



Sygn. akt III SK 10/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 marca 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dawid Miąsik (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Halina Kiriło

SSN Piotr Prusinowski

w sprawie z powództwa P. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej
o nałożenie obowiązków regulacyjnych,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 1 marca 2018 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 7 października 2016 r., sygn. akt VI ACa (...),

oddala skargę kasacyjną.

UZASADNIENIE

Decyzją z 14 grudnia 2012 r., nr (...) - dalej decyzja SMP P. 2012, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE), na podstawie art. 24 pkt 1 i pkt 2 lit. a, lit. b i lit. c w zw. 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. 44 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm., dalej jako Prawo telekomunikacyjne lub PT) oraz art. 104 § 1 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 PT:

I. określił jako rynek właściwy rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) P. sp. z o.o. w W. (powód);

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

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

IV. utrzymał ustalony w decyzji z dnia 18 grudnia 2008 r., nr (...) (dalej jako decyzja SMP P. 2008) obowiązek regulacyjny, o którym mowa w art. 36 PT, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach oferowaniu usług oraz udostępnianiu informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa z podmiotami zależnymi;

V. zmienił nałożone decyzją SMP P. 2008 obowiązki regulacyjne:

1. obowiązek, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i 2 PT, nadając mu następujące brzmienie: obowiązek uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) powoda w szczególności przez:

- zapewnienie określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy, niezbędnych do zapewnienia dostępu do sieci,
- przyznawanie dostępu do interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług, w tym usług sieci wirtualnych,
- zapewnienie infrastruktury telekomunikacyjnej, kolokacji oraz innych form wspólnego korzystania z budynków,

- zapewnienie funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług, w tym świadczenia usług w sieciach inteligentnych,
- zapewnienie połączenia sieci lub urządzeń telekomunikacyjnych oraz udogodnień z nimi związanych,
- prowadzenie negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w dobrej wierze oraz utrzymanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego do określonych sieci telekomunikacyjnych, urządzeń lub udogodnień towarzyszących,
- uwzględnianie uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny przez interfejs systemu informatycznego;

2. obowiązek, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i 2 PT, nadając mu następujące brzmienie: obowiązek polegający na ogłaszaniu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, przy czym:

- zakres informacji obejmuje wszystkie informacje dotyczące specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, niezbędne do przygotowania przez zainteresowanych operatorów wniosku w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego,
- publikacja wskazanych powyżej informacji nastąpi w formie elektronicznej na oficjalnej stronie internetowej powoda,
- informacje należy ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia niniejszej decyzji, w przypadku zmiany zakresu bądź treści publikowanej informacji należy ją ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 tygodnia od dnia wprowadzenia zmiany;

3. obowiązek, nałożony na podstawie art. 44 PT, polegający na zakazie stosowania przez powoda zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powoda przez jego uchylene;

VI. nałożył na podstawie art. 44 PT, obowiązek polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powoda w wysokości określonej w zamieszczonym w decyzji harmonogramie (dalej jako *glide*

path), wyliczonych w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego przez określenie stawek od 1 stycznia 2013 r. do 30 czerwca 2013 r. na poziomie 0,0826 PLN/min, od 1 lipca 2013 r. na poziomie 0,0429 PLN/min;

VII. na podstawie art. 206 ust. 2a w zw. z art. 206 ust. 2 pkt 1 pkt 2 PT nadał decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł powód, zaskarżając ją w punktach IV, V ppkt 3 oraz VI.

Wyrokiem z 3 marca 2015 r., XVII AmT (...) Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie powoda i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Sąd Okręgowy wskazał, że istota sporu sprowadzała się do oceny zasadności dokonanej zaskarżoną decyzją zmiany nałożonego poprzednią decyzją SMP P. 2008 obowiązku regulacyjnego nałożonego na podstawie art. 44 PT, który polegał na zakazie stosowania przez powoda zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powoda.

Prezes UKE dokonał zaskarżoną decyzją zmiany powyższego obowiązku przez jego uchylenie i zastąpienie od 1 stycznia 2013 r. obowiązkiem, nałożonym również na podstawie art. 44 PT, polegającym na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powoda w wysokości wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego („BU-LRIC”) według harmonogramu, zgodnie z którym w okresie od 1 stycznia 2013 r. do 30 czerwca 2013 r. miała obowiązywać stawka MTR w wysokości 0,0826 zł, a od 1 lipca 2013 r. stawka MTR w wysokości 0,0429 zł. Sąd Okręgowy podkreślił, że powód zastrzegł, iż co do zasady nie występuje przeciwko przejściu na proponowany model ustalania opłat za zakańczanie połączeń głosowych w jego sieci („BU-LRIC”), jednak wnosił o pozostanie przy pierwotnym terminarzu jego wdrożenia, zgodnie z którym miało to nastąpić od 1 stycznia 2014 r., a zatem rok później. W szczególności, powód sprzeciwiał się wprowadzeniu symetrycznej stawki 0,0826 PLN/min w okresie przejściowym do 30 czerwca 2013 r., która to stawka nie wynika z modelu operatora efektywnego, nie ma podstaw w przepisach prawa i aktualnej sytuacji na rynku, a także pozbawia powoda przyznanych jej uprzednio praw.

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że Prezes UKE uznał, że zachodzi szczególny przypadek uzasadniający nałożenie obowiązku regulacyjnego na podstawie art. 44 PT. Zmiana podejścia regulacyjnego w zakresie stawek MTR uwarunkowana była wydaniem przez Komisję Europejską Zalecenia nr 2009/396/WE z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (Dz.Urz. UE L 2009, Nr 124, poz. 67 ze zm., dalej jako Zalecenie KE), które przewiduje wprowadzenie stawek za zakańczanie połączeń w sieciach telefonii ruchomej na symetrycznym poziomie, wyliczonych w oparciu o model efektywnego operatora. Konieczność zapewnienia zgodności krajowej polityki regulacyjnej z tym Zaleceniem spowodowała, że niezbędna stała się zmiana nałożonego w toku poprzednich postępowań obowiązku. Z Zalecenia KE, które Prezes UKE powinien uwzględnić w najszerszym możliwym zakresie, wynikał obowiązek obniżenia wysokości stawek za zakańczanie połączeń do poziomu kosztów efektywnego operatora. Prezes UKE po przeprowadzeniu konsultacji z operatorami opracował model efektywnego operatora. W 2010 r. wydał Stanowisko odnoszące się do Zalecenia KE i wskazał, że w 2012 r. zostanie opracowany model.

W ocenie Sądu Okręgowego dla powoda korzystne było wprowadzenie harmonogramu dochodzenia do symetrii MTR. Wprowadzając okres przejściowy, Prezes UKE wykazał, że kierował się sytuacją na rynkach zagranicznych partnerów, gdzie niejednolicie czasowo wprowadzono symetryczne stawki MTR na podstawie modelu efektywnego operatora. Wbrew zarzutom powoda nie doszło do jego dyskryminacji, gdyż w stosunku do innych operatorów telefonii ruchomej nałożono te same stawki, wprowadzono ten sam okres przejściowy i ten sam okres dochodzenia do symetrii. Powód jako operator nowowchodzący na rynek w 2007 r. korzystał z uprzywilejowanych asymetrycznych stawek, jednak sytuacja rynkowa powoda zmieniła się, wzrosły jej udziały w rynku i przychody. Niezasadne były zarzuty powoda dotyczące nałożenie obowiązku stosowania przez niego w okresie przejściowym (do 30 czerwca 2013 r.) symetrycznej stawki w wysokości skalkulowanej z zastosowaniem średniej arytmetycznej ze stawki wyliczonej na podstawie modelu *bottom-up* i obecnie obowiązującej stawki MTR operatorów zasiedziały, co miało prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania, w

tym dyskryminacji, mimo że powód ponosi wyższe koszty jednostkowe. Celem Komisji Europejskiej jest obniżanie stawek MTR jako mających istotny wpływ na stawki detaliczne, w tym także na stawki roamingowe. W Zaleceniu KE zadeklarowano wspólne podejście oparte na standardzie efektywności kosztowej, a symetria stawek wspiera efektywność oraz zrównoważoną konkurencję i daje największe korzyści konsumentom. Zalecenie KE dopuszcza stosowanie okresu przejściowego nie dłuższego niż 4 lata od wejścia na rynek dla nowych operatorów, a krajowe organy regulacyjne powinny zapewnić do końca 2012 r. wprowadzenie stawek za zakańczanie połączeń na poziomie efektywnym kosztowo i symetrycznie, a w wyjątkowych sytuacjach do 1 lipca 2014 r. ustalać tymczasowe stawki MTR. Skoro powód nie kwestionował przyjętej w Zaleceniu KE zasady dojścia do stosowania stawki symetrycznej na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w oparciu o model *bottom-up* operatora efektywnego ale wcześniejszą niż wykazana Zaleceniem KE datę jego wprowadzenia, w sytuacji gdy powód ponosi wyższe koszty jednostkowe w stosunku do operatorów zasiedziałych, to zdaniem Sądu Okręgowego Zalecenie KE odnośnie do dopuszczalnej asymetrii zostało zastosowane po analizie rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.Urz. UE L 2002 Nr 108, s. 33, dalej jako dyrektywa ramowa) i wymaga dla zastosowania asymetrii udowodnienia, że nowy podmiot na rynku połączeń ruchomych działa poniżej minimalnej skali efektywności i ponosi wyższe jednostkowe koszty przyrostowe, a na rynku detalicznym występują bariery wejścia. Tylko w takich warunkach organ regulacyjny może zezwolić na odzyskanie tych wyższych kosztów w okresie przejściowym przez uregulowanie stawki za zakańczanie połączeń, przy czym okres przejściowy nie powinien przekraczać 4 lat od wejścia operatora na rynek. Każde odchylenie od jednolitego poziomu efektywności kosztowej należy uzasadnić obiektywnymi różnicami kosztów, które pozostają poza kontrolą operatorów. Wszelka asymetria dopuszczona dla operatorów dopiero wchodzących na rynek powinna zostać stopniowo usunięta w rozsądnym terminie, pozwalającym tym operatorom na osiągnięcie minimalnej skali efektywności. Tymczasem powód twierdził, że nadal jest operatorem działającym

na rynku telekomunikacyjnym poniżej minimalnej skali efektywności, ale nie wykazał, aby ponosił jakiegokolwiek wyższe koszty, które uzasadniałyby utrzymanie dalszej asymetrii w stosunku do niego.

Apelację od powyższego wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód, zaskarżając go w całości.

Wyrokiem z 7 października 2016 r., VI ACa (...) Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację powoda i obciążył go kosztami postępowania.

W uzasadnieniu Sąd Apelacyjny wyjaśnił, że istotą sprawy było skrócenie okresu obowiązywania ciążącego na powodzie na podstawie decyzji SMP P. 2008 obowiązku regulacyjnego, polegającego na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń w sieci powoda i zastąpienie go z początkiem 2013 r. obowiązkiem ustalania wysokości tych stawek w oparciu o opracowany przez Prezesa UKE model hipotetycznego operatora efektywnego („BU-LRIC”), co oznacza przerwanie harmonogramu tymczasowej, malejącej asymetrii stawek na rok przed jego planowanym ukończeniem na rzecz wcześniejszego wprowadzenia obowiązku stosowania stawek symetrycznych.

Sąd Apelacyjny podkreślił, że celem działań podjętych przez regulatora nie jest to, aby nowy operator stał się liderem rynku, a co za tym idzie by jego udział na rynku był większy niż konkurentów, ale aby wejście kolejnego operatora na rynek odniosło pozytywny skutek dla konkurencji i konsumentów. W przypadku powoda doszło do sytuacji, w której dzięki asymetryczności stawek MTR, w ciągu zaledwie niespełna 5 lat stał się on operatorem, którego udział w rynku był niewiele niższy niż innych, działających od wielu lat operatorów.

Sąd drugiej instancji stwierdził, że faktycznie w decyzji SMP P. 2008 została ustalona ścieżka dojścia do docelowej stawki MTR, która została zmieniona przez zaskarżoną decyzję. Nie można jednak mówić w tej sytuacji o prawach nabytych, gdyż twierdzeniu takiemu przeczy już sama istota uprawnienia przyznanego powodowi, który stanowi wyjątek od zasady symetrii stawek.

Jednym z podstawowych celów Prawa telekomunikacyjnego jest zapewnienie faktycznej konkurencji na rynku z korzyścią dla użytkowników końcowych. W związku z powyższym celem regulator powinien dokonywać kontroli konkurencyjności na rynku nie rzadziej niż raz na dwa lata. Wymóg ten został

spełniony w przedmiotowej sprawie. Powód powinien mieć zatem świadomość, że w 2012 r. zostanie przeprowadzone postępowanie administracyjne, w którym - po dokonaniu stosownych ustaleń - może dojść do zmiany wcześniejszych decyzji.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, wbrew twierdzeniom powoda, Prezes UKE dokonał szczegółowej analizy i oceny przesłanek adekwatności oraz proporcjonalności obowiązków nałożonych na powoda w zaskarżonej decyzji, w odniesieniu do zidentyfikowanych problemów rynkowych. Wprowadzenie modelu efektywnego operatora było związane z Zaleceniem KE i zgodnie z nim model ów miał zostać wprowadzony do końca 2012 r. Tylko w ściśle określonych sytuacjach dopuszczalne było stosowanie innych metod ustalania stawek za zakańczanie połączeń w sieciach operatorów. W momencie wydawania decyzji powód nie był już objęty czteroletnim okresem ochronnym, przysługującym operatorom nowowchodzącym na rynek, a decyzje SMP wydawane w stosunku do pozostałych operatorów były analogiczne, w tym kontekście nie można zatem mówić o naruszeniu uprawnień powoda jako operatora. Sąd Apelacyjny stwierdził, że Prezes UKE miał możliwość wprowadzenia stawki symetrycznej w sieci powoda już od początku 2013 r., czego jednak z korzyścią dla powoda nie uczynił, dając mu tym samym czas na dostosowanie działalności do docelowej stawki, w związku z czym zarówno decyzja Prezesa UKE, jak i wyrok Sądu Okręgowego odpowiadają prawu.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku Sądu Apelacyjnego wniósł powód, zaskarżając go w całości i wnosząc o jego uchylenie i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania, ewentualnie o uchylenie także wyroku Sądu Okręgowego i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania. Alternatywnie powód wniósł o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego i poprzedzającego go wyroku Sądu Okręgowego, zmianę przez orzeczenie co do istoty sprawy i uwzględnienie odwołania powoda w całości oraz zasądzenie od Prezesa UKE na rzecz powoda kosztów postępowania. Powód zarzucił naruszenie: 1) art. 227 k.p.c. w związku z art. 217 § 3 k.p.c. i w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez bezpodstawne pominięcie dowodów powoda w postaci artykułów: „*C. i P. zawierają umowę o współwykorzystywaniu sieci*”, zamieszczonego 21 lipca 2011 r. w serwisie [www. \(...\) .pl](http://www. (...) .pl), „*Z. kupił P.*”, zamieszczonego 30 czerwca 2011 r. w serwisie [www. \(...\) .pl](http://www. (...) .pl), „*Powstaje (...)*”, zamieszczonego 1 lipca 2011 r. w serwisie [www. \(...\) .pl](http://www. (...) .pl), „*Co*

może badać UOKiK przy przejęciu P.”, zamieszczonego w dniu 5 lipca 2011 r. w serwisie [www. \(...\) .pl](http://www. (...) .pl), „800 MHz (...)”, zamieszczonego 17 października 2011 r. w serwisie [www. \(...\) .pl](http://www. (...) .pl), pomimo, że wnioski dowodowe były sformułowane prawidłowo, co w konsekwencji spowodowało, że sporne okoliczności sprawy nie zostały dostatecznie wyjaśnione; 2) art. 24 pkt 2 lit. a PT w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 PT, w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. b PT, w zw. z art. 44 PT i przez błędną wykładnię i wadliwe przyjęcie, że nałożenie na powoda w decyzji SMP P. 2012 w okresie przejściowym (do 30 czerwca 2013 r.) obowiązku stosowania symetrycznej stawki w wysokości skalkulowanej z zastosowaniem średniej arytmetycznej ze stawki wyliczonej na podstawie modelu *bottom up* i obowiązującej stawki MTR operatorów zasiedziały jest adekwatne i proporcjonalne do zdiagnozowanych problemów; 3) art. 24 pkt 2 lit. c PT w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 PT i art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. b PT w zw. z art. 44 PT przez błędną wykładnię i wadliwe przyjęcie, że Prezes UKE prawidłowo zmienił w decyzji SMP P. 2012 w odniesieniu do powoda obowiązek regulacyjny w postaci zakazu stosowania zawyżonych stawek na obowiązek - w okresie przejściowym (do 30 czerwca 2013 r.) - stosowania symetrycznej stawki w wysokości skalkulowanej z zastosowaniem średniej arytmetycznej ze stawki wyliczonej na podstawie modelu *bottom up* i obowiązującej stawki MTR operatorów zasiedziały pomimo, iż ten pierwszy obowiązek był adekwatny i proporcjonalny do zidentyfikowanych problemów (a warunki na rynku właściwym nie uległy zmianom) oraz został uprzednio nałożony w decyzji SMP P. 2008; 4) art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w zw. z art. 24 pkt 2 lit. a i lit. c PT w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 PT i art. 189 ust. 2 pkt 2 lit. c PT i w zw. z art. 44 PT oraz w zw. z art. 36 PT przez błędną wykładnię i wadliwe przyjęcie, że nałożenie na P. w okresie przejściowym (do 30 czerwca 2013 r.) obowiązku stosowania symetrycznej stawki w wysokości skalkulowanej z zastosowaniem średniej arytmetycznej ze stawki wyliczonej na podstawie modelu *bottom up* i obowiązującej stawki MTR operatorów zasiedziały, nie narusza obowiązku równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych i nie prowadzi do dyskryminacji P. na tle operatorów zasiedziały, w sytuacji, gdy powód w okresie przejściowym (do 30 czerwca 2013 r.) uiszczal stawki MTR, skalkulowane z zastosowaniem stawek operatorów zasiedziały.

W piśmie procesowym z 10 października 2017 r. Prezes UKE wniósł o oddalenie skargi.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powoda nie ma uzasadnionej podstawy.

Na wstępie należy podkreślić, że w zaskarżonym wyroku, jak również w poprzedzającym go wyroku Sądu Okręgowego w W., w sposób prawidłowy zidentyfikowano istotę sporu, wyznaczoną przez treść odwołania powoda od decyzji Prezesa UKE oraz przedstawiono wyczerpującą, przekonującą i prawidłową argumentację prawną, która w ocenie Sądu Najwyższego w sposób wzorcowy uzasadnia wydane w sprawie rozstrzygnięcia w zakresie prezentacji motywów wydanego orzeczenia oraz oparcia ich na zgromadzonym w toku postępowania materiale dowodowym (z przywołaniem konkretnych dokumentów i kart z akt postępowania).

Przedstawienie argumentacji, którą kierował się Sąd Najwyższy, oddalając skargę kasacyjną powoda, należy rozpocząć od zwrócenia uwagi na okoliczność (uwzględnioną przez Sąd drugiej instancji), zgodnie z którą treść zaskarżonej w niniejszej sprawie decyzji Prezesa UKE wynikała z analiz przeprowadzonych w wykonaniu Zalecenia KE. Zgodnie zaś z wyrokiem TSUE z 15 września 2016 r. w sprawie C-28/15 *Koninklijke KPN NV* (EU:C:2016:692) przy nakładaniu obowiązków w zakresie kontroli cen i księgowania kosztów krajowe organy regulacyjne mają obowiązek „stosować się, co do zasady, do wskazówek zawartych w zaleceniu 2009/396” (pkt 38). Zalecenie KE, mimo jego formalnie niewiążącego charakteru, mają także uwzględniać sądy krajowe (pkt 41), co oznacza obowiązek kierowania się wskazówkami regulacyjnymi wynikającymi z tego aktu prawa unijnego przy ocenie zasadności środków prawnych wnoszonych od decyzji krajowych organów regulacyjnych. Ma to uzasadnienie w potrzebie zapewnienia jednolitego stosowania unijnego prawa regulacyjnego w zakresie komunikacji elektronicznej (spójności regulacyjnej). Sądy krajowe mogą odstąpić od wskazówek regulacyjnych wynikających z Zalecenia KE, gdyby w toku postępowania odwoławczego okazało się, że wymagają tego okoliczności rozpatrywanej sprawy, w szczególności zaś cechy rynku komunikacji elektronicznej w danym Państwie Członkowskim (pkt 42). W ten sposób TSUE przyjmuje w swoim

orzecznictwie z zakresu regulacji rynku instytucję powściągliwości sądowej przy weryfikacji rozstrzygnięć podejmowanych przez wyspecjalizowane organy regulacyjne w celu realizacji *ex ante* celów ustawodawstwa unijnego i krajowego w obszarze komunikacji elektronicznej. Skoro zgodnie z wykładnią dokonaną przez TSUE w sprawie C-28/15 *Koninklijke KPN NV*, krajowy organ regulacyjny może odstąpić od stosowania modelu regulacyjnego przewidzianego w Zaleceniu KE, jeżeli okaże się, że model ten nie jest dostosowany do okoliczności „danej sytuacji” (pkt 38), oznacza to, że zasadą jest weryfikowanie treści obowiązków regulacyjnych pod kątem tego modelu a odstępianie od jego stosowania jest wyjątkiem. Na etapie postępowania sądowego z odwołania od decyzji krajowego organu regulacyjnego opartej na Zaleceniu KE oznacza to, że wydanie rozstrzygnięcia odbiegającego od wynikającego z powołanego zalecenia jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy wykazane zostanie, że „wymagają tego względy związane z okolicznościami rozpatrywanej sprawy, w szczególności ze szczególnymi cechami rynku w danym państwie członkowskim” (pkt 42). Dodatkowo, z uzasadnienia powołanego wyroku TSUE wynika, że przy dokonaniu sądowej kontroli decyzji krajowego organu regulacyjnego, nie można wymagać od tego organu udowodnienia, że nałożony obowiązek regulacyjny faktycznie realizuje cele określone w art. 8 dyrektywy 2002/21 (pkt 61). Stanowisko to koresponduje z poglądami wyrażonymi już w orzecznictwie Sądu Najwyższego w wyroku z 16 kwietnia 2015 r., III SK 7/14, zgodnie z którymi kierunkowa zmiana decyzji Prezesa UKE (to jest przez inne ukształtowanie obowiązku regulacyjnego, w tym przez określenie stawek w innej wysokości) jest możliwe wówczas, gdy przedsiębiorca telekomunikacyjny wykaże podstawy faktyczne (rynkowe) dla takiej zmiany (w tym odbiegającej od Zalecenia KE). Kognicja sądów orzekających w sprawach z odwołania od decyzji krajowych organów regulacyjnych została bowiem zawężona przez TSUE - co do zasady - do weryfikacji proporcjonalności nakładanych obowiązków (a więc oceny ich adekwatności i niezbędności) do celów unijnego prawa komunikacji elektronicznej, zgodności z Zaleceniem KE oraz ewentualnej zasadności odstąpienia od wskazówek wynikających z tego Zalecenia.

W dalszej kolejności Sąd Najwyższy zauważa, że specyfika regulacji *ex ante* (nakładanie obowiązków regulacyjnych i określenia wysokości stawek z

wyprzedzeniem w oparciu o projekcje rozwoju sytuacji rynkowej) w połączeniu z dynamiką rozwoju rynku komunikacji elektronicznej, wymusza względną trwałość rozstrzygnięć regulacyjnych. Wieloletnie harmonogramy kształtowania wysokości stawek ulegają dezaktualizacji wraz ze zmianą sytuacji rynkowej mierzoną zarówno ewolucją udziałów w rynku jak i zmianami w wysokości przychodów, kosztów, ruchu sieciowego i zachowań użytkowników. Wynikająca stąd „niepewność” regulacyjna została przez prawodawcę usankcjonowana w treści przepisów Prawa telekomunikacyjnego przewidujących okresowy przegląd obowiązków regulacyjnych jak również dopuszczających cykliczną weryfikację zasadności stosowanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych cen (por. wyrok Sądu Najwyższego z 6 lutego 2018 r., III SK 51/14). Zdaniem Sądu Najwyższego także zmiana treści Zalecenia KE, przykładowo w zakresie modelu regulacyjnego jakim powinny kierować się krajowe organy regulacyjne, uzasadnia weryfikację dotychczasowych obowiązków regulacyjnych w trybie przewidzianym w prawie krajowym (w ramach okresowej ich analizy w związku z weryfikacją posiadania znaczącej pozycji na rynku jak i w ramach corocznej analizy adekwatności obowiązków w zakresie ustalania cen). W przeciwnym razie Zalecenia KE (formalnie akt niewiążący) utraciłby swój walor „wiążący” wynikający z dyrektywy 2002/19 oraz potwierdzony powołanym wyżej wyrokiem TSUE.

Przechodząc do oceny zarzutów naruszenia powołanych w skardze kasacyjnej przepisów prawa materialnego, za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 24 pkt 2 lit. a PT w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 PT, w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. b PT, w zw. z art. 44 PT przez błędną wykładnię i wadliwe przyjęcie, że nałożenie na powoda w decyzji SMP P. 2012 w okresie przejściowym (do 30 czerwca 2013 r.) obowiązku stosowania symetrycznej stawki w wysokości skalkulowanej z zastosowaniem średniej arytmetycznej ze stawki wyliczonej na podstawie modelu *bottom up* i obowiązującej stawki MTR operatorów zasiedziały jest adekwatne i proporcjonalne do zdiagnozowanych problemów. Po pierwsze, nie można naruszyć powołanych przepisów przez wadliwą wykładnię polegającą na „wadliwym przyjęciu”, że nałożone w decyzji SMP P. 2012 obowiązki są adekwatne i proporcjonalne do zdiagnozowanych problemów. Po drugie, w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku trafnie wywiedziono, że z uwagi na znaczenie dłuższy niż

przewidziany w prawie unijnym okres korzystania przez powoda z asymetrii w rozliczeniach hurtowych z innymi operatorami, wcześniejsze wprowadzenie stawki symetrycznej jest zabiegiem adekwatnym i proporcjonalnym do rozwiązania problemów na rynku zakańczania połączeń, który ze swej istoty - jeszcze - jest rynkiem charakteryzującym się brakiem konkurencji.

Z tych samych względów Sąd Najwyższy nie znalazł także powodów dla uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 pkt 2 lit. c PT w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 PT i art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. b PT w zw. z art. 44 PT „przez błędną wykładnię i wadliwe przyjęcie, że Prezes UKE prawidłowo zmienił w decyzji SMP P. 2012 w odniesieniu do powoda obowiązek regulacyjny w postaci zakazu stosowania zawyżonych stawek na obowiązek - w okresie przejściowym do 30 czerwca 2013 r. - stosowania symetrycznej stawki w wysokości skalkulowanej z zastosowaniem średniej arytmetycznej ze stawki wyliczonej na podstawie modelu *bottom up* i obowiązującej stawki MTR operatorów zasiedziałych”. Jak przekonująco wyjaśniono w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, warunki na rynku telekomunikacyjnym uległy zmianie w związku ze wzrostem udziału w rynku powoda. Choć więc na rynku właściwym jakim jest rynek zakańczania połączeń w sieci powoda sytuacja nie uległa zmianie w stosunku do 2008 r. w tym sensie, że powód nadal był jedynym podmiotem działającym na tak wyznaczonym rynku właściwym, to otoczenie rynkowe (zmiana pozycji rynkowej powoda) oraz regulacyjne (Zalecenie KE) mogły uzasadniać zmianę obowiązku regulacyjnego dokonaną przez Prezesa UKE w decyzji zaskarżonej w tej sprawie.

Z kolei bezpodstawność zarzutu naruszenia art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w zw. z art. 24 pkt 2 lit. a i lit. c PT w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 PT i art. 189 ust. 2 pkt 2 lit. c PT i w zw. z art. 44 PT oraz w zw. z art. 36 PT przez błędną wykładnię i wadliwe przyjęcie, że nałożenie na powoda w okresie przejściowym obowiązku stosowania symetrycznej stawki w wysokości skalkulowanej z zastosowaniem średniej arytmetycznej ze stawki wyliczonej na podstawie modelu *bottom up* i obowiązującej stawki MTR operatorów zasiedziałych nie narusza obowiązku równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych i nie prowadzi do dyskryminacji powoda wobec operatorów zasiedziałych, gdy powód w okresie przejściowym uiszczał stawki MTR skalkulowane z

zastosowaniem stawek operatorów zasiedziały wynika z braku zakotwiczenia tego zarzutu w ustaleniach postępowania sądowego, które w postępowaniu kasacyjnym są dla Sądu Najwyższego wiążące. Dla wykazania zasadności zarzutu naruszenia przepisów prawa materialnego absolutnie niezbędne jest powiązanie treści normy wynikającej z podstawy skargi kasacyjnej z dokonanymi w sprawie ustaleniami faktycznymi, ewentualnie wykazanie braku stosowanych ustaleń uprawniających zastosowanie przepisu prawa materialnego przez Sąd drugiej instancji. Tymczasem z ustaleń postępowania sądowego nie wynika, by w okresie przejściowym powód rozliczał się według różnych stawek z tytułu zakończenia połączenia w jego sieci oraz zakończenia połączenia wychodzącego z jego sieci w sieci operatora zasiedziałego. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku brak również jakiegokolwiek stwierdzenia w przedmiocie dyskryminacji powoda, co ewentualnie pozwalałoby Sądowi Najwyższemu na stwierdzenie, że art. 32 Konstytucji RP i pozostałe przepisy powołane w tym zakresie w skardze powoda zostały zastosowane bez dokonania niezbędnych do tego ustaleń faktycznych. Uwagę zwraca, że nawet w uzasadnieniu tej podstawy skargi powód ograniczył się do gołosłownego szermowania zarzutem dyskryminacji bez przywołania konkretnych dokumentów zgromadzonych w toku postępowania administracyjnego i sądowego, których treść pozwalałaby Sądowi Najwyższemu jako sądowi kasacyjnemu weryfikację zgodności zaskarżonego wyroku z powołanymi przez powoda przepisami prawa.

Oczywiście bezpodstawny jest także zarzut naruszenia art. 227 k.p.c. w związku z art. 217 § 3 k.p.c. i w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez bezpodstawne „pominięcie dowodów powoda” w postaci artykułów, ponieważ nie wykazano na jakie to istotne dla sprawy okoliczności Sądy powinny te dowody przeprowadzić.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy orzekł na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. jak w sentencji.