



Sygn. akt III SK 79/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 marca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jolanta Strusińska-Żukowska (przewodniczący)

SSN Halina Kiriło

SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa T. S.A. z siedzibą w [...] przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej z udziałem zainteresowanej A. Sp. z o.o. w [...] (poprzednio C. SA z siedzibą w [...]) o zmianę umowy,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 7 marca 2017 r.,
skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 24 kwietnia 2015 r., sygn. akt VI ACa .../14,

uchyla zaskarżony wyrok oraz poprzedzający go wyrok Sądu Okręgowego w [...] z dnia 31 stycznia 2014 r. sygn. akt XVII AmT .../11 i przekazuje sprawę temu Sądowi do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE) decyzją z 30 czerwca 2011 r. zmienił postanowienia decyzji z dnia 7 grudnia 2009 r., określającej warunki współpracy oraz zasady rozliczeń między P. (obecnie T. S.A., powód) a C. S.A. (zainteresowany) w ten sposób, że ustalił ścieżkę dojścia do stawek symetrycznych w rozliczeniach między powodem a zainteresowanym w okresie od 1 lipca 2011 r. do 1 lipca 2013 r., obniżając w cyklach 6-cio miesięcznych wysokość stawek asymetrycznych (na korzyść zainteresowanego) z kwoty 0,280 zł/min, przez 0,180 zł/min, 0,140 zł/min i 0,137 zł/min aż do stawki symetrycznej, w wysokości odpowiadającej 100% stawki pobieranej przez powoda za zakańczenie połączenia w jego sieci ruchomej.

Powód zaskarżył decyzję Prezesa UKE odwołaniem, w którym domagał się ustalenia stawki symetrycznej w rozliczeniach z zainteresowanym już od 1 lipca 2011 r., ewentualnie ustalenia stawek z tytułu wzajemnych rozliczeń na poziomie 117,88%, 113,3%, 108,75%, 104,38% w cyklach 6-cio miesięcznych, z wprowadzeniem wstawki symetrycznej począwszy od 1 czerwca 2013 r., ewentualnie uchylenia zaskarżonej decyzji. Zaskarżonej decyzji zarzucił naruszenie: 1) art. 28 ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 16 lipca 2004 r.- Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800, ze zm. dalej jako Prawo telekomunikacyjne PT) w związku z art. 30 ust. 1 PT oraz art. 2, art. 78 ust. 1 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 4 ust. 1 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 ze zm. dalej jako dyrektywa 2002/21) przez oparcie rozstrzygnięcia decyzji na opublikowanym na stronie internetowej organu w dniu 10 listopada 2010 r. Stanowisku Prezesa UKE dotyczącym wysokości stawek za zakańczenie połączeń w sieciach ruchomych nowych operatorów (dalej jako Stanowisko z 2010 r.), które zostało wydane poza procedurami administracyjnymi i nie podlega kontroli administracyjnej ani sądowej, przez błędne określenie w zaskarżonej decyzji obowiązku regulacyjnego nałożonego na zainteresowanego w decyzji z 28 lutego 2011 r. (decyzja SMP 2011 C.) oraz przez nieuwzględnienie nałożonego na zainteresowanego obowiązku z art. 36 PT; 2) art. 28 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 1 PT przez wydanie decyzji bez

prawidłowej analizie wszystkich kryteriów, które powinny być uwzględnione przy wydawaniu takiego rozstrzygnięcia oraz brak ustaleń faktycznych, które uzasadniałyby przyjęte w zaskarżonej decyzji rozwiązanie, w efekcie czego wysokość opłat ponoszonych przez powoda za zakańczanie połączeń głosowych w sieci zainteresowanego została ustalona arbitralnie i dowolnie.

Prezes UKE i zainteresowany wnieśli o oddalenie odwołania powoda.

Sąd Okręgowy w [...] – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 31 stycznia 2014 r., XVII AmT .../11 uchylił zaskarżoną decyzję i rozstrzygnął o kosztach postępowania.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że Prezes UKE w opublikowanym na stronie internetowej urzędu Stanowisku z 2010 r. określił nowe podejście regulacyjne do kwestii asymetrii stawek MTR w rozliczeniach między operatorami mobilnymi. Pismem z dnia 17 listopada 2010 r. powód wystąpił do zainteresowanego o rozpoczęcie negocjacji w przedmiocie zmiany dotychczasowych warunków współpracy, określonych w decyzji z dnia 7 grudnia 2009 r. W toku negocjacji strony przedstawiły rozbieżne stanowiska w kwestii wysokości stawki (stawek) za zakończenie połączenia w sieci zainteresowanego. Dlatego pismem z 18 lutego 2011 r. powód wystąpił do Prezesa UKE z wnioskiem o rozstrzygnięcie sporu międzyoperatorskiego i obniżenie stawek za zakończenie połączenia w sieci ruchomej zainteresowanego. Powód wniósł o ustalenie stawki na poziomie stawki MTR powoda. Zainteresowany uznał, że ustalenie stawki w takiej wysokości jest pozbawione podstaw prawnych, ponieważ na powodzie ciąży obowiązek stosowania stawki MTR w wysokości określonej decyzją Prezesa UKE, natomiast na zainteresowanym ciąży tylko obowiązek niestosowania stawek zawyżonych. Dlatego ustalenie stawki w wysokości oczekiwanej przez powoda oznaczałoby, że zainteresowany świadczyłby usługę zakończenia połączenia w oparciu o koszty operatorów zasiedziały, co nie pozwoliłoby na wyrównanie pozycji konkurencyjnej zainteresowanego (nowego operatora) z pozycją powoda. Decyzją z 28 lutego 2011 r. Prezes UKE wyznaczył zainteresowanego jako przedsiębiorcę zajmującego znaczącą pozycję na rynku świadczenia usługi zakończenia połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej zainteresowanego i nałożył obowiązek o którym mowa w art. 44 PT, w uzasadnieniu decyzji umieszczając

harmonogram obniżania stawek MTR dla zainteresowanego zgodny z treścią Stanowiska z 2010 r.

W postępowaniu konsolidacyjnym Komisja Europejska zwróciła uwagę, że projekty decyzji Prezesa UKE dotyczyły stawek MTR w rozliczeniach dwustronnych, podczas gdy powinny być one zawarte w decyzjach SMP. Komisja zwróciła się także do Prezesa UKE o ustalenie stawek za zakańczanie połączeń opartych na kosztach również dla nowych operatorów ruchowych, co oznacza potrzebę uzasadnienia przez Prezesa UKE, że wprowadzony poziom a także czas trwania asymetrii są uzasadnione wyższymi kosztami ponoszonymi przez operatorów nowowchodzących.

Uwzględniając odwołanie powoda, Sąd pierwszej instancji przyjął, że ciężar dowodu wykazania zasadności przyjętej asymetrii stawek obciąża Prezesa UKE, zaś wprowadzenia symetrii musi być należycie umotywowane, jako odstępstwo od zasady stawek symetrycznych. Znajduje to potwierdzenie nie tylko w dyrektywie 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. U. UE. L 2002 Nr 108, str. 7 ze zm., dalej jako dyrektywa 2002/19) ale także w zaleceniu Komisji Europejskiej 2009/396/WE z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych ruchomych (Dz. U. UE L z dnia 20 maja 2009 r., dalej jako Zalecenie Komisji z 7 maja 2009 r.). W Zaleceniu Komisji z 7 maja 2009 r. dopuszczono asymetrię stawek w okresie przejściowym, trwającym 4 lata od wejścia na rynek, jeżeli nowy podmiot działa poniżej minimalnej skali efektywności, ponosi wyższe jednostkowe koszty przyrostowe oraz stwierdzone są na rynku detalicznym bariery wejścia. Uwzględniając wytyczne wynikające z treści Zalecenia Komisji z 7 maja 2009 r., Sąd Okręgowy przyjął, że mimo niewiążącego charakteru należy posiłkować się ich treścią przy wykładni i stosowaniu przepisów prawa krajowego, co dodatkowo znajduje potwierdzenie w art. 19 ust. 3 PT. Sąd Okręgowy uwzględnił, że stosując się do Zalecenia Komisji z 7 maja 2009 r. Prezes UKE wskazał, że zainteresowany jest nowowchodzącym na rynek operatorem, nie osiągnął jeszcze minimalnej skali efektywności działania (co znajduje potwierdzenie w ustaleniach poczynionych na użytek decyzji SMP C. 2011). Prezes UKE nie

przedstawił jednak żadnych relewantnych danych liczbowych i analiz, które poddawałyby się weryfikacji w postępowaniu sądowym, na okoliczność prawidłowości przyjętego przez organ modelu rozliczeń międzyoperatorskich zakładającego stawki asymetryczne. Sąd pierwszej instancji jednocześnie uznał za zasadne stanowisko, zgodnie z którym aby zwiększyć konkurencyjność na rynku konieczne było ustalenie takiego modelu rozliczeń międzyoperatorskich, które umożliwiłby zainteresowanemu budowanie pozycji rynkowej pozwalającej na konkurowanie z innymi podmiotami, w szczególności zaś operatorami zasiedziały.

Zdaniem Sądu Okręgowego, Stanowiska z 10 listopada 2010 r. nie można uznać za wykazanie wysokości wprowadzonej asymetrii. Stawka MTR w zaskarżonej decyzji nie jest wdrożeniem postanowień wynikających z decyzji SMP 2011 C., bowiem ta ostatnia decyzja nie ustalała stawki MTR. Jedynie w jej uzasadnieniu odwołano się do stanowiska z 2010 r. Dlatego Sąd Okręgowy uznał za zasadny zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 2 PT w związku z art. 18 ust. 1 PT oraz art. 7 ust. 3 i 7 dyrektywy 2002/21 przez nieuwzględnienie stanowiska wyrażonego przez Komisję Europejską w możliwie najszerszym zakresie oraz uniemożliwienie przeanalizowania sprawy pod kątem przyjętego poziomu wysokości stawek MTR dla zainteresowanego. Wady te uzasadniały uchylenie decyzji Prezesa UKE.

Prezes UKE oraz zainteresowany zaskarżyli wyrok Sądu Okręgowego w całości apelacjami.

Wyrokiem z 24 kwietnia 2015 r., VI ACa .../14 Sąd Apelacyjny w [...] zmienił zaskarżony wyrok częściowo w punkcie I (nadając mu treść: „uchyla zaskarżoną decyzję w punkcie I”) a w pozostałym zakresie obie apelacje oddalił.

Sąd drugiej instancji podzielił stanowisko Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zgodnie z którym Prezes UKE, wbrew wymogom wynikającym z Zalecenia Komisji z 7 maja 2009 r., nie wykazał, że nowowchodzący operator ponosi wyższe koszty związane z pokonywaniem barier wejścia na rynek. Prezes UKE nie przedstawił w tej kwestii żadnych danych liczbowych i ich analizy, która podlegałaby obiektywnej weryfikacji przez Sąd. Prezes UKE poprzestał na przejęciu ścieżki dojścia do stawek symetrycznych ze Stanowiska z 2010 r.

Prezes UKE zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w [...] skargą kasacyjną w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie: 1) art. 28 ust. 1 pkt 1-8 i ust. 6 w związku z art. 6 ust. 1, 2, i 3, art. 27 ust. 4 PT oraz art. 6 k.c. i art. 4 ust. 1 i 3, art. 5 ust. 1 i 3 oraz art. 20 dyrektywy 2002/21; 2) art. 6 ust. 1 w związku z art. 206 ust. 2 i art. 27 ust. 4 PT; 3) art. 479⁶⁴ § 1 i 2 w związku z art. 391 § 1, art. 386 § 1 i art. 385 k.p.c. w związku z art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/21. Prezes UKE wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania, ewentualnie o uchylenie także wyroku Sądu Okręgowego w [...] z 31 stycznia 2014 r., XVII AmT .../11 w całości i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna Prezesa UKE jest uzasadniona.

Zaskarżony wyrok opiera się na założeniu, zgodnie z którym uchylenie decyzji Prezesa UKE z 30 czerwca 2011 r., w części kształtującej stawki za zakańczanie w sieci ruchomej zainteresowanego połączeń przychodzących z sieci powoda w okresie od 1 lipca 2011 r. do 1 lipca 2013 r., w ramach tak zwanej ścieżki dojścia do stawek symetrycznych, było konieczne, ponieważ Prezes UKE nie wykazał wymaganych w Zaleceniu Komisji Europejskiej z 7 maja 2009 r. przesłanek ukształtowania asymetrycznych stawek rozliczeń między zainteresowanym a powodem z tytułu świadczenia usługi zakańczania połączeń w sieci zainteresowanego. Sąd drugiej instancji przyjął, w ślad za Sądem pierwszej instancji, że wykazano, iż zainteresowany jest podmiotem nowowchodzącym na rynek, który nie osiągnął jeszcze minimalnej skali efektywnego działania ale nie wykazano, że zainteresowany ponosi wyższe jednostkowe koszty przyrostowe. W ocenie Sądu drugiej instancji, nie można uznać za udowodnienie tej przesłanki stwierdzenia, że „z dużym prawdopodobieństwem można przyjąć, że koszty jednostkowe ponoszone przez C. są wyższe niż koszty ponoszone przez trzech operatorów zasiedziały MNO”. Sąd drugiej instancji podzielił pogląd Sądu Okręgowego, zgodnie z którym Prezes UKE nie przedstawił żadnych relewantnych

danych liczbowych i ich analiz, które podlegałyby obiektywnej weryfikacji przez Sąd. Sąd drugiej instancji zwrócił uwagę, że stawki ustalone w decyzji zostały recypowane ze Stanowiska z 10 listopada 2010 r. Opublikowanie tego stanowiska nie zwalnia Prezesa UKE z obowiązku wykazania, że w konkretnej decyzji przyjęte stawki są zasadne oraz wykazania sposobu ich wyliczenia. Sąd drugiej instancji uznał także, że w wyroku Sądu pierwszej instancji nie zakwestionowano zasadności wprowadzenia asymetrii stawek, lecz jedynie brak przesłanek uzasadniających określoną w decyzji wysokość stawek. Sąd drugiej instancji przyjął także, że nie było podstaw do zmiany decyzji i samodzielnego ustalenia stawek przez Sąd Okręgowy. Uznał jednocześnie, że ustalenie stawek symetrycznych nie byłoby właściwym rozstrzygnięciem, z uwagi na różnice w obowiązkach regulacyjnych nałożonych na powoda (ustalenie cen w oparciu o ponoszone koszty) oraz zainteresowanego (zakaz stosowania zawyżonych stawek) oraz z uwagi na nieprzedstawienie przez strony dowodów umożliwiających ustalenie tych stawek w innej wysokości, uwzględniającej sytuację zainteresowanego jako operatora nowowchodzącego na rynek.

Odnosząc się do powyższej argumentacji Sądu drugiej instancji przy ocenie zasadności skargi kasacyjnej Prezesa UKE, Sąd Najwyższy ponownie (por. wyrok Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 2015 r., III SK 7/14, OSNP 2017 nr 4, poz. 50) dostrzega poważny problem z zapewnieniem skutecznego prawa do sądu z pogodzeniem honorowanego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) szerokiego marginesu swobody krajowych organów regulacyjnych przy podejmowaniu środków regulacyjnych służących realizacji celów, o których mowa w art. 8 dyrektywy 2002/21 i wynikającej z tego powściągliwości sądów przy zastępowaniu krajowych organów regulacyjnych w dokonywanych przez nich wyborach modeli analitycznych (wyrok TSUE z 15 września 2016 r. w sprawie C-28/15 *Koninklijke KPN NV i in. v. Autoriteit Consument en Markt (ACM)*, EU:C:2016:692), w oparciu o które podejmowane są następnie decyzje regulacyjne lub decyzje rozstrzygające spory międzyoperatorskie. Koncepcja wspomnianej powściągliwości w sprawach z zakresu komunikacji elektronicznej wynika ze swoistego domniemania działania krajowych organów regulacyjnych w celu realizacji zamierzeń prawodawcy unijnego, wyartykułowanych w art. 8 dyrektywy

2002/21. W tej sytuacji, rolą sądów wykonujących zadania, o których mowa w art. 4 dyrektywy 2002/21, jest przede wszystkim ocena proporcjonalności danego rozstrzygnięcia krajowego organu regulacyjnego do realizacji zakładanych celów (w oparciu o dowody przedstawione przez odwołującego się przedsiębiorcę telekomunikacyjnego), równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych (na etapie realizacji in concreto polityki regulacyjnej zadeklarowanej przez organ), prawidłowego formułowania obowiązków regulacyjnych i ich egzekwowania oraz dochowywania standardów proceduralnych.

W przypadku braku (w ocenie Sądu orzekającego w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UKE) odpowiedniego uzasadnienia podjętego rozstrzygnięcia bądź jego niedostatków argumentacyjnych, pojawia się problem konsekwencji stwierdzenia tego rodzaju „uchybień” organu. Sądy obu instancji problem ten rozstrzygnęły uznając, że w tej sytuacji konieczne jest uchylenie decyzji Prezesa UKE. Jak zaś wynika już z orzecznictwa Sądu Najwyższego (wyrok w sprawie III SK 7/14), uchylenie decyzji Prezesa UKE „do uzasadnienia” nie jest właściwym sposobem sądowej weryfikacji prawidłowości rozstrzygnięć organu. Niedostatki uzasadnienia decyzji Prezesa UKE co do wdrażanego modelu regulacyjnego i realizowanej polityki regulacyjnej nie stanowią bowiem wady decyzji uprawniającej sąd do zwrotu sprawy do organu celem zakończenia postępowania kolejną decyzją, która zawierałaby lepsze uzasadnienie rozstrzygnięcia. Jeżeli w toku postępowania odwoławczego Sąd dojdzie do przekonania, że Prezes UKE nie wykazał potrzeby wprowadzenia (po raz pierwszy lub ponownie w danym stosunku międzyoperatorskim) zmiany lub zniesienia stawek asymetrycznych w rozliczeniach między pozostałymi w sporze operatorami, a jednocześnie strona wnosząca odwołanie nie wykazała zasadności zmiany rozstrzygnięcia organu w postulowanym przez siebie kierunku, to Sąd powinien zmienić decyzję Prezesa UKE w ten sposób, że ją uchyli (tak zwane merytoryczne uchylenia decyzji, por. wyrok Sądu Najwyższego z 22 listopada 2016 r., III SK 39/15, LEX nr 2186063). W konsekwencji utrzymana zostanie treść stosunku prawnego łączącego powoda i zainteresowanego w takim kształcie, jaki wynikał z uzgodnień między przedsiębiorcami oraz innych rozstrzygnięć Prezesa UKE na dzień wydania zaskarżonej decyzji.

Dodatkowo Sąd Najwyższy uwzględnił, że w sytuacji gdy Prezes UKE wydaje decyzję, która zmienia ukształtowaną już w danym stosunku międzyoperatorskim ścieżkę dojścia do stawek symetrycznych w rozliczeniach między dwoma przedsiębiorcami, to nie można od organu wymagać, by uzasadniał przesłanki warunkujące możliwość wprowadzenia stawek asymetrycznych do danego stosunku prawnego łączącego dwóch operatorów. W dalszej kolejności Sąd Najwyższy przyjmuje, że w przypadku decyzji zmieniającej ukształtowaną już ścieżkę dojścia do stawek symetrycznych, adresat takiej decyzji, który jest zobowiązany do uiszczania wyższych stawek na rzecz kontrahenta (ale na mocy skarżonej decyzji są to stawki niższe niż do tej pory), ma interes prawny w żądaniu szybszego wprowadzenia symetrii w rozliczeniach lub ukształtowania wysokości asymetrycznych stawek na niższym poziomie ale nie ma interesu prawnego w żądaniu zmiany decyzji przez jej uchylenie, gdy – jak w okolicznościach tej sprawy – prowadzi to do reaktywacji wyższych stawek we wzajemnych rozliczeniach. Jak zaś wynika z powołanego powyżej orzecznictwa Sądu Najwyższego, w przypadku żądania zmiany decyzji ciężar dowodu w zakresie wadliwości jej podstaw faktycznych i analitycznych obciąża wnoszącego odwołanie (zob także wyrok TSUE z 15 września 2016 r. w sprawie C-28/15 *Koninklijke KPN NV i in. v. Autoriteit Consument en Markt (ACM)*, EU:C:2016:692).

Sąd Najwyższy zwraca uwagę, że analogicznie jak w sprawie III SK 7/14, Sąd drugiej instancji (w ślad za Sądem Okręgowym) trafnie przyjął w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że Prezes UKE miał podstawy do utrzymania asymetrii w rozliczeniach między powodem a zainteresowanym, a jedynie nie przedstawił żadnej argumentacji uzasadniającej zastosowaną w zaskarżonej decyzji ścieżkę dojścia do stawek symetrycznych. Sąd Apelacyjny nie zakwestionował zatem, ani faktycznych (wynikających ze specyfiki rynku komunikacji elektronicznej) podstaw dla utrzymania zasady asymetrii w rozliczeniach między powodem a zainteresowanym (obowiązującej w ramach stosunku prawnego łączącego obu przedsiębiorców na podstawie wcześniejszych decyzji Prezesa UKE), ani potrzeby zmiany treści umowy łączącej powoda z zainteresowanym w kierunku obniżenia różnicy w stawkach za zakańczanie połączeń w sieci obu podmiotów (co służy realizacji postulatów formułowanych pod adresem Prezesa UKE w decyzjach

Komisji Europejskiej na podstawie art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21). Sąd drugiej instancji prawidłowo przyjął również, że powód nie wykazał zasadności wprowadzenia (w drodze zmiany zaskarżonej decyzji) stawek symetrycznych ani innej ścieżki dojścia do takich stawek. Jedynym, choć istotnym, „mankamentem” zaskarżonej decyzji był brak uzasadnienia dla przyjętej ścieżki dojścia do stawek symetrycznych - uzasadnienia wykraczającego poza nieosadzone w ustaleniach ujawnionych w innych decyzjach (a przez to uniemożliwiające sądowi przeprowadzenie weryfikacji rozumowania organu) doświadczenie regulacyjne Prezesa UKE i deklarację co do sposobu realizacji polityki regulacyjnej zawartą w Stanowisku z 2010 r.

Sąd Najwyższy w pełni podziela krytyczną ocenę działania Prezesa UKE zawartą w wyrokach Sądów obu instancji, ponieważ formułując Stanowisko z 2010 r. organ powinien już w takim dokumencie przedstawić poddające się weryfikacji podstawy dla przyjętych ostatecznie założeń regulacyjnych. W Stanowisku z 2010 r. wyjaśniono jedynie, czym kierował się organ ustalając wysokość asymetrycznej stawki w pierwszym roku działalności operatora infrastrukturalnego (określony % średniej ważonej asymetrycznych stawek dla podmiotów, które wcześniej weszły na rynek od zainteresowanego). Co do wysokości stawek w pozostałych trzech latach stosowania asymetrii w rozliczeniach z operatorami zasiedziały, Prezes UKE poprzestał na enigmatycznym odwołaniu do „wyniku zastosowanej [...] kalkulacji kosztu świadczenia usługi MTC oraz danych będących w posiadaniu Prezesa UKE”. W tej sytuacji niezrozumiała jest argumentacja zawarta w uzasadnieniu skargi kasacyjnej Prezesa UKE, zgodnie z którą nie ma on możliwości pozyskania danych oczekiwanych przez Sąd drugiej instancji. Argumentacja ta oznacza bowiem, że takich danych Prezes UKE, wbrew deklaracji wyrażonej w Stanowisku z 2010 r., w ogóle nie posiadał, a zatem skonstruował model regulacyjny zastosowany w decyzji z 30 czerwca 2011 r. w sposób arbitralny i sprzeczny z ustaleniami z Komisji Europejską (która rzekomo „zgodziła się, aby w przypadku braku danych kosztowych dla poszczególnych nowych operatorów, Prezes UKE mógł posłużyć się danymi kosztowymi jakie posiada”).

Mimo powyższych zastrzeżeń przypomnieć należy, że w sprawie III SK 7/14 Sąd Najwyższy przyjął, że z uzasadnienia dotkniętej podobnymi „wadami” decyzji organu regulacyjnego wynikało, że kształtując ścieżkę dojścia do stawek symetrycznych Prezes UKE zmierzał do zastosowania modelu ERG, choć ostatecznie uczynił to z modyfikacjami, które w żaden sposób nie zostały uzasadnione. W tej sytuacji Sąd Najwyższy uznał za uprawnione, zamiast uchylecia decyzji, zastąpienie przyjętego w decyzji (i nieuzasadnionego) modelu regulacyjnego modelem wzorcowym (wyjściowym), na którym – zgodnie z argumentacją organu – oparte zostało rozstrzygnięcie regulacyjne. W odróżnieniu od decyzji Prezesa UKE ze sprawy III SK 7/14, w niniejszej sprawie decyzja organu regulacji komunikacji elektronicznej wdraża do umowy między powodem a zainteresowanym model ścieżki dojścia do stawek symetrycznych we wzajemnych rozliczeniach wypracowany przez organ w Stanowisku z 2010 r., który to model został przyjęty dla zainteresowanego w decyzji SMP 2011 C.. Sąd Najwyższy nie neguje posługiwania się przez Prezesa UKE tego rodzaju modelami, zwłaszcza gdy zostaną one opracowane w ramach konsultacji na szczeblu krajowym i unijnym. Podzielając - ponownie - w pełni krytyczne oceny zawarte w uzasadnieniach wyroków Sądów obu instancji, Sąd Najwyższy kolejny raz zwraca uwagę (tak jak Komisja Europejska w przywołanych w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego decyzjach wydawanych na podstawie art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21), że ogłaszając deklarację co do stosowania w praktyce określonego modelu regulacyjnego, Prezes UKE powinien przedstawiać odpowiednio skonstruowane i uzasadnione analityczne uzasadnienie wyjaśniające na podstawie jakich to konkretnie informacji składających się na „doświadczenie regulacyjne” Prezesa UKE, przyjęto określoną ścieżkę dojścia nowochoodzących operatorów mobilnych do stawek symetrycznych w rozliczeniach z operatorami zasiedziałymi.

Sąd Najwyższy podziela także stanowisko Sądów obu instancji, zgodnie z którym samo opracowanie wspomnianego modelu nie zwalnia Prezesa UKE z obowiązku konstruowania uzasadnienia decyzji w sposób zgodny z obowiązującymi w tym zakresie standardami proceduralnymi, tym bardziej że dopiero w takiej decyzji jak wydana w niniejszej sprawie, rozwiązania regulacyjne przyjęte dla jednej ze stron sporu międzyoperatorskiego (w decyzji SMP) stają się wiążące dla drugiej

strony tego sporu. Umieszczenie na stronie internetowej organu dokumentu takiego jak Stanowisko z 2010 r. skutkuje jedynie związaniem Prezesa UKE co do sposobu realizacji polityki regulacyjnej, zwiększając w ten sposób poziom pewności uczestników rynku co do zasad tej polityki. Natomiast sporządzenie i upublicznienie takiego dokumentu nie przesądza żadną miarą o zgodności treści tego dokumentu z celami Prawa telekomunikacyjnego, przewidzianymi w jego przepisach zasadami nakładania obowiązków regulacyjnych czy rozstrzygania sporów międzyoperatorskich.

Z wiążących dla Sądu Najwyższego ustaleń faktycznych wynika, że wydając zaskarżoną decyzję Prezes UKE wdrażał do stosunku dostępowego łączącego powoda i zainteresowanego postanowienia decyzji SMP 2011 C., w której to decyzji organ przyjął założenie regulacyjne, zgodnie z którym zainteresowany – jako nowochochodzący operator mobilny – powinien przez pewien okres czasu rozliczać się z zasiedziałym operatorem (powodem) według asymetrycznych stawek. W decyzji SMP 2011 C. unormowano również ścieżkę dojścia do stawek symetrycznych w rozliczeniach zainteresowanego z innymi operatorami zasiedziałymi. Decyzja SMP 2011 C. czyniła wiążącymi założenia polityki regulacyjnej wypracowane przez Prezesa UKE w odniesieniu do takiego operatora jak C., na którego nałożono obowiązek niestosowania zawyżonych stawek. Dopiero jednak decyzja wydana w niniejszej sprawie wprowadziła do umowy między powodem a zainteresowanym stawki, do stosowania których według określonego harmonogramu zainteresowany został zobowiązany w decyzji SMP 2011 C.. W ten sposób został uwzględniony przy rozstrzyganiu sporu międzyoperatorskiego art. 28 ust. 1 pkt 2 PT.

O spełnieniu przesłanki z art. 28 ust. 1 pkt 1 PT (interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych) świadczy stanowisko Sądu drugiej instancji w przedmiocie zasadności utrzymania asymetrycznych stawek w rozliczeniach między powodem a zainteresowanym. Spełnienie tej przesłanki, podobnie jak przesłanek z art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c, pkt 6 i pkt 7 PT nie budzi żadnych wątpliwości w kontekście znanych z urzędu Sądom obu instancji (jako Sądom wyspecjalizowanym w sprawach z zakresu konkurencji i regulacji) zasad funkcjonowania rynku komunikacji elektronicznej oraz znaczenia presji konkurencyjnej ze strony nowochochodzących podmiotów dla realizacji celów krajowego i unijnego prawa telekomunikacyjnego, a

także warunków w jakich muszą one konkurować z operatorami zasiedziałymi. Mając na względzie różnice w pozycji rynkowej powoda i zainteresowanego, nie można także mówić o dyskryminacyjnych dla tego pierwszego warunkach dostępu do sieci zainteresowanego (art. 28 ust. 1 pkt 5 lit b PT). Z kolei artykułowana w skardze kasacyjnej Prezesa UKE skala ruchu sieciowego między powodem a zainteresowanym może (z uwagi na brak zakotwiczenia w ustaleniach dotychczasowego postępowania sądowego) sugerować pozytywną ocenę proporcjonalności obowiązku (zapłata niższych niż do tej pory lecz nadal asymetrycznych stawek) wynikającego dla powoda z zaskarżonej decyzji oraz nieproporcjonalność postulatu, by Prezes UKE zbudował model dojścia do stawek symetrycznych w rozliczeniach powoda z zainteresowanym w oparciu o koszty ponoszone przez zainteresowanego, na którym nie ciąży obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej.

Z powyższego wynika, że za zasadne należało uznać zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 1-8 i ust. 6 w związku z art. 6 ust. 1, 2, i 3, art. 27 ust. 4 PT oraz art. 6 k.c. i art. 4 ust. 1 i 3, art. 5 ust. 1 i 3 oraz art. 20 dyrektywy 2002/21 oraz zarzut naruszenia art. 479⁶⁴ § 1 i 2 w związku z art. 391 § 1, art. 386 § 1 i art. 385 k.p.c. w związku z art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/21. Niezasadny jest natomiast zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 w związku z art. 206 ust. 2 i art. 27 ust. 4 PT, skoro ani zaskarżona decyzja, ani decyzja SMP 2011 C., ani Stanowisko z 2010 r. nie wyjaśniają dlaczego Prezes UKE ukształtował ścieżkę dojścia do stawek symetrycznych w sposób przyjęty w decyzji z 30 czerwca 2011 r., choć w Stanowisku z 2010 r. organ twierdzi, że jego treść opiera się na posiadanych przez niego danych.

Uwzględniając skargę Prezesa UKE, Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę, że Sady obu instancji w sposób wręcz wzorcowy odwołały się w uzasadnieniach wyroków do Zalecenia Komisji Europejskiej z 7 maja 2009 r. oraz decyzji Komisji Europejskiej 16 maja 2011 r. SG-Greffe (2011) D/7730. W obu tych aktach mowa o potrzebie wykazania przez krajowy organ regulacyjny ponoszenia przez beneficjenta stawek asymetrycznych wyższych kosztów. Prezes UKE nie powinien zatem posługiwać się ogólnym modelem dochodzenia do stawek symetrycznych dla wszystkich nowochojących operatorów telefonii ruchomej, lecz na ocenie

sytuacji konkretnego operatora (choć organ w Stanowisku z 2010 r. powołał się na akceptację Komisji Europejskiej dla rekonstrukcji modelu dojścia do stawek symetrycznych w oparciu o dane kosztowe innych operatorów, wchodzących wcześniej na rynek). Jednakże, aby zastosowanie się do tych wskazówek Komisji Europejskiej było możliwe – z uwzględnieniem art. 7 ust. 7 dyrektywy 2002/21, konieczne jest posiadanie przez Prezesa UKE odpowiednich danych lub możliwość ich uzyskania. W braku takich danych, niemożności lub nieproporcjonalności ich uzyskania, Sąd Najwyższy nie znajduje podstaw dla zakwestionowania dopuszczalności posługiwania się przez Prezesa UKE modelem regulacyjnym takim jak wynikający ze Stanowiska z 2010 r. (wiążącego dla zainteresowanego na mocy decyzji SMP 2011 C.), który to model opiera się na akceptowanym przez Sąd Najwyższy założeniu (por. model ERG – por. wyrok w sprawie III SK 7/14) co do potrzeby wspierania konkurencji na rynku telefonii mobilnej poprzez zapewnienie asymetrii w rozliczeniach między nowowchodzącym operatorem a operatorem zasiedziałym przez maksymalnie czteroletni okres. W ocenie Sądu Najwyższego, harmonogram zmiany stawek, choć zawarty tylko w uzasadnieniu decyzji SMP 2011 C., określa *a priori* dla zainteresowanego, jakie stawki i w jakim okresie nie zostaną uznane za zawyżone (co oznacza, że dopuszczalne jest stosowanie przez zainteresowanego niższych stawek).

Mając na względzie, że zaskarżona w niniejszej sprawie decyzja Prezesa UKE zmienia ścieżkę dojścia do stawek symetrycznych, a nie wprowadza zasadę asymetrii w rozliczeniach między powodem a zainteresowanym oraz biorąc pod uwagę, że dotychczasowe ustalenia postępowania sądowego nie podważyły wyartykułowanej w Stanowisku z 2010 r. tezy Prezesa UKE o zgodzie Komisji Europejskiej na posługiwanie się modelem dojścia do stawek symetrycznych opartym na danych kosztowych innego operatora, Sąd Najwyższy uznaje stanowisko Komisji Europejskiej wyrażone w decyzji Komisji Europejskiej z 16 maja 2011 r. SG-Greffe (2011) D/7730 – w rozważanym zakresie – jako postulat pod adresem Prezesa UKE co do zmiany sposobu prowadzenia polityki regulacyjnej w przyszłości, a nie jako sprzeciw przeciwko wydaniu decyzji o treści takiej jak decyzja Prezesa UKE z 30 czerwca 2011 r. Dlatego Sąd Najwyższy, biorąc pod uwagę ujawnione w treści Stanowiska z 2010 r. okoliczności wypracowania przez

Prezesa UKE ogólnego modelu dojścia do stawek symetrycznych, ostatecznie nie podzielił konkluzji, jakie Sądy obu instancji wysnuły z niekompatybilności uzasadnienia decyzji Prezesa UKE z Zaleceniem Komisji z 7 maja 2009 r. oraz decyzją Komisji Europejskiej z 16 maja 2011 r. SG-Greffe (2011) D/7730.

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

kc