



Sygn. akt III SK 3/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 października 2012 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Halina Kiriło (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Jerzy Kwaśniewski

SSN Krzysztof Staryk

w sprawie z powództwa Polkomtel Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanego Cyfrowy Polsat Spółki Akcyjnej i Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji

o ustalenie warunków dostępu,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń

Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 19 października 2012 r.,

skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 22 lipca 2011 r.,

uchyla zaskarżony wyrok w punkcie I. 1. i sprawę w tym zakresie przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes Urzędu) na wniosek Cyfrowego Polsatu S.A. (zainteresowany) wydał na podstawie art. 28 ust. 1 w związku z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo Telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.) decyzję ustalającą warunki dostępu do sieci telekomunikacyjnej w zakresie połączenia sieci oraz zasady rozliczeń między zainteresowanym i Polkomtel S.A. (powód). Decyzją tą powód i zainteresowany zostali zobowiązani do zapewnienia swobodnego przepływu ruchu telekomunikacyjnego pomiędzy należącymi do nich sieciami.

Powód zaskarżył decyzję odwołaniem, zarzucając naruszenie art. 26 ust. 1 i 2, art. 27 ust. 2, art. 28 ust. 1-4 i 8 Prawa telekomunikacyjnego oraz art. 7, 10, 77 § 1 i 78 § 1 i 104 k.p.a. Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 10 czerwca 2010 r. oddalił odwołanie. Powód zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego apelacją, powtarzając w zasadzie zarzuty zawarte w odwołaniu od decyzji. W toku postępowania apelacyjnego powód podniósł dodatkowo argument, że Prezes Urzędu uregulował w zaskarżonej decyzji prawa i obowiązki stron w zakresie świadczenia usług SMS oraz MMS, mimo że na żadnej ze stron nie ciążył obowiązek regulacyjny świadczenia tych usług, co oznacza, że organ nie był uprawniony do wydania w tym zakresie decyzji o dostępie telekomunikacyjnym.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 22 lipca 2011 r. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób że uchylił częściowo decyzję Prezesa Urzędu w zakresie w jakim reguluje ona prawa i obowiązki stron umowy dotyczące świadczenia usług SMS i MMS. Uwzględniając zarzut apelacyjny odnoszący się do rozstrzygnięcia w zaskarżonej decyzji o usługach zakańczania połączeń SMS oraz MMS w sieci powoda, Sąd Apelacyjny wskazał, że przed wydaniem zaskarżonej decyzji organ regulacyjny nie zbadał rynku świadczenia tych usług i nie nałożył na powoda obowiązków regulacyjnych w zakresie świadczenia tych usług. Sąd Apelacyjny powołał się na stanowisko Komisji Europejskiej, która zarzuciła Polsce nieprawidłową implementację dyrektywy 2002/19/WE z dnia 7 marca 2002 r. o dostępie (dalej: dyrektywa 2002/19/WE) w zakresie, w jakim art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego upoważniał krajowy organ regulacyjny do nałożenia na

operatora obowiązku zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego bez konieczności uprzedniego ustalenia, że operator ten zajmuje znaczącą pozycję rynkową na rynku właściwym, a tym samym bez zbadania tego rynku. Opierając się na art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, Sąd Apelacyjny uznał, że w odróżnieniu od obowiązku prowadzenia negocjacji dotyczących dostępu telekomunikacyjnego w zakresie połączenia sieci, który obciąża wszystkich operatorów sieci publicznych bez względu na ich pozycję rynkową, obowiązek zawarcia umowy, a przez to możliwość ingerencji organu regulacyjnego, dotyczy tylko operatora zobowiązanego do zapewnienia dostępu, a zatem operatora, na którego nałożono obowiązek regulacyjny uwzględnienia uzasadnionych wniosków o dostęp lub o połączenie sieci. Na tej podstawie Sąd Apelacyjny uchylił decyzję Prezesa Urzędu w zakresie w jakim rozstrzygała o prawach i obowiązkach stron dotyczących świadczenia usług SMS i MMS, ponieważ w tym zakresie decyzja regulatora nie została poprzedzona zbadaniem rynku właściwego tych usług, ani wyznaczeniem jednej ze stron postępowania jako podmiotu posiadającego znaczącą pozycję rynkową na rynku tego rodzaju usług. Prezes Urzędu nie miał zatem podstaw prawnych do unormowania w zaskarżonej decyzji współpracy powoda i zainteresowanego w zakresie SMS i MMS.

Prezes Urzędu zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w części, to jest w zakresie pkt I.I. Skarga kasacyjna oparta została na obu podstawach. W ramach procesowej podstawy skargi, Prezes Urzędu zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie: 1) art. 386 § 1 k.p.c. w związku z art. 479(64) § 2 k.p.c. i art. 325 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 zd. 1 k.p.c., poprzez niewłaściwe określenie sentencji wyroku przez brak konkretnego i precyzyjnego określenia części w jakiej decyzja została uchylona; 2) art. 321 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. i art. 383 k.p.c., poprzez zmianę wyroku Sądu Okręgowego w sytuacji, gdy powód w odwołaniu nie podnosił zarzutu, że Prezes Urzędu uregulował prawa i obowiązki stron w zakresie usług SMS i MMS pomimo, że na żadnej z nich nie ciążył obowiązek regulacyjny świadczenia tych usług.

W zakresie materialnej podstawy skargi kasacyjnej, Prezes Urzędu zarzucił wyrokowi Sądu Apelacyjnego naruszenie: 1) art. 28 ust. 1 pkt 1-8 Prawa telekomunikacyjnego i art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 5

ust. 1 i 4 oraz art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2002/19/WE, poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że obowiązek połączenia sieci w zakresie usług SMS i MMS dotyczy wyłącznie operatora publicznej sieci telekomunikacyjnej, na którego nałożono obowiązek regulacyjny uwzględniania uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny, także w sytuacji, gdy strony osiągnęły porozumienie w zakresie świadczenia usług SMS i MMS oraz posiadają użytkowników końcowych, a nie zawarły dobrowolnie stosownej umowy; 2) art. 28 ust. 1 pkt 1-8 i art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy 2002/19/WE oraz art. 20 ust. 1 i 2 dyrektywy 2002/21/WE, poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że obowiązek połączenia sieci w zakresie usług SMS lub MMS dotyczy wyłącznie operatora publicznej sieci telekomunikacyjnej, na którego nałożono obowiązek regulacyjny uwzględniania uzasadnionych wniosków o dostęp lub połączenie sieci.

Zdaniem Prezesa Urzędu może on uregulować w decyzji kwestie dotyczące połączenia sieci, interoperacyjności usług także wówczas, gdy nie przeprowadzono analizy rynku i nie nałożono obowiązku regulacyjnego, o ile kwestie te zostały uzgodnione przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Jego decyzja potwierdza jedynie zgodną wolę stron, w zakresie w jakim treść decyzji pokrywa się z ustaleniami stron. Gdy obie strony występują zgodnie o uregulowanie kwestii dotyczących połączeń sieci w zakresie świadczenia usług SMS i MMS, a dotychczas nie świadczą wzajemnie tych usług na rzecz swoich użytkowników końcowych, można mówić o uzasadnionym przypadku wydania decyzji na podstawie art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 20 ust. 1 dyrektywy 2002/19/WE i art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy 2002/19/WE. Według Prezesa Urzędu w sytuacji, gdy strony uznały za jeden z koniecznych elementów współpracy wzajemne świadczenie usług MSS i MMS oraz połączenie sieci w tym zakresie, a następnie określiły w toku negocjacji warunki tejże współpracy, domniemywać należy, że uznały wzajemną współpracę w zakresie tych usług za niezbędny składnik umowy międzyoperatorskiej. Sporne pozostawały jedynie kwestie zakańczania połączeń głosowych, lecz w tym zakresie stosowne obowiązki regulacyjne ciążyły na powodzie. Prezes Urzędu podkreśla, że zdecydował się na określenie w skarżonej decyzji warunków dotyczących usług SMS i MMS dążąc do

całościowego określenia warunków współpracy między stronami. Prezes Urzędu wskazał, że wydając zaskarżoną decyzję w zakresie usług SMS i MMS nie dokonywał ingerencji w konkretne aspekty współpracy, a jedynie przyjął takie warunki, na jakie zdecydowały się strony.

Powód w piśmie procesowym z dnia 31 stycznia 2012 r. przedstawił swoje stanowisko odnośnie zarzutów zawartych w skardze Prezesa Urzędu.

Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Skarga kasacyjna Prezesa Urzędu jest zasadna, mimo iż nie wszystkie z podniesionych w niej zarzutów zasługują na uwzględnienie.

Bezpodstawny okazał się zarzut naruszenia art. 321 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 383 k.p.c., poprzez uchylenie decyzji Prezesa Urzędu z powodów, które nie zostały wskazane w odwołaniu od decyzji Prezesa Urzędu. Sądy orzekające w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu rozpoznają odwołanie, czyli weryfikują zasadność zarzutów sformułowanych w odwołaniu w odniesieniu do decyzji Prezesa Urzędu. Zakres i podstawa prawna odwołania wyznaczają przy tym zakres kognicji sądu rozpatrującego odwołanie (wyrok Sądu Najwyższego z 18 maja 2012 r., III SK 37/11). Sąd nie jest jednak związany uzasadnieniem zarzutu naruszenia powołanych w odwołaniu przepisów Prawa telekomunikacyjnego. Powód zaskarżył decyzję Prezesa Urzędu w całości, a zatem także w zakresie, w jakim normowała ona kwestie połączenia sieci w zakresie usług SMS i MMS. Z kolei jako jedną z podstaw odwołania powód wskazał przepisy art. 27 ust. 2 i 28 ust. 1-7 Prawa telekomunikacyjnego, a zatem te same przepisy, które według Sądu Apelacyjnego zostały naruszone przez Prezesa Urzędu poprzez rozstrzygnięcie o prawa i obowiązkach stron dotyczących świadczenia usług SMS i MMS.

Chybiony jest też zarzut naruszenia art. 325 k.p.c. Sentencja wyroku Sądu Apelacyjnego zawiera rozstrzygnięcie uchylające częściowo decyzję Prezesa Urzędu, która w swej treści kształtuje wprost umowę łączącą dwóch przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Zakres tego uchylenia wskazano, celem uzyskania zwięzłości sentencji, w sposób opisowy („w zakresie w jakim reguluje

ona prawa i obowiązki [...] dotyczące świadczenia usług SMS i MM). Ten sposób określenia zakresu zmian w zaskarżonej decyzji pozwala – zdaniem Sądu Najwyższego – na jednoznaczne ustalenie, które postanowienia decyzji Prezesa Urzędu kształtującej umowę o połączeniu sieci telekomunikacyjnych dwóch przedsiębiorców telekomunikacyjnych znajdują nadal zastosowanie, a które zostały uchylone. Sentencja zaskarżonego wyroku w punkcie I.1. rozstrzyga zatem o żądaniach stron w sposób samodzielny i integralny co czyni niezasadnym zarzut naruszenia art. 325 k.p.c

Zasadny jest natomiast zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 i art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 5 ust. 1 i 4 oraz art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2002/19/WE w zakresie w jakim kompetencja Prezesa Urzędu do nałożenia obowiązku połączenia sieci na przedsiębiorców telekomunikacyjnych została przez Sąd Apelacyjny uzależniona od uprzedniego wyznaczenia jednego z nich jako przedsiębiorcy posiadającego znaczącą pozycję rynkową. Wbrew stanowisku Sądu Apelacyjnego, z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13 listopada 2008 r. w sprawie C-227/07 *Komisja p. Rzeczpospolitej Polskiej* nie wynika, by nałożenie obowiązku połączenia sieci w myśl art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19/WE ograniczone było tylko do przypadków, gdy jedna ze stron jest podmiotem o znaczącej pozycji rynkowej i ciąży na niej obowiązek regulacyjny zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego. Trybunał nie uwzględnił skargi Komisji w tym zakresie, z uwagi na zbyt ogólnikowe uzasadnienie zarzutu i niesprostanie rozkładowi ciężaru dowodu. Nie można w konsekwencji uznać, by przedstawione w uzasadnieniu skarżonego wyroku i leżące u podstaw wydanego orzeczenia wątpliwości w przedmiocie zgodności art. 28 Prawa telekomunikacyjnego z prawem unijnym, zostały rozstrzygnięte wiążącym sądy krajowe wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W systemie prawa Unii Europejskiej to Trybunał Sprawiedliwości, a nie Komisja, ustala znaczenie przepisów prawa unijnego oraz stwierdza naruszenie tego prawa przez Państwo Członkowskie. Samo postawienie Państwu Członkowskiemu odpowiednich zarzutów przez Komisję nie przesądza, że do takiego naruszenia faktycznie doszło. W tych okolicznościach wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku zapatrywanie Sądu drugiej instancji co do skutkującej koniecznością niestosowania przepisu prawa krajowego sprzeczności

art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego z przepisami dyrektywy 2002/19/WE nie znajduje dostatecznego jurydycznego uzasadnienia.

Konkluzja o niezgodności między Prawem telekomunikacyjnym a dyrektywą 2002/19/WE stanowiła podstawę dla uchylenia przez Sąd Apelacyjny decyzji Prezesa Urzędu w części dotyczącej połączenia sieci powoda i zainteresowanego w zakresie świadczenia usług SMS i MMS, jednakże w przekonaniu Sądu Najwyższego w świetle poczynionych w sprawie ustaleń oraz dokonanych wnioskowań konkluzja ta jest przedwczesna. Zgodnie z art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19/WE „Prawa i zakres odpowiedzialności krajowych organów regulacyjnych w zakresie dostępu i wzajemnych połączeń” krajowe organy regulacyjne mogą zostać upoważnione przez Państwa Członkowskie do nakładania odpowiednich obowiązków w zakresie połączenia sieci także na przedsiębiorstwa, które nie posiadają znaczącej pozycji rynkowej („w szczególności i niezależnie od środków, które mogłyby zostać podjęte w stosunku do przedsiębiorstw dysponujących znaczącą pozycją rynkową zgodnie z art. 8”).

Nie rozstrzygając na tym etapie postępowania o kwestii zgodności przepisów Prawa telekomunikacyjnego z dyrektywą 2002/19/WE, jak również samej zgodności interwencji Prezesa Urzędu z przepisami prawa krajowego i unijnego, Sąd Najwyższy podkreśla, że wstępnym warunkiem uznania przez sąd krajowy, że ustawodawca wadliwie wdrożył postanowienia dyrektywy do wewnętrznego porządku prawnego jest ustalenie znaczenia przepisów dyrektywy. Treść art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19/WE wywołuje zaś wątpliwości interpretacyjne, których samodzielne rozstrzygnięcie przez sąd krajowy nie jest właściwe z uwagi na podział obowiązków między Trybunał Sprawiedliwości (wykładnia prawa unijnego) a sądy krajowe (stosowanie zgodnie z wykładnią dokonywaną przez Trybunał). Przepis art. 5 ust. 1 zd. 2 lit. a) dyrektywy 2002/19/WE określa przesłanki interwencji krajowego organu regulacyjnego, do których należy zaliczyć: 1) kontrolowanie przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych dostępu do użytkowników końcowych; 2) brak umowy o połączeniu sieci; 3) niezbędność interwencji regulatora dla zapewnienia możliwości połączenia typu koniec-koniec. Przesłanki te, jako wynikające z przepisów unijnego prawa pochodnego, powinny być jednolicie interpretowane we wszystkich państwach członkowskich. Tymczasem art. 5 ust. 1

zd. 2 lit. a) dyrektywy 2002/19/WE nie był dotychczas wykładany przez Trybunał Sprawiedliwości w zakresie dotyczącym przesłanki niezbędności interwencji krajowego organu regulacyjnego.

Brak również bezpośredniej wypowiedzi Trybunału Sprawiedliwości dotyczącej rozumienia samego upoważnienia krajowego organu regulacyjnego do nałożenia „obowiązku wzajemnych połączeń ich sieci”. Przepis art. 5 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2002/19/WE stanowi o przyznaniu przez krajowego ustawodawcę krajowemu organowi regulacyjnemu kompetencji do nakładania na przedsiębiorstwa kontrolujące dostęp do użytkowników końcowych „obowiązku wzajemnego połączenia sieci”. Sformułowanie to można interpretować co najmniej dwojako. Po pierwsze, jako upoważniające ustawodawcę krajowego do wyposażenia krajowego organu regulacyjnego w kompetencję do wydawania decyzji o połączeniu sieci, zastępującej umowę między przedsiębiorstwami kontrolującymi dostęp do użytkowników końcowych (w przypadku spełnienia pozostałych przesłanek interwencji, o których mowa w art. 5 ust. 1 lit a) dyrektywy 2002/19/WE). Po drugie, jako upoważniające prawodawcę krajowego jedynie do wyposażenia krajowego organu regulacyjnego w kompetencję do nałożenia na przedsiębiorstwa obowiązku połączenia sieci. Jak wynika bowiem z wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 12 listopada 2009 r. w sprawie C-192/08 *TeliaSonera*, art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/19/WE stanowi wyjątek od zasady swobody umów i jako taki powinien być interpretowany zawężająco (pkt 39-40). Trudno przyjąć, że odmienne zasady wykładni odnoszą się do art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19/WE i w konsekwencji uznać za właściwą szeroką wykładnię tego przepisu, proponowaną przez Prezesa Urzędu. Za całkowicie nieuprawniony należy w konsekwencji uznać artykułowany wielokrotnie w skardze kasacyjnej Prezesa Urzędu pogląd, zgodnie z którym może on wydawać decyzje o połączeniu sieci także wtedy, gdy przedsiębiorcy telekomunikacyjni osiągnęli porozumienie w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych takich jak SMS i MMS z uwagi na potrzebą całościowego określenia warunków współpracy międzyoperatorskiej. Z treści art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19/WE wynika, że nałożenie przez krajowy organ regulacyjny obowiązku połączenia sieci jest możliwe tylko w „uzasadnionym przypadku” oraz tylko w zakresie, w jakim jest to „niezbędne” do zapewnienia użytkownikom

końcowym możliwości korzystania z połączenia typu koniec-koniec. Rozstrzygnięcia wymaga zatem kwestia, czy interwencja krajowego organu regulacyjnego w okolicznościach niniejszej sprawy może zostać uznana za dozwoloną w rozumieniu art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19/WE. Kolejne wątpliwości interpretacyjne wywołuje kryterium „uzasadnionego przypadku” z art. 5 ust. 1 lit. a oraz ust. 4 dyrektywy 2002/19 w sytuacji, gdy jak wynika to z ustaleń Sądów pierwszej i drugiej instancji przedsiębiorcy telekomunikacyjni porozumieli się co do wszystkich elementów połączenia ich sieci w zakresie świadczenia usług SMS i MMS z wyjątkiem stawek opłat.

Sąd Najwyższy w pełni podziela stanowisko Sądu Apelacyjnego w przedmiocie skutków stwierdzenia przez sąd krajowy sprzeczności przepisów ustawy z przepisami dyrektywy, jak również pogląd o kompetencji sądu krajowego do dokonania samodzielnej oceny zgodności mających znaleźć zastosowanie do rozstrzygnięcia sprawy przepisów prawa krajowego z przepisami dyrektywy. Należy jednak zauważyć, że podnoszona przez Komisję Europejską w sprawie C-227/07 Komisja p. Rzeczypospolitej Polskiej sprzeczność art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego z przepisami art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy 2002/19/WE (na którym to zarzucie opiera się argumentacja Sądu Apelacyjnego) ma charakter zakresowy. Zarzucane Rzeczypospolitej Polskiej naruszenie obowiązków wynikających z Traktatu polegało na tym, że przepis art. 28 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego sformułowano zbyt ogólnie. W rezultacie przepisy te przyznają Prezesowi Urzędu zbyt szeroki, w porównaniu do przewidzianego w prawie unijnym, zakres kompetencji oraz nazbyt szeroki zakres uznania w zakresie podejmowania decyzji o interwencji na rynku telekomunikacyjnym skutkującej nałożeniem obowiązku połączenia sieci. Idąc tokiem rozumowania Komisji Europejskiej wyrażonym w sprawie C-227/07 Komisja p. Rzeczypospolitej Polskiej, ogólnikowość art. 28 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego powoduje, że przepisy te mogą znaleźć zastosowanie także w tych sprawach, w których nie zostały spełnione przesłanki interwencji krajowego organu regulacyjnego przewidziane w art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy 2002/19/WE, co z kolei należy traktować jako przejaw wadliwej implementacji dyrektywy 2002/19/WE.

Należy jednak mieć na uwadze, że w postępowaniu ze skargi Komisji Europejskiej wniesionej na podstawie art. 258 TFUE, Trybunał Sprawiedliwości może stwierdzić naruszenie przez państwo członkowskie obowiązków wynikających z Traktatu na różne sposoby, w tym poprzez uchwalenie zbyt ogólnikowo sformułowanego przepisu ustawowego. Tymczasem w przypadku kontroli przestrzegania procesu wdrażania dyrektyw przez państwa członkowskie dokonywanej przez sądy krajowe, stwierdzenie tego rodzaju sprzeczności między przepisem ustawy a przepisem dyrektywy niekoniecznie prowadzi do niezastosowania przepisu prawa krajowego i – jak miało to miejsce w niniejszej sprawie – uchylenia wyroku sądu niższej instancji lub decyzji organu administracji.

W przypadku stwierdzenia sprzeczności między przepisem prawa krajowego a przepisem dyrektywy, a w szczególności w przypadku takiego rodzaju sprzeczności na jaką powołał się Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, rolą sądu krajowego jest najpierw podjęcie próby prounijnej wykładni przepisu prawa krajowego. Obowiązek prounijnej wykładni niezgodnego z prawem unijnym przepisu sięga tak daleko, że sąd krajowy może pominąć (nie zastosować) przepis prawa krajowego i w jego miejsce zastosować inny przepis prawa krajowego, który będzie zgodny z dyrektywą lub którego wykładnia taką zgodność pozwoli uzyskać (wyrok TS z 24 stycznia 2012 r. w sprawie C-282/10 *Dominguez*, www.curia.eu, pkt 26-32).

W niniejszej sprawie prounijna wykładnia ogólnie sformułowanych przepisów prawa krajowego (art. 28 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego) mogłaby polegać na wprowadzeniu do wynikającej z niego normy dodatkowych elementów, zawartych w art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy 2002/19/WE. Wykładnia taka prowadziłaby do zawężenia kompetencji Prezesa Urzędu do wydania decyzji o połączeniu sieci przedsiębiorców telekomunikacyjnych nie posiadających znaczącej pozycji rynkowej, na których nie nałożono stosownych obowiązków regulacyjnych w zakresie zapewnienia dostępu. W ten sposób art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy 2002/19/WE uszczegółowiłby rzeczywisty zakres zastosowania art. 28 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego. W konsekwencji rozstrzygając spór zainicjowany wniesieniem odwołania od decyzji Prezesa Urzędu wydanej na podstawie art. 28 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 2

Prawa telekomunikacyjnego, Sąd Apelacyjny weryfikowałby kompetencję Prezesa Urzędu do podjęcia interwencji w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy przez pryzmat przesłanek tej interwencji wynikających z prawa unijnego.

Gdyby Sąd Apelacyjny, działający jako sąd unijny, nie podzielał powyższych zapatrywań Sądu Najwyższego w przedmiocie sposobu usunięcia ewentualnej niezgodności art. 28 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego z art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy 2002/19/WE, wówczas powinien wystąpić ze stosownym pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości. Pytanie takie służyłoby rozstrzygnięciu zagadnienia prawnego, czy wynikający z zasady lojalnej współpracy oraz zasady efektywności prawa unijnego obowiązek dokonywania wykładni prawa krajowego w sposób zgodny z prawem unijnym oznacza, że w przypadku stwierdzenia przez sąd krajowy niezgodności między przepisami prawa krajowego (art. 28 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego) a przepisami prawa unijnego (art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy 2002/19/WE) polegającej na tym, że wdrażające dyrektywę przepisy prawa krajowego sformułowane są zbyt ogólnie i mają szerszy zakres zastosowania niż dozwolony przez dyrektywę, sąd krajowy ma obowiązek odmówić zastosowania przepisów prawa krajowego, czy też powinien zastosować te przepisy z uwzględnieniem dodatkowych przesłanek wynikających z przepisów dyrektywy.

Dopiero jeżeli sąd krajowy nie może zinterpretować przepisu prawa krajowego w sposób zgodny z dyrektywą lub nie znajdzie w krajowym systemie prawnym innego przepisu, który mógłby zastępczo stanowić podstawę prawną dla rozstrzygnięcia sprawy w sposób zgodny z prawem unijnym, należy rozważyć kwestię odmowy zastosowania przepisu prawa krajowego. Wówczas należy mieć na uwadze, że zgodnie z konsekwentnym stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości sąd krajowy może odmówić zastosowania przepisu prawa krajowego z powodu jego sprzeczności z przepisem dyrektywy tylko wówczas, gdy przepis dyrektywy będzie bezpośrednio skuteczny (wyroki TS z 5 października 2004 r. w sprawach połączonych od C-397/01 do C-403/01 *Pfeiffer i in.*, Zb. Orz. 2004, s. I-8835, pkt 103; z 11 października 2007 r. w sprawie C-241/06 *Lämmerzahl*, Zb. Orz. 2007, s. I-8415, pkt 63; z 17 lipca 2008 r. w sprawach połączonych od C-152/07 do C-154/07 *Arcor i in.*, Zb. Orz. 2008, s. I-5959, pkt 40; z 24 stycznia 2012 r. w

sprawie C-282/10 *Dominguez*, www.curia.eu, pkt 33; zob. w sprawach dotyczących unijnego prawa telekomunikacyjnego wyrok TS z 12 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-55, 57 i 58/11 *Vodafone Espana i in.*, www.curia.eu, pkt. 37).

Samo stwierdzenie sprzeczności art. 28 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego z prawem unijnym, jak i ewentualna konkluzja o niemożności dokonania prounijnej wykładni art. 28 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, nie wystarczają w myśl powyższych wyroków Trybunału Sprawiedliwości do odmowy zastosowania tych przepisów Prawa telekomunikacyjnego i uchylecia decyzji Prezesa Urzędu w części. Konieczne jest uznanie, że art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy 2002/19/WE są bezpośrednio skuteczne. Mając na względzie brak stanowiska Trybunału Sprawiedliwości w przedmiocie bezpośredniej skuteczności tych przepisów, zasadne jest rozważenie wystąpienia z odpowiednim pytaniem prejudycjalnym, czy art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy 2002/19/WE są na tyle wystarczająco jasne, precyzyjne i bezwarunkowe, że sąd krajowy powinien odmówić zastosowania art. 28 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego z powodu jego sprzeczności z art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy 2002/19/WE, jakiej Sąd Apelacyjny dopatrył się w skardze Komisji w sprawie C-227/07 Komisja p. Rzeczpospolitej Polskiej. O ile bowiem nie ulega wątpliwości, że przedsiębiorca telekomunikacyjny może powoływać się na przepisy dyrektyw celem podważenia lub zmiany decyzji krajowego organu regulacyjnego, w tym decyzji o połączeniu sieci, o tyle zagadnienie zakresu uprawnień, jakie wynikają dla przedsiębiorstw telekomunikacyjnych z art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy 2002/19 wywołuje wskazane wyżej wątpliwości, których wyjaśnienie w braku możliwości wykorzystania doktryn *acte clair* i *acte éclairé* należy do Trybunału Sprawiedliwości.

Mając powyższe na względzie, z mocy art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. uchylono wyrok w zaskarżonej części i przekazano sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do art. 108 § 2 k.p.c. w związku z art. 398²¹ k.p.c.