów o regulującą zasady dostępu do sieci szerokopasmowych wykonanych z wykorzystaniem środków publicznych;
- ❖ wdrożenia rozwiązań alternatywnych do tych, o które wnoszą strony

- a także, jakoby w postępowaniu prowadzonym na wniosek strony umowy o wydanie decyzji

zmieniającej umowę, zadaniem Prezesa UKE nie było jedynie rozstrzygnięcie kwestii spornych, a zadaniem tym było również określenie nowych warunków dostępu do sieci szerokopasmowych wykonanych z wykorzystaniem środków publicznych, KIKE wskazuje, iż działania te powodowałyby całkowite wypaczenie uprawnienia przyznanego stronom na podstawie art. 27 ust. 8 Ustawy. Zrównywałoby to też instytucję zmiany umowy z ustaleniem warunków dostępu przy jej braku. Należy kategorycznie odróżnić sytuacje, w których strony domagają się ustalenia nowych warunków dostępu, od sytuacji, w których strony wnoszą jedynie o zmianę poszczególnych postanowień umowy, czego wydaje się nie dostrzegać Prezes UKE w wydanym Projekcie Decyzji.

II. Podsumowanie

Konsultowany Projekt Decyzji nie tylko nie usuwa najistotniejszych problemów związanych z realizacją Umowy, ale również tworzy kolejne, dodatkowe punkty zapalne na linii współpracy OSD i OPL. Z tego względu KIKE wyraża przekonanie, iż Prezes UKE nie zbadał kompleksowo wszystkich okoliczności sprawy oraz zastosował rozwiązania, które finalnie będą utrudniać realizację praw OPL. Przy ustaleniu proponowanego kształtu Projektu Decyzji tut. Organ nie wziął pod uwagę interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych, jak i tego, że przedmiotowe postępowania wyznaczy kierunek rozpatrywania w przyszłości spraw o podobnym przedmiocie.

Wnoszę zatem o dokonanie odpowiednich zmian Projektu Decyzji poprzez uwzględnienie uwag KIKE w ostatecznej treści rozstrzygnięcia.

Z poważaniem,

Karol Skupień



Prezes Zarządu

Krajowa Izba Komunikacji Ethernetowej

Załącznik:

- 1) wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu dla KIKE z rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej