

Wyrok z dnia 8 czerwca 2011 r.

III SK 51/10

Z obowiązków regulacyjnych nakładanych przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na podstawie art. 25 ust. 4 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.) na przedsiębiorstwo zajmujące pozycję znaczącą na rynku, na którym nie występuje skuteczna konkurencja, nie zwalnia wykazanie, że przedsiębiorstwo to dotychczas nie dopuszczało się praktyk antykonkurencyjnych.

Przewodniczący SSN Kazimierz Jaśkowski, Sędziowie SN: Józef Iwulski, Jerzy Kwaśniewski (sprawozdawca).

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 8 czerwca 2011 r. sprawy z powództwa P. SA z siedzibą w W. przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej w W. o ustalenie pozycji rynkowej i nałożenie obowiązków regulacyjnych, na skutek skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 maja 2010 r. [...]

1. o d d a l i ł skargę kasacyjną,
2. zasądził od powódki na rzecz pozwanego 270 zł (dwieście siedemdziesiąt) tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

U z a s a d n i e n i e

Decyzją z dnia 19 lipca 2006 r. [...] Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: „Prezes UKE” lub „pozwany”): ustalił, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej P. SA w W., zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia nie występuje skuteczna konkurencja (pkt I.); wyznaczył P. SA jako przedsiębiorcę zajmującego pozycję znaczącą na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej P. SA, zgodnym z obszarem sieci, w której

następuje zakończenie połączenia (pkt II.); nałożył na P. SA obowiązki regulacyjne w celu świadczenia przedsiębiorcom telekomunikacyjnym usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej P. SA (pkt III.).

P. SA (dalej: „powód”) wniósł odwołanie, w którym zaskarżył powyższą decyzję w całości.

Wyrokiem z dnia 10 marca 2009 r. Sąd Okręgowy-Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie oddalił odwołanie. W punkcie II wyrok ten zawiera postanowienie o odrzuceniu odwołania od postanowienia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lipca 2006 r.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 20 grudnia 2004 r. Prezes Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (obecnie Prezes UKE) na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.; dalej: „Prawo telekomunikacyjne” lub „PT”) wszczął z urzędu postępowanie administracyjne w sprawie ustalenia, czy na zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w poszczególnych ruchomych publicznych sieciach telefonicznych występuje skuteczna konkurencja. W związku z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 29 grudnia 2005 r. o zmianie ustawy - Prawo telekomunikacyjne oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2006 r. Nr 12, poz. 66), poczynawszy od dnia 9 lutego 2006 r., przekształciło się ono w postępowanie w sprawie ustalenia, czy na zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia, rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w poszczególnych ruchomych publicznych sieciach telefonicznych występuje skuteczna konkurencja, wyznaczenia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych o znaczącej pozycji na poszczególnych rynkach właściwych oraz nałożenia obowiązków regulacyjnych.

Stosownie do art. 16 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, Prezes UKE przeprowadził postępowania konsultacyjne. Następnie przedstawił projekt decyzji Prezesowi UOKiK, który postanowieniem z dnia 4 lipca 2006 r. podzielił stanowisko Prezesa UKE, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych zgodnym z obszarem ruchomej publicznej sieci telefonicznej P. SA nie występuje skuteczna konkurencja; że P. SA posiada pozycję znaczącą na tym rynku oraz że zasadne jest nałożenie na P. SA obowiązków regulacyjnych określonych w art. 34, art. 36, art. 37 i art. 40 PT. Z uzasadnienia tego postanowienia wynika, że Prezes UOKiK ustalił, iż P. SA posiada na przedmiotowym rynku 100% udział i nie spotyka się nawet z poten-

cialną konkurencją, rynek charakteryzuje się brakiem równoważącej siły nabywczej, ponadto powód ma łatwy dostęp do rynków kapitałowych bądź zasobów finansowych, korzysta z ekonomii skali, korzysta z ekonomii zakresu, jest przedsiębiorcą zintegrowanym pionowo, nie istnieją bariery ani dla dalszego rozwoju rynku, ani dla rozwoju powoda, a istniejące bariery wejścia na analizowany rynek mają obecnie charakter absolutny. Według Prezesa UOKiK zaproponowane obowiązki regulacyjne spełniały wymogi co do adekwatności, proporcjonalności oraz uwzględniały cele Prawa telekomunikacyjnego. Prezes UOKiK nie podzielił jednakże stanowiska Prezesa UAE co do tego jakoby stosowanie przez powoda subsydiowania skrośnego (*price squeezing*) wynikało z zestawienia pobieranych przez niego stawek za połączenia na rynku detalicznym ze stawką za zakończenie połączenia w sieci w najdroższym okresie taryfikacyjnym, występującą na rynku hurtowym. W tym zakresie Prezes UOKiK zaproponował rozważenie poszerzenia analizy o dobowy rozkład ruchu w sieci powoda w zestawieniu ze stawkami za zakończenie połączenia pobieranymi w poszczególnych okresach taryfikacyjnych, ewentualnie zestawienie przychodów uzyskiwanych przez powoda z tytułu działalności prowadzonej na przedmiotowym rynku z kosztami jej prowadzenia.

W sprawie przeprowadzono także wymagane postępowania konsolidacyjne. W dniu 28 kwietnia 2006 r. Komisja Europejska zarejestrowała notyfikację Prezesa UAE dotyczącą projektu decyzji w sprawie wyznaczenia P. SA jako przedsiębiorcy telekomunikacyjnego zajmującego pozycję znaczącą na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych zgodnym z obszarem ruchomej publicznej sieci telefonicznej P. SA i nałożenia obowiązków regulacyjnych. W dniu 29 maja 2006 r. Komisja Europejska przekazała swoje stanowisko, nie wnosząc zastrzeżeń do projektu. W stanowisku tym jednakże Komisja Europejska wskazała, że ceny za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych w Polsce należą do najwyższych w Unii Europejskiej, a zaproponowana przez Prezesa UAE regulacja cen nie jest dostatecznie sprecyzowana, aby efektywnie zapobiec temu problemowi, gdyż projekt decyzji nie wskazuje metody, na podstawie której ma zostać wprowadzony obowiązek orientacji kosztowej. Komisja zachęciła do nałożenia na operatora dodatkowo obowiązku kalkulacji kosztów oraz rozważenia modelu zorientowanych przyszłościowo długookresowych kosztów przyrostowych jako odpowiedniego modelu kalkulacji kosztów; zachęciła Prezesa UAE do nałożenia na operatora, zgodnie z zasadą przejrzystości, dodatkowo obowiązku publikowania oferty ramowej, gdyż brak takiej oferty może

nadmiernie przedłużać negocjacje o połączeniu sieci; zaproponowała nałożenie na powoda dodatkowego obowiązku rozdzielności księgowej; zachęciła do przeprowadzenia analizy rynku zakańczania połączeń głosowych w indywidualnych ruchomych sieciach telefonicznych nowych MNO, gdy rozpoczną one działalność oraz do notyfikowania wyników takiej analizy.

Sąd Okręgowy uznał, że bezzasadnie powód kwestionuje zaskarżoną decyzję ze względu na nieopublikowanie w języku polskim „Wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej zgodnie z ramami regulacyjnymi WE dotyczącymi sieci i usług łączności elektronicznej”. Zdaniem Sądu nie było przeszkody do przeprowadzenia postępowania i wydania przez organ regulacyjny decyzji administracyjnej, ponieważ Wytyczne zastosowano jedynie pomocniczo przy definiowaniu rynku właściwego i jego analizie, natomiast podstawą prawną rozstrzygnięcia były artykuły 21-25 Prawa telekomunikacyjnego oraz § 2 pkt 9 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 października 2004 r. w sprawie określenia rynków właściwych podlegających analizie przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (Dz.U. Nr 242, poz. 2420). Sąd Okręgowy miał na uwadze, że Wytyczne zostały wydane przez Komisję Europejską przed przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej i wobec tego podstawę ich przetłumaczenia na język polski mógłby stanowić art. 58 Aktu akcesyjnego. Jednakże obowiązek publikacji aktu w polskim wydaniu Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej istnieje jedynie w sytuacji, gdy dany akt chociaż został przyjęty przed przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej, to był sporządzony w języku polskim. Skoro przedmiotowe Wytyczne nie zostały przeznaczone do publikacji w języku polskim, nie ma do nich zastosowania art. 58 Aktu akcesyjnego.

Uznając bezzasadność zarzutu braku wymaganego prawem porozumienia Prezesa UKE z Prezesem UOKiK Sąd Okręgowy stwierdził, że wprowadzie Prezes UOKiK w postanowieniu z dnia 4 lipca 2006 r. dokonał oceny rynku „świadczania usługi zakańczania połączeń głosowych zgodnego z obszarem ruchomej publicznej sieci telefonicznej P. SA”, podczas gdy decyzja Prezesa UKE dotyczy rynku „świadczania usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej P. SA zgodnego z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia”, jednakże różnica ta nie miała istotnego znaczenia ponieważ terytorialnie obydwie rynki są ograniczone zasięgiem geograficznym sieci P. SA. Ponadto, określając stronę podażową analizowanego rynku, Prezes UOKiK wyraźnie wskazał, że chodzi

mu o sieć przedsiębiorcy, w której ma nastąpić zakończenie połączenia. Zdaniem Sądu Okręgowego, brak zgodnego stanowiska organów regulacyjnych co do subsydiowania skrośnego także nie miał znaczenia skoro Prezes UOKiK zgodził się ze wszystkimi istotnymi ustaleniami Prezesa UKE zawartymi w projekcie decyzji; w szczególności podzielił pogląd, że rynek właściwy jest niekonkurencyjny, a powód zajmuje na nim pozycję znaczącą i w związku z tym należy nałożyć na niego wskazane w projekcie decyzji obowiązki regulacyjne. Różnica zdań w kwestii nie mającej zasadniczego wpływu na treść decyzji nie powoduje jej nieważności, gdyż zawarte w art. 106 § 1 k.p.a. sformułowanie „w porozumieniu” oznacza wyłącznie procesowy obowiązek uzyskania stanowiska innego organu, które nie jest wiążące dla organu prowadzącego postępowanie.

Sąd Okręgowy nie podzielił także zarzutów odwołania dotyczących: zbyt ogólnego odniesienia się przez Prezesa UOKiK do kwestii zasadności proponowanych obowiązków regulacyjnych oraz przedstawienia projektu decyzji Prezesowi UOKiK dopiero po zakończeniu postępowania konsultacyjnego, co - według odwołującego się - uniemożliwiło przedsiębiorcom uczestniczącym w konsultacjach zapoznanie się z postanowieniem Prezesa. Zdaniem Sądu Okręgowego, Prezes UOKiK w swym postanowieniu wymienił obowiązki regulacyjne konieczne do rozwiązania problemu i nie zgłosił zastrzeżeń do proponowanego ich zakresu, uznając je za adekwatne, proporcjonalne i odpowiadające celom regulacji.

Sąd Okręgowy nie podzielił zarzutu nieprzedstawienia przez pozwanego wystarczających dowodów potwierdzających przeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego. Zdaniem powoda ani wydruk potwierdzenia otrzymania przez Komisję Europejską zawiadomienia o projekcie decyzji, ani pismo z dnia 29 maja 2006 r. obejmujące łączne stanowisko Komisji Europejskiej dla trzech rynków zakańczania połączeń w sieciach ruchomych, pod którym brak jest własnoręcznego podpisu, nie są wystarczającymi dowodami przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, gdyż nie są to dokumenty urzędowe. Według Sądu Okręgowego z uwagi na to, że przepisy nie precyzują, w jakiej formie ma być przeprowadzone postępowanie konsolidacyjne, wykazanie tej okoliczności jest możliwe każdym dowodem. Sąd przyjął wyjaśnienie pozwanego, że dokonano zbiorczej notyfikacji, która oprócz P. SA dotyczyła też innych operatorów telekomunikacyjnych.

W ocenie Sądu Prezes UKE prawidłowo ustalił, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja i prawidłowo wyznaczył powoda jako przedsię-

biorcę o znaczącej pozycji rynkowej, co oznaczało nałożenie na niego obowiązków regulacyjnych. Pozwany poddał analizie, ustalony na podstawie § 2 pkt 9 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 października 2004 r. w sprawie określenia rynków właściwych podlegających analizie przez Prezesa URTiP, rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej P. SA. Zgodnie z § 4 powołanego rozporządzenia rynek ten jest zgodny z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia. W zakresie produktowym tego rynku pozostają połączenia zakańczane w sieciach GSM, UMTS oraz NMT 450i, gdyż nie jest istotne, przy użyciu jakiej technologii połączenie jest zakańczane, skoro w § 2 pkt 9 rozporządzenia jest mowa ogólnie o usłudze zakańczania połączeń głosowych w poszczególnych ruchomych sieciach telefonicznych. Rynek ten na szczeblu hurtowym posiada specyficzną cechę, gdyż operator chcący zakończyć połączenie z numerem sieci ruchomej nie ma innej możliwości, jak tylko zakończyć je w sieci, do której dany numer jest przypisany, niezależnie od tego czy czyni to bezpośrednio, czy za pośrednictwem innego operatora. Jeżeli więc zakres geograficzny rynku ogranicza się do sieci, w której dochodzi do zakańczania połączeń u wybranego operatora (w tym wypadku P. SA), to operator ten ma na rynku właściwym pozycję monopolistyczną, która jest kwalifikowaną pozycją dominującą w rozumieniu art. 14 ust. 2 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa). Dlatego, według Sądu Okręgowego, należy uznać, że powód zajmuje na rynku właściwym pozycję znaczącą niezależnie od wystąpienia innych przesłanek, takich jak: brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej, istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorcy, brak równoważącej siły nabywczej, łatwy bądź uprzywilejowany dostęp przedsiębiorcy do rynków kapitałowych bądź zasobów finansowych, ekonomia skali i zakresu, pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy, poziom rozwoju sieci dystrybucji i sprzedaży, bariery rozwoju rynku i bariery wejścia na rynek. Wobec ustalenia, że na przedmiotowym rynku nie występuje skuteczna konkurencja oraz wyznaczenia P. SA jako przedsiębiorcy zajmującego na tym rynku pozycję znaczącą, pozwany Prezes UKE był obowiązany na podstawie art. 24 ust. 1 PT nałożyć na powoda obowiązki regulacyjne, biorąc pod uwagę adekwatność obowiązków do zidentyfikowanego problemu, proporcjonalność oraz cele określone w art. 1 ust. 2, z uwzględnieniem art. 1 ust. 3 PT. W tym celu Prezes UKE stworzył prognozę możliwych w przyszłości działań antykon-

kurencyjnych. Prognoza ta przewiduje możliwość stosowania przez powoda działań opóźniających rozwój konkurencji, polegających na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do własnej sieci telekomunikacyjnej oraz manipulowaniu cenami (dyskryminacja cenowa, *price squeezing*, ceny wygórowane). Sąd Okręgowy podkreślił, że zarzuty odwołania odnosiły się wyłącznie do zdarzeń przeszłych dotyczących funkcjonowania powoda na rynku, gdy tymczasem prognoza Prezesa UKE odnosi się w sposób generalny i abstrakcyjny do wszystkich operatorów o pozycji znaczącej na rynkach świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej. Sąd Okręgowy wyraził pogląd, że rozstrzygnięcie nakładające obowiązki regulacyjne nie wymaga udowodnienia, że dany przedsiębiorca w przeszłości naruszał zasady swobody konkurencji nadużywając posiadanej pozycji znaczącej przez stosowanie nieuczciwych cen, subsydiowanie skrośne, utrudnianie dostępu do usług, ponieważ w przypadku kontroli *ex ante* zidentyfikowanym problemem, o którym mowa w art. 25 ust. 4 PT, nie jest zachowanie przedsiębiorcy w przeszłości, lecz brak sprawnie działającej konkurencji na rynku właściwym, co daje każdemu przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej przyszłą możliwość ingerowania w mechanizm konkurencji. Aby skutecznie przeciwdziałać nałożeniu obowiązków regulacyjnych powód powinien wykazać, że w realnej przyszłości nie będzie mógł utrudniać dostępu, stosować zbyt wysokich lub niskich cen, czy w inny sposób dyskryminować kontrahentów uczestniczących w rynku. Dowód taki musiałby w praktyce sprowadzić się do skutecznego zakwestionowania przypisanej powodowi pozycji znaczącej, a w przedmiotowej sprawie dowód taki nie został przeprowadzony.

W ocenie Sądu Okręgowego nałożone na powoda w decyzji obowiązki regulacyjne są adekwatne do zidentyfikowanego problemu. Skoro powód w przyszłości może manipulować cenami i utrudniać dostęp do swojej sieci, to Prezes UKE ma prawo zastosować wobec niego środki zaradcze wskazane w art. 34 ust. 1 i ust. 2, art. 36, art. 37 i art. 40 Prawa telekomunikacyjnego. W zaskarżonej decyzji uwzględniono również zasadę proporcjonalności, ponieważ na wszystkich przedsiębiorców o znaczącej pozycji rynkowej nałożono analogiczne obowiązki. Według Sądu Okręgowego obowiązki nałożone na powoda są mniej restrykcyjne od propozycji Komisji Europejskiej wynikających z pisma kończącego postępowanie konsolidacyjne, a powód w odwołaniu ograniczył się do zgłoszenia zarzutu nieadekwatności i nieproporcjonalności zastosowanych środków, nie wskazując, na czym konkretnie zarzut ten miałby polegać.

Sąd Okręgowy nie podzielił także zarzutu dotyczącego niewykonalności obowiązków regulacyjnych określonych w pkt III ppkt 1 *in fine* oraz pkt III ppkt 4 decyzji, ze względu na ich nieprecyzyjne sformułowanie. W ocenie Sądu Okręgowego określony w pkt III ppkt 1 decyzji obowiązek stanowi swoistą klauzulę generalną, z której wynika ogólny zakaz blokowania przez powoda w jakikolwiek sposób korzystania z jego urządzeń telekomunikacyjnych i udogodnień związanych z tym korzystaniem, jak również usług świadczonych przez innego operatora, na których świadczenie powód ma wpływ, jeśli celem korzystania i świadczenia usług jest dojście do skutku zakańczania połączeń w sieci ruchomej powoda. Również nałożony na powoda obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty został uznany za sformułowany precyzyjnie, skoro powtarza on treść art. 40 Prawa telekomunikacyjnego. W ocenie Sądu Okręgowego każdy przedsiębiorca kalkulując ceny uwzględnia ponoszone koszty, gdyż jest to warunek opłacalności działalności gospodarczej. Natomiast przedmiotowe zobowiązanie umożliwi organowi regulacyjnemu monitorowanie poziomu cen operatora w relacji do ponoszonych przez niego kosztów.

Sąd Okręgowy uznał, że powód zaskarżył odwołaniem także postanowienie Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lipca 2006 r. W tym zakresie odwołanie jako niedopuszczalne, podlegało odrzuceniu.

Powyższy wyrok Sądu Okręgowego-Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie powód zaskarżył apelacją.

Wyrokiem z dnia 26 maja 2010 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie: sprostował zaskarżony wyrok przez oznaczenie dotychczasowego punktu III wyroku jako punktu II (pkt 1.); oddalił apelację w pozostałej części (pkt 2); zasądził od powoda na rzecz Prezesa UKE kwotę 270 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym (pkt 3). Sąd drugiej instancji podzielił ustalenia w zakresie podstawy faktycznej zaskarżonego wyroku. Stwierdził natomiast bezprzedmiotowość postanowienia przez Sąd pierwszej instancji o odrzuceniu odwołania od postanowienia Prezesa UOKiK, gdyż nie zostało ono odrębnie zaskarżone pomimo zarzutów dotyczących tego postanowienia zawartych w jego odwołaniu od decyzji Prezesa UKE. Zgodnie z art. 206 Prawa telekomunikacyjnego na postanowienie wydane w trybie art. 106 k.p.a. przez organ współdziałający z Prezesem UKE, zażalenie nie przysługuje. Oznacza to, że Sąd rozpoznaje postanowienie organu współdziałającego w ramach wniesionego odwołania, co nastąpiło. Bezpodstawne postanowienie

Sądu Okręgowego stało się przedmiotem odrębnego postępowania zażaleniowego. Po rozpoznaniu zażalenia powoda, Sąd Apelacyjny w odrębnym - od wyroku - postanowieniu z dnia 26 maja 2010 r., uchylił postanowienie zawarte w punkcie II wyroku Sądu Okręgowego z dnia 10 marca 2009 r.

Co do zarzutu naruszenia art. 2 i art. 7 Konstytucji RP, art. 6 k.p.a. i art. 58 Aktu akcesyjnego w związku z art. 19 ust. 3 i art. 23 ust. 2 PT, przez zastosowanie przez organ regulacyjny, a następnie przez Sąd Wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej, pomimo nieopublikowania tego aktu w języku polskim w oficjalnym publikatorze Unii Europejskiej, Sąd Apelacyjny uznał, że powód wprawdzie powołał w apelacji powyższe przepisy Konstytucji RP jako naruszone przez Sąd pierwszej instancji, lecz nie uzasadnił, na czym ich naruszenie miałyby polegać. Natomiast wyrażona w art. 6 k.p.a. zasada praworządności (legalności) dotyczy działania organów w postępowaniu administracyjnym, a nie dotyczy sądów w postępowaniu jurysdykcyjnym, stąd zarzut naruszenia tego przepisu przez Sąd nie może odnieść skutku. Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko zaskarżonego wyroku, że podstawą do publikacji przetłumaczonych na język polski Wytycznych mógłby być art. 58 Aktu akcesyjnego (Dz.U. UE z 2003 r. L 236, s. 33), lecz taki obowiązek nie powstał, ponieważ przyjęty przed przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej akt nie był sporządzony w języku polskim. Zgodnie z art. 19 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego Prezes UKE uwzględnia w największym możliwym stopniu wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej oraz zalecenie Komisji w ich aktualnym brzmieniu, a w przypadku odstąpienia od ich stosowania powiadamia Komisję Europejską, uzasadniając swoje stanowisko. Obowiązek uwzględnienia wytycznych Komisji Europejskiej przez krajowe organy regulacyjne wynika również z art. 16 ust. 1 dyrektywy ramowej 2002/21/WE. W ocenie Sądu Apelacyjnego podstawowe znaczenie dla oceny skutków nieopublikowania w języku polskim przedmiotowych wytycznych Komisji Europejskiej ma to, że powód nie wskazał, w jakim zakresie wytyczne - jego zdaniem - zawierają treści normatywne. Brak należytego określenia zarzutu przez skarżącego nie pozwala na jego weryfikację. Natomiast zawarty w art. 19 ust. 3 PT nakaz „uwzględniania przy stosowaniu ustawy w największym możliwym stopniu” wytycznych nie przesądza o ich normatywnym charakterze, skoro zwykle celem wytycznych jest wyłącznie doprowadzenie do jednolitości stosowania prawa.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego zarzut apelacji nieprzeprowadzenia przez Prezesa UKE postępowania konsolidacyjnego mógłby zostać oparty wyłącznie na naruszeniu art. 18 Prawa telekomunikacyjnego, gdyż powód nie uzasadnił, na czym naruszenie art. 19 ust. 2 tej ustawy miałyby polegać. Pomimo to, Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko zaskarżonego wyroku, że fakt przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego wynika z kopii pisma Komisji Europejskiej z dnia 29 maja 2006 r., obejmującego łączne stanowisko Komisji Europejskiej dla trzech rynków zakańczania połączeń w sieciach ruchomych, w tym w odniesieniu do rynku zajmowanego przez powoda. Sąd Apelacyjny podkreślił przy tym, że postępowanie konsolidacyjne jest procedurą prowadzoną na podstawie prawa wspólnotowego, stąd nie mają do niej zastosowania powołane przez powoda w apelacji przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego. Komisja Europejska na podstawie art. 19 ust. 1 dyrektywy ramowej wydała zalecenie z dnia 23 lipca 2003 r. w sprawie zawiadomień, terminów oraz konsultacji przewidzianych w art. 7 dyrektywy ramowej, które reguluje kwestię trybu i formy dokonywania zgłoszeń oraz badania ich przez Komisję. Zalecenie to nadaje zgłoszeniom jednolity format, w celu usprawnienia postępowania konsolidacyjnego. Wobec istnienia regulacji szczególnej zezwalającej na komunikację elektroniczną, Sąd Apelacyjny nie podzielił zarzutu apelacji naruszenia art. 244 § 1 k.p.c. (dotyczącego dokumentów urzędowych) bądź art. 245 k.p.c. (dotyczącego dokumentów prywatnych).

Co do zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 i ust. 4 PT w związku z art. 106 § 1 k.p.a. przez uznanie decyzji za prawidłową pomimo nieosiągnięcia przez Prezesa UKE wymaganego prawem porozumienia z organem współdziałającym - Prezesem UOKiK, Sąd Apelacyjny wskazał, że powód wadliwie powołał przepis będący podstawą zarzutu, gdyż właściwą podstawą mógłby być art. 25 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania przedmiotowej decyzji), który stanowił, że decyzje dotyczące wyznaczenia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców o znaczącej pozycji na rynku właściwym lub nałożenia obowiązków regulacyjnych określonych w ustawie są wydawane przez Prezesa UKE w porozumieniu z Prezesem UOKiK. Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko zaskarżonego wyroku co do zgodności stanowiska Prezesa UOKiK ze stanowiskiem Prezesa UKE co do treści projektowanej decyzji. W konsekwencji uznał, że został spełniony wymóg współdziałania organów w trybie art. 106 k.p.a. Sąd Apelacyjny podkreślił przy tym, że katalog rynków właściwych został sprecyzowany w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z

dnia 25 października 2005 r. w sprawie określenia rynków właściwych podlegających analizie przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty oraz że zgodnie z § 4 tego rozporządzenia rynek usług świadczonych przez powoda jest określony jako rynek zgodny z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia, a nie jako rynek krajowy. Chociaż Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wadliwie w sentencji postanowienia określił rynek właściwy jako rynek krajowy, to tego rodzaju omyłkowe określenie rynku nie miało znaczenia dla meritum rozstrzygnięcia, skoro z uzasadnienia postanowienia Prezesa UOKiK wynika, że analizie został poddany prawidłowy rynek zgodny z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia. Sąd Apelacyjny nie podzielił stanowiska zaskarżonego wyroku o wyłącznie opiniodawczym charakterze postanowienia Prezesa UOKiK. Przewidziany w art. 25 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego wymóg wydania decyzji „w porozumieniu” z Prezesem UOKiK, zdaniem Sądu Apelacyjnego, oznacza, że Prezes UOKiK nie może ograniczyć się do wydania opinii, lecz jest organem, który współkształtuje ostateczną treść rozstrzygnięcia. Wymaga to zapoznania się przez Prezesa UOKiK z całością zebranego w sprawie materiału, a nie wyłącznie z projektem decyzji przesłanym przez Prezesa UKE, gdyż dopiero na podstawie pełnych akt postępowania Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może dokonać analizy sytuacji na rynku właściwym, w tym pozycji rynkowej poszczególnych jego uczestników.

Uznając bezzasadność zarzutów apelacji naruszenia przepisów prawa procesowego - art. 316 § 1 w związku z art. 479⁶⁴ w związku z art. 233 § 1 k.p.c. przez niezbadanie istoty sprawy w części, w której Sąd pierwszej instancji odrzucił w części odwołanie od decyzji (punkt II wyroku), Sąd Apelacyjny stwierdził, że Sąd pierwszej instancji rozpoznał także zarzuty zgłoszone przez powoda wobec postanowienia Prezesa UOKiK, obszernie omawiając je w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Sąd Apelacyjny podzielił w szczególności pogląd Sądu pierwszej instancji, że wynikająca z uzasadnienia postanowienia Prezesa UOKiK rozbieżność stanowisk organów co do występowania zjawiska *price squeezingu* nie ma wpływu na prawidłowość decyzji Prezesa UKE wydanej „w porozumieniu”, skoro obydwa organy były zgodne co do treści rozstrzygnięcia.

Sąd Apelacyjny odnosząc się do zarzutów naruszenia: art. 233 § 1 i art. 227 k.p.c., przez dokonanie błędnych ustaleń stanu faktycznego w wyniku nieustalania istotnych w sprawie okoliczności w oparciu o jakiegokolwiek dowody, a jednocześnie

dokonania ustaleń w oparciu o niewskazane przez Sąd dowody, co miałyby być równoznaczne z naruszeniem art. 328 § 2 k.p.c. oraz naruszenia art. 6 k.c. w związku z art. 24 ust. 2 i ust. 3 w związku z ust. 6 oraz art. 25 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego, przez błędne przyjęcie, że na powódzie spoczywa ciężar dowodu okoliczności przeciwnych do przyjętych w treści decyzji - stwierdził, że Sąd pierwszej instancji dokonał wnikliwej analizy zgłoszonych przez strony dowodów, a wnioski będące podstawą ustalenia, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w publicznej ruchomej sieci telefonicznej powoda, zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia nie występuje skuteczna konkurencja, wyznaczenia powoda jako przedsiębiorcy zajmującego pozycję znaczącą na tym rynku oraz nałożenia na niego obowiązków regulacyjnych, Sąd pierwszej instancji oparł na dowodach zaferowanych przez pozwanego znajdujących się w aktach administracyjnych, dzieląc tok rozumowania organu regulacyjnego. Niezrozumiały jest zarzut powoda, że „Sąd nie przeprowadził własnej analizy ani jakiegokolwiek dowodu” bez wskazania, jakie konkretnie dowody powód ma na myśli. Powód ograniczył się do ogólnego odwołania się do zgłoszonych przez siebie dowodów i konkluzji, które miałyby z nich wypływać, nie podając który z dowodów miałby wykazywać jaką okoliczność. Tymczasem, zdaniem Sądu Apelacyjnego, zważywszy na kontradiktoryjny charakter postępowania przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Sąd ten nie był zobligowany do przeprowadzania dowodów niezgłoszonych przez strony.

Sąd drugiej instancji podzielił stanowisko Sądu pierwszej instancji, że w kontroli *ex ante* zidentyfikowanym problemem, o którym mowa w art. 25 ust. 4 PT, nie jest zachowanie konkretnego przedsiębiorcy w przeszłości, lecz brak sprawnie działającej konkurencji na rynku właściwym, co daje każdemu przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej możliwość przyszłego ingerowania w mechanizm konkurencji. Sąd Apelacyjny podzielił w tym zakresie stanowisko zaskarżonego wyroku, że aby skutecznie uniknąć nałożenia obowiązków regulacyjnych, powód powinien udowodnić, że w realnej przyszłości nie będzie mógł utrudniać dostępu do sieci, stosować zbyt wysokich lub niskich cen, bądź w inny sposób dyskryminować kontrahentów uczestniczących w rynku. Dowód ten praktycznie sprowadzałby się do skutecznego zakwestionowania przypisanej przedsiębiorcy pozycji znaczącej, co wobec absolutnego charakteru barier wejścia na przedmiotowy rynek, byłoby zadaniem niewykonalnym. W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy nie przerzucił na powoda ciężaru dowodu w sprawie, a jedynie wskazał, że organ regulacyjny wykazał istnienie ustawa-

wych przesłanek wdrożenia środków regulacyjnych, których celem jest ochrona konkurencji na rynku realizowana uprzednio (*ex ante*), a nie po fakcie (*ex post*). Dlatego zadaniem Prezesa UKE nie było wykazanie, że powód dopuścił się jakichkolwiek naruszeń, a jedynie, że jego silna pozycja rynkowa stwarza tego rodzaju zagrożenia. Twierdzenia powoda zmierzały do badania stanu obecnego i przeszłego, który nie ma bezpośredniego wpływu na zasadność stosowania środków regulacyjnych, a jedynie może wpływać na dobór tych środków w taki sposób, żeby były najmniej uciążliwe.

Co do zarzutu naruszenia art. 40 PT, Sąd Apelacyjny wskazał, że przepis ten przewiduje możliwość nałożenia na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązku ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty. Chodzi tu o koszty faktycznie ponoszone, bez weryfikacji ich zasadności. Nałożenie tego obowiązku regulacyjnego powoduje, że operator zobligowany jest do przedstawiania Prezesowi UKE uzasadnienia wysokości opłat ustalonych w oparciu o ponoszone koszty, natomiast Prezes UKE ocenia prawidłowość wysokości tych opłat, z uwzględnieniem wysokości opłat stosowanych na porównywalnych rynkach konkurencyjnych. W ocenie Sądu Apelacyjnego powyższy obowiązek regulacyjny jest sformułowany w sposób jasny i wyczerpujący, a jego nałożenie zgodnie z opinią Komisji Europejskiej, jest adekwatne do zidentyfikowanego problemu.

Wyrok Sądu Apelacyjnego (w całości) powód zaskarżył skargą kasacyjną. Skargę oparto na obydwu podstawach z art. 398³ § 1 (pkt 1 i 2) k.p.c.

W ramach podstawy materialnoprawnej (art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c.) zarzucono: a) błędną wykładnię art. 24 ust. 1-3 oraz art. 25 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego, przez przyjęcie, że: - dla potrzeb prowadzenia regulacji *ex ante*, tj. ustalenia, że na danym rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja, wyznaczenia przedsiębiorcy o znaczącej pozycji oraz nałożenia na niego obowiązków regulacyjnych, w żadnej mierze nie są miarodajne zdarzenia z przeszłości dotyczące między innymi działalności tego przedsiębiorcy w okresie bezpośrednio poprzedzającym prowadzoną analizę; - w przypadku rynku zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej jedyną przesłankę nałożenia na przedsiębiorcę obowiązków regulacyjnych, zgodnie z art. 25 ust. 4 PT, jest jego udział w rynku właściwym; b) niewłaściwe zastosowanie art. 6 k.c. w związku z art. 24 ust. 2 i ust. 3 oraz art. 25 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 479⁶⁴ § 2 w związku z art. 479⁶⁰ k.p.c., polegające na uznaniu, że dla skutecznego podważenia decyzji Prezesa UKE w sprawie

wyznaczenia przedsiębiorcy o znaczącej pozycji na danym rynku oraz nałożenia na niego obowiązków regulacyjnych konieczne jest wykazanie przez wnoszącego odwołanie, iż nie będzie on „utrudniał dostępu do sieci”, „stosował zbyt wysokich lub niskich cen” ani „dopuszczał się innej dyskryminacji uczestników rynku”.

W ramach podstawy procesowej (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.) zarzucono: - naruszenie art. 378 § 1 k.p.c. w związku z art. 385 k.p.c. w związku z art. 19 ust. 3 i art. 23 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 58 Aktu akcesyjnego, przez zaniechanie zbadania jednego z zarzutów apelacji w wyniku błędnego uznania, że granice apelacji wyznaczane są przez treść uzasadnienia zarzutów (także w przypadku, gdy zarzut apelacji oparty jest na naruszeniu prawa materialnego); - naruszenie art. 386 § 4 k.p.c. i art. 385 k.p.c. w związku z art. 479⁶⁴ k.p.c. oraz w związku z art. 227 k.p.c., art. 232 k.p.c., art. 233 k.p.c. i art. 236 k.p.c. oraz art. 316 § 1 k.p.c., przez błędne uznanie, że: 1. wnioski dowodowe zgłoszone przez powoda w odwołaniu od zaskarżonej decyzji Prezesa UKE nie były konieczne dla wydania prawidłowego rozstrzygnięcia przez Sąd pierwszej instancji; 2. Sąd pierwszej instancji ustalił okoliczności faktyczne w oparciu o dowody „zaferowane przez Pozwanego” - a w konsekwencji - że zarzut niezbadania istoty sprawy podniesiony w apelacji powoda nie zasługiwał na uwzględnienie; - naruszenie art. 385 w związku z art. 316 § 1 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. „w nawiązaniu” do art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c., art. 479⁵⁸ § 2 k.p.c. w związku z art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c. oraz art. 142 k.p.a. w związku z art. 206 ust. 4 PT; art. 385 k.p.c. w związku z art. 479⁵⁸ § 2 k.p.c. w związku z art. 479⁵⁷ pkt 1 k.p.c. oraz art. 350 § 1 k.p.c. w związku z art. 78 Konstytucji RP; art. 367 § 1 i § 2 k.p.c. oraz art. 479⁵⁷ pkt 1 k.p.c., przez: - bezpodstawne przyjęcie, że Sąd pierwszej instancji rozpoznał sprawę w całości co do istoty, pomimo że Sąd ten (bezpodstawnie) odrzucił odwołanie w części dotyczącej postanowienia Prezesa UOKiK z dnia 4 lipca 2006 r.; - oddalenie apelacji powoda, pomimo że w ramach postępowania przed Sądem pierwszej instancji odwołanie P. SA nie zostało rozpoznane w całości co do istoty; - dokonanie - na skutek bezpodstawnego „sprostowanie omyłki” w wyroku Sądu pierwszej instancji - merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy przez Sąd Apelacyjny w miejsce Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a w konsekwencji naruszenie prawa powoda do rozpoznania sprawy w całości w ramach dwuinstancyjnego postępowania sądowego.

Powód wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi drugiej instancji i orzeczenie przez ten

Sąd w przedmiocie kosztów postępowania, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa; alternatywnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz jego zmianę w całości w ten sposób, że orzeczona zostanie zmiana wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 marca 2009 r. przez uchylenie decyzji Prezesa UKE z dnia 19 lipca 2006 r. [...] oraz o orzeczenie przez Sąd w przedmiocie kosztów postępowania, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną strona przeciwna - pozwany Prezes UKE - wniósł o oddalenie skargi kasacyjnej oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania kasacyjnego, według norm przepisanych prawem.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zarzuty błędnej wykładni i błędnego zastosowania przepisów wskazanych w materialnoprawnej podstawie skargi wywodzi wnosząca skargę z przedstawionych wyżej twierdzeń co do przesłanek podstawy prawnej zaskarżonego wyroku. Według skarżącej, Sąd drugiej instancji nie zweryfikował będącej przedmiotem sprawy decyzji Prezesa UKE, bo bezzasadnie przyjął, po pierwsze, że dla przedmiotowej regulacji *ex ante* całkowicie bez znaczenia są zdarzenia z przeszłości, a jedyną przesłanką nałożenia obowiązków regulacyjnych jest udział zobowiązanego przedsiębiorcy w rynku właściwym i po drugie, że to wnoszący odwołanie przedsiębiorca, aby skutecznie podważyć podstawy do nałożenia na niego obowiązków regulacyjnych, musi wykazać, iż w przyszłości nie dojdzie do sytuacji zakazanych, których dotyczą nałożone obowiązki.

Rozpatrując pod kątem postawionych zarzutów uzasadnienie zaskarżonego wyroku Sąd Najwyższy nie znalazł inkryminowanych założeń rozstrzygnięcia sprawy. Przede wszystkim nie jest tak, że Sąd Apelacyjny totalnie („w żadnej mierze”) odcina się od „zdarzeń z przeszłości”. Jest wprost przeciwnie, bo oceny prawne wyroku wynikają z analizy subsumcyjnej ustalonych okoliczności faktycznych, a ustalony stan faktyczny to przecież zespół faktów („zdarzeń”), które zaistniały („zdarzyły się w przeszłości”). Kwalifikacje subsumcyjne nie są, jak bezzasadnie zarzucono w skardze, oderwane od zdarzeń z przeszłości, są one oczywiście konsekwencją ustalonego stanu faktycznego tyle tylko, że Sąd uznał, że niektóre z twierdzeń strony powodowej jakoby w okresie objętym analizą nie dopuszczała się ona zakazanych praktyk antyrynkowych, nie pozbawiły same przez się podstaw do nałożenia na P. SA obo-

wiązków regulacyjnych. Stanowisko Sądu jest odpowiednie do ustawowych warunków kompetencji Prezesa UKE. Ze względu na postawiony zarzut, należy zwrócić uwagę na to, że - stosownie do art. 24 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego - nałożenie obowiązków regulacyjnych przewidzianych w ustawie stanowi - wynikającą z tego przepisu - konsekwencję ustalenia, że na danym rynku właściwym nie następuje skuteczna konkurencja oraz wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji na tym rynku. Jeżeli zatem w sprawie zostało wyjaśnione, że na określonym rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja, P. SA zajmuje na tym rynku pozycję znaczącą, to koniecznym tego następstwem - z mocy prawa - było nałożenie obowiązków rynkowych przewidzianych w ustawie. Wynika to z wyraźnej zasady ustawowo ukształtowanej i z określonej w ustawie kompetencji organu regulacyjnego do określania obowiązków przedsiębiorstwa na rynku właściwym (przedsiębiorstwa dominującego), „biorąc pod uwagę adekwatność danego obowiązku do zidentyfikowanego problemu, proporcjonalność oraz cele określone w art. 1 ust. 2, z uwzględnieniem art. 1 ust. 3” (art. 25 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego). Najogólniej rzecz biorąc, wskazana kompetencja Prezesa UKE i odpowiadające jej zobowiązanie przedsiębiorstwa dominującego na tym rynku właściwym umożliwiają kompensatę sytuacji niepożądaną z punktu widzenia równoprawnej i skutecznej konkurencji na danym rynku usług telekomunikacyjnych; wprowadzona regulacja szczegółowa potrzebna jest dla zapewnienia użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności ceny i jakości usług (por. art. 1 ust. 2 pkt 1 i 4 Prawa telekomunikacyjnego). W ramach ukształtowanej w ustawie zasady i zakresu regulacji szczegółowej dla rynków właściwych, na których nie występuje skuteczna konkurencja, nie została przewidziana możliwość wyłączenia z zakresu tej regulacji powierzonych Prezesowi UKE przedsiębiorstwa telekomunikacyjnego, które pomimo zajmowania znaczącej pozycji rynkowej wykazałoby, że niedopuszczało się praktyk antykonkurencyjnych. Oczywiście stan rzeczy, w którym dominujący na rynku przedsiębiorca nie podejmuje zachowań negatywnych z punktu widzenia praw rynku i z punktu widzenia uzasadnionych oczekiwań użytkowników jest bardzo pożądanym. Są to okoliczności, które mogą mieć znaczenie dla wyboru obowiązków regulacyjnych przewidzianych w ustawie i zakresu ich zastosowania według kryteriów adekwatności do zidentyfikowanego problemu, proporcjonalności oraz celów Prawa telekomunikacyjnego. Sądy obu instancji badały nałożone na P. SA obowiązki regulacyjne pod kątem kryteriów określonych w art. 25 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego, uznając, że nie są

one uciążliwe dla zobowiązanego Przedsiębiorstwa, a są adekwatne do specyficznych warunków przedmiotowego rynku właściwego i proporcjonalne do jego problemów. Tych ustaleń zaskarżonego wyroku (ustaleń obszernie uzasadnionych warunków analizy ustalonych faktów) nie mogą skutecznie podważyć zastrzeżenia skargi, które nie odnosząc się do ustaleń szczegółowych dotyczących zastosowanych wobec P. SA obowiązków regulacyjnych, kwestionują co do zasady nałożone obowiązki ze względu na twierdzenie o braku wcześniejszych zachowań antykonkurencyjnych. Do podniesionych wcześniej uwag o specjalnym znaczeniu i specjalnej potrzebie regulacji szczegółowej w stosunku do przedsiębiorców zajmujących pozycję dominującą na rynku właściwym, na którym brakuje skutecznej konkurencji dodać można uwagę, że nawet przypadki zachowań odpowiednich nie pozbawiają znaczenia regulacji nakierowanej na kształtowanie przyszłych zachowań przedsiębiorstwa dominującego na danym rynku właściwym, a jeżeli - tak to zdaje się sugerować autorka skargi - przedmiotowa regulacja nie koliduje z dotychczasowymi zachowaniami P. SA, to dodatkowo mogłoby wskazywać raczej na odpowiedniość i nieuciążliwość nałożonych obowiązków, które będą mogły być realizowane nie tyle ze względu na konieczność poddania się ustalonemu obowiązkowi co z własnej woli Przedsiębiorstwa.

Stosownie do art. 24 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego znaczącą pozycję rynkową zajmuje przedsiębiorca telekomunikacyjny, który na rynku właściwym samodzielnie posiada pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego. Z kolei zgodnie z art. 14 dyrektywy 2002/21/WE przedsiębiorstwo ma pozycję równoważną pozycji dominującej gdy jego pozycja ekonomiczna jest na tyle silna, że uprawnia go ona do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów. Dodać do tego jeszcze trzeba kryteria oceny pozycji znaczącej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na rynku właściwym przewidziane w art. 24 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego. Wszystkie powyższe regulacje zostały właściwie zastosowane do ustalonego w sprawie stanu faktycznego, według którego P. SA ma 100% udziału w rynku właściwym i w związku z tym kontroluje należący do niego rynek oraz zachodzą kryteria znaczącej pozycji określone w art. 24 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego. Te ostatnie ustalenia zostały dokonane w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji a Sąd drugiej instancji je podzielił. Specyficzne problemy ustalonego rynku właściwego, pozycja jaką na nim zajmuje P. SA i zakres potrzebnej regulacji szczegółowej zabezpieczającej należyte funkcjonowanie przedmiotowego rynku, Sąd

Apelacyjny ustalił także z uwzględnieniem wyników postępowania konsultacyjnego i postępowania konsolidacyjnego. Nie ma racji wnosząca skargę, gołosłownie w tym zakresie zarzucając naruszenie wskazanych przepisów przez rzekome ich pominięcie i ustalenie znaczącej pozycji rynkowej P. SA na rynku właściwym wyłącznie na podstawie zakresu jego udziału na tym rynku.

Zupełnie nieprzekonujące są przedstawione w skardze zarzuty naruszenia określonej w art. 6 k.c. zasady *onus probandi*. Zarzut ten wiąże skarżącą z zacytowaną częścią zdania z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, „że aby skutecznie uniknąć nałożenia obowiązków regulacyjnych, powód powinien udowodnić, że w realnej przyszłości nie będzie mógł utrudniać dostępu do sieci, stosować zbyt wysokich lub niskich cen, bądź w inny sposób dyskryminować kontrahentów uczestniczących na rynku”. Tylko w takim wyrwanym z kontekstu zdaniu można doszukiwać się oceny dowodowej (*onus probandi*). W rzeczywistości zaś - co jasno wynika z kontekstu owego zdania - Sąd Apelacyjny wyraził w ten sposób ocenę interpretacyjną dotyczącą wynikających z art. 25 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego zasad regulacji obowiązków przedsiębiorstwa telekomunikacyjnego zajmującego pozycję znaczącą na rynku właściwym, na którym nie występuje skuteczna konkurencja. Według Sądu problem zasadności nałożenia określonych obowiązków regulacyjnych nie wiąże się z zachowaniem przedsiębiorcy w przeszłości, lecz z brakiem sprawnie działającej konkurencji na rynku właściwym, „co daje każdemu przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej możliwość ingerowania w przyszłości w mechanizm konkurencji”. Ze względu więc na ustawowo określone warunki i cele obowiązków regulacyjnych, o których mowa w art. 25 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego, Sąd Apelacyjny stwierdził, że skoro obowiązki te mają dotyczyć zabezpieczeń rynku w przyszłości, zabezpieczeń koniecznych ze względu na określone cechy rynku i określone cechy przedsiębiorstwa telekomunikacyjnego, to dowodzenie, że nie zachodzą nieprzewidziane w ustawie powody nałożenia obowiązków regulacyjnych nie staje się potrzebne, jak to przyjęła skarżąca, ale wręcz, jest bezprzedmiotowe gdyż „dowód ten musiałby się jednak w praktyce sprowadzić do skutecznego zakwestionowania przypisanej przedsiębiorstwu pozycji znaczącej, co wobec absolutnego charakteru barier wejścia na przedmiotowy rynek, byłoby zadaniem niewykonalnym”.

W pierwszym z zarzutów procesowej podstawy skargi zarzucono uchylenie się przez Sąd Apelacyjny od rozpoznania zarzutów apelacji dotyczących - według apelacji - sprzecznego z polskim porządkiem prawnym oraz z art. 58 Aktu akcesyjnego

(Dz.U. U. E. z 2003 r., L z 36 s.33) powołania się w decyzji Prezesa UKE na wytyczne Komisji Europejskiej z 2002 r., które nie zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w języku polskim. Zarzucone stanowisko Sądu drugiej instancji polegało na stwierdzeniu bezzasadności zarzutów apelacji w sytuacji gdy w art. 58 Aktu akcesyjnego nie ma podstawy do publikacji przedmiotowych wytycznych w języku polskim, natomiast ze względu na zawarty w art. 19 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego nakaz uwzględnienia wytycznych, potrzebne byłoby wykazanie normatywnego ich znaczenia czego zabrakło w uzasadnieniu postawionego zarzutu.

Rozpoznając dotyczący powyższego stanowiska Sądu Apelacyjnego zarzut naruszenia art. 378 § 1 k.p.c. Sąd Najwyższy uznał, że zauważony przez Sąd Apelacyjny niedostatek uzasadnienia postawionego w apelacji zarzutu naruszenia prawa materialnego nie uzasadniał uchylenia się od rozpoznania istotnego w sprawie problemu, ściśle z postawionym zarzutem związanego - czy zastosowane wytyczne, chociaż nie zostały opublikowane w języku polskim, mogły mieć - ze względu na ich normatywny charakter - znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Nieodniesienie się do problemu „normatywności” wytycznych w apelacji nie wyłączyło tego problemu dotyczącego zastosowania art. 19 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego z zakresu sprawy przed Sądem drugiej instancji. Wynika to z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP49/07, według której Sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego.

Druga uwaga dotyczy ograniczonego zakresu problemów jakimi może zająć się Sąd Najwyższy rozpoznający skargę kasacyjną w granicach jej podstaw (art. 398¹³ § 1 k.p.c.), w tym wypadku podstawy procesowej, której warunkiem jest wykazanie, że zarzucone uchybienie art. 378 § 1 k.p.c. mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Pozostając w granicach postawionego zarzutu Sąd Najwyższy rozpoznał tylko tę kwestię, której nierozpoznanie zarzuca skarga, to jest na ile normatywne znaczenie mają wytyczne Komisji Europejskiej, ponieważ Sąd drugiej instancji oparł swe rozstrzygnięcie na założeniu „nienormatywności” wytycznych, założeniu przyjętym dlatego, że strona apelująca nie wykazała, że jest inaczej. Należy do tego dodać, że ze względu na rozważaną kwestię, ten aspekt „normatywności”, który brał pod uwagę Sąd Apelacyjny, aspekt znaczenia, albo raczej źródłowego wpływu wytycznych Komisji Europejskiej na decyzję polskiego organu regulacyjnego, jest tu najistotniejszy. Punktem wyjścia analizy jest bowiem przyjęte założenie, że tak w po-

rzędu prawnym Wspólnoty Europejskiej, jak i w polskim porządku prawnym, najzupełniej oczywistą gwarancją pewności prawa jest jego właściwa publikacja. W tym przypadku problem polega na tym, że wytyczne, o które chodzi, wchodzą bezpośrednio, przez art. 19 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego, do polskiego porządku prawnego, a pomimo to nie zostały opublikowane w języku polskim i taki stan rzeczy nie jest sprzeczny z art. 58 Aktu akcesyjnego. Wobec ścisłego zazębienia regulacji wspólnotowych z polskimi, gdy te ostatnie są implementacją organizacji wspólnotowych, w sytuacji gdy przedmiotowe wytyczne Komisji muszą być uwzględnione przez krajowe organy regulacyjne na mocy art. 15 i 16 dyrektywy 2002/21 rozważane w sprawie zagadnienie na skutek wystąpienia Sądu Najwyższego w trybie art. 234 TWE w analogicznej do rozpatrywanej sprawie o nałożenie obowiązków regulacyjnych III SK 16/09 (LEX nr 585833) zostało rozstrzygnięte przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w wyroku z dnia 12 maja 2011 r., C-410/09 (EUR - Lex - 6200930410 - PL). Wyrokiem tym Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że art. 58 Aktu akcesyjnego powinien być interpretowany w ten sposób, że ów przepis nie sprzeciwia się temu, aby krajowy organ regulacyjny mógł powoływać się na wytyczne Komisji dotyczące analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej w zastosowaniu wspólnotowych norm regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej w decyzji, na mocy której organ ten nakłada na operatora usług łączności elektronicznej określone obowiązki regulacyjne, pomimo tego że wytyczne te nie zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w języku państwa członkowskiego, którego dotyczy sprawa, nawet gdy język ten jest językiem urzędowym Unii. W rozpatrywanej sprawie, zgodnie z powyższym wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości, Sąd Najwyższy przyjął założenie, że należało zbadać czy wytyczne z 2002 r., rozpatrywane pod kątem ich treści, nakładają obowiązki na jednostki. Gdyby sytuacja taka zachodziła, wówczas wobec braku publikacji w języku polskim nie można by się na nie powołać wobec jednostek w Polsce. Z przedstawionej w wyroku Trybunału Sprawiedliwości analizy treści wytycznych z 2002 r. wynika, że wytyczne te nie przewidują żadnych obowiązków, które mogłyby zostać nałożone bezpośrednio na jednostki; w związku z tym, brak ich publikacji w języku polskim nie stoi na przeszkodzie temu, by krajowy organ regulacyjny Rzeczypospolitej Polskiej mógł się na nie powoływać w decyzji skierowanej do jednostek.

Z powyższego wynika, że uznanie przez Sąd Apelacyjny, iż brak publikacji wytycznych z 2002 r. w języku polskim nie stanowił podstawy do uwzględnienia roz-

patrywanego w sprawie odwołania od decyzji Prezesa UKE, jest słuszne, pomimo nierozpatrzenia tych wytycznych pod kątem ich treści. Okazało się zatem, że uchybienie dotyczące naruszenia art. 378 § 1 k.p.c. nie miało istotnego wpływu na wynik sprawy a podniesiony w tym zakresie zarzut w skardze kasacyjnej nie miał uzasadnionej podstawy w art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.

Bezzasadne są pozostałe zarzuty procesowej podstawy skargi kasacyjnej.

Zarzut niezbadania istoty sprawy skarżący wyprowadza z nieuzasadnionej - o czym była mowa wyżej - krytyki stanowiska Sądu Apelacyjnego co do materialnoprawnych warunków nałożenia przez Prezesa UKE obowiązków regulacyjnych.

Zarzuty dotyczące postępowania dowodowego są niezasadne w swych ogólnikowo ujętych zastrzeżeniach dotyczących pominięcia wyjaśnienia okoliczności, które - w opozycji do stanowiska Sądów obu instancji - skarżący uważa za istotne. Sąd Apelacyjny wskazał, że zakres postępowania dowodowego został wyznaczony wnioskami stron, natomiast zarzut nieuwzględnienia wniosków strony powodowej był głośłowny bo nie skonkretyzowany, bez wskazania jaki konkretny wniosek i jakiej tezy dotyczący, nie został uwzględniony. Uniemożliwiło to Sądowi Apelacyjnemu rozpatrzenie tak postawionego zarzutu. Pomimo zwrócenia na to uwagi w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, skarga kasacyjna, podobnie jak apelacja, zarzuciła błędną ocenę wniosków dowodowych bez niezbędnego skonkretyzowania tych wniosków, co uniemożliwia rozpoznanie, tego czy ewentualne uchybienie mogło mieć wpływ na wynik sprawy (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.). Bezzasadna jest także procesowa podstawa skargi kasacyjnej w jej ostatniej grupie zarzuconych naruszeń przepisów postępowania, z dotyczących pominięcia w zaskarżonym wyroku Sądu drugiej instancji tego, że Sąd pierwszej instancji nie rozpoznał odwołania P. SA w części dotyczącej zaskarżenia, na podstawie art. 142 k.p.a. w związku z art. 206 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego postanowienia Prezesa UOKiK z dnia 4 lipca 2006 r. Wbrew tym zarzutom, zaskarżony wyrok bezbłędnie wyraża zakres przedmiotu sprawy wynikłej z odwołania P. SA od określonej decyzji Prezesa UKE wydanej w trybie regulowania rynku telekomunikacyjnego. Stanowisko Sądu Apelacyjnego jest w pełni zgodne z przepisami art. 206 ust. 2 i ust. 4 w związku z art. 24 ust. 1 oraz art. 25 ust. 2 i 4 Prawa telekomunikacyjnego. Nie budzi żadnych zastrzeżeń stanowisko Sądu, iż ze wskazanych przepisów jasno wynika, że właściwym i jedynym środkiem zaskarżenia decyzji Prezesa UKE w sprawie o wyznaczenie przedsiębiorcy o znacznej pozycji na rynku właściwym i o nałożenie obowiązków regulacyjnych określonych w ustawie, jest otwie-

rające dwuinstancyjne postępowanie sądowe, odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu ochrony konkurencji i konsumentów. W ramach tego odwołania mogą być podnoszone zarzuty dotyczące całego poprzedzającego wydanie decyzji postępowania w tym postępowania, konsultacyjnego oraz dotyczące uzyskania wymaganego porozumienia z Prezesem UOKiK. Stosownie do obowiązującego w sprawie brzmienia art. 206 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego, na postanowienie wydane w trybie art. 106 k.p.a. przez organ współdziałający z Prezesem UKE, a więc także Prezesa UOKiK, zażalenie nie przysługuje. Ta ostatnia regulacja oznacza, że postępowanie dotyczące uzyskania wymaganego porozumienia Prezesa UOKiK jest wewnętrzną częścią sprawy prowadzonej przez Prezesa UKE, taką częścią, w której uzyskanie stanowiska Prezesa UOKiK (w formie postanowienia) nie podlega osobnemu zaskarżeniu. Stwierdzając powyższe, zgodnie z właściwymi przepisami Prawa telekomunikacyjnego, Sąd Apelacyjny „uporządkował” procedurę sprawy. Ponieważ Sąd pierwszej instancji rozpoznał odwołanie w całości a więc także w odniesieniu do postępowania przed Prezesem UOKiK, a ponadto dodatkowo i w tym przypadku bez uzasadnionego powodu przyjął jakoby odwołanie P. zawierało zażalenie osobne (na postanowienie Prezesa UOKiK), Sąd Apelacyjny słusznie uchylił rozstrzygnięcia bezprzedmiotowego postępowania zażaleniowego. Podkreślić należy, że z uzasadnień wyroków Sądów obu instancji wynika, że Sąd pierwszej instancji rozpoznał odwołanie w zakresie wymaganego porozumienia z Prezesem UOKiK, a Sąd drugiej instancji, po pierwsze, zasadnie przyjął, że sprawa w tym zakresie została rozpoznana w postępowaniu przed Sądem Okręgowym, a po drugie, że wyniki tego rozpoznania odpowiadają wymaganiom uzyskania porozumienia z Prezesem UOKiK.

Z powyższych przyczyn, uznając, że skarga kasacyjna nie ma uzasadnionych podstaw, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji wyroku.

=====