



Sygn. akt I NSK 57/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 września 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Ewa Stefańska (przewodniczący)

SSN Paweł Księżak

SSN Jacek Widło (sprawozdawca)

Protokolant Joanna Karolak

w sprawie z powództwa P. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w
W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej
z udziałem zainteresowanego Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i
Telekomunikacji

o ustalenie znaczącej pozycji rynkowej przedsiębiorcy i nałożenie obowiązków
regulacyjnych,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych w
dniu 10 września 2019 r.,

skargi kasacyjnej powoda

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 28 kwietnia 2017 r., sygn. akt VI ACa (...)

- 1. oddała skargę kasacyjną,**
- 2. zasądza od powoda na rzecz zainteresowanego kwotę 540
(słownie: pięćset czterdzieści) złotych tytułem zwrotu kosztów
postępowania kasacyjnego,**

3. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 360 (słownie: trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 14 grudnia 2012 r., nr DART-(...)(65), na podstawie art. 24 pkt 1 i pkt 2 lit. a, lit. b i lit. c w związku z art. 21 oraz art. 22 ust. 1 i ust. 2, art. 34 ust. 1 i ust. 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i ust. 2, art. 40 ust. 1 oraz art. 44 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (jednolity tekst: Dz.U. z 2018 r., poz. 1954; dalej jako: „Pł”) oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (jednolity tekst: Dz.U. z 2018 r., poz. 2096) w związku z art. 206 ust. 1 Pł, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej jako: „Prezes UKE”, „Prezes Urzędu”, „powod” lub „organ”):

I. określił rynek właściwy jako rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako: „Spółka”, „Operator”, „powód” lub „skarżący”);

II. ustalił, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej;

III. wyznaczył P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.;

IV. utrzymał określone w decyzji nr (...) (26) z dnia 29 września 2009 r. obowiązki regulacyjne;

V. zmienił określone decyzją nr (...) (26) z dnia 29 września 2009 r. obowiązki regulacyjne;

VI. nałożył, na podstawie art. 44 Pł, obowiązek polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej P. Sp. z o.o. w wysokości określonej w zamieszczonym harmonogramie (glide path),

wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego;

VII. na podstawie art. 206 ust. 2aa w zw. z art. 206 ust. 2 pkt 1 i 2 Pt nałożył na przedmiotową decyzję rygor natychmiastowego wykonania;

VIII. załącznik nr 1 do decyzji, zawierający dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowi integralną część decyzji;

W punktach IX-XII określił załączniki do decyzji.

Pismem z dnia 31 grudnia 2012 r. powodowa Spółka wniosła odwołanie od ww. decyzji wnosząc co do zasady o jej uchylenie w całości, a w razie nieuwzględnienia tego żądania – o uchylenie wskazanych w odwołaniu punktów decyzji.

Sąd Okręgowy w W. – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 4 maja 2015 r., sygn. akt XVII AmT (...), uchylił ww. decyzję Prezesa UKE z dnia 14 grudnia 2012 r., nr DART-(...)(65), w punkcie VI, IX i X oraz oddalił odwołanie w pozostałym zakresie, a ponadto orzekł o kosztach postępowania.

Oddalając pozostałe zarzuty odwołania, Sąd I instancji uznał, że zarzuty dotyczące pkt VI, IX i X decyzji w części są zasadne, a w części z uwagi na nieprawidłowości związane z wydaniem decyzji nie poddają się ocenie.

Jak wskazał Sąd Okręgowy, w punkcie VI decyzji Prezes UKE nałożył na powoda, na podstawie art. 44 Pt, obowiązek kosztowy wraz z określeniem stawek MTR, który ma stosować przedsiębiorca. Szczegółowy model kalkulacji kosztów, określonych w punkcie VI decyzji, organ zawarł w zgodzie z treścią pkt IX decyzji w załączniku nr 2, który to stanowi integralną część przedmiotowej decyzji, natomiast szczegółowy model kalkulacji kosztów operatora efektywnego, zgodnie z treścią pkt X decyzji, został określony w załączniku nr 3, który także stanowi integralną część przedmiotowej decyzji. Załącznik nr 3 został doręczony powodowi w formie odmiennej niż decyzja wydana przez pozwanego. Załącznik ten został przekazany Sądowi I instancji jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie mógł więc zostać ujawniony powodowi, bez zgody innych operatorów, których dane tam zamieszczono.

Zgodnie z treścią art. 207 ust. 1 Pt, w postępowaniach prowadzonych na podstawie tej ustawy, Prezes UKE, w drodze postanowienia, może ograniczyć pozostałym stronom prawo wglądu do materiału dowodowego, jeżeli udostępnienie tego materiału grozi ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa lub innych tajemnic prawnie chronionych. Prezes Urzędu przepis ten wskazał jako podstawę ograniczenia powodowi prawa wglądu do części decyzji jego dotyczącej. Zdaniem Sądu I instancji było to postępowanie nieprawidłowe, nie znajdujące podstawy we wskazanym przepisie. Przepis ten jednoznacznie dotyczy bowiem materiału dowodowego, a nie decyzji administracyjnej. W ocenie Sądu Okręgowego, brak jest jakiegokolwiek przepisu, który umożliwia organowi wyłączenie jawności – dla strony, której decyzja dotyczy – treści decyzji, chociażby w części, lub umieszczonej w załącznikach do niej. W świetle powyższego, Prezes UKE naruszył zasadę jawności decyzji administracyjnej, co doprowadziło do ograniczenia prawa do obrony powoda, który nie mogąc się zapoznać z całością decyzji, a szczególnie z załącznikiem, który swą treścią obejmował model kalkulacji kosztów operatora efektywnego, miał utrudnioną możliwość prowadzenia sporu z pozwanym co do treści nałożonego w pkt VI decyzji obowiązku.

Jak podkreślił Sąd Okręgowy, powyższe ograniczało Sąd w możliwości przeprowadzenia postępowania dowodowego, w szczególności przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego. Aby dopuścić taki dowód, Sąd musiałby udostępnić załącznik nr 3 biegłemu, a tym samym musiałby uzyskać zgodę pozostałych operatorów, których dane zostały użyte do budowy modelu na ujawnienie tajemnicy przedsiębiorcy (art. 479^{66a} k.p.c. w zw. z art. 479³³ k.p.c.). Tego typu ograniczanie Sądu w możliwości przeprowadzenia postępowania dowodowego jest niedopuszczalne, narusza nie tylko przepisy Kodeksu postępowania cywilnego, ale również Konstytucji RP.

Powyższe rozważania w części odnoszą się do danych zawartych w załączniku nr 2 – zawierającego opis modelu kalkulacji kosztów według metodologii PURE LRIC². Jak podkreślił Sąd I instancji, pozwany w zasadzie nie potrafił wskazać na jakiej zasadzie model ten został zbudowany, jakie dane do jego budowy zostały użyte. W konsekwencji, Sąd Okręgowy zgodził się z zarzutami powoda, że organ zawarł jedynie ogólne informacje dotyczące budowy modelu

i zasilania go danymi, w żaden sposób nie przedstawiając metodologii budowy systemu. Prezes UKE nie wyjaśnił ani w decyzji, ani w późniejszych pismach procesowych, jakie czynniki zadecydowały o uwzględnieniu tych, a nie innych komponentów i w jaki sposób te komponenty były włączone do modelu. W toku postępowania pozwany wskazał, że „po wstępnej weryfikacji danych przez Prezesa UKE dla każdego elementu wykorzystującego dane wejściowe zostały wyznaczone dane uśrednione lub wyznaczone metodami eksperckimi”. Sąd I instancji podkreślił w tym miejscu, że brak jest jednak wyjaśnienia w jaki sposób odbyła się wstępna weryfikacja i co miała na celu, czy była to jedyna weryfikacja danych, czy a jeżeli tak, to jakie dane inne niż „wyjściowe” użyto w modelu, jakie dane były uśredniane i na jakiej zasadzie, czym wreszcie jest metoda ekspercka, na podstawie której przyjęto część danych. Te uwagi doprowadziły Sąd Okręgowy do wniosku, że model opisany w załączniku nr 2 – integralnej części zaskarżonej decyzji – jest praktycznie nieweryfikowalny w kontradyktoryjnym postępowaniu sądowym. Nawet gdyby dopuszczono dowód z opinii biegłego, na okoliczność czy model został stworzony prawidłowo, to zdaniem Sądu, biegły nie mógłby wydać opinii, z uwagi na brak danych i możliwości zweryfikowania systemu stworzenia modelu przez pozwanego. Stanowiło to w ocenie Sądu Okręgowego naruszenie prawa do obrony, albowiem powód został pozbawiony możliwości zgłoszenia dowodu na obronę prezentowanych przez siebie twierdzeń.

Wobec powyższego Sąd wskazał, że nie był w stanie odnieść się do większości zarzutów zgłoszonych przez powoda, albowiem nie jest w stanie zweryfikować danych podawanych przez Prezesa UKE w decyzji, a z których to końcowym wynikiem zawartym w punkcie VI decyzji przedsiębiorca się nie zgadza.

Apelacje od ww. wyroku wniosły strony (P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. i Prezes Urzędu) oraz zainteresowany – Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji.

Wyrokiem z dnia 28 kwietnia 2017 r., sygn. akt VI ACa (...), Sąd Apelacyjny w (...) w pkt I uchylił zaskarżony wyrok częściowo – to jest co do rozstrzygnięcia zawartego w punkcie pierwszym, trzecim oraz czwartym wyroku i w tym zakresie przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu, pozostawiając

temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego, zaś w pkt II oddalił apelację powoda w całości.

W uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia Sąd Apelacyjny uznał za trafne zarzuty zawarte w apelacjach Prezesa UKE oraz Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji dotyczące naruszenia przez Sąd I instancji przepisu art. 278 § 1 k.p.c. i art. 284 k.p.c. w zw. z art. 479^{66a} k.p.c. w zw. z art. 479³³ § 2 pkt 2 k.p.c., polegające na nieuzasadnionym przyjęciu, że Sąd, aby dopuścić dowód z opinii biegłego i udostępnić biegłemu załącznik nr 3 do decyzji, musiałby uzyskać zgodę pozostałych operatorów, których dane zostały użyte do budowy modelu, na ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji Sąd niższej instancji błędnie zastosował przepis art. 227 w zw. z art. 278 § 1 k.p.c., w ten sposób, że zaniechał przeprowadzenia postępowania dowodowego w sprawie, w wyniku uznania, że wobec ograniczenia powodowi prawa wglądu do danych pochodzących od innych operatorów, Sąd nie miał możliwości przeprowadzenia postępowania dowodowego, w szczególności w zakresie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego.

Sąd Apelacyjny uznał za błędne działanie Sądu Okręgowego polegające na oddaleniu wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, które nie wynikało z uznania jego zbędności dla rozstrzygnięcia, lecz z przekonania o niemożności przeprowadzenia dowodu z uwagi na utajnienie załączników decyzji i konieczność ochrony tych danych na mocy art. 479 k.p.c. Sąd II instancji podniósł, że decyzja – co do zasady – może posiadać załączniki. W myśl art. 479³³ § 1 k.p.c. w postępowaniu przed sądem ochrony konkurencji i konsumentów chroni się tajemnicę przedsiębiorstwa oraz inne tajemnice podlegające ochronie na podstawie odrębnych przepisów, co prowadzi do wniosku, że obowiązek ten nie dotyczy jedynie materiału dowodowego, ale również załączników do decyzji, które nie zawierają władczych rozstrzygnięć, dotyczących przedmiotu zaskarżonej decyzji. Jak stanowczo podkreślił Sąd Apelacyjny, z kolejnych paragrafów art. 479³³ k.p.c. wynika, że tajemnica przedsiębiorstwa obowiązuje w stosunku do stron postępowania (za wyjątkiem Prezesa UOKiK), nie zaś w stosunku do Sądu. Nie ulega również wątpliwości, że z uwagi na treść przepisów regulujących przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego, w tym np. art. 284 k.p.c.,

biegły może otrzymać dostęp do całych akt, w tym również objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Zdaniem Sądu II instancji, jest to oczywiste z uwagi na rolę jaką biegły odgrywa w postępowaniu sądowym, ponadto w przeciwnym wypadku biegły sądowy nie byłby w stanie wykonać obowiązku, do którego został powołany. Sąd miał więc możliwość przeprowadzenia postępowania dowodowego, w tym dowodu z opinii biegłego, również w sytuacji, gdy model operatora efektywnego oparto o dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa operatorów telekomunikacyjnych. Z tych względów Sąd I instancji bezzasadnie przyjął, że stawki określone w decyzji są nieweryfikowalne i zaniechał w tym przedmiocie jakichkolwiek ustaleń i rozważań, uchylając decyzję w zakresie pkt VI, IX i X. Jak podkreślił Sąd Apelacyjny, najistotniejsze jest jednak, że uznanie nieweryfikowalności modelu bottom-up i wyliczonych w jego oparciu stawek, doprowadziło Sąd Okręgowy do zaniechania rozpoznania zarzutów odwołania dotyczących samej prawnej dopuszczalności nałożenia na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego tego rodzaju obowiązku regulacyjnego na podstawie art. 44 Pt, w sytuacji gdy powód w odwołaniu kwestionował to z uwagi m.in. na brak wystąpienia „szczególnego przypadku”, nałożenia obowiązku „nienazwanego”, brak zmiany „otoczenia regulacyjnego” oraz błędne przeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego w zakresie nałożenia tego obowiązku. Powód w tym zakresie sformułował liczne zarzuty dotyczące naruszenia przepisów Prawa telekomunikacyjnego, przede wszystkim art. 44 Pt, oraz przepisów wspólnotowych. Sąd I instancji nie odniósł się do odwołania w tym zakresie, stąd – w ocenie Sądu Apelacyjnego – należało uznać, że nie rozpoznał istoty sprawy co do pkt VI decyzji, a więc odnośnie nałożenia na powoda, na podstawie art. 44 Pt, obowiązku polegającego na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej sieci telefonicznej P. w określonej wysokości.

Oddalając apelację powoda, Sąd II instancji podniósł, że zaskarżona decyzja Prezesa UKE odpowiada prawu. W szczególności organ miał prawo nałożyć na powoda obowiązek, o którym mowa w art. 36 Pt, który to ustalony został wyłącznie na określonym rynku właściwym i nie ma wpływu na rynki usług detalicznych. W dalszej kolejności Sąd II instancji wskazał, że usługi sieci wirtualnych i inteligentnych są oferowane przez operatorów sieci telefonii ruchomej

oraz, że usługi te zostały objęte przedmiotową decyzją w definicji rynku właściwego (przy uwzględnieniu analizy substytucji po stronie popytu, jak i podaży tych usług względem innych oferowanych na rynku zakańczania połączeń w sieciach ruchomych). Powyższe potwierdza, że Prezes UKE zasadnie objął je obowiązkiem zapewnienia dostępu, o którym mowa w art. 34 Pt, zwłaszcza że przedmiotowa decyzja ma charakter wyprzedzający, zaś celem Prezesa UKE jest stworzenie regulacji uwzględniającej osiągnięcie postępu technicznego zachodzącego w dziedzinie telekomunikacji i likwidacja ewentualnych barier uniemożliwiających ich wykorzystanie w praktyce. Poza tym obowiązki regulacyjne nie muszą ściśle odpowiadać zakresowi produktowemu rynku, natomiast powinny przeciwdziałać stwierdzonym istniejącym i potencjalnym problemom rynkowym.

Pismem z dnia 11 września 2017 r. strona powodowa wywiodła od ww. wyroku Sądu Apelacyjnego skargę kasacyjną, opierając ją na następujących podstawach:

1) naruszenia prawa procesowego (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.), które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj. naruszenia art. 385 k.p.c. oraz art. 378 § 1 k.p.c. w zw. z art. 386 § 4 k.p.c. oraz art. 479⁶⁴ k.p.c. w zw. z art. 206 ust. 2 pkt 1-2 Pt oraz art. 22 ust. 1 Pt i art. 24 pkt 1-2 Pt, poprzez wydanie w pkt II wyroku rozstrzygnięcia sprzecznego z pkt I wyroku, a zatem poprzez spowodowanie wewnętrznej sprzeczności wyroku, w którym jednocześnie prawomocnie utrzymana jest w mocy część zaskarżonej przez powoda decyzji, tj. w odniesieniu do materii analizy rynku właściwego oraz stwierdzonych warunków i problemów rynkowych, a także w odniesieniu do niektórych obowiązków regulacyjnych (w pkt II wyroku), pomimo, że w pkt I wyroku Sąd Apelacyjny nakazał Sądowi Okręgowemu ponownie rozpoznać sprawę w zakresie zarzutów związanych z pkt VI decyzji, co pociąga za sobą obowiązek zbadania przez Sąd Okręgowy m.in. także materii analizy rynku właściwego oraz stwierdzonych warunków i problemów rynkowych;

2) naruszenia prawa materialnego (art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c.), tj. art. 21-22 Pt oraz art. 24 pkt 1-2 Pt w zw. z art. 378 § 1 k.p.c., poprzez błędną wykładnię, polegającą na uznaniu, że Prezes UKE może „zaktualizować” spoczywające na przedsiębiorcy telekomunikacyjnym obowiązki regulacyjne, pomimo, że w ramach analizy rynku właściwego rynku zakańczania połączeń głosowych w sieci powoda

nie stwierdzono, aby pomiędzy datą wydania poprzedniej decyzji SMP dotyczącej tego samego rynku właściwego [decyzja Prezesa Urzędu z dnia 29 września 2009 r., nr (...)(26)] i datą zaskarżonej decyzji wystąpiły różnice dotyczące warunków i problemów rynkowych występujących na poddanym analizie rynku właściwym zakańczania połączeń głosowych w sieci powoda, zaś powyższa „aktualizacja” nałożonych obowiązków regulacyjnych jest realizowana przez Prezesa UKE w związku ze zdarzeniami, które nie wystąpiły na analizowanym rynku właściwym i nie stanowią czynnika kształtującego stwierdzony podczas analizy problem rynkowy (tu: oparcie aktualizacji rozstrzygnięć o nałożeniu obowiązków regulacyjnych – względem poprzedniej decyzji SMP z 2009 r. – na okoliczności rzekomej zmiany „otoczenia regulacyjnego”, którym jest wydanie przez Komisję Europejską zalecenia 2009/396/WE z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych);

3) naruszenia prawa materialnego (art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c.), tj. art. 34 ust. 1 i 2 Pt w zw. z art. 24 pkt 2 lit. a)-c) Pt oraz art. 12 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 4 dyrektywy o dostępie oraz § 3 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 21 lipca 2008 r. w sprawie szczegółowych wymagań dla zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w zw. z art. 2 pkt 6 Pt, poprzez błędną wykładnię, której skutkiem jest akceptacja działania Prezesa UKE, polegającego na ustaleniu zakresu obowiązku zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego poprzez:

a) „przyznawanie dostępu do interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług, w tym usług sieci wirtualnych”,

b) „zapewnienie funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług, w tym świadczenia usług w sieciach inteligentnych”,

c) „uwzględnienie uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny poprzez interfejs systemu informatycznego”,

tj. w sposób nieadekwatny do zamierzonego celu oraz z przekroczeniem ustawowych kompetencji organu, w tym nałożenie obowiązku regulacyjnego w oderwaniu od zakresu produktowego rynku właściwego poddanego obowiązkom

regulacyjnym i poprzez niezwyfikowanie, czy warunki panujące na rynku właściwym uzasadniają obronę przez pozwanego metodę regulacji.

W świetle tak ukształtowanych, a następnie rozwiniętych w uzasadnieniu skargi kasacyjnej zarzutów, powód wniósł o:

1) uchylenie wyroku w zaskarżonej części, tj. uchylenie pkt II zaskarżonego wyroku, oraz przekazanie sprawy w tej części do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu i orzeczenie w przedmiocie kosztów postępowania,

2) rozpoznanie sprawy na rozprawie,

3) przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania, albowiem w sprawie występują istotne zagadnienia prawne.

Pismem z dnia 9 października 2017 r. Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji wniosła o:

1) orzeczenie o odmowie przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania, ewentualnie – w przypadku przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania – oddalenie skargi kasacyjnej w całości,

2) zasądzenie od powoda na rzecz zainteresowanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Postanowieniem z dnia 24 kwietnia 2019 r., sygn. akt I NSK 57/18, Sąd Najwyższy przyjął skargę kasacyjną do rozpoznania na rozprawie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powoda okazała się niezasadna.

Stosownie do treści art. 24 Pt, po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 22 ust. 1 Pt, Prezes UKE, w przypadku ustalenia, że na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, wydaje decyzję, w której:

1) określa rynek właściwy w sposób określony w art. 22 ust. 1 pkt 1;

2) wyznacza przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą oraz:

a) nakłada obowiązki regulacyjne, biorąc pod uwagę adekwatność i proporcjonalność danego obowiązku do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji celów określonych w art. 1 ust. 2, lub

b) utrzymuje nałożone obowiązki regulacyjne, jeżeli przedsiębiorca telekomunikacyjny lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie utracili tej pozycji, lub

c) zmienia lub uchyla nałożone obowiązki regulacyjne, jeżeli przedsiębiorca telekomunikacyjny lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie utracili tej pozycji, ale warunki na rynku właściwym uzasadniają zmianę lub uchylenie tych obowiązków.

Wydana w tym trybie decyzja służy regulacji rynku *ex ante*, której celem jest zapobieżenie zagrożeniom dla rynku wynikającym z faktu posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej.

Jak trafnie zauważył orzekający w niniejszej sprawie Sąd Okręgowy, fakt posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej oznacza posiadanie pozycji ekonomicznej odpowiadającej dominacji w rozumieniu prawa Unii Europejskiej, a więc tak silną pozycję ekonomiczną, że uprawnia go ona do postępowania według własnego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów. W trakcie całego postępowania powód nie kwestionował, że posiadając 100% udział w rynku właściwym posiada taką właśnie znaczącą pozycję rynkową.

Z istoty rzeczy, w regulacji *ex ante* Prezes UKE nie dokonuje ustaleń faktycznych dotyczących występowania określonych niepożądanych dla rozwoju rynku zjawisk, lecz jedynie ustala czy wystąpienie takich zjawisk jest możliwe w przyszłości w oparciu o rozumowanie oparte na zasadach logiki i doświadczenia życiowego (domniemanie faktyczne). Poza sporem w przedmiotowej sprawie jest sam fakt możliwości wystąpienia tego typu zjawisk, co prowadzi do stwierdzenia, że Prezes Urzędu był uprawniony do wszczęcia postępowania i wydania zaskarżonej decyzji.

Przechodząc do rozważenia zasadności zarzutów zawartych w skardze kasacyjnej należy wskazać, że na skutek apelacji Sąd drugiej instancji uchylił

w części wyrok Sądu Okręgowego i w tym zakresie przekazał temu Sądowi sprawę do ponownego rozpoznania, uznając że w wyroku tym Sąd ten nie rozpoznał istoty sprawy oraz że konieczne jest przeprowadzenie postępowania dowodowego w całości. Wyrok Sądu pierwszej instancji został uchylony w tej części rozstrzygnięcia, na mocy której uchylona została decyzja Prezesa UKE co do nałożenia obowiązku polegającego na stosowaniu przez powoda opłat za zakończenie połączenia w sieci powoda w wysokości określonej w zamieszczonym w decyzji harmonogramie, która została wyliczona w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego (art. 44 Pt). Zażalenie powoda na rozstrzygnięcie o częściowym uchyleniu zaskarżonego wyroku przez Sąd drugiej instancji zostało oddalone postanowieniem Sądu Najwyższego dnia 11 października 2017 r, sygn. akt III SZ 3/17. Powód skarży niniejszą skargą kasacyjną tę część wyroku, który utrzymał wcześniejsze rozstrzygnięcie w mocy.

Nie jest zasadny zarzut naruszenia prawa procesowego, tj. art. 385 k.p.c. oraz art. 378 § 1 k.p.c. w zw. z art. 386 § 4 k.p.c. oraz art. 479⁶⁴ k.p.c. w zw. z art. 206 ust. 2 pkt 1-2 Pt oraz art. 22 ust. 1 Pt i art. 24 pkt 1-2 Pt.

Nie można uznać, że powstała wewnętrzna sprzeczność wyroku, która polega na utrzymaniu w mocy części decyzji a w części na jej uchyleniu do ponownego rozpoznania z uwagi na nierozpoznanie istoty sprawy. Utrzymana w mocy część decyzji dotyczyła ustalenia rynku właściwego, ustalenia, że na rynku występuje przedsiębiorca posiadający znaczną pozycję rynkową i wyznaczenia przedsiębiorcy posiadającego znaczną pozycję rynkową oraz utrzymaniu lub zmianie niektórych obowiązków regulacyjnych. W mocy pozostają kwestie zasadnicze decyzji dotyczące ustalenia wyżej wymienionej materii, natomiast weryfikacja części zarzutów powoda wymaga przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego i w tym zakresie wyłącznie częściowo doszło do nierozpoznania istoty sprawy. Należy dopuścić istnienie sytuacji, w której część decyzji na skutek oddalenia apelacji stanie się prawomocna, a dalsze postępowanie będzie dotyczyło określonego wycinka zarzutów objętych odwołaniem. Należy uznać, że pkt I do III decyzji które stały się prawomocne i pozostałe (jak pkt VI) są na tyle autonomiczne by sprawa w zakresie nierozpoznania istoty sporu w pkt. VI mogła być w tym wąskim zakresie przekazana do ponownego rozpoznania.

Kwestię tę także tak ujął Sąd Najwyższy w niniejszej sprawie w postanowieniu z dnia 11 października 2017 r., sygn. akt III SZ 3/17, w wyniku rozpoznania zażalenia powoda na rozstrzygnięcie zaskarżonego wyroku w zakresie uchylenia wyroku sądu pierwszej instancji w części do ponownego rozpoznania (pkt 1 wyroku). Oddalając zażalenie Sąd Najwyższy uznał, że dopuszczalne jest częściowe uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w sytuacji gdy w pozostałej części (kwestii zasadniczych i niektórych obowiązków regulacyjnych) decyzja stała się prawomocna. W tym zakresie ustalenia decyzji są wiążące, a nierozpoznanie istoty sprawy dotyczy wyłącznie wskazanych części zarzutów. Ponadto, w odniesieniu do zarzutu dotyczącego wymogu uzyskania zgody Komisji Europejskiej, odesłać należy do uzasadnienia wskazanego wyżej postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2017 r. Zawarte w nim rozważania co do rozumienia art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie w zakresie obowiązków nienazwanych, nieprzewidzianych w tej dyrektywie, należy podzielić w całej rozciągłości. Jeżeli prawo telekomunikacyjne nie przewiduje obowiązku, o którym mowa w dyrektywie, nie można mówić o konieczności uzyskania zgody Komisji Europejskiej na podstawie art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie, ponieważ prawo unijne nie przewiduje takiej kompetencji tego organu. Z tych powodów zarzut ten nie jest zasadny.

Nie można uznać za zasadny zarzut naruszenia prawa materialnego (art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c.), tj. art. 21-22 Pt oraz art. naruszenia art. 24 pkt 1-2 Pt w zw. z art. 378 § 1 k.p.c., poprzez błędną wykładnię, polegającą na uznaniu, że Prezes UKE może „zaktualizować” spoczywające na przedsiębiorcy telekomunikacyjnym obowiązki regulacyjne.

Należy uznać za niezasadny zarzut „aktualizacji” obowiązków regulacyjnych bez ustalenia istnienia różnic warunków i problemów rynkowych pomiędzy datą zaskarżonej decyzji a datą poprzedniej decyzji.

Po pierwsze, w zakresie punktu IV zaskarżonej decyzji pozwany utrzymał obowiązki regulacyjne w mocy, i nie można w związku z tym uznać, że doszło do ich aktualizacji ale tylko utrzymania w poprzednim zakresie wynikającym z poprzedniej decyzji. Po drugie, w zakresie punktu V decyzji, należy podzielić pogląd Sądu Okręgowego, że uchylenie obowiązku regulacyjnego, nałożonego na P. Sp. z

o.o. (powód) decyzją z 2009 r., i nałożenie nowego obowiązku było zasadne. W istocie skarżący polemizuje z ustaleniami stanowiącymi podstawę faktyczną dokonanej oceny prawnej. Sąd Okręgowy słusznie przyjął, że problemy rynkowe występujące w warunkach decyzji z 2009 r. i decyzji z 2012 r. były wprawdzie bardzo podobne, a nawet w większości tożsame, jednakże nie oznacza to, że regulator nie może korzystać z bardziej adekwatnych, proporcjonalnych środków regulacyjnych w celu przewyciężenia problemów, mając na uwadze aktualnie panujące warunki na rynku właściwym. Prezes UKE posiada kompetencję do zmiany lub uchylecia obowiązków regulacyjnych, jeżeli nastąpiła zmiana warunków panujących na rynku właściwym, nawet jeżeli problemy rynkowe pozostały niezmienione. Prezes UKE wskazał zmiany otoczenia rynkowego, jakie miał miejsce między decyzjami z 2009 r. i 2012 r., co jest wystarczające do tego by otworzyć regulatorowi możliwość dokonania zmiany lub weryfikacji nałożonych obowiązków regulacyjnych. W szczególności dotyczy to nowej okoliczności, polegającej na wydaniu zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r., tj. po dacie wydania pierwotnej decyzji przez Prezesa Urzędu.

Zgodnie z wyrokiem TSUE z dnia 15 września 2016 r. w sprawie C-28/15 Koninklijke KPN NV i in. v. Autoriteit Consument en Markt (EU:C:2016:692), sąd krajowy rozpatrujący spór dotyczący zgodności z prawem obowiązku taryfowego nałożonego przez krajowy organ regulacyjny w odniesieniu do świadczenia usług zakańczania połączeń może przyjąć rozstrzygnięcie odbiegające od zalecenia Komisji 2009/396/WE z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych, rekomendującego model obliczania kosztów zwanym „pure BU LRIC” (Bottom-Up Long-Run Incremental Costs) jako właściwy środek regulacji cen na rynku zakańczania połączeń wyłącznie wtedy, gdy uzna, że wymagają tego względy związane z okolicznościami rozpatrywanej sprawy, na czele ze szczególnymi cechami rynku w danym państwie członkowskim. Zalecenie nie jest wiążące w świetle art. 288 TFUE ale organ stosujący prawo jak stwierdził TSUE w tymże wyroku „przy nakładaniu obowiązków w zakresie kontroli cen i księgowania kosztów zgodnie z art. 13 dyrektywy o dostępie KOR są zobowiązane stosować się, co do zasady, do wskazówek zawartych w zaleceniu 2009/396. Jedynie jeżeli

stwierdzi, w ramach dokonywanej przez siebie oceny danej sytuacji, że model „pure BU LRIC”, rekomendowany przez to zalecenie, nie jest dostosowany do okoliczności, może przyjąć odbiegające od niego rozstrzygnięcie, podawszy przyczyny (motyw 38 wyroku z 15 września 2016 r., TSUE, C-28/15). W tym świetle organ regulacyjny ma kompetencję do weryfikacji swojej wcześniejszej decyzji w oparciu o okoliczność opublikowania zalecenia Komisji po dacie wydania pierwotnej decyzji.

Nie można także uznać za zasadny zarzut naruszenia prawa materialnego (art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c.), tj. art. 34 ust. 1 i 2 Pt w zw. z art. 24 pkt 2 lit. a)-c) Pt oraz art. 12 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 4 dyrektywy o dostępie oraz § 3 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 21 lipca 2008 r. w sprawie szczegółowych wymagań dla zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w zw. z art. 2 pkt 6 Pt. Powód zarzucił błędną wykładnię prawa materialnego, której skutkiem jest akceptacja działania Prezesa UKE, polegającego na ustaleniu zakresu obowiązku zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego poprzez:

a) „przyznawanie dostępu do interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług, w tym usług sieci wirtualnych”,

b) „zapewnienie funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług, w tym świadczenia usług w sieciach inteligentnych”,

c) „uwzględnienie uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny poprzez interfejs systemu informatycznego”.

Zdaniem skarżącego nastąpiło to w sposób nieadekwatny do zamierzonego celu oraz z przekroczeniem ustawowych kompetencji organu, w tym nałożenie obowiązku regulacyjnego w oderwaniu od zakresu produktowego rynku właściwego poddanego obowiązkom regulacyjnym.

Przepis art. 24 pkt 2 lit. a) Pt, do którego odwołuje się art. 34 Pt nakazuje Prezesowi UKE w procesie podejmowania decyzji wymienionych tym przepisem uwzględniać: adekwatność danego obowiązku do istniejącego problemu, proporcjonalność oraz cele określone w art. 1 ust. 2 ustawy. Wskazane w przepisie wytyczne nawiązują do odpowiednich postanowień dyrektywy o dostępie i ramowej. (por. M. Rogalski, Komentarz do art. 24 Prawa telekomunikacyjnego, LEX 2010).

Adekwatność obowiązku do zidentyfikowanego problemu oznacza, że zastosowany środek powinien w świetle posiadanych doświadczeń prowadzić do przewyciężenia lub zmniejszenia przeszkód dotyczących rozwoju konkurencji. Środek proporcjonalny powinien spełniać trzy kryteria. Po pierwsze, środek musi być użyteczny do osiągnięcia założonego, uprawnionego celu. Po drugie, środek musi być konieczny dla osiągnięcia tego celu. Po trzecie, należy ocenić, czy zastosowanie środka nie wywoła negatywnych efektów ubocznych, a w szczególności czy relacja między tymi ubocznymi efektami a osiągniętymi wynikami regulacyjnymi może być zaakceptowana (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2018, s. 261-263).

Wskazany zarzut opiera się na błędnym założeniu, że wskazane usługi sieci wirtualnych oraz usługi w sieciach inteligentnych nie mieszczą się w zakresie rynku właściwego zakańczania połączeń głosowych w ruchomej sieci telefonicznej powoda. Zgodnie z treścią uzasadnienia decyzji SMP (zob. s. 72 decyzji) z zakresu rynku produktowego zakańczania połączeń głosowych nie zostały wyłączone usługi w sieciach wirtualnych, jak i usługi w sieciach inteligentnych zarówno w wymiarze produktowym, jak i geograficznym. Należy podzielić argumentację Prezesa UKE, jak i sądów niższej instancji, że usługi te mieszczą się w definicji rynku właściwego i nie można uznać, że ustalono obowiązki regulacyjne w sposób nieadekwatny do zamierzonego celu oraz z przekroczeniem kompetencji organu. Decyzję wydano w ramach kompetencji właściwego organu. W istocie skarżący kwestionuje elementy stanu faktycznego ustalonego w decyzji i niekwestionowane przez sądy niższej instancji. Skoro usługi te mieszczą się w definicji rynku właściwego zasadne było objęcie ich obowiązkiem zapewnienia dostępu, o którym mowa w art. 34 Pt. Pozwala to na uwzględnienie postępu technicznego, w stosunku do którego prawo „idzie o krok za rzeczywistością”. Celem regulacji jest zapewnienie dostępu do usług sieci wirtualnych i inteligentnych na przyszłość, które występują w sieciach operatorów komórkowych w tym powoda (wirtualni operatorzy telefonii ruchomej). Służy też zapewnieniu skutecznej i efektywnej współpracy między operatorami. Spełnia to dyrektywę adekwatności i proporcjonalności.

Z tych przyczyn zarzut ten należy uznać za niezasadny.

Mając na uwadze wskazane okoliczności, Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. oddalił skargę kasacyjną oraz w oparciu o art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 398²¹ k.p.c. oraz § 10 ust. 4 pkt 1 w zw. z § 14 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. z 2015 r., poz. 1800 ze zm.) zasądził od powoda na rzecz zainteresowanego kwotę 540 zł oraz na rzecz pozwanego kwotę 360 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.