

POSTANOWIENIE

Dnia 6 listopada 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Kazimierz Jaśkowski (przewodniczący)

SSN Halina Kuryło

SSN Maciej Pacuda (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa P. T. C.Spółki Akcyjnej w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej
z udziałem zainteresowanej "T. D." Spółki Akcyjnej
o zmianę umowy,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 6 listopada 2013 r.,
skarg kasacyjnych strony pozwanej i zainteresowanej od wyroku Sądu
Apelacyjnego
z dnia 1 lutego 2012 r.,

postanawia:

**I. na podstawie art. 267 ust. 3 TFUE zwrócić się do Trybunału
Sprawiedliwości Unii Europejskiej z następującymi pytaniami
prawnymi:**

1. Czy 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 (dyrektywa ramowa) (Dz.Urz. UE z 2002 r., L 108/33) w związku z 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) należy interpretować w ten sposób, że każdy środek podjęty przez krajowy organ regulacyjny w celu realizacji obowiązku wynikającego z art. 28 dyrektywy 2002/22 oddziałuje na wymianę handlową pomiędzy Państwami Członkowskimi, jeżeli tylko środek ten może zapewnić użytkownikom końcowym z innych państw członkowskich możliwość dostępu do numerów niegeograficznych na terytorium tego Państwa Członkowskiego?

2. Czy art. 7 ust. 3 w związku z art. 6 oraz art. 20 dyrektywy 2002/21 należy interpretować w ten sposób, że krajowy organ regulacyjny, rozstrzygając spór między przedsiębiorstwami udostępniającymi sieci lub usługi łączności elektronicznej dotyczący zapewnienia realizacji przez jedno z tych przedsiębiorstw obowiązku wynikającego z art. 28 dyrektywy 2002/22, nie może przeprowadzić postępowania konsolidacyjnego, nawet gdy środek oddziałuje na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi, a prawo krajowe zobowiązuje krajowy organ regulacyjny do przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego zawsze, gdy środek może na taką wymianę oddziaływać?

3. W przypadku pozytywnej odpowiedzi na pytanie nr 2, czy art. 7 ust. 3 w związku z art. 6 oraz art. 20 dyrektywy 2002/21 w związku z art. 288 TFUE oraz art. 4 ust. 3 TUE należy interpretować w ten sposób, że sąd krajowy ma obowiązek odmówić zastosowania przepisów prawa krajowego nakazujących krajowemu organowi regulacyjnemu przeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego zawsze, gdy podejmowany przez niego środek może oddziaływać na wymianę handlową między państwami członkowskimi?

II. posiedzenie odroczyć.

UZASADNIENIE

I. Przedmiot postępowania

Spór w niniejszej sprawie toczy się między P. T. C. (dalej jako Powód) z jednej strony a Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej jako Prezes Urzędu) oraz T. D. S.A. (dalej jako Zainteresowany) z drugiej strony. Przedmiotem sporu w postępowaniu zawistym przed Sądem Najwyższym jest następująca kwestia prawna wchodząca w zakres normowania prawa Unii Europejskiej, której rozstrzygnięcie rzutuje na rozstrzygnięcie tej sprawy: czy wydając w niniejszej sprawie na wniosek Zainteresowanego decyzję zmieniającą umowę łączącą Zainteresowanego z Powodem Prezes Urzędu zobowiązany był przeprowadzić postępowanie konsolidacyjne, o którym mowa w 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 (dalej jako dyrektywa 2002/21).

II. Prawo Unii Europejskiej

Dyrektywa 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)

Artykuł 6

Wyjąwszy sytuacje objęte zakresem art. 7 ust. 6, 20 lub 21, Państwa Członkowskie zapewnią, by krajowe organy regulacyjne, zmierzając do podjęcia środków mogących mieć znaczący wpływ na relewantny rynek, zgodnie z postanowieniami niniejszej dyrektywy lub dyrektyw szczegółowych, umożliwiły zainteresowanym stronom wypowiedzenie się w rozsądnym terminie w kwestii proponowanych środków. Krajowe organy regulacyjne ogłoszą przeprowadzenie procedur konsultacyjnych. [...]

Artykuł 7 ustęp 3

Oprócz konsultacji, o której mowa w art. 6, jeżeli krajowy organ regulacyjny zamierza podjąć środek, który:

- a) objęty jest zakresem art. 15 lub 16 niniejszej dyrektywy, art. 5 lub 8 dyrektywy 2002/19/WE (dyrektywy o dostępie) lub art. 16 dyrektywy 2002/22/WE (dyrektywy o usłudze powszechnej), oraz
- b) oddziaływałby na wymianę handlową pomiędzy Państwami Członkowskimi, powinien on jednocześnie udostępnić projekt danego środka Komisji oraz krajowym organom regulacyjnym, wraz z uzasadnieniem zastosowania danego środka, zgodnie z art. 5 ust. 3, oraz zawiadomić o tym Komisję i inne krajowe organy regulacyjne.

Artykuł 20 ustęp 1

W przypadku sporu powstałego w związku z obowiązkami wynikającymi z niniejszej dyrektywy i dyrektyw szczegółowych między przedsiębiorstwami udostępniającymi sieci lub usługi łączności elektronicznej w danym Państwie Członkowskim, dany krajowy organ regulacyjny, na wniosek którejkolwiek ze stron i niezależnie od postanowień ust. 2, wyda wiążącą decyzję celem rozstrzygnięcia sporu w możliwie najkrótszym terminie, a w każdym razie w terminie nieprzekraczającym czterech miesięcy, chyba, że zachodzą wyjątkowe okoliczności. Dane Państwo Członkowskie zażąda, by wszystkie strony sporu w pełni współpracowały z krajowym organem regulacyjnym.

Dyrektywa 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)

Artykuł 28

Państwa Członkowskie zapewniają użytkownikom końcowym z innych Państw Członkowskich możliwość dostępu do numerów niegeograficznych na ich terytorium w przypadku, gdy jest to technicznie i ekonomicznie możliwe, z

wyjątkiem przypadków, gdy wywołany abonent zdecydował, z powodów handlowych, ograniczyć wywołania przychodzące z określonych obszarów geograficznych.

Prawo polskie

Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2004 r. nr 171, poz. 1800, w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania decyzji)

Art. 15. Prezes UKE przed podjęciem rozstrzygnięcia w sprawach:

- 1) analizy rynku i wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub uchylecia decyzji w tej sprawie,
 - 2) nałożenia, zniesienia, utrzymania lub zmiany obowiązków regulacyjnych w stosunku do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji lub nieposiadającego takiej pozycji,
 - 3) decyzji dotyczących dostępu telekomunikacyjnego, o których mowa w art. 28-30,**
 - 4) innych wskazanych w ustawie
- przeprowadza postępowanie konsultacyjne, umożliwiając zainteresowanym podmiotom wyrażenie na piśmie w określonym terminie stanowiska do projektu rozstrzygnięcia.

Art. 18. Jeżeli rozstrzygnięcia, o których mowa w art. 15, mogą mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, Prezes UKE równocześnie z postępowaniem konsultacyjnym rozpoczyna postępowanie konsolidacyjne, przesyłając Komisji Europejskiej i organom regulacyjnym innych państw członkowskich projekty rozstrzygnięć wraz z ich uzasadnieniem.

Art. 27.1. Prezes UKE może, na pisemny wniosek każdej ze stron negocjacji o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym albo z urzędu, w drodze postanowienia, określić termin zakończenia negocjacji o zawarcie tej umowy, nie

dłuższy niż 90 dni, licząc od dnia wystąpienia z wnioskiem o zawarcie umowy o dostęp telekomunikacyjny.

2. W przypadku niepodjęcia negocjacji, odmowy dostępu telekomunikacyjnego przez podmiot do tego obowiązany lub niezawarcia umowy w terminie, o którym mowa w ust. 1, każda ze stron może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii spornych lub określenia warunków współpracy.

[...]

Art. 28. 1. Prezes UKE podejmuje decyzję o dostępie telekomunikacyjnym w terminie 90 dni od dnia złożenia wniosku, o którym mowa w art. 27 ust. 2, biorąc pod uwagę następujące kryteria:

- 1) interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych;
- 2) obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych;
- 3) promocję nowoczesnych usług telekomunikacyjnych;
- 4) charakter zaistniałych kwestii spornych oraz praktyczną możliwość wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, zarówno zaproponowanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych będących stronami negocjacji, jak też mogących stanowić rozwiązania alternatywne;
- 5) zapewnienie:
 - a) integralności sieci oraz interoperacyjności usług,
 - b) niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego,
 - c) rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych;

[...]

4. Decyzja o dostępie telekomunikacyjnym zastępuje umowę o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie objętym decyzją.

[...]

6. Decyzja o dostępie telekomunikacyjnym może zostać zmieniona przez Prezesa UKE na wniosek każdej ze stron, której ona dotyczy, lub z urzędu, w przypadkach uzasadnionych potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych, skutecznej konkurencji lub interoperacyjności usług.

7. W sprawach dochodzenia roszczeń majątkowych, z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków wynikających z decyzji o dostępie telekomunikacyjnym, właściwa jest droga postępowania sądowego.

[...]

Art. 79. 1. Operator publicznej sieci telefonicznej zapewnia użytkownikom końcowym swojej sieci oraz użytkownikom końcowym z innych państw członkowskich możliwość, w przypadku gdy jest to technicznie i ekonomicznie wykonalne, zrealizowania połączenia do numeru niegeograficznego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, z wyjątkiem przypadków, gdy wywoływany abonent ograniczył połączenia przychodzące od użytkowników końcowych zlokalizowanych w poszczególnych obszarach geograficznych.

III. Przebieg postępowania

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej decyzją z dnia 19 grudnia 2008 r. (dalej jako decyzja) zmienił zasady rozliczeń i współpracy za usługi dostępu użytkowników sieci Powoda do usług sieci inteligentnej realizowanych za pośrednictwem sieci Zainteresowanego. Decyzja została wydana w postępowaniu wszczętym na wniosek Zainteresowanego o zmianę umowy łączącej go z Powodem, ponieważ umowa ta nie została zmieniona w terminie zakreślonym przez Prezesa Urzędu w postanowieniu z dnia 1 października 2006 r.

W decyzji Prezes Urzędu zobowiązał Zainteresowanego między innymi do świadczenia usługi zakańczania połączeń w jego sieci w zamian za wynagrodzenie określone w decyzji, zaś Powoda zobowiązał do zapewnienia swoim abonentom dostępu do usług informacyjnych świadczonych w sieci Zainteresowanego w zamian za wynagrodzenie pobierane od Zainteresowanego określone w decyzji.

Powód zaskarżył decyzję Prezesa Urzędu odwołaniem.

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z dnia 21 marca 2011 r., uchylił decyzję Prezesa Urzędu, wskazując między innymi, że Prezes Urzędu nie przeprowadził postępowania konsolidacyjnego w rozumieniu art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21. Według Sądu Okręgowego, decyzja Prezesa Urzędu reguluje zasady rozliczeń i

współpracy w zakresie zapewnienie dostępu do usług użytkownikom końcowym innych sieci ruchomych, którzy korzystają z usług świadczonych w sieci Powoda w ramach roamingu. Dlatego decyzja wpływa na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, ponieważ dotyczy obywateli krajów członkowskich Unii Europejskiej korzystających z usługi roamingu w sieci Powoda.

Prezes Urzędu i Zainteresowany zaskarżyli wyrok Sądu Okręgowego apelacjami.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 1 lutego 2012 r., oddalił obie apelacje.

W ocenie Sądu drugiej instancji, decyzja Prezesa Urzędu, wydana na podstawie art. 28 Prawa telekomunikacyjnego (który to przepis wdraża art. 5 dyrektywy 2002/19), należy do tego rodzaju decyzji, co do których Prawo telekomunikacyjne przewiduje obowiązek przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego. Sąd Apelacyjny uznał także, że każde państwo członkowskie ma prawo rozszerzyć zakres postępowań, z którymi wiąże obowiązek konsolidacji. Dlatego nawet jeżeli zakres obowiązku przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego jest w prawie polskim szerszy niż wynika to z art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21, to przepisy Prawa telekomunikacyjnego nie są w tym zakresie niezgodne z art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21.

Odnosząc się do przewidzianej w art. 18 Prawa telekomunikacyjnego (w ślad za art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21) przesłanki wpływu rozstrzygnięcia Prezesa Urzędu na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, Sąd drugiej instancji powołał się na akapit 38 preambuły dyrektywy 2002/21. Wskazał, że zastosowany środek regulacyjny może dotyczyć usług międzynarodowych, skoro Powoda zobowiązano do zapewnienia swoim abonentom dostępu do usług informacyjnych świadczonych w sieci Zainteresowanego, a przez abonenta rozumie się także użytkownika innej sieci ruchomej, który korzysta z usług świadczonych w sieci powódki w ramach usługi roamingu. Ponadto w decyzji wskazano, że stosownie do art. 79 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego Powód zobowiązany jest zapewnić użytkownikom końcowym swojej sieci oraz użytkownikom z innych państw członkowskich zrealizowanie połączenia do numeru niegeograficznego na terytorium RP. Dlatego, w ocenie Sądu Apelacyjnego, decyzja Prezesa Urzędu potencjalnie zapewnia użytkownikom końcowym z innych państw członkowskich

dostęp do numerów niegeograficznych w zlokalizowanej na terytorium Polski sieci Zainteresowanego, czyli potencjalnie może mieć wpływ na stosunku handlowe między państwami członkowskim w rozumieniu art. 18 Prawa telekomunikacyjnego i art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21. Ponadto, decyzja Prezesa Urzędu ustala ceny usług telekomunikacyjnych i zasady zmiany tych cen, ceny mają zaś wpływ na warunki dostępu do rynku i możliwość świadczenia usług przez operatorów i dostawców usług w tym podmioty mające siedzibę w innych państwach członkowskich, co uzasadnia przyjęcie założenia, zgodnie z którym decyzja Prezesa Urzędu może wpłynąć choćby pośrednio i potencjalnie na stosunki handlowe między państwami członkowskimi.

Prezes Urzędu zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną, w której zarzucił między innymi naruszenie art. 15 pkt 1-4 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 18 Prawa telekomunikacyjnego w brzmieniu obowiązującym w chwili wydania zaskarżonej decyzji oraz art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że zaskarżona decyzja Prezesa Urzędu miała wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi.

Zdaniem Prezesa Urzędu, z prawa unijnego wynika, że postępowanie konsolidacyjne przeprowadza się tylko wtedy, gdy proponowany środek może mieć istotny wpływ na stosunki handlowe i jest objęty zakresem normowania art. 5 lub 16 dyrektywy 2002/21, bądź art. 5 lub art. 8 dyrektywy 2002/19. Ponadto, Prezes Urzędu zarzucił wyrokowi Sądu drugiej instancji naruszenie art. 28 ust. 1 pkt 1-8 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 79 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego i art. 18 w związku z art. 15 pkt 1-8 Prawa telekomunikacyjnego poprzez przyjęcie, że konieczne jest przeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego, gdy zaskarżona decyzja nie odnosi się do przedsiębiorstw mających siedzibę w innych krajach członkowskich i nie ma wpływu na warunki dostępu innych przedsiębiorców do sieci Powoda i Zainteresowanego.

Zainteresowany również zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił między innymi naruszenie art. 6, art. 7 ust. 3 oraz art. 20 dyrektywy 2002/21 oraz art. 18 Prawa telekomunikacyjnego przez niewłaściwe zastosowanie, ponieważ art. 18 Prawa telekomunikacyjnego jest sprzeczny z powołanymi przepisami dyrektywy 2002/21 w zakresie w jakim

przewiduje obowiązek prowadzenia postępowania konsolidacyjnego również co do rozstrzygnięcia sporów między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Dodatkowo Zainteresowany zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie art. 18 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 poprzez przyjęcie, że decyzja Prezesa Urzędu wydana w niniejszej sprawie wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi.

Powód w odpowiedziach na obie skargi kasacyjne nie ustosunkował się wprost do zarzutu sprzeczności przepisów Prawa telekomunikacyjnego z dyrektywą 2002/21. Podniósł natomiast, że decyzja Prezesa Urzędu wydana w niniejszej sprawie wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi, a w konsekwencji przeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego było konieczne.

Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Rozstrzygnięcie o zasadności obu skarg kasacyjnych wymaga uprzedniego rozwiązania przedstawionego na wstępie problemu prawnego, który w ocenie Sądu Najwyższego uzasadnia wystąpienia z trzema pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi wykładni przepisów dyrektyw 2002/21 oraz 2002/22 w pierwotnym brzmieniu (ponieważ decyzja Prezesa Urzędu została wydana w 2008 r.).

Pierwsze pytanie

Pierwsze pytanie prejudycjalne dotyczy wykładni art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 w zakresie rozumienia przesłanki „wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi” w przypadku środków regulacyjnych podejmowanych przez krajowe organy regulacyjne na podstawie art. 28 dyrektywy 2002/22 w związku z art. 5 dyrektywy 2002/19.

Przepis art. 28 dyrektywy 2002/22 zobowiązuje Państwa Członkowskie do zapewnienia, pod pewnymi warunkami, użytkownikom końcowym z innych państw członkowskich możliwości dostępu do numerów niegeograficznych na ich terytorium. Wydana w niniejszej sprawie decyzja Prezesa Urzędu ma na celu

realizację tego obowiązku. Obowiązek ten do prawa polskiego wdraża art. 79 Prawa telekomunikacyjnego.

Decyzja krajowego organu regulacyjnego nakłada na powoda obowiązek zapewnienia dostępu do numerów niegeograficznych użytkownikom końcowym korzystającym z usług Powoda w ramach roamingu. Decyzja nie różnicuje między roamingiem krajowym, unijnym i międzynarodowym. Decyzja krajowego organu regulacyjnego wydana w niniejszej sprawie zapewnia realizację obowiązku, o którym mowa w art. 28 dyrektywy 2002/22 w bardzo ograniczonym zakresie. Nie daje możliwości dostępu do numerów niegeograficznych użytkownikom końcowym znajdującym się w innych państwach członkowskich, a jedynie zapewnia możliwość dostępu do numerów niegeograficznych tym użytkownikom końcowym z innych państw członkowskich, którzy przebywając na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej korzystają z roamingu zapewnianego na rzecz ich macierzystego operatora przez Powoda.

W ocenie Sądu Najwyższego, samo podjęcie przez Prezesa Urzędu środka regulacyjnego, dzięki któremu użytkownicy końcowi z innych państw członkowskich przebywający na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i korzystający z roamingu w sieci polskiego operatora będą mieli zapewnioną możliwość dostępu do numerów niegeograficznych, za pomocą których świadczone są usługi w sieci stacjonarnej innego polskiego operatora na takich samych zasadach jak wszyscy inni użytkownicy końcowi tego operatora mieszkający stale w Polsce, nie oznacza, że decyzja Prezesa Urzędu wpływa na stosunki handlowe między państwami członkowskimi w rozumieniu art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21.

Zdaniem Sądu Najwyższego, przy wykładni pojęcia „wpływu na stosunki handlowe między państwami członkowskimi” z art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 można kierować się dotychczasowym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczącym przesłanki wpływu na handel między państwami członkowskimi z art. 101 i 102 TFUE. Z wykładni tych przepisów dokonanej przez TSUE wynika zaś, że o wpływie na stosunki handlowe między państwami członkowskimi w rozumieniu art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 można mówić dopiero po rozważeniu szeregu okoliczności konkretnej sprawy, na które składają się w szczególności: 1) treść środka podejmowanego przez krajowy organ regulacyjny;

2) kontekst prawno-gospodarczy, w jakim środek jest podejmowany; 3) charakter usług, na świadczenie których środek może oddziaływać; 4) pozycja rynkowa przedsiębiorstw, do których środek jest adresowany, itp.

W przekonaniu Sądu Najwyższego, środek zastosowany w niniejszej sprawie przez Prezesa Urzędu na podstawie przepisu krajowego wdrażającego art. 28 dyrektywy 2002/22 (w związku z przepisem wdrażającym art. 5 dyrektywy 2002/19) nie wpływa, choćby potencjalnie, na stosunki handlowe między państwami członkowskimi z następujących względów. Po pierwsze, środek nie odnosi się do transgranicznych usług telekomunikacyjnych. Po drugie, nie różnicuje stawek za połączenia na numery niegeograficzne ani zasad rozliczenia w zależności od tego, czy z usługi korzysta użytkownik z innego państwa członkowskiego, czy użytkownik polski. Po trzecie, decyzja Prezesa Urzędu reguluje stawki opłat uiszczane przez Powoda na rzecz Zainteresowanego za usługi świadczone w sieci Zainteresowanego przez innych przedsiębiorców. Decyzja nie określa stawek, jakie użytkownicy końcowi z innych państw członkowskich korzystający z roamingu w sieci powoda płacą na rzecz Powoda z tytułu skorzystania z usług świadczonych przy wykorzystaniu sieci Zainteresowanego. Nie określa także stawek, po jakich Powód rozlicza się z macierzystymi operatorami użytkowników końcowych z innych państw członkowskich z tytułu połączeń wykonanych w jego sieci. Po czwarte, decyzja Prezesa Urzędu dotyczy usług świadczonych z zasady w języku polskim. Okoliczności niniejszej sprawy przemawiają, zdaniem Sądu Najwyższego, przeciwko uznaniu, że decyzja krajowego organu regulacyjnego może wpływać na stosunki handlowe w rozumieniu art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21.

Sąd Najwyższy ma jednak na względzie, że z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczącego art. 101 i 102 TFUE wynika, iż w przypadku niektórych praktyk ograniczających konkurencję wpływ na handel między państwami członkowskimi wynika już z samej treści praktyki ograniczającej konkurencję (np. zakazu eksportu lub importu). Mając na względzie, że art. 28 dyrektywy 2002/22 stanowi o zapewnieniu dostępu dla użytkowników końcowych z innych państw członkowskich, Sąd Najwyższy powziął wątpliwość, czy przepisu tego w związku z art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 nie należy wyklądać w taki

sposób, że **każdy** środek podejmowany przez krajowy organ regulacyjny na podstawie przepisów wdrażających art. 5 dyrektywy 2002/19 w celu realizacji obowiązku, o którym mowa w art. 28 dyrektywy 2002/22, **zawsze** wpływa na stosunki handlowe między państwami członkowskimi w rozumieniu art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21, jeżeli tylko zapewnia możliwość dostępu do numerów niegeograficznych użytkownikom końcowym z innych państw członkowskich.

Występując z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym wykładni art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 w związku z art. 28 dyrektywy 2002/22 w zakresie dotyczącym przesłanki wpływu na handel między państwami członkowskimi Sąd Najwyższy dodatkowo ma na uwadze, że stanowisko Sądu Apelacyjnego co do konieczności przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego w niniejszej sprawie opiera się na poglądach wyrażanych przez Komisję Europejską w uwagach wydawanych na podstawie art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 w postępowaniach konsolidacyjnych prowadzonych w wyniku notyfikacji przez Prezesa Urzędu innych środków regulacyjnych. W uwagach tych Komisja Europejska stwierdza, że każda decyzja krajowego organu regulacyjnego, która ustala ceny usług telekomunikacyjnych i zasady zmiany cen wpływa na stosunki handlowe między państwami członkowskimi i podlega postępowaniu konsolidacyjnemu (np. pismo Komisji Europejskiej z dnia 24 kwietnia 2009 r. (S-Greffe (2009) D/2381); pismo z dnia 15 maja 2009 r., SG-Greffe (2009) D/2752).

Mając na względzie, że pojęcie wpływu na stosunki handlowe między państwami członkowskimi w rozumieniu art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 nie było jeszcze przedmiotem wykładni Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, Sąd Najwyższy uznaje wystąpienie z pierwszym pytaniem prejudycjalnym za uzasadnione i niezbędne do rozstrzygnięcia sprawy.

Drugie pytanie

Drugie pytanie prejudycjalne dotyczy wykładni art. 20 w związku z art. 6 i art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 z uwagi na wątpliwości Sądu Najwyższego w przedmiocie zgodności przepisów art. 15 ust. 1 pkt 3 i art. 18 Prawa telekomunikacyjnego z powołanymi przepisami dyrektywy 2002/21.

Zgodnie z przepisami art. 15 i 18 Prawa telekomunikacyjnego, wdrażającymi art. 6 i 7 dyrektywy 2002/21, krajowy organ regulacyjny ma obowiązek przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego **zawsze**, gdy podejmuje środek regulacyjny na podstawie art. 28 Prawa telekomunikacyjnego (który to przepis wdraża art. 5 dyrektywy 2002/19), o ile środek taki może wpływać na stosunki handlowe między państwami członkowskimi.

Z jednej strony przepis art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 można interpretować w taki sposób, że w przypadku środków podejmowanych przez krajowy organ regulacyjny, które mogą oddziaływać na wymianę handlową między państwami członkowskimi, postępowanie konsolidacyjne przeprowadza się wówczas, gdy zgodnie z art. 6 dyrektywy 2002/21 przeprowadza się także postępowanie konsultacyjne. Przepis art. 6 dyrektywy 2002/21 stanowi zaś, że postępowanie konsultacyjne przeprowadza się „wyjąwszy sytuacje objęte zakresem art. 7 ust. 6, 20 lub 21”. Przepis art. 6 dyrektywy 2002/21 można wyklądać w ten sposób, że w przypadku rozstrzygnięcia przez krajowy organ regulacyjny sporu, o którym mowa w art. 20 dyrektywy 2002/21, postępowania konsolidacyjnego nie przeprowadza się nawet, gdy rozstrzygnięcie sporu w formie decyzji krajowy organ regulacyjny zmieniającej umowę między przedsiębiorstwami może oddziaływać na wymianę handlową między państwami członkowskimi.

W sprawie zawisłej przed Sądem Najwyższym decyzja krajowego organu regulacyjnego została wydana w odpowiedzi na wniosek Zainteresowanego wniesiony z uwagi na fiasko negocjacji z Powodem w przedmiocie zawarcia kolejnego aneksu do umowy w zakresie rozliczeń za realizację usług dostępu użytkowników końcowych w sieci Powoda do usług sieci inteligentnej realizowanych za pośrednictwem Zainteresowanego. Można więc przyjąć, że decyzja krajowego organu regulacyjnego wydana w niniejszej sprawie rozstrzyga spór – w rozumieniu art. 20 dyrektywy 2002/21 - między przedsiębiorstwami co do zasad, według których wykonywany będzie obowiązek, o którym mowa w art. 28 dyrektywy 2002/22.

Z drugiej strony można uznać, że przewidziany w prawie krajowym obowiązek przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego zawsze, gdy środek nakładany przez krajowy organ regulacyjny oddziaływałby na wymianę handlową

między państwami członkowskimi, nie jest sprzeczny z celem dyrektywy 2002/21, a w szczególności z celem jej art. 7 ust. 3. Przewidziany w tym przepisie obowiązek przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego służy wypracowaniu spójnych zasad stosowania dyrektywy 2002/21 i dyrektyw szczegółowych we wszystkich państwach członkowskich, w drodze konsultacji krajowych organów regulacyjnych z Komisją i organami regulacyjnymi innych państw członkowskich. Poddanie konsultacji w ramach procedury konsolidacji takich środków, w przypadku których konsultacja nie jest obowiązkowa, nie naraża na szwank realizacji tego celu. Nie narusza także interesów przedsiębiorstw telekomunikacyjnych poprzez nadmierne wydłużenie postępowania przed krajowym organem regulacyjnym.

Sąd Najwyższy zwraca także uwagę, że Komisja Europejska przyjmuje notyfikacje środków regulacyjnych kierowane do niej na podstawie art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 przez Prezesa Urzędu w innych sprawach, w których krajowy organ regulacyjny rozstrzyga spory między dwoma przedsiębiorstwami telekomunikacyjnymi. W znanych Sądowi Najwyższemu z urzędu uwagach wydawanych na podstawie art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 Komisja Europejska nie podważała dopuszczalności i potrzeby dokonania notyfikacji w postępowania spornych (np. decyzja z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie PL/2011/1273). Taka praktyka Komisji Europejskiej wskazuje na możliwość takiej wykładni art. 20 w związku z art. 6 i 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21, zgodnie z którą postępowanie konsolidacyjne można przeprowadzać także w sprawach spornych.

Rozstrzygnięcie wątpliwości prawnych podniesionych w drugim pytaniu ma istotne znaczenie dla rozpoznania sprawy przez Sąd Najwyższy.

Jeżeli z wykładni art. 20 w związku z art. 6 i 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 dokonanej przez Trybunał Sprawiedliwości będzie wynikało, że przepisy Prawa telekomunikacyjnego przewidujące obowiązek przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego w każdym przypadku wydania przez Prezesa Urzędu decyzji w sprawie spornej na podstawie przepisu wdrażającego art. 5 dyrektywy 2002/19 są sprzeczne z art. 20 w związku z art. 6 i 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21, wówczas rozstrzygnięcie o zasadności skarg kasacyjnych Prezesa Urzędu i zainteresowanego zależeć będzie od odpowiedzi na pytanie nr 3.

Jeżeli zaś zdaniem TSUE wykładni art. 20 w związku z art. 6 i 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 należy dokonywać w taki sposób, że postępowanie konsolidacyjne należy przeprowadzać zawsze, gdy środek podejmowany przez krajowy organ regulacyjny oddziaływałby na wymianę handlową między państwami członkowskimi, wówczas Sąd Najwyższy uzna, że przepisy art. 15 i 18 Prawa telekomunikacyjnego nie są sprzeczne z dyrektywą 2002/21 i rozstrzygnięcie sprawy zależne będzie tylko od odpowiedzi na pytanie nr 1.

Trzecie pytanie

Jeżeli z dokonanej przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wykładni art. 20 w związku z art. 7 ust. 3 i 6 dyrektywy 2002/21 będzie wynikało, że przepisy te wyłączają zastosowanie przepisów prawa krajowego przewidujących obowiązek przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego w takich okolicznościach, jak w niniejszej sprawie, wówczas rozstrzygnięcia wymaga kwestia, czy sąd krajowy może odmówić zastosowania przepisów prawa krajowego przewidujących obowiązek przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego także w sprawach, o których mowa w art. 20 dyrektywy 2002/21.

Sąd Najwyższy zwraca uwagę, że w świetle stanowiska TSUE wyrażonego w wyrokach z dnia 24 stycznia 2012 r. w sprawie C-282/10 *Dominguez*, z 24 maja 2012 r., C-97/11 *Amia*, z 10 października 2013 r., C-306/12 *Spedition Welter* odmowa zastosowania przepisów prawa krajowego z powodu sprzeczności z prawem unijnym stanowi ostateczność. Sąd krajowy ma obowiązek postąpić zgodnie z regułą *Simmenthal*, gdy nie jest możliwa prounijna wykładnia przepisów prawa krajowego oraz gdy przepis prawa unijnego, z którym niezgodne są przepisy prawa krajowego jest bezpośrednio skuteczny.

W ocenie Sądu Najwyższego, prounijna wykładnia art. 18 Prawa telekomunikacyjnego nie jest w niniejszej sprawie możliwa.

Sąd Najwyższy zna wypracowane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zasady, ograniczenia oraz koncepcje dotyczące bezpośredniego skutku dyrektyw. Sąd Najwyższy zwraca uwagę, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jednostka

może powoływać się na bezpośredni skutek dyrektywy przeciwko państwu członkowskiemu. Sąd Najwyższy uznaje, że krajowy organ regulacyjny należy traktować na użytek koncepcji bezpośredniego skutku dyrektywy, jako państwo członkowskie.

Sąd Najwyższy przyjmuje, że o ile art. 20 w związku z art. 6 i art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 można uznać za przepisy jasne, precyzyjne i bezwarunkowe, to jednak przepisy te nie przyznają przedsiębiorstwu żadnego uprawnienia w rozumieniu koncepcji subiektywnego bezpośredniego skutku (*subjective direct effect*). W niniejszej sprawie odwołanie się do bezpośredniego skutku art. 20 w związku z art. 6 i 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 prowadziłoby do niezastosowania art. 18 i 15 Prawa telekomunikacyjnego zgodnie z koncepcją obiektywnego bezpośredniego skutku (*objective direct effect*). Przepisy dyrektywy 2002/21 nie byłyby stosowane do rozstrzygnięcia sprawy **zamiast** przepisów Prawa telekomunikacyjnego (jak w przypadku klasycznego bezpośredniego skutku w rozumieniu reguły *Simmenthal*), a jedynie w celu wyłączenia możliwości zastosowania przepisów ustawy krajowej sprzecznych z dyrektywą (*exclusionary effect of direct effect*).

Sąd Najwyższy stwierdza również, że zgodnie z koncepcją pośredniego bezpośredniego skutku (*indirect direct effect*) jednostka może doprowadzić do uchylecia bądź zmiany decyzji administracyjnej adresowanej do innej jednostki, na podstawie której jednostka ta nabyła prawo, jeżeli okaże się, że decyzja ta została wydana z naruszeniem przepisów dyrektywy (wyrok TSUE z dnia 7 stycznia 2004 r., w sprawie C-201/02 *Wells*, Rec. 2004, s. I-723).

Wątpliwości Sądu Najwyższego wywołuje jednak to, czy wyrok w sprawie C-201/02 *Wells* może znaleźć zastosowanie także w takich sprawach, jak niniejsza. Źródłem wątpliwości Sądu Najwyższego nie jest okoliczność, że postępowanie w niniejszej sprawie toczy się z udziałem - po jednej stronie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (PTC), a po drugiej stronie krajowego organu regulacyjnego (Prezes Urzędu) i przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (Telefonia Dialog S.A.). Zdaniem Sądu Najwyższego, sąd orzekający w sprawie z odwołania od decyzji krajowego organu regulacyjnego rozstrzyga spór między przedsiębiorcą telekomunikacyjnym a tym organem i ewentualnie innym przedsiębiorcą, którego

przedmiotem jest treść obowiązków nałożonych na przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych w decyzji krajowego organu regulacyjnego. W postępowaniach takich kwestionuje się zgodność decyzji krajowego organu regulacyjnego z prawem krajowym i unijnym.

Źródłem wątpliwości Sądu Najwyższego co do możliwości wykorzystania w niniejszej sprawie stanowiska TSUE zajętego w wyroku w sprawie C-201/02 *Wells* jest okoliczność, że w postępowaniu sądowym takim jak w niniejszej sprawie weryfikuje się zgodność z prawem decyzji krajowego organu regulacyjnego, która rozstrzyga spór między jednostkami (przedsiębiorcami) i która kształtuje treść umowy zawartej między jednostkami. Na etapie postępowania sądowego sądy oceniają co prawda decyzję administracyjną (co wskazuje na możliwość zastosowania wyroku w sprawie C-201/02 *Wells*), jednakże nie jest to typowa decyzja administracyjna, która nakłada na jednostkę obowiązki lub przyznaje jej uprawnienia w relacjach tej jednostki z państwem. Jest to decyzja, która kształtuje treść cywilnoprawnej umowy łączącej dwie jednostki. Powoduje to, że spór taki jak w niniejszej sprawie nie ma takiego samego charakteru, jak w sprawie C-201/02 *Wells*, lecz zbliżony jest do sporu między jednostkami, w którym jedna wywodzi korzystne dla siebie skutki ze sprzeczności z dyrektywą niepoddających się prounijnej wykładni przepisów prawa krajowego (choć nie wywodzi z dyrektywy uprawnienia, które byłoby dla innej jednostki obowiązkiem w rozumieniu koncepcji horyzontalnego bezpośredniego skutku). Z wyroku TSUE z dnia 19 stycznia 2010 r., w sprawie C-555/07 *Seda Küçükdeveci* wynika zaś dla Sądu Najwyższego, że w sporach między jednostkami odwołanie się do zasady bezpośredniego skutku prawa unijnego celem niezastosowania przepisu prawa krajowego sprzecznego z dyrektywą (zgodnie z koncepcją *exclusionary effect of direct effect*) jest wykluczone, nawet gdyby prowadziło tylko do pominięcia tego przepisu lub jego fragmentu i rozstrzygnięcia sprawy na podstawie pozostałych, zgodnych z dyrektywą przepisów prawa krajowego.

Przedstawione powyżej wątpliwości Sądu Najwyższego w przedmiocie sposobu wywiązania się w tej sprawie z ciężących na nim obowiązków, jako sędzie unijnym w znaczeniu funkcjonalnym, mają dodatkowe źródło.

W przypadku dokonania przez Trybunał Sprawiedliwości, w odpowiedzi na drugie pytanie prejudycjalne, takiej wykładni art. 20 w związku z art. 6 i 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21, zgodnie z którą przepisy te wyłączają zastosowanie art. 18 i 15 Prawa telekomunikacyjnego w okolicznościach niniejszej sprawy, Sąd Najwyższy może orzec, że wyrok Sądu drugiej instancji zaskarżony skargą kasacyjną odpowiada prawu mimo błędnego uzasadnienia. Prezes Urzędu przeprowadził bowiem w niniejszej sprawie postępowanie konsultacyjne na podstawie art. 15 Prawa telekomunikacyjnego. Jeżeli z wykładni art. 20 w związku z art. 6 i 7 ust. 3 2002/21 będzie wynikało, że wymóg przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego w szerszym zakresie niż dozwolony przez przepisy dyrektywy 2002/21 jest sprzeczny z prawem unijnym, wówczas należy przyjąć, że przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego w szerszym zakresie także jest niezgodne z prawem unijnym.

W konsekwencji powyższego decyzja Prezesa Urzędu, wydana po przeprowadzeniu konsultacji na podstawie przepisów prawa krajowego niezgodnych z prawem unijnym, dotknięta jest takim samym uchybieniem proceduralnym, jak w przypadku przeprowadzenia bądź nieprzeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego wbrew wymogom prawa unijnego. Sąd Najwyższy stwierdza przy okazji, że stanowisko Sądu Pierwszej Instancji wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 grudnia 2007 r. w sprawie T-109/06 *Vodafone Espana*, z uwagi na zasadę autonomii proceduralnej Państw Członkowskich, nie rzutuje na możliwość podnoszenia w postępowaniu krajowym zarzutów proceduralnych dotyczących uchybień krajowego organu regulacyjnego w zakresie postępowania konsultacyjnego i konsolidacyjnego.

Dlatego Sąd Najwyższy powziął wątpliwości co do możliwości odmowy zastosowania przepisów art. 15 i 18 Prawa telekomunikacyjnego w przypadku ewentualnego stwierdzenia niezgodności tych przepisów z art. 20 w związku z art. 7 ust. 3 i 6 dyrektywy 2002/21 w wyniku wykładni dokonanej przez TSUE w odpowiedzi na pytanie nr 2.