

POSTANOWIENIE

Dnia 15 listopada 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Wróbel

w sprawie z powództwa A. Sp. z o.o. w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej
o ustalenie znaczącej pozycji rynkowej,
na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 15 listopada 2017 r.,
na skutek skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w
(...)
z dnia 27 października 2016 r., sygn. akt VI ACa (...),

- 1. odmawia przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania,**
- 2. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 360 (trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 27 października 2016 r. oddalił apelację A. Sp. z o.o. w W. od wyroku Sądu Okręgowego w W. - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 6 maja 2015 r. oddalającego odwołanie powódki od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 14 grudnia 2012 r. nr (...), wydanej na podstawie art. 24 pkt 1 i 2 lit. a w związku z art. 21 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 i 2, art. 34 ust. 1 i 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i 2, art. 44 Prawa telekomunikacyjnego oraz art. 104 § 1 k.p.a. w związku z art. 206 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, w której Prezes Urzędu: I. określił rynek właściwy jako rynek

świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) A. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (A., Spółka, powód), II. ustalił, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej A. występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej, III. wyznaczył A. Sp. z o.o. jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej A. , IV. nałożył na A. następujące obowiązki regulacyjne: 1. obowiązek, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i 2 Pt, polegający na uwzględnieniu uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) A. w szczególności poprzez: -zapewnienie określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy, niezbędnych do zapewnienia dostępu do sieci; -przyznawanie dostępu do interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług, w tym usług sieci wirtualnych; -zapewnienie infrastruktury telekomunikacyjnej, kolokacji oraz innych form wspólnego korzystania z budynków; - zapewnienie funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług, w tym świadczenia usług w sieciach inteligentnych; - prowadzenie negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w dobrej wierze oraz utrzymanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego do określonych sieci telekomunikacyjnych, urządzeń lub udogodnień towarzyszących; - uwzględnienie uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny poprzez interfejs systemu informatycznego; 2. obowiązek, o którym mowa w art. 36 Pt, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowaniu usług oraz udostępnianiu informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi; 3. obowiązek, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i 2 Pt, polegający na ogłaszaniu informacji w sprawach zapewnienia dostępu

telekomunikacyjnego, dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystanie z sieci, a także opłat, przy czym: - zakres informacji obejmuje wszystkie informacje dotyczące specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci a także opłat, niezbędne do przygotowania przez zainteresowanych operatorów wniosku w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego; - publikacja wskazanych powyżej informacji nastąpi w formie elektronicznej na oficjalnej stronie internetowej A.; - informacje należy ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia niniejszej decyzji; w przypadku zmiany zakresu bądź treści publikowanej informacji należy ją ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 tygodnia od dnia wprowadzenia zmiany; 4. na podstawie art. 44 ustawy Pt, obowiązek polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej A. w wysokości określonej w zamieszczonym w decyzji harmonogramie, wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego; V. na podstawie art. 206 ust. 2a w zw. z art. 206 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 Pt postanowił, że decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu. W punkcie VI, VII, VIII, IX i X decyzji, Prezes ustalił, że załączniki o numerach 1,2,3,4 i 5 zawierają odpowiednio: - dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, - opis modelu kalkulacji kosztów według metodologii PURE LRIC, -stosowany przez Prezesa UKE model kalkulacji kosztów operatora efektywnego w formie pliku xls., zapisany na płycie CD, - schemat grupy spółek kontrolowanych przez Z.S.Ż., - komentarz Prezesa UKE do stanowisk zgłoszonych przez uczestników postępowania konsultacyjnego, przeprowadzonego od 3 sierpnia do 3 września 2012 r. stanowią integralną część wydanej decyzji.

Sąd Apelacyjny rozważając podniesiony w apelacji zarzut naruszenia art. 24 pkt 2 lit. a) Prawa telekomunikacyjnego w zw. z art. 21 i 22 oraz art. 34 ust. 1 i 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i 2 i art. 44 tego Prawa stwierdził, że nie ma przeszkód do przyjęcia, że problemem rynkowym, którego rozwiązaniu ma służyć nałożenie obowiązków regulacyjnych może być samo realne ryzyko wystąpienia

nieprawidłowości. Rozwiązanie problemu polega w takim przypadku na likwidacji stanu zagrożenia.

Nawiązując do kwestii samej istoty regulacji *ex ante*, Sąd Apelacyjny uznał, że osiągnięcie jej celów byłoby niemożliwe, gdyby uznać za trafny kierunek interpretacyjny zaproponowany przez powódkę. Regulacja *ex ante* ma służyć m.in. zapobieganiu wystąpienia uszczerbku dla prawidłowego funkcjonowania rynku telekomunikacyjnego. Zastosowanie środków regulacyjnych po wystąpieniu nieprawidłowości nie może oczywiście zapobiec jej zaistnieniu.

Sąd Apelacyjny podkreślił, że Sąd Okręgowy nie ograniczył się do stwierdzenia, że hipotetycznie mogą wystąpić określone zagrożenia, lecz zbadał prawdopodobieństwo ich wystąpienia, a swoje stanowisko oparł w szczególności na analizie powiązań powoda z innymi operatorami i skutków jego przynależności do grupy kapitałowej, w skład której wchodzi inni operatorzy telekomunikacyjni. Konstatacja Sądu pierwszej instancji, że „możliwość nieuzasadnionego i antykonkurencyjnego zawyżania stawek za zakończenie połączeń głosowych, utrudniania innym operatorom dostępu do sieci powoda, utrudniania dostępu do interfejsów, czy infrastruktury, protokołów lub innych kluczowych technologii jest bardzo możliwym zachowaniem operatora o znaczącej pozycji rynkowej” jest w związku z tym trafna. Zarzut naruszenia przez zaskarżone orzeczenie art. 24 pkt 2 lit. a) Pt w zw. z art. 21 i 22 Pt oraz art. 34 ust. 1 i 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i 2 i art. 44 Pt nie jest zatem nieuprawniony.

Zastosowane wobec powódki rozwiązania znajdują też uzasadnienie w realizacji wskazanych w decyzji celów polityki telekomunikacyjnej. Istnienie obiektywnego uzasadnienia sprawia, że nawet jeżeli decyzja stawia powoda w sytuacji mniej korzystnej aniżeli ta, w której znajdowali się inni przedsiębiorcy w przeszłości nie ma miejsca dyskryminacja. Organ regulacyjny ma prawo, a nawet obowiązek dostosowywania swojej polityki do zmieniających się realiów gospodarczych i standardów wytyczonych działaniami organów unijnych. Powódka nie może w związku z tym skutecznie wywodzić skutków prawnych z bezpodstawnego przekonania, iż polityka regulacyjna Prezesa UKE nie ulegnie zmianie.

Powód zaskarżył w całości powyższy wyrok Sądu Apelacyjnego w (...) skargą kasacyjną, którą oparł na podstawach: I. naruszenia prawa materialnego (art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c.), a mianowicie: 1) art. 24 pkt 2) lit. a) Prawa telekomunikacyjnego w zw. z art. 21 i art. 34 ust. 1 i 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i 2 i art. 44 Pt poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w następstwie uprzedniego dokonania błędnej wykładni art. 24 pkt 2 lit. a) Pt i w efekcie: a) błędne przyjęcie, że ustalenie w treści decyzji przez Prezesa UKE istnienia problemów rynkowych, o których mowa w art. 24 pkt 2 lit. a) Pt ma charakter działania *ex ante*, a w konsekwencji, iż Prezes UKE, dokonując regulacji rynku telekomunikacyjnego, mógł oprzeć się na czysto hipotetycznych, nieistniejących i nieudowodnionych problemach rynkowych; b) błędne przyjęcie, iż wydając decyzję Prezes UKE prawidłowo ustalił i uzasadnił istnienie problemów rynkowych, w szczególności problemu w postaci możliwości nieuzasadnionego i antykonkurencyjnego zawyżania przez powoda stawek za zakańczanie połączeń głosowych i nałożył na powoda obowiązki regulacyjne w odniesieniu do tak ustalonych problemów, a w konsekwencji błędne przyjęcie przez Sąd Apelacyjny, że nałożenie na powoda obowiązków regulacyjnych nastąpiło z zachowaniem adekwatności i proporcjonalności tych obowiązków do problemów rynkowych, a w konsekwencji oddalenie apelacji w wyniku błędnego przyjęcia, iż Decyzja nie naruszała ww. przepisów, podczas gdy wydana została z ich naruszeniem; 2) naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 2 lit. c) Pt w zw. z art. 479⁶⁴ § 1 i 2 oraz w zw. z art. 385 oraz art. 386 § 1 k.p.c. poprzez uznanie, iż zaskarżona decyzja Prezesa UKE nie została wydana z naruszeniem art. 189 ust. 2 pkt 2 lit. c) Pt, podczas gdy dyskryminuje ona powoda w stosunku do innych podmiotów działających na rynku telekomunikacyjnym, a w konsekwencji oddalenie apelacji pomimo istnienia podstaw do jej uwzględnienia; II. naruszenia przepisów postępowania, które miało istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.), a mianowicie art. 385 oraz art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 479⁶⁴ § 1 i § 2 k.p.c. w zw. z art. 206 ust. 1 Pt w związku z art. 107 § 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, ze zm., zwana dalej: „kpa”) poprzez oddalenie apelacji na skutek błędnego przyjęcia, że dokonanie przez Prezesa UKE kalkulacji wysokości stawki MTR w oparciu o model kosztowy,

którego opracowanie nastąpiło w sposób całkowicie dowolny, w oparciu o dane przyjęte dowolnie od różnych podmiotów, w sposób niemożliwy do zweryfikowania przez stronę na skutek nieujawnienia stronie w uzasadnieniu decyzji istotnych danych stanowiących podstawę dokonanej przez Prezesa UKE kalkulacji wysokości stawki MTR spełniało wymogi dotyczące formy decyzji administracyjnej oraz jej uzasadnienia, a przez to umożliwiało Sądowi dokonanie kontroli zaskarżonej decyzji, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik sprawy.

Wniósł o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania (art. 398⁴ § 2 k.p.c.) na rozprawie, albowiem w sprawie występuje istotne zagadnienie prawne, a mianowicie, czy ustalenie przez Prezesa UKE istnienia problemów rynkowych, o których mowa w art. 24 pkt 2 lit. a) Pw i nałożenie obowiązków regulacyjnych ma charakter działania *ex ante*, w tym sensie, iż dokonując regulacji rynku telekomunikacyjnego zgodnie z tym przepisem Prezes UKE może opierać się na czysto hipotetycznych, nieistniejących i nieudowodnionych problemach rynkowych.

Wskazując na powyższe wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

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

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

Konsekwencją powyższego toku myślenia jest przyjęcie założenia, że Prezes UKE może na podstawie art. 24 pkt 2 lit. a) Prawa telekomunikacyjnego dokonywać regulacji i nakładać na przedsiębiorców telekomunikacyjnych obowiązki regulacyjne wówczas, gdy zidentyfikuje potencjalny problem rynkowy, który może

wystąpić w działaniu danego podmiotu. W związku z tym nie jest konieczne wykazywanie, że dany problem jest rzeczywisty i występującym w działaniu bądź to podmiotu, którego regulacja ma dotyczyć, bądź innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, prowadzącego zbliżoną w swym charakterze działalność.

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

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

występowało w praktyce funkcjonowania innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

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

Pozwany Prezes UKE w odpowiedzi na skargę kasacyjną wniósł o odmowę przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania ewentualnie o jej oddalenie i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powoda nie została przyjęta do rozpoznania, ponieważ w ocenie Sądu Najwyższego nie zachodziła publicznoprawna potrzeba rozstrzygnięcia wskazanego w niej zagadnienia prawnego. Po pierwsze, Sąd Najwyższy przyjmuje, że jak na razie rynek zakańczania połączeń, jako rynek ograniczony do sieci konkretnego przedsiębiorcy, który jako jedyny ma możliwość wy świadczenia usługi zakończenia połączenia, charakteryzuje się takimi cechami, że interwencja Prezesa UKE na tym rynku ma charakter regulacji *ex ante* podyktowanej – jak trafnie przyjęto w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku – potrzebą zapobieżenia zagrożeniom płynącym z posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej, która prowadzić może do nadużyć w jego kontaktach z kontrahentami z uwagi na wspomnianą wcześniej specyfikę rynku zakańczania połączeń. Nie można wykluczyć, że w najbliższej przyszłości rynek zakańczania połączeń, z uwagi na wielorakie możliwości wykonania połączenia między dwoma użytkownikami zmieni swoją specyfikę, co przełoży się na zmianę stanowiska w kwestii potrzeby regulacji tego rynku (por. wyrok Sądu Najwyższego z 13 stycznia 2016 r., III SK 8/15, LEX nr 1997965). Po drugie, w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 15 września 2016 r. w sprawie C-28/15 *Koninklijke KPN NV i in. v. Autoriteit Consument en Markt (ACM)*, przy dokonywaniu sądowej kontroli decyzji krajowego organu regulacyjnego sąd nie może wymagać od tego organu, aby wykazał, że nałożony

obowiązek faktycznie realizuje cele określone w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. U. UE. L 2002 Nr 108, str. 33, dalej jako dyrektywa ramowa). Zdaniem Sądu Najwyższego oznacza to, że niedopuszczalne jest uchylene lub zmiana decyzji Prezesa UKE wyłącznie na tej podstawie, że jej uzasadnienie nie zostało uznane za przekonujące dla Sądu orzekającego w sprawie z odwołania (co do pewnego stopnia odpowiada poglądom wyrażonym w wyroku Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 2015 r., III SK 7/14, LEX nr 1713027 w przedmiocie zasad zmiany decyzji regulatora). Oznacza to, że w sprawach z odwołania od decyzji regulatora to na przedsiębiorcy spoczywa ciężar dowodu, że nałożone na niego obowiązki nie mają oparcia w podstawach prawnych Prawa telekomunikacyjnego, bądź faktycznie nie służą realizacji celów regulatora i nie są proporcjonalne do ich osiągnięcia (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2016 r., III SK 12/16).

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

as