

POSTANOWIENIE

Dnia 21 stycznia 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Krzysztof Staryk (przewodniczący)

SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

SSN Maciej Pacuda

Protokolant Anna Pęsko

w sprawie z powództwa P. Sp. z o.o. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanej Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i
Telekomunikacji w W.

o ustalenie wysokości opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 21 stycznia 2016 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 7 maja 2014 r., sygn. akt VI ACa (...),

postanawia:

I. na podstawie art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z następującym pytaniem prawnym:

1) czy art. 13 w związku z art. 8 ust. 4 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie) (Dz. Urz. UE L 108, s. 7-20) w pierwotnym brzmieniu należy interpretować w ten sposób, że w przypadku nałożenia na operatora posiadającego znaczącą pozycję rynkową obowiązku określenia cen w zależności od ponoszonych kosztów, krajowy organ regulacyjny może, w celu promowania wydajności oraz zrównoważonej konkurencji, ustalić cenę za usługę objętą takim obowiązkiem poniżej poziomu kosztów świadczenia tej usługi

ponoszonych przez operatora, zweryfikowanych przez krajowy organ regulacyjny i uznanych za koszty pozostające w związku przyczynowym z tą usługą?

2) czy art. 13 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 4 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie) (Dz. Urz. UE L 108, s. 7-20) w pierwotnym brzmieniu w związku z art. 16 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej należy interpretować w ten sposób, że krajowy organ regulacyjny może nałożyć na operatora zobowiązanego do określania cen w zależności od ponoszonych kosztów obowiązek corocznego ustalania ceny na podstawie najbardziej aktualnych danych o kosztach i przedstawiania tak ustalonej ceny wraz z uzasadnieniem kosztowym krajowemu organowi regulacyjnemu do weryfikacji przed rozpoczęciem stosowania tej ceny w obrocie?

3) czy art. 13 ust. 3 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie) (Dz. Urz. UE L 108, s. 7-20) w pierwotnym brzmieniu w związku z art. 16 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej należy interpretować w ten sposób, że krajowy organ regulacyjny może żądać dostosowania ceny przez operatora zobowiązanego do określania cen w zależności od ponoszonych kosztów tylko wtedy, gdy operator ten najpierw samodzielnie ustali wysokość ceny i rozpocznie jej stosowanie, czy także wtedy, gdy operator stosuje cenę w wysokości ustalonej uprzednio przez krajowy organ regulacyjny, lecz z uzasadnienia kosztowego za następny okres sprawozdawczy wynika, że cena uprzednio ustalona przez krajowy organ regulacyjny jest powyżej poziomu kosztów ponoszonych przez operatora?

II. rozprawę odroczyć.

UZASADNIENIE

I. Przedmiot postępowania

Przedmiotem postępowania, w którym Sąd Najwyższy wystąpił z pytaniem prejudycjalnym jest kwestia prawidłowości nałożenia przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej jako Prezes UKE) na P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako P.), jako operatora posiadającego znaczącą pozycję rynkową

obowiązku ustalania cen w zależności od ponoszonych kosztów, o którym mowa w art. 40 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm., dalej jako Prawo telekomunikacyjne lub PT).

Przedstawione Trybunałowi Sprawiedliwości UE przez Sąd Najwyższy pytanie prejudycjalne w niniejszej sprawie ponownie dotyczy unijnego prawa łączności elektronicznej. Przepisy unijnego prawa telekomunikacyjnego wywołują szereg wątpliwości interpretacyjnych na styku z polskim prawem łączności elektronicznej z uwagi na sposób ich sformułowania oraz brak orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE dotyczącego szeregu obowiązków regulacyjnych. Na niejasność przepisów prawa unijnego i prawa krajowego nakłada się bardzo aktywna polityka regulacyjna krajowego organu regulacyjnego, ukierunkowana na realizację celów ustawodawstwa telekomunikacyjnego. Praktyka krajowego organu regulacyjnego bazuje w konsekwencji na funkcjonalnej wykładni przepisów prawa krajowego, podważającej wyniki wykładni językowej i systemowej przepisów krajowego prawa telekomunikacyjnego. W wyniku tej aktywności polski rynek telekomunikacyjny jest dość konkurencyjny, choć zawdzięcza to interwencjom krajowego organu regulacyjnego wykraczającym swym zakresem i intensywnością poza poziom regulacji rynków łączności elektronicznej w innych państwach członkowskich. Aktywność krajowego organu regulacyjnego kontestowana jest przez przedsiębiorstwa poddane regulacji. Kwestionują one legalność nałożonych na nie obowiązków regulacyjnych z prawem krajowym lub prawem unijnym. Rozstrzygnięcie o zasadności tych zarzutów wymaga oceny zgodności prawa polskiego z prawem unijnym albo ustalenia, czy z dyrektyw unijnych należy wyprowadzić określony obowiązek, którego realizację należy zapewnić w drodze prounijnej wykładni przepisów prawa krajowego. Na wątpliwości w tym zakresie nakłada się konieczność zapewnienia poszanowania praw podstawowych uznanych w Karcie Praw Podstawowych.

Sąd Najwyższy, kierując kolejne pytanie prejudycjalne dotyczące unijnego prawa łączności elektronicznej miał także na względzie, że wykładnia tego prawa i praktyka jego stosowania kształtowana jest zasadniczo poza kognicją Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w postępowaniach konsultacyjnych z udziałem krajowych organów regulacyjnych oraz Komisji Europejskiej (prowadzonych na

podstawie art. 7 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 Nr 108, str. 33-50, dalej jako dyrektywa ramowa). Prezes UKE uznaje decyzje Komisji Europejskiej wydawane w tym trybie za rozstrzygające o wykładni prawa unijnego, a przez to rzutujące na kierunek wykładni i stosowania przepisów polskiego prawa telekomunikacyjnego.

II. Przepisy prawa polskiego (w brzmieniu relewantnym dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy)

Art. 40 Prawa telekomunikacyjnego

1. Prezes UKE może, zgodnie z przesłankami, o których mowa w art. 24 pkt 2 lit. a, w drodze decyzji, nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty.
2. Operator, na którego został nałożony obowiązek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia Prezesowi UKE uzasadnienie wysokości opłat ustalonych w oparciu o ponoszone koszty.
3. W celu oceny prawidłowości wysokości opłat ustalonych przez operatora, o którym mowa w ust. 1, Prezes UKE może uwzględnić wysokość lub metody ustalania opłat na porównywalnych rynkach konkurencyjnych lub inne sposoby oceny prawidłowości wysokości tych opłat.
4. W przypadku, gdy według oceny, o której mowa w ust. 3, wysokość opłat ustalonych przez operatora jest nieprawidłowa, Prezes UKE ustala wysokość opłat lub ich maksymalny albo minimalny poziom stosując metody, o których mowa w ust. 3, biorąc pod uwagę promocję efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienie maksymalnych korzyści dla użytkowników końcowych. Ustalenie opłat następuje w odrębnej decyzji, bądź też w decyzjach, o których mowa w art. 28-30, art. 43 lub art. 139.

III. Stan faktyczny i przebieg postępowania

Prezes UKE decyzją z 9 grudnia 2009 r. ustalił wysokość opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie stawki za zakończenie połączenia głosowego w ruchomej sieci publicznej P. na poziomie 0,1677 zł/min (stawka MTR).

W uzasadnieniu decyzji Prezes UKE przypomniał, że na podstawie decyzji uznającej P. za przedsiębiorstwo o znaczącej pozycji na rynku (decyzja SMP) ciąży na tym przedsiębiorstwie obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty świadczenia tej usługi. P. wykonując ten obowiązek, doprecyzowany w decyzji MTR 2008, przekazał Prezesowi UKE w 2009 r. uzasadnienie wysokości stawek z tytułu świadczenia usługi zakańczania połączeń w swojej sieci ruchomej. Prezes UKE stwierdził, że wysokość stawki MTR ustalonej na podstawie tych wyliczeń nie jest prawidłowa. Prezes UKE wszczął postępowanie w sprawie dostosowania opłat z tytułu świadczenia usługi zakończenia połączenia w sieci P. Prezes UKE wyjaśnił, że obowiązek z art. 40 PT pozwala na odzyskanie kosztów faktycznie poniesionych na świadczenie usługi, a nie jedynie kosztów uzasadnionych. Obowiązek z art. 40 PT należy bowiem odróżnić od obowiązku z art. 39 PT (który opiera się na koncepcji efektywnie działającego przedsiębiorcy). Po przeprowadzeniu weryfikacji kosztów przedstawionych przez P., Prezes UKE uznał, że faktycznie ponoszone przez P. koszty świadczenia usługi wynoszą 0,1690 zł/min. Zamiast ustalić poziom stawki MTR w tej wysokości, Prezes UKE postanowił zmodyfikować jej wysokość na podstawie art. 40 ust. 3 PT, w oparciu o kryteria wymienione w art. 40 ust. 4 PT (promocję efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienie maksymalnej korzyści dla użytkowników końcowych). Prezes UKE porównał pozycję konkurencyjną P. z innymi zasiedziałymi operatorami działającymi na polskim rynku telefonii ruchomej. Prezes UKE uznał, że z uwagi na zbliżone udziały w rynku, tych samych dostawców infrastruktury, identyczne koszty dzierżawy łączy, stawka MTR wyznaczone przez Prezesa UKE w decyzji powinna zostać ustalona na podstawie średniej ze stawek MTR wyznaczonych dla trzech zasiedziałych operatorów. Ponieważ stawka MTR dla sieci Orange została wyznaczona na poziomie 0,1676, zaś dla sieci T-Mobile na poziomie 0,1667, ustalił dla P. stawkę na poziomie 0,1677 zł/min.

P. zaskarżył decyzję Prezesa UKE odwołaniem, które zostało częściowo uwzględnione przez Sąd pierwszej instancji. Mianowicie, Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z 27 maja 2013 r., XVII AmT (...), zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że ustalił wysokość stawki MTR na poziomie 0,1690 zł/min, to jest na poziomie kosztów świadczenia usługi zakańczania połączeń ponoszonych przez P. oraz uznanych przez Prezesa UKE za koszty związane ze świadczeniem tej usługi. Zdaniem Sądu pierwszej instancji w przypadku nałożenia na przedsiębiorstwo o znaczącej pozycji na rynku obowiązku, o którym mowa w art. 40 PT, Prezes UKE nie może korygować stawki MTR przedstawionej przez to przedsiębiorstwo w ten sposób, że ustali jej wysokość poniżej poziomu rzeczywistych kosztów świadczenia tej usługi.

Wyrok Sądu Okręgowego w W. został zaskarżony przez P. oraz Prezesa UKE. Wyrokiem z 7 maja 2014 r., VI ACa (...) Sąd Apelacyjny w (...) uwzględnił apelację Prezesa UKE i zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddalił odwołanie P.

Sąd drugiej instancji uznał, że na podstawie art. 40 PT Prezes UKE może kształtować wysokość opłat za zakańczanie połączenia w sieci przedsiębiorstwa o znaczącej pozycji na rynku na poziomie niższym niż koszty świadczenia takiej usługi ponoszone przez to przedsiębiorstwo, jeżeli jest to uzasadnione promowaniem efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnieniem maksymalnych korzyści dla użytkowników końcowych. Sąd Apelacyjny odwołał się do art. 13 ust. 3 Dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (Dz.Urz.UE.L Nr 108, str. 7-20, dalej jako dyrektywa o dostępie) argumentując, że ciężar dowodu, że opłaty są ustalone prawidłowo w zależności od kosztów, spoczywa na przedsiębiorcy telekomunikacyjnym. Niesprostanie temu ciężarowi otwiera możliwość władczego ukształtowania wysokości stawki przez krajowy organ regulacyjny. Sąd Apelacyjny uznał także, że art. 40 PT znajduje zastosowanie do weryfikacji stawek za zakańczanie połączenia w sieci przedsiębiorstwa o znaczącej pozycji na rynku nie tylko wtedy, gdy przedsiębiorstwo to stosuje ustalone przez siebie stawki w obrocie gospodarczym, ale także wtedy gdy przedsiębiorstwo to stosuje stawki ustalone

wcześniej w decyzji krajowego organu regulacyjnego, a następnie zostanie przez niego wezwane do przedstawienia kalkulacji ponoszonych kosztów celem weryfikacji, czy istnieją podstawy do zmiany wysokości stawki przez krajowy organ regulacyjny na kolejny okres. Sąd Apelacyjny uznał również za dopuszczalne nałożenie na P. obowiązku corocznego przedstawiania Prezesowi UKE uzasadnienia wysokości opłat MTR w oparciu o ponoszone koszty, ze względu na potrzebę skutecznego wykonywania kompetencji regulacyjnych oraz treść art. 13 ust. 3 dyrektywy o dostępie.

P. zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie art. 40 PT przez 1) zastosowanie tego przepisu w sytuacji, gdy P. nie stosuje opłat za zakończenie połączenia samodzielnie przez siebie ustalonych, lecz opłaty ustalone w decyzji Prezesa UKE; 2) nałożenie przez Prezesa UKE na P. obowiązku corocznego przedstawiania „uzasadnienia kosztowego”; 3) ustalenie stawki za zakańczanie połączenia w sieci P. poniżej ponoszonych przez P. kosztów. P. zwrócił się ponadto z wnioskiem o skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości UE pytania prejudycjalnego: czy, biorąc pod uwagę, iż „obowiązek określania cen w zależności od kosztów”, o którym mowa w art. 13 ust. 3 dyrektywy o dostępie, obejmuje zarówno obowiązek określania cen w zależności od kosztów skutecznego świadczenia danej usługi dostępu (odpowiadający obowiązkowi, o którym mowa w art. 39 ust. 1 pkt 2 PT), jak i obowiązek określania cen w zależności od ponoszonych kosztów (odpowiadający obowiązkowi regulacyjnemu, o którym mowa w art. 40 ust. 1 PT), to przepis ten w zw. z art. 13 ust. 1 i 2 oraz w zw. z art. 8 ust. 2 i 4 dyrektywy o dostępie i art. 16 ust. 6 dyrektywy ramowej należy interpretować w ten sposób, że w razie nałożenia na operatora obowiązku określania cen w zależności od ponoszonych przez niego kosztów, dopuszcza on, aby krajowy organ regulacyjny posiadał kompetencję do żądania dostosowania przez operatora wysokości cen do poziomu poniżej kosztów ponoszonych przez tego operatora oraz czy żądanie takie miałoby być w szczególności uzasadnione celami prowadzonej w tym zakresie polityki regulacyjnej w postaci promowania wydajności, zrównoważonej konkurencji oraz maksymalizacji korzyści konsumenta, wskazanymi w art. 13 ust. 2 dyrektywy o dostępie?

Na rozprawie w postępowaniu kasacyjnym P. podtrzymał wniosek o zadanie pytania prejudycjalnego. Prezes UKE stwierdził natomiast, że wykładnia art. 13 dyrektywy o dostępie nie budzi wątpliwości, ponieważ w toku postępowania konsultacyjnego Komisja Europejska wydała decyzję, w której nie uznała projektu decyzji Prezesa UKE za sprzeczny z tym przepisem.

Sąd Najwyższy postanowił wystąpić do Trybunału Sprawiedliwości UE z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym trzech kwestii prawnych związanych z wątpliwościami interpretacyjnymi powstałymi na tle wykładni art. 13 dyrektywy o dostępie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Pierwszy problem prawny, o rozstrzygnięcie którego Sąd Najwyższy zwraca się do Trybunału Sprawiedliwości UE, dotyczy wykładni art. 13 i art. 8 dyrektywy o dostępie w części dotyczącej obowiązku związanego ze zwrotem kosztów, a konkretnie obowiązku ustalania cen w zależności od ponoszonych kosztów.

Prezes UKE nałożył na P. obowiązek kalkulacji cen w oparciu o ponoszone koszty (obowiązek ustalania cen w zależności od ponoszonych kosztów w rozumieniu art. 13 dyrektywy o dostępie). Obowiązek ten został nałożony na P. na podstawie art. 40 PT. Jest to jeden z przepisów Prawa telekomunikacyjnego wdrażających art. 13 dyrektywy o dostępie. Drugim przepisem jest art. 39 PT. Na tle treści tych dwóch przepisów prawa krajowego oraz art. 13 dyrektywy o dostępie Sąd Najwyższy powziął wątpliwość co do wykładni prawa unijnego, której przedstawienie rozpocznie od wyjaśnienia treści i znaczenia przepisów prawa krajowego wdrażających ten przepis prawa unijnego.

Przepis art. 39 PT pozwala nałożyć na przedsiębiorstwo o znaczącej pozycji na rynku obowiązek kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego (ze wskazaniem sposobów kalkulacji kosztów) oraz obowiązek stosowania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, których wysokość uwzględnia jedynie zwrot uzasadnionych kosztów operatora. Natomiast art. 40 PT uprawnia Prezesa UKE do nałożenia na przedsiębiorstwo o znaczącej pozycji na rynku obowiązku ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty. W piśmiennictwie krajowym przyjmuje się, że obowiązek z art. 40 PT uprawnia obciążone nim przedsiębiorstwo do ustalenia

opłat w wysokości pozwalającej pokryć wszystkie koszty ponoszone w związku ze świadczeniem usługi objętej tym obowiązkiem, a nie tylko koszty uzasadnione. Nie stosuje się modelu efektywnie działającego operatora (S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 309; A. Krasucki, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, 2015, LEX nr 1027; M. Rogalski, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, 2010, LEX nr 86105). Odróżnia to obowiązek z art. 40 PT od obowiązku z art. 39 PT. W przypadku tego ostatniego operator o znaczącej pozycji na rynku może odzyskać tylko te koszty, których wysokość zostanie uznana za uzasadnioną.

Na tym rozróżnieniu między obowiązkiem z art. 39 PT a obowiązkiem z art. 40 PT opiera się argumentacja P. prezentowana w toku niniejszego postępowania. Zmierza ona do takiej wykładni art. 40 PT, zgodnie z którą operator o znaczącej pozycji rynkowej obciążony takim obowiązkiem może uwzględniać w kalkulacji opłat wszelkie koszty związane ze świadczeniem usługi dostępu telekomunikacyjnego (w granicach wyznaczonych zasadą przyczynowości kosztów i usługi), bez względu na to, czy są to koszty na poziomie ekonomicznie uzasadnionym. Operator, na którego nałożono obowiązek z art. 40 PT nie jest zobowiązany do prowadzenia działalności według modelu efektywnego operatora, lecz jedynie do identyfikacji kosztów świadczenia usługi dostępu i wyliczenia opłat za usługę w oparciu o koszty świadczenia tej usługi. Tymczasem w niniejszej sprawie Prezes UKE zweryfikował uzasadnienie kosztowe przedłożone przez P. pod kątem kategorii kosztów związanych ze świadczeniem usługi, ustalił poziom tych kosztów, a następnie ustalił stawkę MTR na poziomie niższym od kosztów ponoszonych przez P. kierując się kryteriami efektywności i zrównoważonej konkurencji.

Podstawę prawną dla przedstawionego powyżej działania Prezesa UKE stanowi art. 40 ust. 4 PT (wdrażający art. 13 ust. 2 i 3 dyrektywy o dostępie). Przepis ten upoważnia Prezesa UKE do ustalenia wysokości opłaty na innym poziomie, jeżeli krajowy organ regulacyjny uzna, że wysokość opłat ustalonych przez operatora jest nieprawidłowa. Ustalając ostatecznie wysokość opłat Prezes UKE ma obowiązek uwzględnić promocję efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienie maksymalnych korzyści dla użytkowników końcowych.

Zdaniem Sądu Najwyższego przepis ten można rozumieć dwojako. Niewątpliwie na jego podstawie Prezes UKE może korygować wysokość opłaty ustalonej przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej. Organ regulacyjny może eliminować z podstawy jej wyliczenia te koszty, które zostały uwzględnione przez operatora, ale które zdaniem organu nie są kosztami świadczenia usługi objętej obowiązkiem z art. 40 PT. Dyskusyjne jest, czy stosując art. 40 ust. 4 PT Prezes UKE może nakazać operatorowi o znaczącej pozycji rynkowej stosowanie opłaty w wysokości niższej niż faktyczny poziom kosztów świadczenia danej usługi przez tego operatora. Przeciwno takiej wykładni i stosowaniu art. 40 ust. 4 PT przemawia opisane powyżej rozróżnienie między obowiązkiem z art. 40 PT a obowiązkiem z art. 39 PT. Treść art. 40 ust. 4 PT nie wyklucza jednak udzielenia pozytywnej odpowiedzi na powyższe pytanie. Przepis nie ogranicza kompetencji Prezesa UKE tylko do zweryfikowania kategorii kosztów, jakie operator o znaczącej pozycji rynkowej uwzględnił przy ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty. Skoro Prezes UKE ma ustalić wysokość opłat z uwzględnieniem promowania efektywności oraz zrównoważonej konkurencji, a także zapewnienia maksymalnych korzyści dla użytkowników końcowych, oznacza to, że może ustalić wysokość tych opłat poniżej kosztów ponoszonych przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej (pozostających w związku przyczynowym ze świadczeniem usługi, której dotyczy ta opłata). W ten sposób Prezes UKE może wymuszać na operatorze, na którym ciąży obowiązek z art. 40 PT, podejmowanie działań ukierunkowanych na poprawę efektywności działania poprzez redukcję kosztów prowadzonej działalności. Takie aplikowanie art. 40 PT służyłoby realizacji celów krajowego i unijnego prawa łączności elektronicznej. Z tych względów Sąd Najwyższy podziela wykładnię i sposób zastosowania art. 40 ust. 4 PT w niniejszej sprawie przez Prezesa UKE oraz Sąd Apelacyjny w (...).

Kwestionowane przez P. działanie Prezesa UKE ma oparcie w dotychczasowej praktyce krajowych organów regulacyjnych. Praktyka ta jest akceptowana przez Komisję Europejską. W wydanej w niniejszej sprawie decyzji (w ramach postępowania konsolidacyjnego) Komisja podkreśliła, że „jak już to wielokrotnie” artykułowała w decyzjach tego rodzaju „stawki za zakańczanie połączenia należy ustalać na takim poziomie, jaki odzwierciedlały koszty

ponoszone przez efektywnego operatora świadczącego odpowiednią usługę” (decyzja Komisji z 28 października 2009 r., SG-Greffe (2009) D/8051, akta postępowania administracyjnego - karta nr 398). Komisja podnosi, że gdyby operatorzy mogli kształtować ceny usług w oparciu o ponoszone koszty, bez możliwości ich „efektywnościowej” weryfikacji (obok weryfikacji „przyczynowościowej”), wówczas nie mieliby motywacji do minimalizacji kosztów i podnoszenia własnej efektywności działania. Podobne stanowisko Komisja Europejska zajęła w Zaleceniu 2009/396/WE z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (Dz.U.UE.L Nr 124, str. 67-74, dalej jako Zalecenie).

Sąd Najwyższy uznał jednak, że konieczna jest wykładnia art. 13 dyrektywy o dostępie, celem potwierdzenia przez Trybunał Sprawiedliwości UE dopuszczalności ustalenia przez krajowy organ regulacyjny cen stosowanych przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej poniżej poziomu ponoszonych przez tego operatora kosztów. Wykładnia art. 13 dyrektywy o dostępie nie daje bowiem jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy opisany powyżej sposób zastosowania art. 40 ust. 4 PT jest zgodny z tym prawem unijnym.

W ramach szerszej kategorii obowiązków związanych ze zwrotem kosztów przepis art. 13 ust. 1 dyrektywy o dostępie wyróżnia obowiązek określania cen w zależności od ponoszonych kosztów oraz obowiązek księgowania kosztów. Z przepisu tego nie wynika jednak, by prawodawca unijny wprowadził rozróżnienie między tymi obowiązkami za pomocą kryterium efektywnie działającego operatora.

Z kolei zgodnie z art. 13 ust. 2 dyrektywy o dostępie krajowe organy regulacyjne mają zapewnić „by wszelkie mechanizmy uzyskiwania zwrotu kosztów oraz metodologie taryfikacji, jakie mają obowiązywać, zmierzały do promowania wydajności oraz zrównoważonej konkurencji i maksymalizacji korzyści konsumenta”. Również w akapicie 20 preambuły dyrektywy o dostępie przy metodzie zwrotu kosztów odwołano się do potrzeby zapewnienia efektywnej i zrównoważonej konkurencji. Zdaniem Sądu Najwyższego wydaje się, że zwrot „mechanizmy uzyskiwania zwrotu kosztów” obejmuje wszelkie obowiązki związane ze zwrotem kosztów w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy o dostępie. Dotyczy

także obowiązku określenia cen w zależności od ponoszonych kosztów, o który chodzi w niniejszej sprawie.

Zdaniem Sądu Najwyższego z art. 13 ust. 2 dyrektywy o dostępie wynika, że obowiązek określania cen w zależności od ponoszonych kosztów, jako jedna z postaci mechanizmu uzyskiwania zwrotu kosztów, ma być realizowany w taki sposób, aby promować wydajność, zrównoważoną konkurencję oraz maksymalizować korzyści konsumenta. Przepis ten można i należy interpretować następująco: operator, który określa ceny w zależności od ponoszonych kosztów może oczekiwać jedynie zwrotu kosztów pozostających w związku przyczynowym ze świadczeniem danej usługi, objętej obowiązkiem z art. 13 dyrektywy o dostępie oraz nie może oczekiwać zwrotu ponoszonych kosztów w dowolnej wysokości. Skoro mechanizm zwrotu kosztów ma służyć promowaniu wydajności, krajowy organ regulacyjny może żądać dostosowania cen ustalonych przez operatora do poziomu odpowiedniego do promowania wydajności. Tolerowanie wyższych kosztów u jednego z operatorów o znaczącej pozycji rynkowej prowadziłoby do wypaczenia konkurencji na rynku i zniechętałoby pozostałych zasiedziałych operatorów o znaczącej pozycji rynkowej do obniżania własnych kosztów, skoro mogliby je odzyskać w pełnej wysokości.

W ocenie Sądu Najwyższego także potrzeba zapewnienia zrównoważonej konkurencji może uzasadniać ustalenie przez krajowy organ regulacyjny cen poniżej poziomu kosztów świadczenia usługi ponoszonych przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej, o ile koszty te będą kształtowały się powyżej kosztów skutecznego świadczenia danej usługi. Za taką wykładnią art. 13 dyrektywy o dostępie przemawia treść ust. 3 zd. 2 tego przepisu. Uprawnia on krajowe organy regulacyjne do obliczenia kosztów „skutecznego świadczenia danej usługi”. Przepis ten nie czyni rozróżnienia między obowiązkiem ustalania cen w oparciu o koszty a obowiązkiem ustalania cen jedynie w oparciu o uzasadnione koszty.

Taka wykładnia art. 13 dyrektywy o dostępie ma oparcie we wspomnianej powyżej dotychczasowej praktyce stosowania tego przepisu przez Komisję Europejską w decyzjach wydawanych na podstawie art. 7 ust. 3 dyrektywy ramowej. Przy takiej wykładni art. 13 dyrektywy o dostępie przepis art. 40 ust. 4 PT należałoby interpretować w taki sposób, że w celu promowania wydajności,

zrównoważonej konkurencji oraz maksymalizacji korzyści konsumenta krajowy organ regulacyjny może ustalić ceny za usługę operatora o znaczącej pozycji rynkowej poniżej poziomu kosztów świadczenia tej usługi.

Zdaniem Sądu Najwyższego wymienione w art. 13 ust. 3 zd. 3 dyrektywy o dostępie żądanie dostosowania cen obejmuje sytuację, w której organ regulacyjny zweryfikuje uzasadnienie kosztowe przedstawione przez operatora i uzna, że niektóre koszty nie pozostają w związku ze świadczeniem usługi (co miało miejsce w niniejszej sprawie). Niejasne jednak pozostaje, czy krajowe organy regulacyjne mogą żądać ustalenia ceny za usługę na innym (niższym) poziomie, jeżeli uznają ten inny poziom za uzasadniony przesłankami wymienionymi w art. 13 ust. 2 dyrektywy o dostępie. Przepis ten można bowiem interpretować w ten sposób, że uprawnia on krajowe organy regulacyjne jedynie do określenia – na etapie nakładania obowiązku ustalania cen w oparciu o ponoszone koszty – zasad ustalania przez operatora tych cen (np. kosztów, jakie mogą być brane pod uwagę, zasad ich kalkulacji, itp.). Wówczas na podstawie art. 13 ust. 3 dyrektywy o dostępie krajowy organ regulacyjny może jedynie żądać dostosowania cen, które zostały ustalone w oparciu o ponoszone koszty z naruszeniem zd. 1, tj. operator nie wykazał, że skalkulował cenę w oparciu o koszty pozostające w związku ze świadczeniem tej usługi. Przepis ten nie stanowi bowiem o możliwości weryfikacji poziomu kosztów (poza kontrolą, czy przedsiębiorca stosował się do metod określonych na podstawie ust. 2), ani o kompetencji organu do ukształtowania ceny poniżej poziomu kosztów świadczenia usługi. Skoro przepis art. 13 dyrektywy o dostępie stanowi o obowiązku „określania cen w zależności od ponoszonych kosztów”, to krajowe organy regulacyjne mogą jedynie weryfikować, czy koszty zidentyfikowane przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej jako wchodzące w skład kosztów świadczenia usługi objętej tym obowiązkiem, są kosztami pozostającymi w adekwatnym związku przyczynowym z wykonywaniem tej usługi.

Za taką wykładnią art. 13 dyrektywy o dostępie może przemawiać treść art. 13 ust. 3 zd. 1 dyrektywy o dostępie, w którym mowa o ciężarze dowodu spoczywającym na operatorze o znaczącej pozycji rynkowej. Musi on wykazać, że opłaty zostały ustalone w zależności od kosztów. Przepis ten można rozumieć w taki sposób, że operator o znaczącej pozycji rynkowej ma tylko wykazać,

że skalkulował opłaty na podstawie ponoszonych przez siebie kosztów świadczenia danej usługi oraz że koszty te pozostają z tą usługą w odpowiednim związku przyczynowym. Z kolei zdanie 2 tego przepisu stanowi o „obliczeniu kosztów skutecznego świadczenia danej usługi”. Nie wiadomo w konsekwencji, czy krajowy organ regulacyjny może tylko weryfikować koszty, jakie przedsiębiorca przypisuje do określonej usługi, czy także może weryfikować, czy koszty te są ekonomicznie uzasadnione.

Dodatkowo podkreślenia wymaga, że w niniejszej sprawie nie wykazano, by koszty P. stanowiące podstawę ustalenia ceny za usługę objętą obowiązkiem z art. 40 PT kształtowały się na poziomie wyższym niż wystarczający do skutecznego świadczenia tej usługi. Prezes UKE uznał jedynie, że cena ustalona w oparciu o ponoszone przez P. koszty powinna zostać – ostatecznie – wyznaczona na niższym poziomie ze względu na potrzebę zapewnienia jednakowych warunków konkurencji dla wszystkich operatorów o znaczącej pozycji na rynku. Tymczasem w art. 13 ust. 3 zd. 2 dyrektywy o dostępie mowa jedynie o stosowaniu innych metod księgowania kosztów. Może to prowadzić do konkluzji, zgodnie z którą krajowy organ regulacyjny w ograniczonym stopniu ma prawo weryfikować wysokość kosztów. Przepis ten można zatem interpretować w ten sposób, że nie uprawnia on krajowego organu regulacyjnego do korygowania wysokości cen ustalonych w oparciu o ponoszone koszty poprzez odwołanie do średniej efektywnej ceny za daną usługę na rynku. Ponadto pojawia się wątpliwość, na ile takie zastosowanie art. 13 dyrektywy o dostępie pozostaje kompatybilne z art. 8 ust. 4 tej dyrektywy. Ten ostatni przepis powinien zdaniem Sądu Najwyższego znajdować zastosowanie nie tylko na etapie samego nakładania obowiązków w decyzji wskazującej operatora jako posiadającego znaczącą pozycję na rynku ale także, gdy krajowy organ regulacyjny stosuje art. 13 ust. 3 dyrektywy o dostępie.

Drugi problem prawny objęty pytaniem prejudycjalnym dotyczy zagadnienia częstotliwości weryfikacji cen ustalanych przez operatora o znaczącej pozycji na rynku w oparciu o ponoszone koszty. Rozstrzygnięcie powyższej wątpliwości jest konieczne do oceny zasadności skargi kasacyjnej P. Zarzuty skargi opierają się na takiej wykładni art. 40 PT (a przez to art. 13 dyrektywy o dostępie), zgodnie z którą przepis ten nie uprawnia krajowego organu regulacyjnego do nałożenia na

operatora o znaczącej pozycji na rynku obowiązku corocznego przedkładania kalkulacji opłaty ustalonej w oparciu o ponoszone koszty celem poddania tej opłaty weryfikacji, o której mowa w art. 13 ust. 3 dyrektywy o dostępie. P. przyjmuje, że krajowe organy regulacyjne mogą nakładać na operatorów o znaczącej pozycji rynkowej obowiązki regulacyjne tylko w decyzjach, o których mowa w art. 8 dyrektywy o dostępie. Po nałożeniu w takiej decyzji obowiązku z art. 13 dyrektywy o dostępie krajowy organ regulacyjny może przeprowadzać jedynie weryfikację opłat ustalonych w oparciu o ponoszone koszty, które operator o znaczącej pozycji na rynku samodzielnie ustalił i stosuje w obrocie. Krajowy organ regulacyjny nie może natomiast obligować operatora do cyklicznego przedstawiania (w okresie obowiązywania decyzji wyznaczającej tego operatora jako posiadającego znaczącą pozycję na rynku) kolejnych uzasadnień kosztowych dla usługi objętej obowiązkiem z art. 13 dyrektywy o dostępie. Takie działanie krajowego organu regulacyjnego nie ma oparcia w art. 8 ust. 4 dyrektywy o dostępie.

Rozpoczynając od wykładni prawa krajowego Sąd Najwyższy wyjaśnia, że art. 40 ust. 2 PT stanowi o obowiązku przedstawienia przez operatora uzasadnienia wysokości opłat ustalonych w oparciu o ponoszone koszty. Przepis ten nie precyzuje, kiedy operator ma się z tego obowiązku wywiązać. Niewątpliwie obowiązek ten aktualizuje się w przypadku zmiany przez operatora wysokości opłat. Ponieważ w niniejszej sprawie chodzi o obowiązek polegający na ustaleniu opłat „w oparciu o ponoszone koszty”, a koszty te zmieniają się w zależności od sytuacji na rynku, Sąd Najwyższy uznaje za uzasadnione określenie pewnych racjonalnych ram czasowych, w których operator powinien się wywiązać z tego obowiązku. W przeciwnym razie przepis art. 40 PT należałoby traktować jako obligujący operatora do nieustannego modyfikowania opłat w zależności od zmieniających się kosztów świadczenia usługi. Skoro z art. 40 ust. 2 wynika, że operator ma obowiązek przedstawienia uzasadnienia wysokości opłat ustalanych w oparciu o ponoszone koszty, Sąd Najwyższy dopuszcza funkcjonalną wykładnię tego przepisu, zgodnie z którą Prezes UKE może doprecyzować w jakim terminie operator ma się z tego obowiązku wywiązać. Taka wykładnia art. 40 ust. 2 PT znajduje potwierdzenie w ogólnym obowiązku informacyjnym, o którym mowa w art. 6 PT. Jego uszczegółowienie na podstawie art. 40 ust. 2 (stosowanego łącznie z

art. 6 PT) jest w ocenie Sądu Najwyższego korzystne dla operatora o znaczącej pozycji rynkowej. Zapewnia minimalny poziom pewności prawa co do częstotliwości ewentualnej zmiany wysokości stosowanych opłat. Nałożenie takiego obowiązku służy jednocześnie zapewnieniu przejrzystości działania regulatora i jest proporcjonalne (skoro obowiązek ten skorelowano z uzyskaniem przez przedsiębiorcę stosownych danych o kosztach prowadzonej działalności).

Przedstawiona powyżej, preferowana przez Sąd Najwyższy, wykładnia art. 40 ust. 2 PT wymaga odejścia od literalnego brzmienia tego przepisu oraz jego funkcjonalnej interpretacji. Dlatego dla Sądu Najwyższego istotne jest ustalenia unijnego wzorca interpretacyjnego, który stanowiłby podstawę dla określenia celu do osiągnięcia którego powinien zmierzać sąd krajowy przy interpretacji przepisów wdrażających art. 13 i art. 8 dyrektywy o dostępie.

Zdaniem Sądu Najwyższego kwestia ta nie została uregulowana wprost w art. 13 dyrektywy o dostępie, który w tym zakresie należy wyklądać łącznie z art. 8 ust. 4 dyrektywy o dostępie oraz art. 16 Karty Praw Podstawowych. Z art. 13 ust. 3 dyrektywy o dostępie wynika, że krajowe organy regulacyjne mogą zażądać od danego operatora całościowego uzasadnienia stosowanych cen, a w razie potrzeby - odpowiedniego dostosowania tych cen. Możliwa jest zatem taka wykładnia tego przepisu, zgodnie z którą krajowe organy regulacyjne mogą w każdym czasie, w okresie obowiązywania decyzji uznającej operatora za posiadającego znaczącą pozycję rynkową, żądać uzasadnienia stosowanych cen, a następnie odpowiedniego ich dostosowania. Skoro z takim żądaniem krajowe organy regulacyjne mogą wystąpić w każdym czasie, za dopuszczalne i mające oparcie w zasadzie pewności prawa należy uznać nałożenie przez krajowy organ regulacyjny periodycznego obowiązku kalkulowania cen w oparciu o ponoszone koszty, polegającego na corocznym aktualizowaniu takiej kalkulacji.

W ocenie Sądu Najwyższego taka wykładnia art. 13 dyrektywy o dostępie byłaby tym bardziej zasadna, gdyby udzielając odpowiedzi na pierwsze pytanie Trybunał Sprawiedliwości UE przyjął, że krajowe organy regulacyjne mają obowiązek uwzględniać wartości, o których mowa w art. 13 ust. 2 dyrektywy o dostępie nie tylko na etapie nakładania i definiowania treści obowiązku z art. 13 ust.

1 dyrektywy o dostępie ale także na etapie stosowania art. 13 ust. 3 zd. 3 dyrektywy o dostępie.

Zdaniem Sądu Najwyższego ograniczenie swobody działalności gospodarczej w postaci obowiązku ustalania cen w zależności od ponoszonych kosztów oraz periodycznego przedstawiania nowego uzasadnienia kosztowego spełnia test proporcjonalności ograniczeń praw podstawowych oraz test proporcjonalności przewidziany w art. 8 ust. 4 dyrektywy o dostępie. Coroczny obowiązek przedkładania uzasadnienia kosztowego w oparciu o najbardziej aktualne dane nie wykracza ponad to, co jest konieczne do realizacji celu tego obowiązku. Zapewnia operatorowi o znaczącej pozycji rynkowej pewność warunków prowadzenia działalności w rozsądnym horyzoncie czasowym (1 rok). Jednocześnie zobowiązuje go do dokonania ponownej kalkulacji stawek opłat na podstawie danych kosztowych, które racjonalnie działający operator powinien zgromadzić i przetworzyć po zakończeniu roku finansowego.

Trzeci problem z zakresu wykładni prawa unijnego dotyczy zasad stosowania przepisów krajowych wdrażających art. 13 ust. 3 dyrektywy o dostępie przez krajowe organy regulacyjne w kontekście wolności prowadzenia działalności gospodarczej. W sprawie rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy rozstrzygnięcia wymaga, czy przepis art. 13 ust. 3 dyrektywy o dostępie należy interpretować w ten sposób, że obowiązek dostosowania przez operatora o znaczącej pozycji na rynku cen skalkulowanych przez niego w wykonaniu obowiązku nałożonego na podstawie art. 13 ust. 1 dyrektywy o dostępie aktualizuje się wyłącznie następczo (*ex post*), po rozpoczęciu stosowania tak ustalonych cen w obrocie gospodarczym, czy także wyprzedzająco (*ex ante*), gdy operator stosuje w obrocie gospodarczym ceny określone przez krajowy organ regulacyjny.

Powyższe wątpliwości powstały na tle sposobu sformułowania art. 13 ust. 3 dyrektywy o dostępie w polskiej wersji językowej. Zgodnie z jego brzmieniem „krajowe organy regulacyjne mogą zażądać od danego operatora całościowego uzasadnienia stosowanych cen, a w razie potrzeby - odpowiedniego dostosowania tych cen”. Treść tego przepisu sugeruje, że krajowy organ regulacyjny może żądać od operatora zobowiązanego do ustalania cen w oparciu o ponoszone koszty dostosowania poziomu cen wyłącznie wówczas, gdy operator ten rozpoczął już

stosowanie skalkulowanych przez siebie cen. Kontrola respektowania przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązku ustalania cen w oparciu o ponoszone koszty miałyby wówczas następczy charakter (*ex post*). Do zapewnienia skuteczności obowiązkowi z art. 13 dyrektywy o dostępie konieczne byłoby wówczas wprowadzenie do prawa krajowego mechanizmu umożliwiającego rozliczenie opłat uiszczonych przez uczestników rynku za okres poprzedzający decyzję krajowego organu regulacyjnego, o której mowa w art. 13 ust. 3 zd. 3 dyrektywy o dostępie. Dlatego Sąd Najwyższy uważa, że wykładni art. 13 dyrektywy o dostępie należy dokonywać w taki sposób, że krajowy organ regulacyjny może żądać dostosowania cen zarówno wtedy, gdy operator posiadający znaczącą pozycję rynkową stosuje samodzielnie ustalone ceny, jak i wówczas gdy operator ten stosuje ceny w wysokości określonej uprzednio przez regulatora, zaś nowa decyzja ma dostosować wysokość ceny do nowego poziomu kosztów operatora.

Za taką wykładnią tego przepisu przemawia analiza jego angielskiej, niemieckiej i francuskiej wersji językowych. W wersjach tych nie ma mowy o cenach stosowanych przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej, lecz o „jego cenach” („its prices”, „ses prix”, „seiner Preise”) to jest cenach tego operatora. Pojęcie to może – i zdaniem Sądu Najwyższego powinno – obejmować nie tylko ceny faktycznie stosowane przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej ale także ceny wynikające z kalkulacji opłat ustalonych w oparciu o ponoszone koszty, która to kalkulacja została przedstawiona krajowemu organowi regulacyjnemu do weryfikacji przed wprowadzeniem tych cen w życie (*ex ante*).

Przy takiej wykładni art. 13 ust. 3 zd. 3 dyrektywy o dostępie, zdaniem Sądu Najwyższego art. 40 ust. 2 i n. PT można byłoby zinterpretować w ten sposób, że przepisy te dotyczą opłat, których wysokość wyliczył operator, na którego nałożono obowiązek ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty. Opłatą ustaloną przez operatora w rozumieniu tego przepisu jaką jest opłata, którą operator wyliczył (ustalił) na podstawie analizy kosztów świadczenia usługi objętej obowiązkiem z art. 40 ust. 1 PT. Nie ma wówczas znaczenia, czy opłata tak skalkulowana została wprowadzona w życie (zastosowana) przez operatora, gdy Prezes UKE zmienił jej wysokość na podstawie art. 40 ust. 4 PT. W przepisie tym nie ma mowy o

wysokości „poprzedniej” lub „dotychczasowej”, stosowanej przez operatora opłaty ale opłaty „ustalonej” (szczegółowo określonej, wyliczonej) przez operatora w wykonaniu obowiązku z art. 40 PT. Na tej podstawie można byłoby uznać, że art. 40 PT nie rozróżnia między przypadkami, gdy operator samodzielnie ustala i stosuje tak ustalone opłaty, a przypadkami, gdy operator stosuje opłaty w wysokości określonej przez Prezesa UKE na podstawie art. 40 ust. 4 PT, a następnie w wykonaniu obowiązku raportowania przedkłada organowi, celem kontroli, kolejną stawkę opłat ustaloną przez siebie w oparciu o samodzielną analizę ponoszonych kosztów świadczenia usługi objętej obowiązkiem z art. 40 PT.

Mając na względzie powyższą argumentację oraz zważywszy, że do tej pory Trybunał Sprawiedliwości UE nie wypowiadał się w przedmiocie wykładni art. 13 i art. 8 dyrektywy o dostępie w przedstawionym zakresie, Sąd Najwyższy postanowił wystąpić z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym zagadnień prawnych przedstawionych w sentencji postanowienia.

r.g.