



Sygn. akt III SK 51/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 lutego 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jolanta Strusińska-Żukowska (przewodniczący)

SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

SSN Andrzej Wróbel

Protokolant Anna Matura

w sprawie z powództwa P. Spółki 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 6 lutego 2018 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 7 maja 2014 r., sygn. akt VI ACa (...),

1. oddala skargę kasacyjną,

**2. zasądza od powoda na rzecz zainteresowanego kwotę 360
(trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów
postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes Urzędu) decyzją z 9 grudnia 2009 r., nr (...) ustalił wysokość opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie stawki za zakończenie połączenia głosowego w ruchomej sieci publicznej P. S.A. (powód) na poziomie 0,1677 zł/min (opłata MTR) oraz zobowiązał powoda do corocznego przedstawiania organowi regulacyjnemu uzasadnienia wysokości stawki MTR w oparciu o ponoszone koszty na podstawie danych za ostatni zakończony rok obrotowy.

W decyzji Prezes Urzędu przypomniał, że na podstawie decyzji SMP na podstawie ciąży obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty świadczenia tej usługi. Oznacza to, że stawka MTR powinna być ustalona na podstawie kosztów świadczenia usługi MTC (usługa zakończenia połączenia w sieci ruchomej) w sieci powoda. Powód wykonując obowiązek przewidziany w decyzji MTR 2008 przekazał Prezesowi Urzędu uzasadnienie wysokości stawek z tytułu świadczenia usługi zakończenia połączeń w swojej sieci ruchomej. Prezes Urzędu stwierdził, że wyliczona przez powoda wysokość stawki nie jest prawidłowa, w wyniku czego wszczął postępowanie w sprawie dostosowania opłat z tytułu świadczenia usługi MTC w sieci powoda, zgodnie z art. 40 ust. 4 ustawy z dnia 16 lutego 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm., dalej jako PT). Prezes Urzędu wyjaśnił, że powód w uzasadnieniu poszczególnych kategorii kosztowych wskazywał, że ponosi koszty na poziomie pozwalającym na ustalenie stawki MTR w wysokości 0,28 zł/min. Po weryfikacji danych leżących u podstaw tej kalkulacji Prezes Urzędu uznał, że koszt MTC wynosi 0,1690 zł/min. W tej sytuacji Prezes Urzędu uznał za zasadne ustalenie wysokości stawki MTR zgodnie z art. 40 ust. 4 PT, przy zastosowaniu metod z art. 40 ust. 3 PT. Organ wyjaśnił, że ustalając wysokość tych opłat ma obowiązek uwzględnić kryteria wymienione w art. 40 ust. 4 PT, tj. promocję efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienie maksymalnej korzyści dla użytkowników końcowych. W tym celu porównał pozycję konkurencyjną powoda z innymi zasiedzającymi operatorami działającymi na rynku telefonii ruchomej i uznał, że z uwagi na zbliżone udziały w rynku pod względem ilości użytkowników i przychodów, tych samych dostawców infrastruktury, identycznych kosztów

dzierżawy łączy, stawka MTR wyznaczone przez Prezesa Urzędu w decyzji powinna zostać ustalona na podstawie średniej ze stawek MTR wyznaczonych dla trzech operatorów na podstawie najbardziej aktualnych i wiarygodnych danych. Ponieważ stawka MTR dla sieci PTK została wyznaczona na poziomie 0,1676, zaś dla sieci PTC na poziomie 0,1667 to stawka wyznaczona powodowi powinna wynosić 0,1677. Jest to stawka najbardziej efektywnego poziomu stawki MTR, jednolita dla wszystkich trzech operatorów. Zrównoważona konkurencja będzie możliwa w przypadku zachowania symetryczności stawek między operatorami, którzy posiadają podobne udziały rynkowe oraz jednorodne produkty detaliczne.

Powód zaskarżył decyzję Prezesa Urzędu odwołaniem. Zostało ono uwzględnione przez Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z 27 maja 2013 r., XVII (...) w ten sposób, że stawka MTR została ustalona na poziomie 0,1690 zł/min. W pozostałym zakresie odwołanie oddalono.

Sąd uznał za nietrafny zarzut nieważności, ponieważ brak jest tożsamości stanu faktycznego między decyzją zaskarżoną w niniejszej sprawie a wcześniejszymi rozstrzygnięciami Prezesa Urzędu. Decyzja MTR 2007 i 2008 dotyczą tego samego podmiotu, występuje w nich tożsamość przedmiotu i stanu prawnego, lecz uległy zmianie okoliczności faktyczne dotyczące okresu, w którym badana jest prawidłowość stosowanych przez powoda opłat za świadczenie usługi MTR, w odniesieniu do kosztów ponoszonych przy świadczeniu tej usługi. Ponadto, decyzja MTR 2008 została prawomocnie uchylona. Sama treść art. 40 PT daje podstawę do wielokrotnego badania przez organ wysokości opłat ustalonych przez operatora w oparciu o ponoszone koszty.

Natomiast za częściowo zasadny uznał zarzut ustalenia stawki MTR bez uwzględnienia całości kosztów ponoszonych przez powoda w celu świadczenia tej usługi. Zdaniem Sądu Okręgowego, gdy Prezes Urzędu stwierdzi nieprawidłowe określenia kosztów przez operatora, może je zweryfikować przez uwzględnienie wysokości lub metod ustalania opłat na porównywalnych rynkach konkurencyjnych, bądź przy pomocy innych sposobów oceny prawidłowości tych opłat. Weryfikacja ta nie może prowadzić do tego, aby powód był zmuszony do świadczenia usług hurtowych poniżej rzeczywiście ponoszonych kosztów. Tymczasem dokonana przez Prezesa weryfikacja doprowadziła najpierw do obliczenia rzeczywistych

kosztów ponoszonych przez powoda, a następnie stawka została zredukowana w celu dostosowania jej do średniej pozostałych operatorów zasiedziałych (z 0,1690 do 0,1677) na podstawie art. 40 ust. 4 PT, czyli kryterium efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienia maksymalnej korzyści dla użytkowników końcowych. Zdaniem Sądu Okręgowego, Prezes Urzędu nie powinien korygować stawki MTR na podstawie art. 40 ust. 4 PT po uprzednim obliczeniu rzeczywistych kosztów powoda. Taki sposób weryfikacji nie znajduje podstawy w ustawie, ani nałożonych na powoda obowiązkach regulacyjnych (ustalania stawek w oparciu o ponoszone koszty). Ustalenie stawki na poziomie przyjętym w decyzji zmusza powoda do świadczenia usługi poniżej ponoszonych kosztów. Natomiast nałożenie obowiązku raportowania uzasadnienia wysokości stawki MTR w oparciu o ponoszone koszty miało uzasadnienie w art. 40 ust. 2 PT.

Wyrok Sądu Okręgowego został zaskarżony przez powoda, Prezesa Urzędu oraz Krajową Izbę Gospodarczą Elektroniki i Telekomunikacji. Wyrokiem z 7 maja 2014 r., VI ACa (...) Sąd Apelacyjny w (...) zmienił wyrok Sądu Okręgowego w ten sposób, że oddalił odwołanie powoda.

Sąd Apelacyjny miał na względzie, że Prezes Urzędu - uwzględniając kryteria określone w art. 40 ust. 4 PT - porównał pozycje rynkowe powoda i pozostałych operatorów zasiedziałych. Uznawszy je za podobne wyznaczył stawkę MTR na poziomie 0,1677 zł/min, czyli na takim samym poziomie jak w przypadku dwóch pozostałych operatorów, uznając stawkę w takiej wysokości za najbardziej efektywną. Sąd drugiej instancji przyjął, że w przypadku gdy według dokonanej przez organ oceny wysokość opłat ustalonych przez operatora jest nieprawidłowa, Prezes Urzędu ustala wysokość tych opłat lub ich max/min poziom, stosując metody wymienione w art. 40 ust. 3 PT oraz biorąc pod uwagę promocję efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienie maksymalnych korzyści dla użytkowników końcowych. W razie nieprawidłowości złożonego przez operatora uzasadnienia kosztowego, Prezes Urzędu uzyskuje kompetencję do samodzielnego ustalenia wysokości opłat, biorąc pod uwagę kryteria wymienione w art. 40 ust. 4 PT. Prezes Urzędu najpierw powinien skorygować podany przez operatora koszt świadczenia usługi, a następnie powinien ustalić jego wysokość. Dwuetapowość działania regulatora jest konieczna, ponieważ sama korekta

kosztów pozwalająca wyeliminować te koszty, które nie pozostają w związku ze świadczeniem usługi nie pozwala na równoczesne uwzględnienie dodatkowych kryteriów w postaci promocji efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienie maksymalnych korzyści dla użytkowników końcowych. Dodatkowo 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 2002, Nr 108, s. 7, dalej jako dyrektywa o dostępie) uznając, że z przepisu tego wynika, iż w przypadku nałożenia obowiązku określenia cen w zależności od kosztów na operatorze spoczywa ciężar dowodu, że należności są określone w zależności od kosztów, uwzględniając stopę zwrotu z inwestycji. W celu obliczenia kosztów skutecznego świadczenia danej usługi krajowe organy regulacyjne (KOR) mogą stosować metody księgowania kosztów inne od tych, które stosuje przedsiębiorstwo.

Oddalając apelację powoda, Sąd drugiej instancji nie podzielił zarzutów naruszenia k.p.a. dotyczących nieważności zaskarżonej decyzji jako wydanej w sprawie, która objęta jest wcześniejszymi rozstrzygnięciami Prezesa Urzędu, tj. decyzjami MTR 2007 i MTR 2008. Każda z tych decyzji została wydana w innym stanie faktycznym, a przez to rozstrzygała inną sprawę administracyjną. Bez znaczenia jest, że ustalone w tych decyzjach harmonogramy obniżek stawek MTR zazębiają się. Świadczy to jedynie o tożsamości podmiotowej i przedmiotowej, a nie o tożsamości stanu faktycznego będącego podstawą wydania tych decyzji. Z art. 40 ust. 2 PT wynika, że zmiana wysokości ponoszonych przez operatora kosztów świadczenia usługi MTC skutkuje koniecznością dostosowania do nich wysokości pobieranych opłat MTR. Aby możliwa była weryfikacja, czy zmiana taka nastąpiła, powód zobowiązany jest do periodycznego przedstawienia Prezesowi Urzędu uzasadnienia wysokości opłat ustalonych w oparciu o ponoszone koszty. Złożenie uzasadnienia kosztowego rodzi po stronie organu obowiązek analizy jego prawidłowości na podstawie art. 40 ust. 3 PT. Stwierdzenie, że wysokość stawki jest nieprawidłowa upoważnia organ do podjęcia działań zmierzających do dostosowania opłat, z uwzględnieniem art. 40 ust. 4 PT. W takiej sytuacji tworzy się nowy stan faktyczny, który jest podstawą wszczęcia postępowania

administracyjnego w nowej sprawie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w art. 40 ust. 4 PT zawarta została jest podstawa prawna do wydania przez Prezesa Urzędu kolejne decyzji. Przepis ten jest *lex specialis* wobec art. 6 k.p.a. Niecelowe jest sięganie do art. 155 k.p.a., bądź art. 162 § 1 k.p.a. Dlatego nie ma podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a.

Sąd Apelacyjny nie uwzględnił zarzutu naruszenia art. 40 ust. 1 i 3 PT przez błędne przyjęcie, że istniały przesłanki do dokonania przewidzianej w art. 40 ust. 3 PT „oceny wysokości opłat ustalonych przez operatora” w oparciu o ponoszone koszty, gdy powód w dacie wydania zaskarżonej decyzji stosował opłaty ustalone w decyzji MTR 2008. Zdaniem Sądu rozumowanie przyjęte przez powoda jest wadliwe, ponieważ z art. 40 ust. 4 PT wynika, że w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w rozbieżności między wysokością kosztów ponoszonych przez operatora w związku ze świadczeniem usługi MTC a wysokością pobieranych przez niego stawek MTR, stawki określa Prezes Urzędu. W przepisie nie chodzi jednak o stawkę ustaloną przez operatora i stosowaną przez niego w relacjach z innymi operatorami, ale o stawkę ustaloną w uzasadnieniu kosztowym przedstawionym Prezesowi Urzędu, a więc taką stawkę jaką operator chciałby stosować po zaakceptowaniu jej przez organ regulacyjny w kolejnej decyzji MTR.

Sąd Apelacyjny nie podzielił również zarzutu naruszenia art. 40 ust. 2 PT przez nałożenie na powoda bez podstawy prawnej obowiązku corocznego przedstawiania Prezesowi Urzędu uzasadnienia wysokości opłat MTR w oparciu o ponoszone koszty. Zgodnie z art. 40 ust. 1 i 2 PT nałożenie na operatora obowiązku ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty skutkuje obowiązkiem przedstawienia Prezesowi Urzędu uzasadnienia kosztowego. Z przepisów tych nie wynika wprawdzie częstotliwość realizacji tego obowiązku, jednakże z uwagi na potrzebę skutecznego wykonywania kompetencji regulacyjnych należy przyjąć, że uprawnienie do jej ustalenia należy do Prezesa Urzędu. Takie uprawnienie dla KOR można wywieść z art. 13 ust. 3 dyrektywy o dostępie.

Sąd Apelacyjny nie uwzględnił także zarzutu naruszenia art. 40 ust. 1 i 3 PT przez ustalenie wysokości stawki MTR poniżej kosztów świadczenia tej usługi przez powoda. Sąd Apelacyjny odwołał się do art. 13 ust. 3 dyrektywy o dostępie argumentując, że ciężar dowodu, że opłaty są ustalone w zależności od kosztów

spoczywa na przedsiębiorcy telekomunikacyjnym.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie: 1) art. 40 ust. 4 w zw. z ust. 1, 2 i 3 PT w zw. z art. 155 i art. 162 § 1 k.p.a. przez wadliwe przyjęcie, że: - art. 40 ust. 4 PT stanowi podstawę do ustalenia przez Prezesa Urzędu wysokości opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w sytuacji, w której operator nie stosuje opłat z tego tytułu samodzielnie przez siebie ustalonych (w związku z nałożonym nań obowiązkiem, o którym mowa w art. 40 ust. 1 PT), lecz opłaty ustalone w uprzednio wydanej decyzji regulacyjnej organu (wydanej na podstawie art. 40 ust. 4 PT), podczas gdy przepis ten upoważnia Prezesa Urzędu do ustalenia wysokości opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego wyłącznie w sytuacji, gdy uprzednio to operator samodzielnie ustalił wysokość tych opłat; - art. 40 ust. 4 PT stanowi podstawę do zmiany przez Prezesa Urzędu decyzji wydanej w oparciu o ten przepis, z pominięciem nadzwyczajnego trybu zmiany lub stwierdzenia wygaśnięcia decyzji administracyjnej, przewidzianych w art. 155 oraz 162 § 1 k.p.a. co doprowadziło w konsekwencji do naruszenia przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, to jest art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c., a to: art. 385 w zw. z art. 386 § 1 k.p.c. przez błędne oddalenie apelacji powoda w sytuacji, gdy decyzja została wydana pomimo braku spełnienia przesłanek ustalenia przez Prezesa Urzędu - w oparciu o art. 40 ust. 4 PT - wysokości opłat MTR; 2) art. 40 ust. 2 w zw. z ust. 1 PT przez wadliwe przyjęcie, iż art. 40 ust. 2 PT tworzy podstawę prawną do nałożenia przez Prezesa Urzędu na operatora obowiązku cyklicznego przedstawiania „uzasadnienia kosztowego” w określonym przez organ terminie, podczas gdy prawidłowa wykładnia tych przepisów powinna prowadzić do wniosku, że nałożenie powyższego obowiązku nie znajduje podstawy prawnej (w szczególności, że nie tworzy jej art. 40 ust. 2 PT), co doprowadziło w konsekwencji do naruszenia przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c., a to: art. 385 w zw. z art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 156 § 1 pkt 2 i w zw. z art. 104 § 2 k.p.a. przez błędne oddalenie apelacji powoda w sytuacji, gdy decyzja w punkcie 2. została wydana bez podstawy prawnej, a zatem powinna podlegać uchyleniu, zgodnie z wnioskiem apelacji powoda; 3) art. 40 ust. 4 w zw. z ust. 1, 2 i 3 PT przez wadliwe przyjęcie, iż przepis ten daje Prezesowi

Urzędu kompetencję do ustalenia opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w wysokości poniżej ponoszonych przez operatora kosztów, także tych, których poziom został ustalony przez Prezesa Urzędu, co doprowadziło w konsekwencji do naruszenia przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c., a to: art. 385 w zw. z art. 386 § 1 k.p.c. przez uwzględnienie apelacji Prezesa Urzędu oraz zainteresowanego w sytuacji, gdy były one bezzasadne, a zatem podlegały oddaleniu; 4) art. 40 ust. 4 PT w zw. z art. 156 § 1 pkt 3 i art. 16 a contrario w zw. z art. 104 § 2 i art. 110 k.p.a. przez wadliwe przyjęcie, iż w sytuacji gdy decyzja Prezesa Urzędu z 9 grudnia 2009 r. nr DHRT-WWM-6093-I/09(44) dotyczyła sprawy już poprzednio rozstrzygniętej decyzjami Prezesa Urzędu z 26 kwietnia 2007 r., Nr DHRT-WKO-6042-7/06(19) (dalej jako decyzja MTR 2007) oraz z dnia 30 września 2008 r., Nr DHRT-WKO-6042-6/08(II) (dalej jako decyzja MTR 2008), nie była obciążona wadą, o której mowa w art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a., co doprowadziło w konsekwencji do naruszenia przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.), a to: art. 385 w zw. z art. 386 § 1 k.p.c. przez oddalenie apelacji powoda w sytuacji, gdy decyzja - ze względu na wadę, o której mowa w art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a. - podlegała uchyleniu, zgodnie z wnioskiem podstawowym tej apelacji; 5) art. 385 w zw. z art. 386 § 1 i art. 368 § 1 k.p.c. przez pominięcie istoty części zarzutów apelacji powoda (tj. zarzutów wskazanych w punktach IV., V. i VI. *petitum* tej apelacji) i w konsekwencji jej oddalenie w sytuacji, w której zachodziła podstawa do jej uwzględnienia.

Powód wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w (...), ewentualnie o uchylenie także wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 27 maja 2013 r. w części obejmującej punkt 2 i 3 wyroku oraz punkt 1 wyroku - w zakresie, w jakim nie zostało uwzględnione żądanie uchylenia zaskarżonej decyzji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu - Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Ponadto powód zwrócił się z wnioskiem o skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) następującego 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 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) 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?

Wniosek swój umotywowował koniecznością dokonania wykładni przepisów prawa unijnego, tj. art. 13 ust. 3 w zw. z ust. 1 i 2 oraz art. 8 ust. 2 i 4 dyrektywy o dostępie i w zw. z art. 16 ust. 6 dyrektywy ramowej.

Na rozprawie w dniu 21 stycznia 2016 r. Sąd Najwyższy postanowił wystąpić do TSUE z następującymi pytaniami prejudycjalnymi: 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?

Wyrokiem z 20 grudnia 2017 r. w sprawie C-277/16 *Polkomtel SP. z o.o.* p. Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej (EU:C:2017:989) TSUE udzielił odpowiedzi na pytania Sądu Najwyższego. Na rozprawie w dniu 6 lutego 2018 r. powód podtrzymał zarzuty i wnioski skargi kasacyjnej, pełnomocnik Prezesa Urzędu wniósł o oddalenie skargi, podobnie jak pełnomocnik zainteresowanego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powoda okazała się nieuzasadniona.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że przedmiotem rozpoznania w niniejszym postępowaniu kasacyjnym jest prawidłowość wyrokowania przez Sąd

Apelacyjny w (...) w odniesieniu do sformułowanych przez powoda zarzutów wobec treści obowiązków nałożonych na powoda w decyzji Prezesa Urzędu z 9 grudnia 2009 r., zgodnie z którą: 1) wysokość opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie stawki za zakończenie połączenia głosowego w ruchomej sieci publicznej powoda została ustalona przez Prezesa Urzędu na poziomie 0,1677 zł/min; 2) powód został zobowiązany do corocznego przedstawiania organowi regulacyjnemu uzasadnienia wysokości stawki MTR w oparciu o ponoszone koszty na podstawie danych za ostatni zakończony rok obrotowy. W drugiej kolejności należy przypomnieć, że ocena zasadności skargi kasacyjnej zdeterminowana została przez wykładnię przepisów dyrektywie o dostępie dokonaną przez TSUE w wyroku C-277/16 *Polkomtel*.

W wyroku tym TSUE wyjaśnił, że art. 8 ust. 4 i art. 13 dyrektywy o dostępie należy interpretować w ten sposób, że krajowy organ regulacyjny może ustalić cenę za usługę objętą obowiązkiem oparcia cen na ponoszonych kosztach poniżej poziomu kosztów tej usługi ponoszonych przez operatora, jeżeli koszty te są wyższe niż koszty efektywnego operatora, czego sprawdzenie należy do sądu krajowego. W dalszej kolejności TSUE wyjaśnił, że krajowy organ regulacyjny może nakazać operatorowi coroczne ustalania cen na podstawie najbardziej aktualnych danych oraz przedstawienia tych cen wraz z uzasadnieniem do weryfikacji przed rozpoczęciem ich stosowania, jeżeli obowiązek ten oparty jest na charakterze stwierdzonego problemu oraz proporcjonalny i uzasadniony w świetle celów z art. 8 dyrektywy ramowej. Wreszcie, art. 13 ust. 3 dyrektywy o dostępie należy interpretować w ten sposób, że krajowy organ regulacyjny może żądać dostosowania cen przez operatora zarówno przed rozpoczęciem ich stosowania jak i po wprowadzeniu ich w życie. Z wyroku TSUE wynika więc, że ustalenie przez krajowy organ regulacyjny cen poniżej poziomu kosztów ponoszonych przez operatora, na którego nałożono obowiązek ustalania cen w oparciu o ponoszone koszty, nie jest sprzeczne z art. 13 dyrektywy o dostępie. Niezgodne *a priori* z prawem unijnym nie jest również przewidzenie obowiązku okresowej (corocznej) weryfikacji cen i danych kosztowych. Ponadto, warunkiem weryfikacji przez krajowy organ regulacyjny poziomu cen nie jest uprzednie ich wprowadzenie w życie przez operatora. Podkreślić także wymaga, że regulowanie cen, nawet gdy prowadzi do

ustalenia ich wysokości poniżej poziomu kosztów nie narusza istoty wolności działalności gospodarczej jako prawa podstawowego uznanego w art. 16 k.p.p., ponieważ nie uniemożliwia prowadzenia działalności gospodarczej przez operatora na wybranym przez niego rynku a jedynie wpływa przejściowo na opłacalność tej działalności.

Zarzut naruszenia art. 40 PT przez jego zastosowanie w niniejszej sprawie należy uznać za nieuzasadniony. Powód podjął próbę zawężenia zakresu zastosowania tego przepisu wyłącznie do przypadków, w których po nałożeniu na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego obowiązku, o którym mowa w art. 40 ust. 1 PT, przedsiębiorca ten stosuje w obrocie samodzielnie ustalone opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego (w oparciu o ponoszone koszty). Podstawy dla takiego rozumowania powód dopatrywał się w art. 40 ust. 2 i 3 PT, w których mowa o opłatach ustalonych przez operatora oraz w zmianie art. 40 ust. 3 PT, w którym sformułowanie „opłat stosowanych” zastąpiono zwrotem „opłat ustalonych”.

Należy podkreślić, że zmiana zwrotu „opłaty stosowane” na „opłaty ustalone” miała na celu jedynie ujednolicenie treści art. 40 PT, który w swych pozostałych jednostkach redakcyjny posługiwał się pojęciem „opłaty ustalone”. Art. 40 ust. 2 i n. PT dotyczą opłat ustalonych przez operatora, na którego nałożono obowiązek ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty. Nie są to opłaty ustalone przez Prezesa Urzędu w wyniku weryfikacji prawidłowości wysokości opłat ustalonych przez operatora. Przepis nie rozróżnia między przypadkami, gdy operator samodzielnie ustala i stosuje tak ustalone opłaty, a przypadkami, gdy operator stosuje opłaty w wysokości określonej przez Prezesa Urzędu 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.

W przepisie art. 40 PT mowa o opłatach ustalonych przez operatora. Opłatą taką jest opłata, którą operator wyliczył (ustalił) na podstawie analizy kosztów świadczenia usługi objętej obowiązkiem z art. 40 ust. 1 PT. Nie ma znaczenia, czy opłata tak skalkulowana została wprowadzona w życie (zastosowana) przez operatora, gdy Prezes Urzędu zmienił jej wysokość na podstawie art. 40 ust. 4 PT. Nie chodzi bowiem o wysokość „poprzedniej” lub „dotychczasowej”, stosowanej

przez operatora opłaty, ale opłaty „ustalonej” (szczegółowo określonej, wyliczonej) przez operatora w wykonaniu obowiązku z art. 40 PT.

Za bezpodstawny należało uznać także zarzut naruszenia art. 40 ust. 2 w zw. z ust. 1 PT przez wadliwe przyjęcie, iż art. 40 ust. 2 PT tworzy podstawę prawną do nałożenia przez Prezesa Urzędu na operatora obowiązku cyklicznego przedstawiania „uzasadnienia kosztowego”. Przepis 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 jednak obowiązek, o którym mowa w art. 40 PT, polega na ustaleniu opłat „w oparciu o ponoszone koszty”, a koszty te zmieniają się w zależności od sytuacji rynkowej oraz ogólnej sytuacji gospodarczej, uzasadnione jest 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 kształtowania opłat w zależności zmieniających się kosztów świadczenia usługi. Skoro z art. 40 ust. 2 PT wynika, że operator ma obowiązek przedstawienia uzasadnienia wysokości opłat ustalanych w oparciu o ponoszone koszty, to zdaniem Sądu Najwyższego należy przyjąć, że Prezes Urzędu 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 PT (choć przepis ten powinien być stosowany w związku z art. 6 PT) jest do pewnego stopnia korzystne dla przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, ponieważ zapewnia mu 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 i zweryfikowanych danych o kosztach prowadzonej działalności). Jednocześnie Sąd Najwyższy stwierdza, że specyfika regulacji rynku komunikacji elektronicznej (*ex ante*) w połączeniu z celami PT, uzasadnia okresowe modyfikacje treści obowiązków regulacyjnych, a zwłaszcza konkretyzację stawek z

tytułu zakańczania połączeń w sieci danego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Zasady pewności prawa i uzasadnionych prawnie oczekiwań doznają przez to istotnych ograniczeń wynikających z samej ustawy regulacyjnej, gdyż harmonogramy zmiany opłat za zakańczanie połączeń konstruowane we wcześniejszych decyzjach na podstawie starszych kalkulacji kosztowych, założeń co do rozwoju sytuacji rynkowej oraz modeli regulacyjnych, będą się dezaktualizować w stopniu uzasadniającym faktyczną modyfikację stawek znacznie wcześniej, niż pierwotnie przewidywał to organ regulacyjny.

Uwzględniając stanowisko TSUE w wydanym w niniejszej sprawie wyroku, Sąd Najwyższy stwierdza, że obowiązek ustalania stawek w oparciu o ponoszone koszty opiera się na charakterze stwierdzonego problemu z uwagi na specyfikę rynku zakańczania połączeń w sieci powoda. Z uwagi na specyfikę tego rynku, przynajmniej na etapie rozwoju rynku telekomunikacyjnego w dacie nałożenia tego obowiązku, rynek ten jest z założenia rynkiem niekonkurencyjnym a źródłem jedynej presji kosztowej na powoda jest interwencja Prezesa Urzędu. Wymóg ten nadaje się do osiągnięcia celów dyrektywy ramowej i nie wykracza poza to co jest konieczne do ich osiągnięcia, skoro wiąże możliwość ingerencji organu regulacyjnego w wysokość stawki z analizą najbardziej aktualnych i zweryfikowanych danych kosztowych za pełny rok obrotowy.

W świetle wyroku TSUE w niniejszej sprawie oczywiście bezpodstawny jest zarzut naruszenia art. 40 ust. 4 w zw. z ust. 1, 2 i 3 PT przez wadliwe przyjęcie, iż przepis ten daje Prezesowi Urzędu kompetencję do ustalenia opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w wysokości poniżej ponoszonych przez operatora kosztów, także tych, których poziom został ustalony przez Prezesa Urzędu. Sąd Najwyższy przypomina, że to właśnie wątpliwości w tym zakresie leżały u podstaw wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym. Wydawało się bowiem, że w świetle dyrektywy o dostępie należy rozróżniać między obowiązkiem z art. 39 PT (uzasadnione koszty) a obowiązkiem z art. 40 PT (ponoszone koszty). Można bowiem było bronić poglądu, że obowiązek regulacyjny ciążyący na powodzie w niniejszej sprawie pozwalał mu na uwzględnienia w kalkulacji opłat wszelkich kosztów związanych ze świadczeniem usługi dostępu telekomunikacyjnego (w granicach wyznaczonych zasadą przyczynowości), bez względu na to, czy są to koszty na poziomie

ekonomicznie uzasadnionym. W niniejszej sprawie Prezes Urzędu zweryfikował uzasadnienie kosztowe przedłożone przez powoda, ustalił jakie koszty składają się na koszty świadczenia usługi MTC, ustalił poziom tych kosztów, a następnie ustalił stawkę MTR na poziomie niższym od kosztów ponoszonych przez powoda, kierując się kryteriami efektywności i zrównoważonej konkurencji. Takie działanie, mimo zastrzeżeń formułowanych w piśmiennictwie, jest dopuszczalne na podstawie art. 40 ust. 4 PT a dodatkowo ma oparcie w prounijnej wykładni art. 40 PT, jaką należy przyjąć w związku z orzeczeniem TSUE wydanym w niniejszej sprawie.

Z wyroku TSUE wynika dla Sądu Najwyższego, że krajowy organ regulacyjny może ustalić stawkę za zakańczanie połączenia poniżej poziomu kosztów świadczenia tej usługi, ustalonego dla danego operatora, o ile będzie to zgodne z Zaleceniem Komisji Europejskiej 2009/396/WE z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (Dz.U. UE L 2009 Nr 124, s. 67, dalej jako Zalecenie KE). Stosownie zaś do tego Zalecenia KE, przy ustalaniu wysokości stawek za zakończenie połączenia należy kierować się modelem efektywnego operatora. W wydanej w niniejszej sprawie decyzji nie zastosowano takiego modelu. Nie ma w niej także ustalenia, podobnie jak w toku postępowania sądowego, by stawka ustalona przez Prezesa Urzędu poniżej poziomu kosztów powoda była stawką odpowiadającą poziomowi kosztów ponoszonych przez modelowego efektywnego operatora. Jednakże, nie czyni to zaskarżonego wyroku wadliwym, gdyż w Zaleceniu KE przewidującym model takiego operatora ustanowiono okres przejściowy, w trakcie którego dopuszczalne było stosowanie innych metod. Także w wydanej w toku postępowania konsultacyjnego decyzji Komisji Europejskiej z 28 października 2010 r. podkreślono, że chociaż stawki za zakańczanie połączenia należy ustalać na poziomie odzwierciadlający koszty ponoszonego przez efektywnego operatora świadczącego odpowiednią usługę, w okresie przejściowym możliwe jest stosowanie alternatywnych metod kontroli cen, o ile służy to promowaniu efektywności oraz zrównoważonej konkurencji i maksymalizacji korzyści dla konsumenta.

Zdaniem Sądu Najwyższego, opisany powyżej zabieg analityczny Prezesa Urzędu, zgodnie z którym wysokość stawki dla powoda należało obniżyć poniżej

ustalonego w sprawie poziomu kosztów świadczenia tej usługi przez powoda do poziomu odpowiadającego średniej cenie jednolitej dla wszystkich operatorów zasiedziały na rynku telefonii ruchomej, ma oparcie w przesłankach promowania wydajności (efektywności) oraz zrównoważonej konkurencji.

Ostatnie dwa zarzuty należy rozpoznać łącznie. Pierwszy z nich to zarzut naruszenia art. 40 ust. 4 PT przez przyjęcie, że przepis ten stanowi podstawę do zmiany przez Prezesa Urzędu decyzji wydanej w oparciu o ten przepis z pominięciem nadzwyczajnego trybu zmiany lub stwierdzenia wygaśnięcia decyzji administracyjnej, przewidzianych w art. 155 oraz 162 § 1 k.p.a., zaś drugi to zarzut naruszenia art. 40 ust. 4 PT w zw. z art. 156 § 1 pkt 3 i art. 16 a contrario w zw. z art. 104 § 2 i art. 110 k.p.a. przez wadliwe przyjęcie, iż w sytuacji gdy decyzja wydana w niniejszej sprawie dotyczyła sprawy już poprzednio rozstrzygniętej decyzjami Prezesa Urzędu z dnia 26 kwietnia 2007 r. oraz z dnia 30 września 2008 r. to nie była obciążona wadą, o której mowa w art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a.

Sąd Najwyższy krytycznie ocenia praktykę Prezesa Urzędu, zgodnie z którą wydawane są decyzje określające harmonogramy obniżania stawek za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych w kilkuletniej perspektywie, a następnie wydawane są kolejne decyzje (np. w reakcji na zmiany sytuacji rynkowej i nowe uzasadnienia kosztowe), które zawierają również tego rodzaju harmonogramy dla tego samego przedsiębiorcy, obowiązujące częściowo w tym samym przedziale czasu co harmonogramy stawek ustalone we wcześniejszych decyzjach. W skrajnym przypadku, w tym samym okresie na przedsiębiorcy mogą ciążyć obowiązki stosowania trzech różnych stawek, których wysokość została określona w trzech różnych decyzjach. Ostatecznie jednak Sąd Najwyższy uznał, że taki sposób działania Prezesa Urzędu nie prowadzi do nieważności zaskarżonej decyzji, ponieważ art. 40 ust. 4 PT stanowi podstawę dla wydania przez Prezesa Urzędu decyzji ustalającej wysokość opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o przedstawiane każdorazowo uzasadnienie kosztowe. Przepis ten stanowi podstawę dla wydania decyzji o określonej treści w oparciu o nowy stan faktyczny i wynik zastosowania różnych nieostrych parametrów regulacyjnych wymienionych w tym przepisie. Skoro zostaje wydana nowa decyzja, na podstawie upoważnienia ustawowego, to stawka ustalona w nowej decyzji staje się wiążącą dla

przedsiębiorcy telekomunikacyjnego natomiast stawka ustalona we wcześniejszej decyzji na ten sam okres czasu przestaje być wiążąca. Nie zachodzi nieważność z art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a., gdyż - jak trafnie przyjęto w zaskarżonym wyroku oraz poprzedzającym go wyroku Sądu Okręgowego - zmianie uległ stan faktyczny w związku z przedstawieniem nowego uzasadnienia kosztowego oraz konkretyzacją obowiązku regulacyjnego z art. 40 PT w odniesieniu do sytuacji rynkowej z 2008 r. i projekcji jej rozwoju na kolejne lata.

W świetle wykładni dyrektywy o dostępie dokonanej przez TSUE w wyroku w sprawie C-277/16 *Polkomtel* za bezpodstawne należało uznać zarzuty naruszenia przepisów procesowych, skoro podnoszone w nich uchybienia Sądu drugiej instancji dotyczyły kwestii, które nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy zaś art. 385 i art. 386 k.p.c. nie można naruszyć w sposób przedstawiony w podstawach skargi.

Mając na względzie powyższe, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji, uwzględniając, że na rozprawie w dniu 6 lutego 2018 r. wniosek o zasądzenie kosztów postępowania złożył tylko pełnomocnik zainteresowanego.

r.g.