

Sygn. akt III SK 12/16

POSTANOWIENIE

Dnia 30 listopada 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dawid Miąsik

w sprawie z powództwa M. Sp. z o.o. w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej
o ustalenie znaczącej pozycji rynkowej, wyznaczenie przedsiębiorcy o znaczącej
pozycji rynkowej i nałożenie obowiązków regulacyjnych,
na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 30 listopada 2016 r.,
na skutek skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego
w (...)
z dnia 14 października 2015 r., sygn. akt VI ACa (...),

odmawia przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 14 października 2015 r., VI ACa (...) Sąd Apelacyjny w (...) uchylił wyrok Sądu Okręgowego w W. - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 5 lutego 2015 r., XVII AmT (...) w części obejmującej uchylenie decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE) z 14 grudnia 2012 r., nr (...) - dalej jako decyzja - w punkcie VI, dotyczącym nałożenia na podstawie art. 44 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r.- Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. 2004 r., Nr 171, poz. 1800 ze zm., dalej jako Prawo telekomunikacyjne lub PT) obowiązku stosowania opłat za zakańczanie połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej A. sp. z o.o. (następca prawny M. Sp. z o.o., powód) w wysokości określonej w zamieszczonym w decyzji harmonogramie, wyliczonej w oparciu o

stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego oraz zniesienie wzajemnych kosztów postępowania między stronami i w tym zakresie przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania. Sąd Apelacyjny oddalił apelację powoda w całości oraz obciążył go kosztami postępowania apelacyjnego.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny stwierdził, w zakresie niezbędnym dla rozpoznania przedsądu, że postawione przez powoda w apelacji zarzuty naruszenia art. 24 pkt 2 lit. a, b i c Prawa telekomunikacyjnego w zw. z art. 21 oraz art. 34 ust. 1 i 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i 2 oraz art. 44 Prawa telekomunikacyjnego przez błędne przyjęcie, że ustalenie w treści decyzji istnienia problemów rynkowych, o których mowa a art. 24 pkt 2 lit. a PT ma charakter *ex ante*, a w konsekwencji, że Prezes UKE dokonując regulacji rynku telekomunikacyjnego może opierać się na czysto hipotetycznych, nieistniejących i nieudowodnionych problemach rynkowych oraz błędne przyjęcie, iż w decyzji Prezes UKE prawidłowo ustalił i uzasadnił istnienie problemów rynkowych, w szczególności problemu w postaci możliwości nieuzasadnionego i antykonkurencyjnego zawyżania przez powoda stawek za zakańczanie połączeń głosowych i nałożył na powoda obowiązki regulacyjne w odniesieniu do tak ustalonych problemów a także, że nałożenie na powoda obowiązków regulacyjnych nastąpiło z zachowaniem adekwatności i proporcjonalności tych obowiązków do problemów rynkowych, nie zasługują na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny uznał, że decyzja wydana przez Prezesa UKE w trybie art. 24 PT reguluje rynek *ex ante*, celem zapobieżenia zagrożeniom płynącym z posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej, która prowadzić może do nadużyć w jego kontaktach z kontrahentami. Prawidłowo ustalono, iż zasada rozliczeń międzyoperatorskich, oparta na założeniu, że koszty zakończenia każdej minuty połączenia pokrywa operator, którego abonent inicjuje połączenie oraz wynikający z niej brak presji konkurencyjnej na obniżenie stawek powoduje potrzebę ciągłej interwencji regulacyjnej na rynku zakańczania połączeń, aby neutralizować brak dążenia tego rynku w kierunku efektywnej konkurencji. Cechą charakterystyczną regulacji *ex ante* jest brak potrzeby dokonywania ustaleń faktycznych w zakresie występowania niepożądanych na rynku zjawisk. Zadaniem

Prezesa UKE jest ustalenie czy występowanie takich zjawisk jest potencjalnie możliwe w przyszłości.

Sąd drugiej instancji stwierdził, że działanie polegające na nieuzasadnionym i antykonkurencyjnym zawyżaniu stawek za zakańczanie połączeń głosowych jest możliwym zachowaniem przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej. Okoliczność, iż dotychczas powód nie stosował takiej praktyki nie wyklucza, że w przyszłości wykorzysta monopol na zakańczanie połączeń głosowych w swojej sieci, w obliczu braku możliwości wpływu operatorów alternatywnych na stosowane przez powoda stawki. Prawdłowo zatem Prezes UKE sięga po regulację *ex ante*, celem zapobieżenia sytuacji, w której powód będzie miał możliwość zawyżania stawek, a z osiągniętych w ten sposób przychodów będzie finansować swoje inne usługi. Brak interwencji ze strony organu regulacyjnego mógłby spowodować zniekształcenie cen na rynku hurtowym i detalicznym, skutkujące mniejszymi korzyściami dla użytkowników w zakresie różnorodności cen i jakości usług telekomunikacyjnych.

Podstawowym celem regulacji, co podkreślił Sąd Apelacyjny, jest zapobieganie zawyżaniu stawek za zakańczanie połączeń głosowych oraz udostępnianie sieci zarządzanej przez każdego operatora świadczącego usługi na rynku zakańczania połączeń we własnej sieci innym przedsiębiorcom. Działania regulacyjne mają przyczynić się do uniknięcia utrudniania operatorom alternatywnym dostępu do sieci powoda- operatora o znaczącej pozycji rynkowej, które przejawiać się mogą nie tylko w odmowie dostępu do sieci, ale także w kształtowaniu niekorzystnych warunków dostępu. Podjęte przez Prezesa UKE *ex ante* działania regulacyjne stanowiły zatem uzasadnioną prewencję, zmierzającą do eliminacji wystąpienia potencjalnych problemów rynkowych.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku Sądu Apelacyjnego wniósł powód, zaskarżając go w części obejmującej oddalenie jego apelacji w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz Prezesa UKE zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Wniosek o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania został oparty na przesłance występowania w sprawie istotnego zagadnienia prawnego, które powód sformułował w następujący sposób: czy ustalenie przez Prezesa UKE istnienia

problemów rynkowych, o których mowa w art. 24 pkt 2 lit a PT i nałożenie obowiązków regulacyjnych ma charakter działania *ex ante*, w tym sensie, iż dokonując regulacji rynku telekomunikacyjnego zgodnie z tym przepisem Prezes UKE może opierać się na czysto hipotetycznych, nieistniejących i nieudowodnionych problemach rynkowych.

W uzasadnieniu wniosku o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania powód stwierdził, że w dotychczasowym orzecznictwie i w piśmiennictwie zarysowują się dwa przeciwstawne poglądy w tym przedmiocie.

Pierwszy z nich opiera się na założeniu, że regulacja prawna zawarta w art. 24 pkt 2 lit. a PT ma na celu regulację rynku *ex ante*, by zapobiec zagrożeniom dla rynku płynącym z posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej. W przypadku regulacji *ex ante* nie ma potrzeby dokonywania ustaleń faktycznych w zakresie występowania niepożądanych dla rozwoju zjawisk. Zadaniem Prezesa UKE jest ustalenie w oparciu o zasady logiki i doświadczenia życiowego czy występowanie tych zjawisk jest możliwe w przyszłości.

Konsekwencją powyższego toku myślenia jest przyjęcie założenia, że Prezes UKE może na podstawie art. 24 pkt 2 lit. a PT dokonywać regulacji i nakładać na przedsiębiorców telekomunikacyjnych obowiązki regulacyjne wówczas, gdy zidentyfikuje potencjalny problem rynkowy, który może wystąpić w działaniu danego podmiotu. W związku z tym nie jest konieczne wykazywanie, że dany problem jest rzeczywisty i występującym w działaniu bądź to podmiotu, którego regulacja ma dotyczyć, bądź innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, prowadzącego zbliżoną w swym charakterze działalność.

Druga z możliwych interpretacji tego przepisu zakłada, iż Prezes UKE w procesie regulacyjnym uwzględniać będzie adekwatność danego obowiązku do istniejącego problemu oraz cele określone w art. 1 ust. 2 PT. W tej sytuacji Prezes UKE, przy dokonywaniu regulacji rynku i nakładaniu obowiązków regulacyjnych, jest zobowiązany wykazać, że na danym rynku rzeczywiście istnieją określone problemy. Niewystarczające jest, by organ ograniczył się jedynie do wskazania, że problem taki może teoretycznie wystąpić.

W ocenie powoda za przyjęciem drugiej z prezentowanych interpretacji przemawiają trzy zasadnicze argumenty, tj.: 1) literalne brzmienie art. 24 pkt 2 lit. a PT, z którego wynika, że nałożenie obowiązków regulacyjnych ma służyć rozwiązaniu problemów rynkowych, a nie zapobieganiu ich powstaniu w przyszłości; 2) zmienny charakter występowania problemów rynkowych, z którego to faktu wynika wyposażenie Prezesa UKE w instrumenty umożliwiające bieżące reagowanie w kwestii nałożenia na dany podmiot obowiązków regulacyjnych tak, że mogą one być w każdym czasie zmienione lub uchylone, co byłoby bezprzedmiotowe, w przypadku przyjęcia założenia o potencjalnej możliwości występowania problemów rynkowych; 3) możliwość kontroli decyzji Prezesa UKE oraz podstaw nakładania obowiązków regulacyjnych, która to kontrola byłaby iluzoryczna w przypadku przyjęcia założenia o regulowaniu rynku telekomunikacyjnego w oparciu o hipotetyczne problemy, gdyż Prezes UKE, jako organ posiadający największą wiedzę o funkcjonowaniu rynku telekomunikacyjnego jest w stanie, w sposób racjonalny uzasadnić ryzyko wystąpienia praktycznie każdego problemu rynkowego. Zdaniem powoda, Prezes UKE nakładając na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego określone obowiązki regulacyjne powinien dokonać szczegółowych ustaleń w zakresie zdefiniowanego na rynku telekomunikacyjnym problemu i uzasadnić, dlaczego problem ten nie stanowi jedynie zagrożenia hipotetycznego, lecz realne zagrożenie, które występuje lub też występowało w praktyce funkcjonowania innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Powód stwierdził ponadto, że przedstawione przez niego zagadnienie prawne powoduje potrzebę dokonania wykładni przepisów budzących poważne wątpliwości, tj. art. 24 pkt 2 lit. a PT.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powoda nie została przyjęta do rozpoznania, ponieważ w ocenie Sądu Najwyższego nie zachodziła publicznoprawna potrzeba rozstrzygnięcia wskazanego w niej zagadnienia prawnego. Po pierwsze, Sąd Najwyższy przyjmuje, że jak na razie rynek zakańczania połączeń, jako rynek

ograniczony do sieci konkretnego przedsiębiorcy, który jako jedyny ma możliwość wyświadczenia usługi zakończenia połączenia, charakteryzuje się takimi cechami, że interwencja Prezesa UKE na tym rynku ma charakter regulacji *ex ante* podyktowanej – jak trafnie przyjęto w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku - potrzebą zapobieżenia zagrożeniom płynącym z posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej, która prowadzić może do nadużyć w jego kontaktach z kontrahentami z uwagi na wspomnianą wcześniej specyfikę rynku zakańczania połączeń. Nie można wykluczyć, że w najbliższej przyszłości rynek zakańczania połączeń, z uwagi na wielorakie możliwości wykonania połączenia między dwoma użytkownikami zmieni swoją specyfikę, co przełoży się na zmianę stanowiska w kwestii potrzeby regulacji tego rynku (por. wyrok Sądu Najwyższego z 13 stycznia 2016 r., III SK 8/15, LEX nr 1997965). Po drugie, w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 15 września 2016 r. w sprawie C-28/15 *Koninklijke KPN NV i in. v. Autoriteit Consument en Markt (ACM)*, przy dokonywaniu sądowej kontroli decyzji krajowego organu regulacyjnego sąd nie może wymagać od tego organu, aby wykazał, że nałożony obowiązek faktycznie realizuje cele określone w art. 8 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. U. UE. L 2002 Nr 108, str. 33, dalej jako dyrektywa ramowa). Zdaniem Sądu Najwyższego oznacza to, że niedopuszczalne jest uchylene lub zmiana decyzji Prezesa UKE wyłącznie na tej podstawie, że jej uzasadnienie nie zostało uznane za przekonujące dla Sądu orzekającego w sprawie z odwołania (co do pewnego stopnia odpowiada poglądom wyrażonym w wyroku Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 2015 r., III SK 7/14, LEX nr 1713027 w przedmiocie zasad zmiany decyzji regulatora). Oznacza to, że w sprawach z odwołania od decyzji regulatora to na przedsiębiorcy spoczywa ciężar dowodu, że nałożone na niego obowiązki nie mają oparcia w podstawach prawnych Prawa telekomunikacyjnego, bądź faktycznie nie służą realizacji celów regulatora i nie są proporcjonalne do ich osiągnięcia.

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

