

Sygn. akt VII AGa 797/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 października 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: SSA Ewa Stefańska

Sędziowie: SA Jolanta de Heij-Kaplińska

SA Marek Kolasiński (spr.)

Protokolant: Marta Kłoskowska

po rozpoznaniu w dniu 2 października 2018 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanego (...) S.A. w W.

o ustalenie warunków współpracy

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 15 marca 2012 r., sygn. akt XVII AmT 230/09

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- 1. uchyla decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 6 maja 2009 r. nr (...) (...);*
- 2. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) sp. z o.o. w W. 2.277 zł (dwa tysiące dwieście siedemdziesiąt siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;*

II. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) sp. z o.o. w W. 3.440 zł (trzy tysiące czterysta czterdzieści złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego i kasacyjnego

Sygn. akt VII AGa 797/18

UZASADNIENIE

Decyzją z 6 maja 2009 r., nr (...), wydaną na podstawie art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm., dalej jako Prawo telekomunikacyjne lub PT), w wyniku rozpatrzenia wniosku (...) S.A. z siedzibą w W. (obecnie (...) S.A. z siedzibą w W., dalej jako zainteresowany) z 12 marca 2008 r., Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE) ustalił warunki współpracy oraz zasady dokonywania rozliczeń za usługi dostępu (...) S.A. (powód) do usług sieci inteligentnej realizowanych przez zainteresowanego w zakresie numeracji (...), (...) i (...) (numery nie geograficzne). Decyzja regulowała wzajemne zobowiązania stron, określała techniczne warunki jej wykonywania, warunki postępowania reklamacyjnego oraz

zasady rozliczeń za wzajemnie świadczone usługi. Prezes UKE ustalił także wysokość opłaty, jaką zainteresowany powinien wnieść na rzecz powoda za minutę połączenia przychodzącego z sieci powoda do sieci zainteresowanego na numery usługi (...) w sieci zainteresowanego, określając jej wysokość w sposób symetryczny do stawki (...), jaką powód zobowiązany jest każdorazowo stosować w rozliczeniach za zakańczanie połączeń we własnej sieci. Opłaty na rzecz powoda za minutę połączenia przychodzącego z sieci powoda do sieci zainteresowanego na numery (...) i (...) zostały przez Prezesa UKE ustalone na poziomie 50% stawki (...). W decyzji uregulowano także klauzule przeciwdziałające ryzyku przekierowywania połączeń do numerów 080x poza sieć operatora, w której przydzielono dany numer, oraz udostępnianiu przez usługodawcę treści i serwisów, które naruszają przepisy prawa lub ustalone normy społeczne i obyczajowe.

W uzasadnieniu decyzji, Prezes UKE wyjaśnił, że przy rozpatrywaniu sporu pomiędzy operatorami uwzględnił przede wszystkim obowiązek z art. 79 ust. 1 PT, ciążyący na powodzie oraz główną kwestię sporną, jaką stanowiły rozliczenia za rozpoczynanie połączenia z sieci ruchomej powoda. Prezes UKE podkreślił, że stawka za zakańczanie połączeń w sieci powoda została ustalona decyzją z 26 kwietnia 2007 r. (nr(...)) (decyzja (...) 2007), a biorąc pod uwagę fakt, że przy rozpoczynaniu połączeń zaangażowane są te same zasoby sieciowe, co w przypadku ich zakańczania, Prezes UKE ustalił wysokość stawki za rozpoczynanie połączenia w sieci powoda, kierowanego do sieci zainteresowanego na takim samym poziomie jak za zakańczanie połączenia w sieci powoda.

Prezes UKE podkreślił również, że posiadał kompetencje do rozstrzygnięcia sporu toczącego się pomiędzy operatorami w niniejszej sprawie, gdyż z art 4 ust. 1 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.Ur.z.UE. L Nr 108, s. 7, dalej jako dyrektywa o dostępie) wynika, iż obowiązek negocjowania wzajemnych połączeń ciąży na wszystkich operatorach sieci publicznych, zaś w Prawie telekomunikacyjnym odpowiednikiem wzajemnego połączenia jest pojęcie połączenia sieci. Zwrot „dostęp do usług dostarczanych przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego”, zawarty w definicji wzajemnych połączeń, obejmuje swym zakresem przedmiot decyzji Prezesa UKE w niniejszej sprawie, tj. dostęp do usług informacyjnych. Uprawnienie Prezesa UKE do wydania przedmiotowej decyzji, a zatem do uregulowania połączenia sieci w przypadku fiaska negocjacji, toczących się pomiędzy operatorami telekomunikacyjnymi, wynika bezpośrednio z przepisów wdrażających art. 5 ust. 1 dyrektywy o dostępie. Prezes UKE za nieprawidłową uznał argumentację powoda, podnoszoną w trakcie postępowania konsultacyjnego, a dotyczącą wadliwości oparcia decyzji wydanej na podstawie art. 28 ust. 1 pkt 2 PT bezpośrednio na obowiązku ciążyącym na powodzie, na podstawie art. 79 ust. 1 PT, gdyż, co wyraźnie zostało podkreślone w uzasadnieniu decyzji, Prezes UKE przy rozstrzygnięciu sprawy jest zobowiązany do uwzględnienia wszystkich ciążyących na stronach obowiązków.

Odwołanie od powyższej decyzji Prezesa UKE wniósł powód, zaskarżając ją w całości. W odpowiedzi na odwołanie, Prezes UKE wniósł o jego oddalenie i zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego. Zainteresowany wniósł o oddalenie odwołania w całości zaznaczając, że z art. 79 PT oraz z art. 28 ust. 1 dyrektywy 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca r. w sprawie usługi powszechnej i praw użytkowników odnoszących się do sieci i usługi łączności elektronicznej (Dz.U.UE. L Nr 108, s. 51, dalej jako dyrektywa o usłudze powszechnej) wynika bezwzględny obowiązek zapewnienia użytkownikom końcowym swoich sieci oraz użytkownikom końcowym z innych państw członkowskich możliwości realizowania połączeń na numery niegeograficzne na terytorium RP. Zwolnienie z powyższego obowiązku możliwe jest jedynie w sytuacji niemożności jego realizacji z przyczyn natury technicznej lub ekonomicznej. Skoro zatem powód nie zgłaszał wystąpienia ww. przeszkód w realizacji obowiązku zapewnienia dostępu do numerów niegeograficznych oznacza to, iż odwołanie powoda zmierza jedynie do odłożenia realizacji tego obowiązku w czasie.

Wyrokiem z 15 marca 2012 r., XVII AmT 230/09 Sąd Okręgowy w Warszawie-Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie powoda.

Sąd Okręgowy ustalił, że 28 czerwca 2007 r. powód zwrócił się do zainteresowanego z wnioskiem o rozpoczęcia negocjacji w sprawie współpracy międzyoperatorskiej oraz zasad rozliczania w zakresie świadczenia usług dostępu dla abonentów powoda na numery sieci inteligentnej zainteresowanego. W dniu 6 lipca 2007 r. zainteresowany przesłał powodowi projekt umowy określający warunki współpracy w powyższym zakresie. Wobec braku porozumienia,

zainteresowany wystąpił 12 marca 2008 r. do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie określenia warunków współpracy oraz zasad rozliczeń w zakresie świadczonej usługi dostępu do sieci ruchomej powoda na numery sieci inteligentnej zainteresowanego. W piśmie z 10 kwietnia 2008 r. powód przedstawił swoje stanowisko w sprawie, w którym zawarł propozycję wysokości stawek, które miałyby być płacone przez zainteresowanego na rzecz powoda za minutę połączenia na numerację (...) oraz (...) i (...). Wyraził także pogląd, że zainteresowany powinien zostać zobowiązany do nieaktywowania na numeracji 080x usług służących przekierowywaniu połączeń do sieci innych operatorów telekomunikacyjnych oraz powinien zostać obciążony odpowiedzialnością za zapewnienie zgodności usług świadczonych na numeracji 080x z zawieraną umową oraz przepisami prawa. W dniach od 24 listopada 2008 r. do 24 grudnia 2008 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne, w ramach którego pismami z 23 grudnia 2008 r. zarówno powód, jak i zainteresowany przedstawili swoje stanowiska w sprawie.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny, Sąd Okręgowy stwierdził, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której numery niegeograficzne w sieci zainteresowanego nie są obsługiwane z sieci powoda, gdyż przedsiębiorcy nie mogli dojść do porozumienia w kwestii ukształtowania wzajemnych rozliczeń za realizację połączeń na ww. numery. Jako, iż numery sieci inteligentnej w sieci zainteresowanego są numerami niegeograficznymi, na powodzie ciąży obowiązek zapewnienia swoim abonentom możliwości realizacji połączeń na te numery, wynikający z art. 79 ust. 1 PT. Sąd Okręgowy zaznaczył, że mimo iż z obowiązkiem art. 79 ust. 1 PT, który implementuje art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej, nie jest bezpośrednio skorelowane uprawnienie Prezesa UKE do egzekwowania tego obowiązku, to jednak przyjąć należy, że korelatem obowiązku nałożonego na operatorów sieci publicznej jest uprawnienie organu regulacyjnego do podjęcia działań zmierzających do zapewnienia użytkownikom końcowym możliwości dostępu do usług świadczonych na numery niegeograficzne. Takim środkiem jest niewątpliwie, w ocenie Sądu Okręgowego, wydanie przez organ regulacyjny decyzji określającej warunki dostępu do numerów niegeograficznych, a zastępującej umowę między stronami, które nie doszły w toku negocjacji do porozumienia w tym zakresie.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, iż zasadą jest nakładanie przez krajowe organy regulacyjne obowiązków regulacyjnych na przedsiębiorców posiadających znaczącą pozycję rynkową, jednakże pewne obowiązki regulacyjne nakładane są na wszystkie przedsiębiorstwa, niezależnie od zajmowanej przez nie pozycji rynkowej. Do obowiązków tych należy, zdaniem SOKiK, bez wątpienia obowiązek z art. 79 ust. 1 PT, wdrażający art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej. By zapewnić wykonalność powyższego obowiązku należy w drodze wykładni celowościowej stosować na zasadzie analogii przepisy dotyczące tzw. arbitrażu Prezesa UKE, prowadzonego na podstawie przepisów wdrażających art. 5 dyrektywy o dostępie. Przepis ten upoważnia państwa członkowskie do przyznania krajowym organom regulacyjnym kompetencji w zakresie nakładania obowiązków na przedsiębiorstwa, kontrolujące dostęp do użytkowników końcowych. Do polskiego porządku prawnego został on implementowany przez art. 28 PT, który przyznaje Prezesowi UKE prawo do wydawania decyzji w przedmiocie dostępu telekomunikacyjnego.

Sąd Okręgowy, ustosunkowując się do zarzutów dotyczących zasad rozliczeń między stronami, stwierdził, że odwołanie się w tym zakresie do stawek (...) było celowe i uzasadnione. Sąd podkreślił, że taki model rozliczeń został zaproponowany przez samego powoda w toku prowadzonych z zainteresowanym negocjacji, zatem stawka symetryczna do stawki (...) musiała zapewniać powodowi ekonomiczną zasadność realizacji połączeń na numerację 080x. Prowadzi to więc do logicznej i uzasadnionej konstatacji, że stawka symetryczna do stawki (...) jest stawką, która z ekonomicznego punktu widzenia jest adekwatna do kosztów ponoszonych przy świadczeniu usługi rozpoczęcia połączeń w sieci powoda.

Za nieuzasadniony uznał także Sąd pierwszej instancji zarzut nieprzeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, gdyż w ocenie Sądu stawka opłaty określonej w umowie będącej przedmiotem badania w niniejszej sprawie nie może wpływać na stosunki handlowe pomiędzy państwami członkowskimi, co jest przesłanką konieczną do przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego. Zdaniem SOKiK, brak było więc podstaw do przeprowadzenia ww. postępowania. Sąd I instancji wskazał, że powód w żaden sposób nie udowodnił, że nieprzeprowadzenie postępowania

konsolidacyjnego miało jakikolwiek wpływ na rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie, mimo iż ciężar udowodnienia tej okoliczności spoczywał na nim, jako na podmiocie wywodzącym z tej okoliczności skutki prawne.

Powyższy wyrok został zaskarżony w całości przez powódkę, która wniosła o zmianę orzeczenia przez uchylenie decyzji Prezesa UKE z dnia 7 maja 2009 r., Nr (...) w całości; względnie – zgodnie z alternatywnym żądaniem odwołania – zmianę powyższej decyzji w części, tj. w zakresie pkt I art. 6 ust. 1 i 2, zgodnie z treścią odwołania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Zaskarżonemu wyrokowi powódka zarzuciła naruszenie:

I. art. 27 ust. 2 w zw. z art. 28 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz.1800, z późn. zm.; dalej: „upt”) oraz art. 4. ust. 1 oraz art. 5-8 dyrektywy 2002/19AA/E z dnia 24 kwietnia 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz połączeń międzysieciowych (OJ L 108) (dalej: „dyrektywa o dostępie”) w zw. z art. 28 dyrektywy 002/22/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dalej: „dyrektywa o usłudze powszechnej”), przez utrzymanie w mocy decyzji w sprawie, w której brak podstawy prawnej do wydania przez Prezesa UKE decyzji administracyjnej, w tym domniemanie kompetencji do wydania decyzji administracyjnej z przepisów powyższych dyrektyw;

II. art. 79 ust.1 upt przez niezasadne uznanie, że przepis ten stanowi podstawę istnienia obowiązku operatora publicznej sieci telefonicznej do zawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym z innym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym;

III. art. 18 upt w zw. z art. 15 upt, a także art. 7 ust. 2-4 dyrektywy 2002/21/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dalej „dyrektywa ramowa”) w zw. z art. 6 k.c., przez utrzymanie w mocy decyzji, nakładającej na (...) S.A. obowiązek zapewnienia innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) S.A., bez uprzedniego przeprowadzenia analizy rynku właściwego oraz bez przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, a także bezpodstawne uznanie, że to na adresacie decyzji administracyjnej spoczywa ciężar udowodnienia konieczności poddania jej postępowaniu konsolidacyjnemu;

IV. art. 31 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b i c upt; art. 28 ust.1 pkt 2 i 4 oraz art. 79 ust.1 upt; art. 28 ust.1 ust. 2 pkt. 2-4 oraz pkt 5 lit. b i c; art. 27 ust. 3 i art. 28 ust. 2 pkt 4 upt w zw. z art. 227 i 233 § 1 k.p.c., w zw. z art. 6 k.c. przez:

a) akceptację ustalenia w decyzji stawki należnej (...) S.A. od (...) S.A. bez uwzględnienia aspektów ekonomicznych, w tym narzucenie (...) S.A. stawki równej stawce za zakończenie połączenia w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) S.A. (będącej stawką regulowaną) dla numeracji z zakresu (...) oraz stawki równej połowie stawki za zakończenie połączenia w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) S.A. dla numeracji z zakresu (...) i (...), jako stawki właściwej za rozpoczynanie połączenia w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) S.A., pomimo braku po stronie (...) S.A. obowiązków regulacyjnych związanych z usługą rozpoczynania połączeń w tej sieci,

b) akceptację zasad rozliczeń ustalonych przez Prezesa UKE w sposób prowadzący do naruszenia zasad konkurencji i dyskryminujący (...) S.A.,

c) akceptację rozwiązania polegającego na stałym, „automatycznym” podążaniu stawki należnej (...) S.A. z tytułu wykonywania usług objętych decyzją - za stawką (...) S.A. (stawką należną za inną usługę niż objęta decyzją), bez względu na zmiany tej stawki;

d) uznanie, że Prezes UKE jest uprawniony do wydania decyzji administracyjnej (rozstrzygnięcia, w tym w zakresie stawek rozliczeniowych) opartej na twierdzeniach, które nie znajdują potwierdzenia w materiale dowodowym, tj. przez uznanie, że brak odpowiednich dowodów, analiz ekonomicznych i wycień nie stanowi wady decyzji administracyjnej,

V. art. 28 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 upr, przez utrzymanie w mocy decyzji ustalającej kluczowe warunki współpracy (stawki rozliczeniowe) w oparciu o decyzję Prezesa UKE z dnia 30 września 2008 r. nr (...)–6/08(11), która jako decyzja wadliwa nie mogła stanowić źródła dla kluczowego kryterium wydania i treści decyzji w zakresie objętym odwołaniem, tj. ustalenia wysokości stawki rozliczeniowej przyjętej w decyzji.

VI. art. 227 i art. 233 § 1 k.p.c. przez:

a) dokonanie błędnej oceny umów zawartych pomiędzy (...) S.A. oraz innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, wskazanymi w odwołaniu i uzasadnieniu skarżonego wyroku przywołanych na okoliczność ekonomicznie wykonalnego (w rozumieniu art. 79 ust. 1 upr), sposobu ukształtowania rozliczeń w zakresie usług dostępu telekomunikacyjnego objętych decyzją,

b) zaniechanie dokonania ustaleń stanu faktycznego w zakresie niedopuszczalności wydania przez Prezesa UKE decyzji w sytuacji, gdy (...) S.A. nie został wyznaczony jako podmiot posiadający znaczącą pozycję na rynku obejmującym usługi dostępu telekomunikacyjnego, których dotyczy decyzja, tj. w szczególności przez pominięcie wskazanych w odwołaniu i dalszych pismach procesowych dowodów na okoliczność odmiennego podejścia Prezesa UKE do powyższej kwestii w odrębnych sprawach administracyjnych oraz dokumentów Komisji Europejskiej i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazujących na dopuszczalność ingerencji regulatora krajowego w porozumienia przedsiębiorców telekomunikacyjnych tylko, gdy zostały na tych przedsiębiorców nałożone w powyższym zakresie obowiązki regulacyjne, skutkujące brakiem właściwego wyjaśnienia podstawy faktycznej i prawnej rozstrzygnięcia w rozumieniu art. 328 § 2 k.p.c.

Wyrokiem z 25 stycznia 2013 r., VI ACa 937/12 Sąd Apelacyjny w Warszawie oddalił apelację powoda i zasądził od niego na rzecz Prezesa UKE i zainteresowanego zwrot kosztów zastępstwa procesowego za drugą instancję.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy zasadnicze znaczenia ma odpowiedź na pytanie, czy Prezes UKE był uprawniony do wydania zaskarżonej decyzji mimo, iż z przepisów Prawa telekomunikacyjnego nie wynika wyraźnie, by posiadał kompetencję w tym zakresie.

Sąd drugiej instancji zaznaczył, że zaskarżoną decyzją uregulowany został stosunek prawny, będący elementem umowy o połączenie sieci powoda i zainteresowanego w zakresie numeracji (...), (...) i (...), natomiast w myśl definicji zawartych w Prawie telekomunikacyjnym i dyrektywie o dostępie powód jest podmiotem, na którym ciąży obowiązek negocjacji umowy o dostępie w zakresie połączenia sieci. W ocenie Sądu Apelacyjnego sam fakt istnienia ustawowego obowiązku negocjacji świadczy o uprawnieniu Prezesa UKE do wydania decyzji administracyjnej, regulującej stosunki między stronami w tym zakresie, w przypadku niepodjęcia przez nie negocjacji lub zakończenia ich niepowodzeniem. Powyższe uprawnienie jest niezależne od zajmowanej przez operatora pozycji na rynku i nałożonych na niego obowiązków regulacyjnych.

Sąd drugiej instancji podzielił także przyjętą przez Sąd Okręgowy wykładnię przepisów Prawa telekomunikacyjnego, zgodnie z którą określone obowiązki regulacyjne mogą być nakładane na operatorów niezależnie od zajmowanej przez nich pozycji na rynku telekomunikacyjnym. W ocenie Sądu Apelacyjnego analiza art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej, rozpatrywanego łącznie z art. 4 ust. 1 i art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie, prowadzi do konkluzji, że w okolicznościach takich jak w przedmiotowej sprawie krajowe organy regulacyjne są uprawnione do nakładania na operatora określonych obowiązków, niezależnie od zajmowanej przez niego pozycji na rynku. Przepis art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej został implementowany w treści art. 79 PT, który to artykuł stanowi jedną z podstaw prawnych zaskarżonej decyzji.

Sąd Apelacyjny za bezzasadne uznał zarzuty związane z nieprzeprowadzeniem postępowania konsolidacyjnego, gdyż w jego ocenie w przedmiotowej sprawie brak było podstaw do jego przeprowadzenia. Wskazał on, że przesłanką warunkującą przeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego jest wykazanie, iż dane rozstrzygnięcie może, chociażby w sposób potencjalny, wpływać na stosunki handlowe między państwami członkowskimi. W związku

z tym, iż w niniejszej sprawie nie było podstaw do przyjęcia, iż zaskarżona decyzja może w sposób choćby potencjalny wpływać na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, Sąd drugiej instancji nie znalazł podstaw do uwzględnienia powyższego zarzutu.

Odnosząc się zaś do zarzutów powiązania zasad rozliczeń pomiędzy powodem i zainteresowanym ze stawką (...) obowiązującą powoda, Sąd drugiej instancji za uzasadnione uznał ustalenie wysokości tej stawki w sposób tożsamy ze stawką za zakańczanie połączeń. Zasadność ta wynika z wykorzystania tych samych zasobów sieciowych, które generują takie same koszty. SOKiK wskazał, że wybór powyższego modelu rozliczeń został przez Prezesa UKE szczegółowo umotywowany w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji, a także, iż został zaproponowany on w toku negocjacji przez samego powoda i jest przez niego stosowany przy rozliczeniach z innymi operatorami.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości. Zaskarżonemu wyrokowi powód zarzucił naruszenie prawa materialnego, tj.: 1) art. 79 ust. 1 PT poprzez niezasadne uznanie, że przepis ten stanowi podstawę istnienia bezwzględnego obowiązku operatora publicznej sieci telefonicznej do zawarcia umowy o dostępie)telekomunikacyjnym (w tym w zakresie połączenia sieci) z innym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym; 2) art. 27 ust. 2 i art. 28 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 79 ust. 1 oraz w zw. z art. 21, art. 22 i art. 24 PT - przez niezasadne uznanie, że w oparciu o te przepisy przysługuje krajowemu organowi regulacyjnemu, tj. Prezesowi UKE, uprawnienie (kompetencja) do wydania decyzji zastępującej umowę o dostępie telekomunikacyjnym (w tym w zakresie połączenia sieci) wobec podmiotu, na który nie zostały nałożone - zgodnie z wymogami przewidzianymi w art. 21, art. 22 i art. 24 PT - obowiązki regulacyjne w zakresie świadczenia usługi rozpoczynania połączeń telekomunikacyjnych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (w tym w szczególności związane z zapewnieniem dostępu telekomunikacyjnego na potrzeby świadczenia tej usługi), z uwagi na nieprzeprowadzenie analizy rynku świadczenia tej usługi, niewyznaczenie danego podmiotu jako zajmującego znaczącą pozycję na owym rynku oraz nienałożenie na ów podmiot obowiązków regulacyjnych dotyczących: a) zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego (w tym w zakresie połączenia sieci) celem świadczenia usługi rozpoczęcia połączenia dla potrzeb realizacji połączeń do numerów niegeograficznych, ani też b) obowiązków regulacyjnych związanych z wyznaczeniem sposobu ustalania stawki rozliczeniowej (wynagrodzenia) za świadczenie tego rodzaju usługi; 3) art. 7, art. 20 i art. 22 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w zw. z art. 3531 k.c. przez ustalenie przez organ administracji publicznej - bez oparcia w przepisach prawa - ceny (stawki rozliczeniowej), jaką powód może pobierać w ramach relacji (umowy) cywilnoprawnej od kontrahenta z tytułu wykonywania usługi rozpoczynania połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powoda w celu zapewnienia dostępu do usług sieci inteligentnych w sieci telekomunikacyjnej zainteresowanego; 4) art. 20 i art. 22 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 31 ust. 2 pkt 3 lit. a w zw. z art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b i c PT oraz art. 40 PT, art. 28 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 79 ust. 1 PT, art. 28 ust. 1, ust. 2 pkt 2-4 oraz pkt 5 lit. b i c PT przez: a) narzucenie powodowi konieczności stosowania w przypadku usługi rozpoczynania połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej stawki równej stawce za realizację odmiennej usługi (tj. usługi zakończenia połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powoda), będącej stawką regulowaną, pomimo braku po stronie powoda obowiązków regulacyjnych związanych z usługą rozpoczynania połączeń w tej sieci, a także pomimo braku obowiązku ustalania wynagrodzenia za świadczenie usługi rozpoczynania połączeń w oparciu o ponoszone koszty; b) bezpodstawne utożsamienie kosztów przypisanych usłudze zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powoda z kosztami właściwymi dla usługi rozpoczynania połączeń w tej sieci celem realizacji połączeń do numerów niegeograficznych - przy braku po stronie powoda obowiązków regulacyjnych w zakresie tej ostatniej usługi; c) akceptację rozwiązania polegającego na stałym, „automatycznym” podążaniu stawki należnej powodowi z tytułu wykonywania usług objętych skarżoną decyzją - za stawką za zakańczanie połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powoda, bez względu na zmiany tej stawki, jak również bez istnienia prawnych podstaw dla wprowadzenia tego rodzaju mechanizmu; d) niezapewnienie w przypadku połączeń realizowanych przez powoda na podstawie skarżonej decyzji warunków ekonomicznej wykonalności, pozwalającej powodowi na odzyskanie kosztów świadczenia tej usługi oraz godziwej marży, uzasadnionej w warunkach komercyjnej współpracy stron; 5) art. 18 PT w zw. z art. 15 PT, a także w zw. z art. 7 ust. 3 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) oraz art. 8 ust. 4 dyrektywy o dostępie, przez nieuzasadnione uznanie, że możliwość wystąpienia

potencjalnego wpływu zaskarżonej decyzji na rozliczenia pomiędzy Państwami Członkowskimi Unii Europejskiej wymaga wykazania przez operatora, w wyniku czego do wydania skarżonej decyzji doszło bez przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, którego to braku nie daje się usunąć w toku postępowania sądowego, a co uzasadnia uchylenie zaskarżonej decyzji.

Powód wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w całości i przekazanie mu sprawy do ponownego rozpoznania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w całości i rozstrzygnięcie co do istoty sprawy przez zmianę w całości wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 15 marca 2012 r., sygn. akt: XVII AmT 230/09, polegającą na orzeczeniu uchylenia zaskarżonej decyzji Prezesa UKE z 6 maja 2009 r., nr: (...) (...), a także o zasądzenie na rzecz powoda kosztów postępowania wywołanego wniesieniem skargi kasacyjnej zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Ponadto powód wniósł o skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako TSUE) pytania prejudycjalnego o treści: „1) czy przepisy art. 8 ust. 3 tiret drugie w zw. z art. 4 ust. 1, art. 5 ust. 1 zd. pierwsze, art. 8 ust. 1 i 2, art. 12 ust. 1 lit. g i lit. i oraz art. 13 ust. 1 dyrektywy o dostępie, jak również w zw. z art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej pozwalają na: a) wydawanie przez krajowy organ regulacyjny decyzji rozstrzygającej spory bilateralne, związane ze świadczeniem usługi dostępu do numerów niegeograficznych (co w praktyce oznaczałoby świadczenie przez operatora zapewniającego dostęp do użytkowników końcowych usługi rozpoczynania połączeń), bez potrzeby uprzedniego nałożenia na tego operatora obowiązków regulacyjnych co do zapewnienia dostępu w zakresie połączenia sieci celem świadczenia usług rozpoczynania połączeń, stanowiących podstawę realizacji połączeń do numerów niegeograficznych w sieci wnioskodawcy (tj. obowiązku przewidzianego w art. 12 dyrektywy o dostępie) oraz co do sposobu ustalania stawki, jaka mogłaby być pobierana za takie połączenia (tj. obowiązku przewidzianego w art. 13 dyrektywy o dostępie), czy też: b) wydawanie przez krajowy organ regulacyjny decyzji rozstrzygającej spory bilateralne, związane ze świadczeniem usługi dostępu do numerów niegeograficznych (co w praktyce oznaczałoby świadczenie przez operatora zapewniającego dostęp do użytkowników końcowych usługi rozpoczynania połączeń), dopiero po nałożeniu na tego operatora obowiązków regulacyjnych co do zapewnienia dostępu w zakresie połączenia sieci celem świadczenia usług rozpoczynania połączeń, stanowiących podstawę realizacji połączeń do numerów niegeograficznych w sieci wnioskodawcy (tj. obowiązku przewidzianego w art. 12 dyrektywy o dostępie) oraz co do sposobu ustalania stawki, jaka mogłaby być pobierana za takie połączenia (tj. obowiązku przewidzianego w art. 13 dyrektywy o dostępie), w sytuacji, gdy jedyny obowiązek, jaki można wprost przypisać przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu na podstawie powołanych na wstępie przepisów pochodnego prawa wspólnotowego to obowiązek wynikający z art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej (transponowany do prawa krajowego jako art. 79 ust. 1 PT) - a więc obowiązek niezwiązany ze współpracą międzyoperatorską, a dotyczący użytkowników końcowych (czyli usług realizowanych w ramach rynku usług detalicznych), a wobec braku implementacji do prawa krajowego przepisu art. 8 ust. 3 tiret drugie dyrektywy o dostępie?; 2) czy dopuszczalne jest rozstrzygnięcie sporu międzyoperatorskiego przez krajowy organ regulacyjny (Prezesa UKE) w oparciu o art. 26a i art. 27 ust. 2 PT, które zdaniem powoda stanowią wyraz nieprawidłowej transpozycji do prawa krajowego art. 4 ust. 1 oraz art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy o dostępie przypisując krajowemu organowi regulacyjnemu nadmierne kompetencje w zakresie rozstrzyga sporów operatorskich w stosunku do przewidzianych we wskazanych przepisach pochodnego prawa wspólnotowego, w tym w szczególności w art. 8 ust. 3 tiret 2 dyrektywy o dostępie, który zdaniem powoda powinien być interpretowany w sposób wskazany w pkt 1 lit. b powyżej?”.

Sąd Najwyższy postanowieniem z 15 maja 2014 r., Ml SK 28/13 wystąpił do TSUE z następującym (pytaniem prawnym:) „1) Czy art. 28 dyrektywy 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej) (Dz.Urz.UE z 2002 r., L 108/51), w brzmieniu pierwotnym, należy interpretować w ten sposób, że dostęp do numerów niegeograficznych należy zapewnić nie tylko użytkownikom końcowym z innych Państw Członkowskich, ale także użytkownikom końcowym z Państwa Członkowskiego danego operatora publicznej sieci łączności z tym skutkiem, że ocena realizacji tego obowiązku przez krajowy organ regulacyjny podlegałaby wymogom wynikającym z zasady efektywności prawa unijnego oraz zasady prounijnej wykładni prawa krajowego?; 2) W przypadku pozytywnej odpowiedzi na pytanie nr 1, czy art 28 dyrektywy 2002/22 w związku z art. 16 Karty Praw Podstawowych należy interpretować w ten sposób, że do realizacji obowiązku, o którym mowa w pierwszym z tych

przepisów, może zostać wykorzystany tryb postępowania przewidziany dla krajowych organów regulacyjnych w art. 5 ust. 1 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 z 2002 r., L 108/7)?; 3) Czy art. 8 ust. 3 dyrektywy 2002/19 w związku z art. 28 dyrektywy 2002/22 i art. 16 Karty Praw Podstawowych, bądź art. 8 ust. 3 dyrektywy 2002/19 w związku z art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19 i art. 16 Karty Praw Podstawowych należy interpretować w ten sposób, że w celu zapewnienia użytkownikom końcowym krajowego operatora publicznej sieci łączności dostępu do usług wykorzystujących numery niegeograficzne świadczonych w sieci innego krajowego operatora, krajowy organ regulacyjny może określić zasady rozliczania operatorów z tytułu rozpoczęcia połączenia poprzez wprowadzenie stawek za zakańczanie połączenia ustalonych dla jednego z tych operatorów w zależności od ponoszonych kosztów na podstawie art. 13 dyrektywy 2002/19, w sytuacji gdy operator proponował zastosowanie takiej stawki w toku zakończonych fiaskiem negocjacji prowadzonych w wykonaniu obowiązku określonego w art. 4 dyrektywy 2002/19?”

Wyrokiem z 14 kwietnia 2016 r., C-397/14 (ECLI:EU:C:2016:256) Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że: „1) art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej należy interpretować w ten sposób, że państwo członkowskie może postanowić, iż operator publicznej sieci łączności elektronicznej powinien zapewnić dostęp do numerów niegeograficznych wszystkim użytkownikom końcowym swojej sieci w tym państwie, a nie jedynie użytkownikom końcowym z innych państw członkowskich; 2) art. 5 ust. 1 oraz art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie w zw. z art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej należy interpretować w ten sposób, że umożliwiają one krajowym organom regulacyjnym, w ramach rozstrzygnięcia sporu między dwoma operatorami, nałożenie na jednego z tych operatorów obowiązku zapewnienia użytkownikom końcowym dostępu do usług wykorzystujących numery niegeograficzne realizowanych w sieci drugiego operatora oraz określenie, na podstawie art. 13 dyrektywy o dostępie, zasad rozliczeń między wspomnianymi operatorami z tytułu tego dostępu, takich jak zasady sporne w postępowaniu głównym, pod warunkiem że owe obowiązki są obiektywne, przejrzyste, proporcjonalne, niedyskryminujące, oparte na naturze stwierdzonego problemu i uzasadnione w świetle celów określonych w art. 8 dyrektywy ramowej oraz że w stosownym wypadku zostały zachowane procedury przewidziane w art. 6 i 7 tej dyrektywy, co winien ustalić sąd krajowy.”

Wyrokiem z dnia 9 czerwca 2016 r., Sąd Najwyższy uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 25 stycznia 2013 r. i przekazał sprawę temu Sądowi do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy wskazał, że skarga kasacyjna powoda okazała się zasadna w zakresie uzasadniającym uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania, celem rozstrzygnięcia o ewentualnej zasadności uchylenia decyzji Prezesa UKE ze względu na wydanie zaskarżonej odwołaniem decyzji bez przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego.

Zaskarżona przez powoda decyzja organu regulacyjnego została wydana na podstawie art. 79 PT, który to przepis wdraża do prawa krajowego art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej. Zgodnie zaś z wyrokiem TS z 16 kwietnia 2015 r. w sprawie C-3/14 Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej i (...) Sp. z o.o. p. (...) SA „każdy środek przyjęty przez krajowy organ regulacyjny w celu zapewnienia użytkownikom końcowym dostępu do numerów niegeograficznych zgodnie z art. 28 dyrektywy 2002/22 oddziałuje na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi w rozumieniu tego przepisu, jeśli środek ten może wywrzeć na tę wymianę bezpośredni lub pośredni, rzeczywisty lub potencjalny wpływ, który nie jest nieznacznym”. Jak wskazał Sąd Najwyższy z przywołanego wyroku TS wynika w świetle dotychczasowego orzecznictwa Sądu Najwyższego swoiste domniemanie, że środkiem, który ze swej istoty wpływa na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, jest środek podejmowany w celu realizacji obowiązku, o którym mowa w art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej. Przy takiej kwalifikacji środka regulacyjnego podejmowanego na podstawie art. 79 PT, w dotychczasowej praktyce Sąd Najwyższy nie znajdował podstaw, kierując się przesłankami prawnymi wymienionymi w uzasadnieniu wyroku z 13 sierpnia 2013 r., III SK 57/12 (LEX nr 1474943), potwierdzonymi w wykładni art. 7 ust. 3 dyrektywy ramowej w wyroku TSUE w sprawie C-3/14 T-Mobile Polska SA, by uznać za bagatelny jego wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi. Obowiązek przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego nie aktualizuje się tylko wtedy, gdy dany środek regulacyjny w istotnym stopniu wpływa (może wpłynąć) na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, lecz gdy wpływ

taki można uznać za większy niż „nieznaczny” (postanowienie Sądu Najwyższego z 6 listopada 2013 r., III SK 59/12, LEX nr 1402645). Ponadto, jak stwierdził Sąd Najwyższy, wpływ środka regulacyjnego na stosunki handlowe między państwami członkowskimi nie wyczerpuje się w samym oddziaływaniu na wymianę ruchu telekomunikacyjnego między państwami członkowskimi (połączenia transgraniczne).

Sąd Najwyższy podkreślił, że z dotychczasowego orzecznictwa SN wynika, w odniesieniu do art. 18 Prawa telekomunikacyjnego oraz jego stosowania w takich sprawach jak niniejsza, że przesłanka wpływu decyzji Prezesa UKE na stosunki handlowe między państwami członkowskimi interpretowana jest w taki sposób, że w zdecydowanej większości przypadków uzasadnione będzie założenie, zgodnie z którym taki wpływ występuje (wyrok Sądu Najwyższego z 13 sierpnia 2013 r., III SK 57/12). Szerokie ujęcie obowiązku przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego ma uzasadnienie w istotnym znaczeniu tego postępowania dla wypracowania wspólnych zasad stosowania unijnych dyrektyw telekomunikacyjnych (zob. postanowienie Sądu Najwyższego w sprawie III SK 59/12 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 15 września 2015 r., III SK 62/12, LEX nr 2051074).

Mając na względzie wspomniane powyżej domniemanie wpływu na stosunki handlowe między państwami członkowskimi środka regulacyjnego wydanego na podstawie przepisów prawa krajowego wdrażających art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej, w ocenie Sądu Najwyższego, Sąd drugiej instancji wadliwie zastosował art. 18 PT uznając, mimo braku stosownych ustaleń pozwalających zrekonstruować zasady działania rynku telekomunikacyjnego w odniesieniu do usług objętych zakresem art. 79 PT, że decyzja Prezesa UKE nie może choćby potencjalnie wpłynąć na stosunki handlowe między państwami członkowskimi. Skoro z przywołanego powyżej wyroku TS w sprawie C-3/14 (...) SA wynika, że decyzje Prezesa UKE takie, jak wydana w niniejszej sprawie z założenia oddziałują na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, to prezes UKE w toku postępowania sądowego powinien przedstawić podstawy faktyczne własnego stanowiska regulacyjnego, zgodnie z którym wpływ wydanej decyzji na stosunki handlowe jest nieznaczny. O tym, czy środek wpływa na stosunki handlowe (bezpośrednio, pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie) nie decyduje bowiem samo przekonanie organu regulacyjnego co do braku takiego wpływu (wyartykułowane w decyzji lub pismach procesowych), lecz ocena wpływu środka regulacyjnego na zasady świadczenia usług telekomunikacyjnych w ramach rynku wewnętrznego (jego istotnej części). SN wskazał również, że w świetle wyroku TS w sprawie C-3/14 (...) SA, zapadłym po wydaniu zaskarżonej decyzji i zainicjowaniu postępowania odwoławczego, w przypadku takich środków jak podjęty w niniejszej sprawie, ciężar dowodu co do braku przesłanek zastosowania art. 18 PT spoczywa na organie regulacyjnym.

Sąd Najwyższy wskazał, że z jego dotychczasowego orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz z orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Warszawie wynika, że wydanie przez Prezesa UKE decyzji bez przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego stanowi taką wadę zaskarżonej decyzji, która nie podlega konwalidacji w toku postępowania sądowego. Sąd Najwyższy uznał jednak, że na obecnym etapie niecelowe jest uchylenie wyroków Sądów obu instancji oraz zaskarżonej decyzji, kierując się następującymi względami. Po pierwsze, uchylenie decyzji Prezesa UKE z powodu uchybień proceduralnych przy jej wydawaniu uprawnia organ regulacyjny do zakończenia „otwartego” (w wyniku wyroku uchylającego) postępowania administracyjnego przez wydanie „prawidłowej” decyzji kształtującej stosunek prawny między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi za okres poddany regulacji na mocy pierwotnej decyzji. Po drugie, w toku rozprawy w postępowaniu kasacyjnym, Prezes UKE oraz zainteresowany przedstawili argumentację, zgodnie z którą w świetle zasad funkcjonowania rynku telekomunikacyjnego, a w szczególności zasad korzystania z usług telekomunikacyjnych świadczonych w ramach roamingu unijnego, zaskarżona decyzja, w zakresie w jakim wywołuje skutki dla użytkowników końcowych oraz operatorów z innych państw członkowskich, może wpływać na stosunki handlowe między państwami członkowskimi co najwyżej w stopniu nieznacznym. Stąd potrzeba uzupełnienia przy ponownym rozpoznawaniu sprawy ustaleń o zasady funkcjonowania rynku telekomunikacyjnego w zakresie dotyczącym usług świadczonych na numerach niegeograficznych (na dzień wydania zaskarżonej decyzji) oraz oddziaływanie decyzji Prezesa UKE na działalność podmiotów świadczących tego rodzaju usługi. SN wskazał, że dopiero w oparciu o takie ustalenia możliwe jest rozstrzygnięcie o wydaniu decyzji z naruszeniem art. 18 PT, a przez to wywiązanie się przez sąd orzekający z odwołania od decyzji Prezesa UKE z jego roli jako sądu zapewniającego

merytoryczną kontrolę sposobu ingerencji organu regulacyjnego w stosunki cywilnoprawne między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi.

W ocenie Sądu Najwyższego pozostałe zarzuty skargi kasacyjnej są niezasadne. Zaskarżony wyrok opiera się na założeniu, podzielanym w pełni przez Sąd Najwyższy, zgodnie z którym przepis art. 79 ust. 1 PT kreuje obowiązek po stronie operatora publicznej sieci telekomunikacyjnej, którego wykonanie wymusza na nim zawarcie stosownej umowy z innym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (a de facto szeregu umów z różnymi przedsiębiorcami). Zdaniem SN, skoro zgodnie z treścią tego przepisu, operator publicznej sieci telekomunikacyjnej ma obowiązek zapewnienia użytkownikom końcowym możliwości zrealizowania połączenia na numery niegeograficzne, to w granicach technicznej i ekonomicznej wykonalności tego obowiązku operator ten musi współdziałać z innymi uczestnikami rynku telekomunikacyjnego, by z obowiązku tego wywiązać się. Niemożność osiągnięcia porozumienia, przykładowo w zakresie modelu rozliczeń lub wysokości stawek, z uwagi na rozbieżne oczekiwania biznesowe, nie zwalnia z wykonania art. 79 ust. 1 PT. Tylko brak technicznych możliwości lub ekonomiczna nieopłacalność stanowią ustawowe ograniczenie wynikające z tego przepisu obowiązku. Zdaniem Sądu Najwyższego z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wynika założenie co do bezwzględności obowiązku z art. 79 ust. 1 PT, lecz że jego wykonanie może być mniej opłacalne dla powoda, niż przyjmował to w swoich założeniach biznesowych.

Sąd Najwyższy wskazał, że w świetle wykładni art. 5 ust. 1 oraz art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie w zw. z art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej dokonanej przez TS w wyroku prejudycjalnym wydanym w niniejszej sprawie za oczywiście bezpodstawny należało uznać zarzut naruszenia art. 27 ust. 2 i art. 28 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 79 ust. 1 oraz w zw. z art. 21, art. 22 i art. 24 PT. Zdaniem Sądu Najwyższego, gdy między przedsiębiorcami toczy się spór co do zasad rozliczeń z tytułu usług świadczonych w celu wykonania obowiązku z art. 79 PT, Prezes UKE ma uprawnienie do rozstrzygnięcia kwestii spornych na podstawie art. 28 PT. Brak porozumienia powoda z zainteresowanym w tym zakresie pozbawia użytkowników końcowych powoda uprawnienia do zrealizowania połączenia na numery niegeograficzne w sieci zainteresowanego. Zakres zastosowania art. 28 PT nie został ograniczony do rozstrzygnięcia kwestii spornych powstałych tylko na tle wykonywania decyzji regulacyjnych Prezesa UKE wydanych po przeprowadzeniu procedury analizy rynku. Zgodnie z art. 26 PT, przy negocjowaniu postanowień umów o dostępie, przedsiębiorcy powinni uwzględniać nałożone na nich obowiązki. SN stwierdził, iż obowiązkami, o których mowa w art. 26 PT są także obowiązki ciążące z mocy ustawy na adresatach art. 26 PT, a skoro obowiązek z art. 79 ust. 1 PT jest niezależny od przeprowadzenia analizy rynku w trybie art. 21, art. 22 oraz art. 24 PT i jej wyników, w szczególności zaś pozycji rynkowej stron umowy, nie było potrzeby dochowania procedury przewidzianej w powołanych przepisach.

Za bezzasadny Sąd Najwyższy uznał także zarzut naruszenia art. 7, art. 20 i art. 22 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w zw. z art. 353¹ k.c., wskazując, że chociaż art. 79 ust. 1 PT nie stanowi wprost o kompetencji Prezesa UKE do uregulowania wysokości stawek hurtowych za połączenia, o których mowa w tym przepisie, to wykładnia art. 79 ust. 1 w związku z art. 28 PT musi uwzględniać wykładnię art. 5 ust. 1 oraz art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie w zw. z art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej dokonanej przez TS w wyroku prejudycjalnym wydanym w niniejszej sprawie. SN wskazał, iż skoro zdaniem TS przepisy te należy interpretować w taki sposób, że uprawniają one krajowe organy regulacyjne przy rozstrzyganiu kwestii spornych do określenia zasad rozliczeń między operatorami z tytułu dostępu do usług wykorzystujących numery niegeograficzne, to rolą sądu krajowego jest podjęcie próby takiej wykładni przepisów wdrażających dyrektywy unijne, by stosowne uprawnienie wywieść dla organu regulacyjnego. Z zadania tego, zdaniem SN, Sąd Apelacyjny w Warszawie, a wcześniej Sąd Okręgowy w Warszawie, wywiązały się w sposób wzorcowy, odwołując się do wykładni celowościowej art. 28 PT. Obowiązek, którego wykonaniu służy decyzja Prezesa UKE, wynika z ustawy (art. 79 PT). Nie można zatem dopatrzeć się naruszenia w zaskarżonym wyroku konstytucyjnych zasad ustroju gospodarczego. SN uznał, że wydając decyzję na podstawie art. 28 PT, Prezes UKE rozstrzygnął spór między przedsiębiorcami, do czego miał kompetencję. SN wskazał, że rozstrzygnięcie organu regulacyjnego dotyczy tych kwestii, co do których strony nie doszły do porozumienia, a stosownie do art. 28 PT, Prezes UKE uwzględnił nie tylko obowiązki ciążące na powodzie i zainteresowanym, ale także przebieg negocjacji (w szczególności zaś składane przez strony propozycje uregulowania kwestii spornych, oparte na ich własnych modelach biznesowych). Interwencja

organu regulacyjnego została zatem, zdaniem Sądu Najwyższego, podjęta w granicach przysługujących mu uprawnień oraz z uwzględnieniem zasady proporcjonalności przy ingerencji w działalność przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Sąd Najwyższy wskazał, że w świetle wykładni art. 5 ust. 1 oraz art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie w zw. z art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej dokonanej przez TS w wyroku prejudycjalnym wydanym w niniejszej sprawie, nie miał także podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 20 i art. 22 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 31 ust. 2 pkt 3 lit. a w zw. z art. 28 ust 1 pkt 5 lit. b i c PT oraz art. 40 PT, art. 28 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 79 ust. 1 PT, art. 28 ust. 1, ust. 2 pkt 2-4 oraz pkt 5 lit. b i c PT. SN wskazał, że podnosząc ten zarzut, powód zmierzał do obalenia założenia zaskarżonego wyroku, zgodnie z którym zasadne było ustalenie przez Prezesa UKE wysokości stawek w rozliczeniach między powodem a zainteresowanym przez powiązanie ich z wysokością stawki należnej powodowi za zakończenie połączenia w jego sieci. Zastosowanie takiego modelu rozliczeń, przy rozstrzygnięciu sporu dotyczącego realizacji obowiązku, o którym mowa w art. 79 ust. 1 PT, w ocenie Sądu Najwyższego, należy uznać za dopuszczalne w świetle wyroku TS wydanego w niniejszej sprawie. Model ten opiera się na założeniu, zgodnie z którym do rozpoczęcia połączenia angażowane są takie same zasoby sieci powoda, jak do jego zakończenia, w związku z czym powód powinien otrzymywać „wynagrodzenie” za świadczoną usługę (umożliwienie rozpoczęcia połączenia w swojej sieci, kierowanego na numer niegeograficzny w sieci zainteresowanego) w wysokości ustalonej w analogiczny sposób. SN uznał, że przy takim założeniu, zastosowanie modelu rozliczeń przyjętego w decyzji Prezesa UKE i potwierdzonego w zaskarżonym wyroku, stanowi nałożenie obowiązku, który jest obiektywny, przejrzysty, proporcjonalny, niedyskryminujący, oparty na naturze stwierdzonego problemu i uzasadniony w świetle celów dyrektywy ramowej. Sąd Najwyższy stwierdził jednak, że powód zasadnie podnosi, że zarówno w uzasadnieniu decyzji Prezesa UKE, jak również zaskarżonym wyroku, brak stosownych ustaleń, z których wynikałoby, że do rozpoczynania i zakańczania połączeń angażowane są te same zasoby. Sąd Najwyższy uznał jednak, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy brak tego ustalenia nie uzasadnia uchylecia zaskarżonego wyroku z powodu zastosowania przepisu prawa materialnego do zrekonstruowanego w sposób niepełny stanu faktycznego. Sąd drugiej instancji (w ślad za Sądem Okręgowym) nie poprzestał bowiem na powieleniu tego założenia z decyzji Prezesa UKE, lecz wywiódł podstawę faktyczną dla jego zastosowania z treści propozycji rozliczeń składanych przez powoda w toku negocjacji z zainteresowanym oraz stosowania takiego modelu przez powoda w rozliczeniach z innymi operatorami.

Sąd Apelacyjny, ustalił i zważył co następuje.

Apelacja zasługuje na uwzględnienie.

Poza elementami wskazanymi w dalszej części uzasadnienia, Sąd I instancji prawidłowo ustalił stan faktyczny, a jego ustalenia Sąd Apelacyjny przyjął za własne.

Na obecnym etapie postępowania zasadniczym przedmiotem sporu jest to, czy wydanie przedmiotowej decyzji powinno być przeprowadzone przeprowadzeniem postępowania konsolidacyjnego.

Szczególną uwagę zwrócić należy na to, że Sąd Najwyższy wskazał „że przesłanka wpływu decyzji Prezesa UKE na stosunki handlowe między państwami członkowskimi interpretowana jest w taki sposób, że w zdecydowanej większości przypadków uzasadnione będzie założenie, zgodnie z którym takim wpływ występuje (wyrok Sądu Najwyższego z 13 sierpnia 2013 r., III SK 57/12). Szerokie ujęcie obowiązku przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego ma uzasadnienie w istotnym znaczeniu tego postępowania dla wypracowania wspólnych zasad stosowania unijnych dyrektyw telekomunikacyjnych (zob. postanowienie Sądu Najwyższego w sprawie III SK 59/12 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 15 września 2015 r., III SK 62/12, LEX nr 2051074).”

Sąd Najwyższy zwrócił też uwagę na istnienie domniemania wpływu na stosunki handlowe między państwami członkowskimi środka regulacyjnego wydanego na podstawie przepisów prawa krajowego wdrażających art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej i wywiódł stąd wnioski, że w niniejszej sprawie „Sąd drugiej instancji wadliwie zastosował art. 18 PT uznając, mimo braku stosownych ustaleń pozwalających zrekonstruować zasady działania rynku telekomunikacyjnego w odniesieniu do usług objętych zakresem art. 79 PT, że decyzja Prezesa UKE nie może choćby potencjalnie wpłynąć na stosunki handlowe między państwami członkowskimi.” Sąd Najwyższy zwrócił też uwagę,

że „w świetle wyroku TSUE w sprawie C-3/14 (...) SA, zapadłym po wydaniu zaskarżonej decyzji i zainicjowaniu postępowania odwoławczego, w przypadku takich środków jak podjęty w niniejszej sprawie, ciężar dowodu co do braku przesłanek zastosowania art. 18 PT spoczywa na organie regulacyjnym.” W tym kontekście podnieść należy, iż w niniejszej sprawie SOKiK i Sąd Apelacyjny odmiennie niż Sąd Najwyższy ujmowały rozkład ciężaru dowodu (k. 439)

Sąd Najwyższy wskazał również na potrzebę „uzupełnienia przy ponownym rozpoznawaniu sprawy ustaleń o zasady funkcjonowania rynku telekomunikacyjnego w zakresie dotyczącym usług świadczonych na numerach niegeograficznych (na dzień wydania decyzji) oraz oddziaływanie decyzji Prezesa UKE na działalność podmiotów świadczących tego rodzaju usługi”.

Prezes Urzędu zwrócił uwagę, że „w odniesieniu do klientów korzystających z roamingu, w celu obrony ich interesów” wydane zostało rozporządzenie 717/2007 z dnia 27 czerwca 2007 r. w sprawie roamingu w publicznych sieciach telefonii ruchomej wewnątrz Wspólnoty oraz zmieniające dyrektywę 2002/21/WE określające maksymalne stawki cen hurtowych i detalicznych. Wskazane rozporządzenie ograniczyło zdolność oddziaływania rozstrzygnięć dotyczących relacji między operatorami krajowymi na wysokość opłat pobieranych przez nich od zagranicznych operatorów z tytułu roamingu, ale jej nie wyeliminowało. Przedmiotowe opłaty mają charakter maksymalny i nie jest wyłączona dopuszczalność ustalenia ich na niższy niż w rozporządzeniu poziomie. Może zaistnieć sytuacja, w której układ wzajemnych interesów operatora krajowego i zagranicznego skłoni ich do ustalenia wysokości opłat hurtowych za wykonywanie połączeń realizowanych w roamingu na poziomie niższym niż maksymalny.

Treść rozstrzygnięcia organu krajowego o rozliczeniach między operatorami krajowymi, w tym takich, jak te, które są przedmiotem niniejszej decyzji, może doprowadzić do zmiany takiej sytuacji i ustalenia przedmiotowych opłat na poziomie maksymalnym. Trafne jest stanowisko powoda, iż „rozliczenia te dotyczą także połączeń, które dla abonentów sieci krajowej byłyby nieodpłatne lub zgodnie z jego planem taryfowym, objęte byłyby abonamentem” (k. 654). Wskazana zmiana może być uznana za stworzenie bariery w funkcjonowaniu jednolitego rynku. Może też dać ona impuls do ustalenia opłat detalicznych za połączenia realizowane w roamingu na maksymalnym poziomie, co prowadzić może do dalszego podniesienia analizowanych barier.

Ani Prezes Urzędu, ani zainteresowany nie przedstawili żadnych danych wskazujących, że możliwość zaistnienia takiego stanu rzeczy nie istnieje lub, że jest ona iluzoryczna. Nie zgłoszono w tej kwestii również żadnych wniosków dowodowych, a podjęta przez Sąd Apelacyjny próba poczynienia stosownych ustaleń poprzez zwrócenie się do Komisji Europejskiej zakończyła się niepowodzeniem, wobec uznania przez ten organ, iż Sąd Apelacyjny nie zwracał się z pytaniem o udzielenie informacji w zakresie faktów. Brak też podstaw do przyjęcia, iż na brak konieczności przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego wskazuje brak reakcji Komisji Europejskiej na sytuację zaistniałą w niniejszej sprawie. Organ ten nie ma obowiązku wyrażania stanowiska w każdej sprawie, w której z informacji, do których ma dostęp wynika, że doszło do naruszenia prawa unijnego.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, analizy przesłanki wpływu na handel między Państwami Członkowskimi nie należy ograniczać wyłącznie do badania rozliczeń z tytułu usług telekomunikacyjnych. Usługi, których dotyczy badana decyzja wykazują bliski związek z korzystaniem ze swobód rynku wewnętrznego, które nie mają ściśle telekomunikacyjnego charakteru. Wskazać tu można choćby na to, że korzystanie z relewantnych usług może ułatwić korzystanie ze swobody przepływu osób. Dotyczy to m.in. obywateli polskich przebywających przez dłuższy czas w innych Państwach Członkowskich i będących abonentami innych niż polscy operatorów telekomunikacyjnych, którzy odwiedzają kraj pochodzenia.

Wywody Prezesa Urzędu dotyczące tej kwestii są zbyt ogólnikowe i gołosłowne, by można było uznać je za wykluczające istnienie uzasadnionych wątpliwości na tej płaszczyźnie. Nie zostały one w szczególności poparte żadnymi danymi, ani analizami ekonomicznymi. W tej sytuacji nie sposób uznać za wykazane przez Prezesa Urzędu, iż dostęp do przedmiotowych usług informacyjnych „nie może być postrzegany w kategoriach ważnych elementów rynku wewnętrznego” (k. 662).

Kumulacja wskazanych elementów skłoniła Sąd Apelacyjny do uznania, iż Prezes Urzędu nie wykazał, iż przedmiotowa decyzja nie wpływała na handel między Państwami Członkowskimi w stopniu większym niż znikomy i do stwierdzenia, że w badanej sprawie przeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego było konieczne. Przedmiotowe uchybienie nie może być usunięte w ramach postępowania sądowego, co skutkuje koniecznością uchylenia przedmiotowej decyzji. Podniesiony w apelacji zarzut naruszenia przez zaskarżony wyrok SOKiK art. 18 w zw. z art. 15 Pt, a także art. 7 ust. 2-4 dyrektywy 2002/21/WE w zw z art. 6 kc okazał się zasadny.

Ze wskazanych wyżej względów, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 479⁶⁴ § 2 k.p.c. orzekł jak w sentencji. Orzeczenie o kosztach oparto na podstawie art. 98 k.p.c. oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 12 ust. 1 pkt 2, § 12 ust. 4 pkt 1 i § 14 ust. 3 pkt 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

Sąd Apelacyjny uznał, że zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w wysokości wskazanej w sentencji uzasadniają: precedensowy charakter sprawy oraz wysoki stopień jej skomplikowania, który znalazł wyraz m.in. w konieczności włączenia w proces jej rozpoznawania instytucji unijnych, znaczne znaczenie gospodarcze sprawy, a także bardzo duży nakład pracy pełnomocników i jej wysoka jakość.