



Sygn. akt III SK 57/12

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 13 sierpnia 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Kazimierz Jaśkowski (przewodniczący)

SSN Bogusław Cudowski

SSN Halina Kuryło (sprawozdawca)

Protokolant Halina Kurek

w sprawie z powództwa Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanego I. T. Spółki Akcyjnej

o zmianę umowy,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 13 sierpnia 2013 r.,

skarg kasacyjnych strony pozwanej i zainteresowanego od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 13 marca 2012 r.,

- 1. oddala skargi kasacyjne;**
- 2. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz I. T. Spółki Akcyjnej w W. na rzecz Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej w W. kwoty po 275 zł (dwieście siedemdziesiąt pięć) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

## UZASADNIENIE

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 13 marca 2012 r., oddalił apelację Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes Urzędu) oraz apelację I. T. S.A. w W. (zainteresowany) od wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 21 czerwca 2011 r., w sprawie z odwołania Telekomunikacji Polskiej S.A. (powód) od decyzji Prezesa Urzędu z dnia 8 października 2010 r.

Powyższą decyzją Prezes Urzędu zmienił umowę o połączeniu sieci zawartą w dniu 13 grudnia 2006 r. pomiędzy powodem a zainteresowanym w zakresie dostosowania stawek i opłat za usługi międzyoperatorskie do poziomu wskazanego decyzji Prezesa Urzędu z dnia 8 kwietnia 2008 r., zatwierdzającej ramową ofertę powoda o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie rozpoczynania połączeń, zakańczania połączeń oraz hurtowego dostępu do sieci. W uzasadnieniu tej decyzji Prezes Urzędu wyjaśnił, że przeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego było zbędne, ponieważ podejmowana decyzja nie jest decyzją regulacyjną. Nie nakłada żadnych obowiązków regulacyjnych na powoda, lecz dokonuje wyłącznie zmiany stawek i opłat za usługi międzyoperatorskie w indywidualnej relacji między powodem a zainteresowanym, rozstrzygając konkretny spór między operatorami. Ponadto, podjęte w decyzji rozstrzygnięcie nie stwarza bariery w funkcjonowaniu jednolitego rynku, lecz przyczynia się do rozwoju konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego w Polsce.

Powód zaskarżył decyzję odwołaniem zarzucając między innymi naruszenie art. 18 w związku z art. 15 pkt 3 Prawa telekomunikacyjnego poprzez nieprzeprowadzenie obligatoryjnego postępowania konsolidacyjnego. W uzasadnieniu tego zarzutu powód podnosił, że o obowiązku przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego w niniejszej sprawie przesądza to, że decyzja Prezesa Urzędu dotyczy dostępu telekomunikacyjnego w rozumieniu art. 15 pkt 3 Prawa telekomunikacyjnego. Decyzja Prezesa Urzędu została wydana na podstawie art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego oraz, co wynika z jej uzasadnienia, reguluje dostęp telekomunikacyjny. Odnosząc się do wpływu decyzji na stosunki handlowe między państwami członkowskimi powód wywodził, że

pojęcie to ma charakter autonomiczny, unijny. Obowiązki w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, które przedsiębiorca telekomunikacyjny jest obowiązany wykonywać w danym państwie członkowskim, w szczególności zaś obowiązki dotyczące cen z tytułu dostępu telekomunikacyjnego mają wpływ na warunki świadczenia usług w innych państwach członkowskich. Ustalone w decyzji ceny hurtowe za dostęp telekomunikacyjny przekładają się bowiem na dostęp do rynku dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych z innych państw członkowskich.

Powód wywodził obowiązek poddania postępowaniu konsolidacyjnemu wszystkich środków regulacyjnych w zakresie cen dostępu telekomunikacyjnego z art. 8 ust. 4 dyrektywy 2002/19. Powoływał się w tym zakresie na stanowisko Komisji Europejskiej wyrażone w pismach z dnia 27 marca 2009 r., IP/09/489 z dnia 25 czerwca 2009 r., IP/09/1008, z których wynika, że Niemcom zarzucono naruszenia prawa unijnego poprzez brak konsultacji przed podjęciem decyzji w sprawie nowych poziomów stawek za zakańczania połączeń w sieciach ruchomych. Według powoda z pisma tego wynikało, że zdaniem Komisji decyzje regulacyjne dotyczące stawek za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych mają wpływ na operatorów w pozostałych państwach członkowskich, a przez to na jednolity rynek. Powód powołał się także na stanowisko Komisji wyrażone w piśmie z 15 maja 2009 r., SG-Greffe (2009) D/2752, zgodnie z którym konieczne jest poddanie postępowaniu konsolidacyjnemu wszystkich projektów rozstrzygnięć, w których Prezes Urzędu ustala opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego. W piśmie tym Komisja wytknęła Prezesowi Urzędu, że oceniając decyzje regulacyjne podejmowane w innych Państwach Członkowskich, Komisja wielokrotnie wyrażała pogląd, zgodnie z którym zorientowane kosztowo pułapy cenowe, ścieżki dojścia stawek MTR oraz stawki interkonektowe, ustalone w jakikolwiek sposób, stanowią obowiązki regulacyjne i mają wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, w związku z czym należy je notyfikować na podstawie art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21. Według Zalecenia Komisji 2008/850/WE poziomy cen, zmiany metodyki, określenie ścieżek dojścia stawek MTR są traktowane jako istotne zmiany charakteru lub zakresu środków naprawczych i jako wpływające na rynek wewnętrzny podlegają notyfikacji. Wreszcie, powód powołał się na pismo Komisji Europejskiej z dnia 24 kwietnia 2009 r. (S-Greffe (2009) D/2381) do Prezesa

Urzędu, z którego wynika, że zdaniem Komisji poziomy cen uznawane są za istotne zmiany charakteru lub zakresu środków naprawczych, które mają znaczący wpływ na rynek i powinny podlegać standardowej procedurze notyfikacyjnej (analogicznie jak w piśmie z dnia 15 maja 2009 r.).

W odpowiedzi na odwołanie powoda Prezes Urzędu stwierdził, że powód nie wykazał w jaki sposób zaskarżona decyzja tworzy bariery w rynku wewnętrznym, uniemożliwia świadczenie usług transgranicznych, wpływa na cenę w innych państwach, wpływa na strukturę rynku, dostęp do rynku polskiego, zdolność świadczenia usług telekomunikacyjnych o charakterze transgranicznym. Zdaniem Prezesa Urzędu skala działalności zainteresowanego i jej lokalny charakter wskazują, że takie bariery nie istnieją, zainteresowany świadczy usługi na niewielkiej części obszaru Rzeczypospolitej Polskiej, zaś liczba abonentów zainteresowanego w odniesieniu do liczby abonentów powoda jest znikoma. Prezes Urzędu stwierdził również, że nie podziela stanowiska powoda, zgodnie z którym obowiązek stosowania określonych cen z tytułu dostępu telekomunikacyjnego zawsze będzie oddziaływał na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Ponadto, Prezes Urzędu podniósł, że nałożony na powoda obowiązek nie jest obowiązkiem regulacyjnym. Powołał się w tym zakresie na uzasadnienie uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 września 2009 r., II GPS 1/09. Zdaniem Prezesa Urzędu zaskarżona decyzja rozstrzyga spór między operatorami, zmienia jedynie umowę łączącą powoda i zainteresowanego.

Sąd Okręgowy w W. – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 21 czerwca 2011 r. uchylił zaskarżoną decyzję i orzekł o kosztach postępowania. Sąd pierwszej instancji uznał za uzasadniony zarzut naruszenia art. 18 w związku z art. 15 pkt 3 Prawa telekomunikacyjnego. Zdaniem Sądu Okręgowego zaskarżona decyzja jest decyzją regulacyjną. Wprowadza zmiany w decyzji dotyczącej dostępu telekomunikacyjnego, o którym mowa w art. 28-30 Prawa telekomunikacyjnego. Ustalenie wysokości opłat stanowi obowiązek regulacyjny. Zmiana ustalonych stawek także stanowi nałożenie obowiązku regulacyjnego. Odnosząc się do kwestii wpływu decyzji Prezesa Urzędu na stosunki handlowe między państwami członkowskimi Sąd pierwszej instancji podkreślił, że nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, czy zainteresowany jest

małym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym i działa na rynku lokalnym. Dowodami na kartach 184-191 powód wskazał na międzynarodową działalność zainteresowanego i wyjaśnił, że przy obecnym zaawansowaniu technologicznym nawet mali operatorzy mogą wpływać na działalność handlową przedsiębiorców telekomunikacyjnych w innych państwach członkowskich. Ponadto uznał, że wprowadzona zmiana regulacyjna będzie oddziaływać na możliwość wejścia konkurencyjnych wobec zainteresowanego operatorów zagranicznych na polski rynek.

Prezes Urzędu i zainteresowany zaskarżyli wyrok Sądu Okręgowego apelacjami. W zakresie dotyczącym przesłanki wpływu decyzji na stosunki handlowe między państwami członkowskimi Prezes Urzędu podnosił, że art. 20 dyrektywy 2002/21 stoi na przeszkodzie zastosowaniu art. 18 Prawa telekomunikacyjnego. Argumentował ponadto, że decyzja nie oddziałuje na transgraniczną działalność gospodarczą.

Z kolei zainteresowany w apelacji wywodził, że art. 18 Prawa telekomunikacyjnego należało wyklądać z uwzględnieniem motywu 38 preambuły do dyrektywy 2002/21. Uwzględniając treść preambuły dyrektywy nie można uznać decyzji Prezesa Urzędu za środek, który mógłby mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi. Zdaniem zainteresowanego wpływ na rynek wewnętrzny decyzji wydawanych w postępowaniach spornych można a priori wykluczyć, ponieważ rozstrzygają one spór między dwoma przedsiębiorcami. Spory takie, jak wynika to z dyrektywy 2002/21 nie są zaś objęte postępowaniem konsultacyjnym, a w efekcie także postępowaniem konsolidacyjnym.

Zdaniem zainteresowanego przedmiot decyzji także wskazuje na brak wpływu na stosunki handlowe. Zaskarżona decyzja reguluje usługi zakończenia połączeń w sieci powoda, wykonywane przez powoda na rzecz zainteresowanego oraz usługi zakończenia połączeń w sieci zainteresowanego, wykonywana na rzecz powoda. Zdaniem zainteresowanego stawki obowiązujące wyłącznie w rozliczeniach pomiędzy dwoma podmiotami działającymi na polskim rynku nie mogą mieć wpływu na stosunki handlowe między państwami członkowskimi. Decyzja Prezesa Urzędu stanowi kontynuację linii decyzyjnej Prezesa Urzędu i zmierza do osiągnięcia niedyskryminacyjnych warunków dla wszystkich

operatorów, co zdaniem zainteresowanego oznacza, że nie tworzy barier w funkcjonowaniu jednolitego rynku.

Zainteresowany powołał się także na lokalny charakter swojej działalności i stosunkowo niewielką liczbę abonentów, co skutkuje brakiem wpływu decyzji na operatorów i użytkowników w innych państwach członkowskich. Zainteresowany twierdził, że we wszystkich zawieranych umowach abonenckich określa miejsce świadczenia usługi na terytorium Polski. Świadczenie usług odbywa się zawsze lokalnie, w granicach Rzeczypospolitej Polskiej. Połączenia realizowane między powodem a zainteresowanym kierowane są poprzez jedną z dwóch central tranzytowych zlokalizowanych w W.

Zainteresowany wywodził ponadto, że art. 18 Prawa telekomunikacyjnego, który implementuje art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 jest z tym przepisem sprzeczny. Przepis dyrektywy nie przewiduje bowiem obowiązku poddania konsolidacji decyzji spornych, to jest decyzji wydawanych na podstawie art. 28-30 Prawa telekomunikacyjnego. Decyzja wydana w niniejszej sprawie nie jest też środkiem regulacyjnym. Zainteresowany wywodził, że art. 6 dyrektywy 2002/21 wyłącza obowiązek przeprowadzenia konsultacji w odniesieniu do decyzji spornych. Zainteresowany podnosił, że Sąd I instancji powinien dokonać pronijnej wykładni przepisów Prawa telekomunikacyjnego polegającej na uznaniu za zasadne odstąpienia od przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego.

Oddalając apelację Prezesa Urzędu i zainteresowanego Sąd Apelacyjny wyjaśnił, że wydana w niniejszej sprawie decyzja Prezesa Urzędu opierała się na art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, który to przepis przewiduje rozstrzygnięcia przez Prezesa Urzędu o dostępie telekomunikacyjnym na podstawie wniosku jednej ze stron negocjacji dotyczących zawarcia umowy o dostępie telekomunikacyjnym, które to negocjacje w ustawowym terminie nie doprowadziły do zawarcia umowy. Podjęcie decyzji o dostępie poprzedza obligatoryjne postępowanie konsultacyjne (art. 15 Prawa telekomunikacyjnego). Z kolei przepis art. 18 stanowi, że jeżeli rozstrzygnięcie, którym mowa w art. 15 Prawa telekomunikacyjnego może mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, Prezes Urzędu równocześnie z postępowaniem konsultacyjnym rozpoczyna postępowanie konsolidacyjne. Konieczność przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego

dotyczy również decyzji połączeniu sieci, gdy decyzja ta może mieć wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi. Sąd drugiej instancji nie podzielił stanowiska Prezesa Urzędu, zgodnie z którym wydana w niniejszej sprawie decyzja nie wymagała przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego. Sąd wyjaśnił, że postępowanie konsolidacyjne przeprowadza się zawsze, gdy decyzja może mieć wpływ na stosunki handlowe niezależnie od tego, czy wpływ ten jest negatywny czy pozytywny. Chodzi o wpływ pośredni albo bezpośredni, rzeczywisty albo potencjalny na strukturę wymiany handlowej między państwami członkowskimi. Nie można przy tym oczekiwać od strony powołującej się na możliwy wpływ rozstrzygnięcia Prezesa Urzędu na stosunki handlowe przedstawienia dowodów, jakich należy oczekiwać w sprawie cywilnej. Ewentualny wpływ na stosunki handlowe winien zostać oceniony przez organ mający podjąć decyzję na podstawie określonych w decyzji obowiązków nałożonych na operatorów i uprawnień im przydanych. Obowiązek dokonania stosownej oceny w tym zakresie spoczywa na Prezesie Urzędu, skoro jest on zobowiązany wszcząć postępowanie konsolidacyjne, gdy spełnione zostaną przesłanki zastosowania art. 18 Prawa telekomunikacyjnego.

Prezes Urzędu i zainteresowany zaskarżyli wyrok Sądu Apelacyjnego skargami kasacyjnymi.

Zaskarżonemu wyrokowi Prezes Urzędu zarzucił naruszenie art. 479(64) § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 oraz art. 386 § 4 k.p.c.; art. 378 § 1 k.p.c. i art. 382 k.p.c.; art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c.; art. 18 w związku z art. 15 pkt 1-4 Prawa telekomunikacyjnego w brzmieniu obowiązującym w chwili wydania zaskarżonej decyzji oraz art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21; art. 28 ust. 1 pkt 1-8 w związku z art. 18 i art. 15 pkt 1-4 Prawa telekomunikacyjnego oraz w związku z art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21; art. 18 w związku z art. 15 pkt 1-4 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 6 k.c.

W zakresie dotyczącym kwestii wpływu decyzji na stosunki handlowe między państwami członkowskimi Prezes Urzędu wywodzi, że Sąd Apelacyjny dokonał wykładni art. 18 w związku z art. 15 Prawa telekomunikacyjnego w sposób sprzeczny z prawem unijnym. Zaniechał bowiem ustalenia znaczenia normy prawa unijnego, a następnie nie zbadał, czy przyjęta przez niego interpretacja zapewnia

realizację skutku przewidzianego w dyrektywie. Zdaniem Prezesa Urzędu obowiązek przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego aktualizuje się, gdy wpływ na stosunki handlowe między Państwami Członkowskimi jest znaczący, to jest istotny. Aby ocenić ten znaczący wpływ Sąd powinien opierać się na faktach ustalonych w drodze postępowania dowodowego. Sąd musi ustalić, czy decyzja Prezesa Urzędu wpływa na operatorów i użytkowników w innych państwach członkowskich oraz czy wpływ ten jest istotny. Sąd powinien uwzględnić, czy decyzja Prezesa Urzędu dotyczy przedsiębiorcy krajowego, czy obcego (unijnego), czy oddziałuje na świadczenie usług transgranicznych oraz czy wpływa na strukturę i dostęp do rynku polskiego ze skutkiem dla przedsiębiorców z innych państw członkowskich. Zdaniem Prezesa Urzędu hipotetycznie można uznać, że większość decyzji nakładających obowiązki regulacyjne wpływa na strukturę i dostęp do rynku krajowego, jednakże nie każda z tych decyzji wpływa na użytkowników i operatorów z innych państw członkowskich.

Zainteresowany zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie art. 6 dyrektywy 2002/21 w związku z art. 15 pkt 3 i art. 18 Prawa telekomunikacyjnego; art. 6 k.c. w związku z art. 18 Prawa telekomunikacyjnego; art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. Podniósł także zarzut nieważności postępowania przed Sądem pierwszej instancji.

W odniesieniu do przesłanki wpływu decyzji Prezesa Urzędu na stosunki handlowe między państwami członkowskimi zainteresowany podnosi, że Sąd Apelacyjny nie wskazał w jaki sposób zaskarżona decyzja wpływa na stosunki handlowe, a zatem zaskarżony wyrok opiera się na założeniu, zgodnie z którym każda decyzja z zakresu dostępu telekomunikacyjnego wpływa na stosunki handlowe między państwami członkowskimi. Tymczasem, zgodnie z motywem 38 dyrektywy, środek krajowy wpływa na handel, gdy pociąga za sobą bariery w funkcjonowaniu jednolitego rynku albo ma znaczący wpływ na operatorów lub użytkowników z innych państw członkowskich. Zdaniem zainteresowanego, decyzja Prezesa Urzędu wydana w niniejszej sprawie nie wpływa na handel, ponieważ: 1) reguluje stosunki między dwoma polskimi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi; 2) reguluje wysokość opłat zgodnie z treścią oferty ramowej TP; 3) zawiera te same postanowienia co szereg innych umów, które nie zostały poddane procedurze



konsolidacji; 4) dotyczy przedsiębiorcy prowadzącego działalność w niewielkim charakterze; 5) dotyczy świadczenia usług przez zainteresowanego wyłącznie na rzecz powoda; 6) celem jest umożliwienie komunikacji użytkowników przyłączonych do sieci powoda z użytkownikami sieci zainteresowanego. Dodatkowo zainteresowany w uzasadnieniu tego zarzutu podnosi, że Sąd Apelacyjny nie uwzględnił unormowania wynikającego z art. 6 dyrektywy 2002/21, który wyklucza prowadzenie postępowania konsultacyjnego, a w efekcie konsolidacyjnego, w stosunku do decyzji w sprawach spornych.

Powód w odpowiedzi na obie skargi kasacyjne wniósł o ich oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania.

W odniesieniu do sformułowanego w obu skargach zarzutu naruszenia art. 18 w związku z art. 15 pkt 3 Prawa telekomunikacyjnego i art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 powód przedstawił następującą argumentację w zakresie wpływu na handel decyzji Prezesa Urzędu wydanej w niniejszej sprawie. Po pierwsze, lokalny charakter działalności przedsiębiorcy nie wyłącza, że decyzja Prezesa Urzędu może wpłynąć na handel. W orzecznictwie TSUE przyjęto bowiem wielokrotnie, że wpływ taki może wywoływać zachowanie przedsiębiorcy (środki państwa adresowane do takiego przedsiębiorcy), który działa na skalę lokalną (wyrok z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie C-280/00 Altmark, pkt 77-78), na części terytorium państwa członkowskiego (wyrok z dnia 1 lipca 2008 r. w sprawie C-49/07 Motoe, pkt 50) zamieszkałego przez znaczną liczbę ludności (wyrok z dnia 25 października 2001 r. w sprawie C-475/99 Ambulanz Glockner, pkt 38). Powód powołał się na także na decyzję Komisji Europejskiej z zakresu pomocy publicznej na budowę infrastruktury dla sieci internet dla przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, działającego na rynku niewielkiej gminy. Komisja uznała, że pomoc dla tego przedsiębiorcy mogła wpływać na handel, z racji tego, że różni operatorzy kablowi oraz dostawcy usług internetowych działający w Holandii wchodzą w skład grup międzynarodowych, które działają w całej Europie (decyzja KE z 19 września 2006 r. dotycząca środka C-35/2005, pkt 61). Zdaniem powoda motyw 38 dyrektywy 200/21 wskazuje na to, że na handel mogą wpływać środki, które oddziałują na strukturę rynku oraz na dostęp do tego rynku, ze skutkiem dla przedsiębiorstw w innych Państwach Członkowskich. Powód wywodzi także, że jest

członkiem grupy kapitałowej France Telecom, działającej na skalę europejską. Zainteresowany jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym działającym na rynku w., na którym obecnych jest wielu operatorów powiązanych kapitałowo z zagranicą. Ponadto, jest to rynek zamieszkał przez ok 2 mln osób, a zatem przeszło 5% populacji kraju. Decyzja Prezesa Urzędu, wprowadzając asymetryczne stawki z tytułu połączeń między powodem a zainteresowanym uprzywilejowywała zainteresowanego nie tylko względem powoda, ale także innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, co z kolei może skutkować barierą wejścia na rynek dla innych podmiotów, które nie mają zagwarantowanej takiej jak zainteresowany stawki z tytułu zakończenia połączenia w jego sieci. Powód podnosi również, że nie można utożsamiać wpływu na handel wyłącznie z przypadkami świadczenia transgranicznych usług telekomunikacyjnych. Odnosząc się do zarzutów Prezesa Urzędu i zainteresowanego, zgodnie z którymi wydana w niniejszej sprawie nie była decyzją regulacyjną, powód uznaje, że decyzja Prezesa Urzędu miała podwójny charakter. Nakładała bowiem na zainteresowanego obowiązek regulacyjny o charakterze kosztowym, poprzez ustalenie stawki za zakańczanie połączenia w sieci zainteresowanego za pomocą formuły, której elementem była stawka za zakończenie połączenia w sieci powoda, na którego uprzednio nałożono obowiązek kalkulowania cen zorientowanych na koszty.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skargi kasacyjne Prezesa Urzędu i zainteresowanego nie mają uzasadnionych podstaw.

W pierwszej kolejności Sąd Najwyższy stwierdza, że bezpodstawny jest sformułowany w skardze zainteresowanego zarzut nieważności postępowania przed Sądem Okręgowym w W. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Sąd Najwyższy nie jest uprawniony do badania nieważności postępowania przed Sądem pierwszej instancji. Takie badanie jest możliwe tylko wówczas, gdy w skardze kasacyjnej został sformułowany zarzut naruszenia przez Sąd drugiej instancji art. 386 § 2 k.p.c., poprzez nie uwzględnienie nieważności postępowania przed Sądem pierwszej instancji (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 października

2009 r., II CSK 156/09, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2007 r., V CSK 62/07). Zainteresowany uczynił zadość powyższemu wymogowi formułując w podstawach skargi kasacyjnej zarzut naruszenia art. 378 § 1 k.p.c. w związku z art. 386 § 2 k.p.c. i art. 109(4) § 1 k.c. oraz art. 87 § 1 i 2 k.p.c.

Jednakże, nieważność postępowania przed Sądem pierwszej instancji, której nie dostrzegł Sąd drugiej instancji, stanowi uzasadnioną podstawę skargi kasacyjnej tylko wtedy, gdy miała istotny wpływ na wynik sprawy. Jest to konsekwencją treści przepisu art. 398<sup>3</sup> § 1 pkt 2 k.p.c., zgodnie z którym zarzucając wyrokowi Sądu drugiej instancji naruszenie przepisów postępowania skarżący zobowiązany jest wywieść nie tylko na czym jego zdaniem polega obraza konkretnych przepisów przytoczonych w podstawach kasacyjnych, ale także wykazać, że naruszenie to mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2007 r., II PK 297/06), a zatem że w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji zapadłoby inne rozstrzygnięcie.

Nieważności postępowania przed Sądem Okręgowym zainteresowany upatruje w tym, że w rozprawie przed Sądem Okręgowym w dniu 16 czerwca 2011 r. udział wzięł prokurent zainteresowanego, p. M. W. Na rozprawie nie okazano odpisu z KRS potwierdzającego prokurę. Ponadto, p. M. W. była co prawda jedynym prokurentem zainteresowanego, ale udzielono jej prokury łącznej. Nie mogła zatem samodzielnie występować w imieniu zainteresowanego na rozprawie przed Sądem Okręgowym. W toku rozprawy p. M. W. doręczono pismo procesowe powoda z dnia 15 czerwca 2011 r. Po otrzymaniu tego pisma prokurent zainteresowanego wniosła o odroczenie rozprawy, ponieważ nie była w stanie odnieść się do twierdzeń zawartych w tym piśmie. Wniosek o odroczenie rozprawy został zaś oddalony przez Sąd pierwszej instancji. Następnie p. M. W. przyłączyła się do stanowiska pełnomocnika Prezesa Urzędu, który wniósł o oddalenie odwołania i podtrzymał stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie w dniu 16 czerwca 2011 r. Sąd Okręgowy postanowił dopuścić dowody z dokumentów dołączonych do pism procesowych stron oraz znajdujących się w aktach administracyjnych.

W skardze kasacyjnej powód nie podjął nawet próby wykazania, iż popełnione przez Sąd pierwszej instancji uchybienia mogło mieć istotny wpływ na

wynik sprawy. Zainteresowany został prawidłowo powiadomiony o terminie rozprawy. Stawiennictwo przedstawicieli zainteresowanego lub jego pełnomocników na rozprawie nie było obowiązkowe. W doręczonym p. M. W. piśmie procesowym powoda z dnia 15 czerwca 2011 r. przedstawiono dodatkową argumentację uzasadniającą wadliwość decyzji Prezesa Urzędu (tom II, karta 249 i n.). W zakresie istotnym dla motywów rozstrzygnięcia podjętego przez Sąd Okręgowy, argumentacja ta dotyczyła wykładni pojęcia wpływu na handel między państwami członkowskimi w oparciu o wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie wpływu na handel w rozumieniu art. 81 i 82 TWE (obecnie art. 101 i 102 TFUE) oraz innych orzeczeń Sądu Okręgowego, w których uchylono decyzje Prezesa Urzędu ze względu na nieprzeprowadzenie postępowania regulacyjnego.

Udział w rozprawie prokurenta zainteresowanego nieumocowanego do samodzielnego reprezentowania zainteresowanego oraz nielegitymującego się szczególnym pełnomocnictwem procesowym, w sytuacji gdy stawiennictwo zainteresowanego nie było obowiązkowe; zainteresowany nie odwoływał się od decyzji Prezesa Urzędu; nie składał pism, w których ustosunkowywał się do zarzutów powoda, a argumentacja zawarta w piśmie procesowym powoda dotyczyła jedynie wykładni przepisów powołanych w odwołaniu, nie miał jakiegokolwiek wpływu na wynik sprawy i w istocie rzeczy nie powodował nieważności postępowania przed Sądem pierwszej instancji.

Bezpodstawny okazał się także zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. Uzasadnienie wyroku Sądu drugiej instancji poddaje się kontroli kasacyjnej. Wyrażone w nim zapatrywania w przedmiocie przesłanek obowiązku przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego i ich zastosowania w niniejszej sprawie, przy całościowym oglądzie niniejszej sprawy i jej kontekstu faktycznego oraz prawnego, pozwalają zweryfikować zgodność z prawem toku rozumowania Sądu Apelacyjnego w tym zakresie.

Nie można również podzielić zarzutów procesowych podniesionych w skardze kasacyjnej Prezesa Urzędu.

Za oczywiście bezzasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 479(64) § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 oraz art. 386 § 4 k.p.c. poprzez przyjęcie, że

naruszenie obowiązku przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego może być wyłącznym powodem uchylenia decyzji Prezesa Urzędu. Z utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach z zakresu regulacji telekomunikacji wynika, że stwierdzenie przez Sąd orzekający w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu takich uchybień formalno-proceduralnych decyzji Prezesa Urzędu lub przeprowadzonego przez niego postępowania administracyjnego, które nie podlegają konwalidacji w toku postępowania sądowego z uwagi na odmienne ukształtowanie kompetencji Prezesa Urzędu i sądów oraz ich zadań w postępowaniu odwoławczym, uzasadnia uchylenie decyzji Prezesa Urzędu. Jeżeli zatem Sąd Apelacyjny stwierdził na podstawie ustaleń faktycznych poczynionych przez Prezesa Urzędu oraz Sądy obu instancji, przedmiotu decyzji Prezesa Urzędu oraz treści odwołania przedsiębiorcy, że wydana w niniejszej sprawie decyzja Prezesa Urzędu powinna zostać poprzedzona przeprowadzeniem postępowania konsolidacyjnego, mógł zgodnie z obowiązującymi przepisami normującymi postępowania z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu uchylić zaskarżoną decyzją, bądź oddalić apelację od wyroku Sądu Okręgowego uchylającego decyzję z powodu uchybienia proceduralnego polegającego na nieprzeprowadzeniu postępowania konsolidacyjnego.

Nie można również podzielić zarzutu naruszenia art. 378 § 1 k.p.c. i art. 382 k.p.c. poprzez oddalenie apelacji przy zaniechaniu rozpoznania wszystkich zarzutów podnoszonych w apelacji Prezesa Urzędu. W pierwszej kolejności należy – kolejny raz - podkreślić, że kontroli Sądu Najwyższego w postępowaniu kasacyjnym podlegają wyłącznie takie naruszenia przepisów postępowania przez Sąd drugiej instancji, które mają istotny wpływ na wynik sprawy. Na skarżącym ciąży przy tym obowiązek wykazania w skardze kasacyjnej zawierającej procesową podstawę, że naruszenie miało wpływ na wynik sprawy. Prezes Urzędu nie wykazał zaś, by zarzucane Sądowi Apelacyjnemu naruszenie przepisów postępowania miało wpływ na wynik sprawy. Nie wskazał, jakie to zarzuty apelacyjne nie zostały przez Sąd drugiej instancji rozpoznane, ani jak ich ewentualne rozpoznania rzutowałyby na wydane przez Sąd Apelacyjny rozstrzygnięcie. Podstawowym założeniem zaskarżonego wyroku, które rzutuje na podjęte rozstrzygnięcie, a także na potrzebę ustosunkowania się do szczegółowych zarzutów apelacyjnych, jest

bowiem przekonanie Sądu Apelacyjnego co do konieczności przeprowadzenia przez Prezesa Urzędu postępowania konsolidacyjnego w niniejszej sprawie. W sytuacji, gdy apelacja Prezesa Urzędu nie zdołała podważyć w tym zakresie argumentacji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego, nie było potrzeby rozważania przez Sąd Apelacyjny innych zarzutów prawa materialnego.

Chybiony jest także zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c.. Uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego zawiera bowiem wszystkie elementy konieczne do dokonania jego kontroli kasacyjnej. Okoliczność, że zawarte w treści uzasadnienia argumenty nie są tak wnikliwe, jak oczekiwaby Prezes Urzędu nie przesądza o naruszeniu art. 328 § 2 k.p.c., ani tym bardziej o wpływie naruszenia tego przepisu na wynik sprawy. Argumentacja zawarta w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku opiera się na założeniu, zgodnie z którym przeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego jest obligatoryjne w przypadku każdej decyzji o dostępie telekomunikacyjnym w tym decyzji zmieniającej stawki z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, ponieważ według Sądu drugiej instancji każda taka decyzja wywiera wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi.

Przechodząc do oceny zarzutów skargi kasacyjnej zainteresowanego składających się na jej materialną podstawę, za bezpodstawny należy uznać zarzut naruszenia art. 6 k.c. w związku z art. 18 Prawa telekomunikacyjnego poprzez uznanie, że strona powołująca się na wpływ decyzji na stosunki handlowe między państwami członkowskimi nie ma obowiązku wykazania istnienia tego wpływu. Zawarta w art. 18 Prawa telekomunikacyjnego instytucja wpływu na stosunki handlowe między państwami członkowskimi stanowi jedną z przesłanek aktualizacji po stronie Prezesa Urzędu obowiązku przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego. Jest to jednocześnie przesłanka jurysdykcyjna warunkująca kompetencję Komisji do przedstawienia uwag danemu organowi regulacyjnemu. O tym, czy projektowana decyzja wpływa na stosunki handlowe między państwami członkowskimi decydują okoliczności faktyczne konkretnej sprawy, na które składają się w szczególności rodzaj i zakres obowiązków, pozycja rynkowa adresata(-ów), rynek objęty oddziaływaniem tej decyzji, itp. Wpływ na stosunki handlowe jest przesłanką prawną, warunkuje zastosowanie art. 18 Prawa telekomunikacyjnego. Nie jest to okoliczność faktyczna, która wymaga dowodzenia.

Oczywiście może być tak, że wpływ na stosunki handlowe da się stwierdzić dopiero po dokonaniu stosownych ustaleń faktycznych, ale kwestia czy dana decyzja wpływa na stosunki handlowe czy nie jest kwestią prawną. Rozstrzygnięcie w tym przedmiocie polega na subsumcji ustalonego w sprawie stanu faktycznego pod pojęcie wpływu na stosunki handlowe w rozumieniu art. 18 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21. Ma zatem rację Sąd Apelacyjny, że przedsiębiorca podnoszący zarzut nieprzeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego nie ma obowiązku wykazywania (udowodniania, uprawdopodobniania), że decyzja Prezesa Urzędu może wpłynąć na stosunki handlowe. Wystarczające jest, że przedstawi odpowiednią argumentację w tym zakresie. Rozstrzygnięcie o tym, czy decyzja wpływa na stosunki handlowe zależy bowiem od wykładni tego pojęcia oraz dokonania jego subsumcji do określonego stanu faktycznego. Niezależnie od powyższego, Sąd Najwyższy ponownie stwierdza, że przepis art. 6 k.c. nie stanowi właściwej podstawy dla ustalania rozkładu ciężaru dowodu w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu.

Nieuprawniony okazał się także zarzut naruszenia art. 6 dyrektywy 2002/21 w związku z art. 15 pkt 3 i art. 18 Prawa telekomunikacyjnego poprzez zastosowanie obowiązku prowadzenia postępowania konsolidacyjnego w stosunku do decyzji, o których mowa w art. 28-30 Prawa telekomunikacyjnego pomimo braku obowiązku prowadzenia konsultacji takich decyzji zgodnie z dyrektywą 2002/21. Przepis art. 6 dyrektywy 2002/21 dotyczy postępowania konsultacyjnego w wymiarze krajowym (postępowanie konsultacyjne). Przepis ten przewiduje obowiązek przeprowadzenia takiego postępowania, gdy krajowy organ regulacyjny zamierza wydać decyzję zawierającą środki regulacyjne, które mogą mieć znaczący wpływ na dany rynek właściwy poddany regulacji. Przepis art. 6 dyrektywy 2002/21 określa także wyjątki od obowiązku przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego. Wyjątek taki przewidziano w nim *expressis verbis* w odniesieniu do decyzji wydawanych przez Prezesa Urzędu w sprawach spornych, to jest sporu między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi dotyczącego obowiązków, jakie ciążą na tych przedsiębiorcach na mocy decyzji krajowych organów regulacji wydanych na podstawie przepisów prawa krajowego wdrażających postanowienia dyrektywy 2002/21 oraz dyrektyw szczegółowych (w

zakresie objętym przedmiotem normowania tych dyrektywy). Jednakże w niniejszej sprawie nie chodzi o postępowanie konsultacyjne, o którym mowa w art. 6 dyrektywy 2002/21, którego to postępowania nie przeprowadza się w przypadku rozstrzygnięcia przez krajowe organy regulacyjne sporów między przedsiębiorstwami telekomunikacyjnymi, lecz o postępowanie konsultacyjne w wymiarze unijnym (postępowanie konsolidacyjne). Postępowania konsolidacyjnego dotyczy zaś art. 7 dyrektywy 2002/21.

Przepis ten można interpretować dwojako. Pierwsza interpretacja zakłada, że przepis ten ustanawia odrębne od art. 6 dyrektywy 2002/21, samodzielne przesłanki konsultacji projektu decyzji krajowego organu regulacyjnego z Komisją Europejską i innymi krajowymi organami regulacyjnymi. Wówczas postępowanie konsolidacyjne ma względem postępowania konsultacyjnego autonomiczny charakter. Przeprowadza się je wtedy, gdy spełnione są przesłanki określone w art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21, niezależnie od tego, czy dany środek podlegał postępowaniu konsultacyjnemu w rozumieniu art. 6 dyrektywy 2002/21. Druga wykładnia zakłada zaś, że postępowanie konsolidacyjne z art. 7 oraz postępowanie konsultacyjne z art. 6 dyrektywy 2002/21 pozostają ze sobą w takim związku, że postępowanie konsolidacyjne przeprowadza się wówczas, gdy projektowana decyzja krajowego organu regulacyjnego podlegająca już postępowaniu konsultacyjnemu dodatkowo spełnia przesłanki wymienione w art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21. Na prawidłowość tej drugiej opcji interpretacyjnej wskazuje początkowy fragment art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21, który stanowi, że „oprócz konsultacji, o której mowa w art. 6, jeżeli krajowy organ regulacyjny zamierza podjąć środek”. Nawiązanie do konsultacji z art. 6 dyrektywy 2002/21 w treści przepisu normującego przesłanki postępowania konsolidacyjnego wskazuje, że postępowanie to przeprowadza się tylko wtedy, gdy projektowany przez krajowy organ regulacyjny środek jest tego rodzaju, że podlega postępowaniu konsultacyjnemu. Za drugą opcją interpretacyjną przemawia także treść art. 7 dyrektywy 2002/21 w nowym brzmieniu, zgodnie z którym postępowanie konsolidacyjne wszczyna się dopiero po przeprowadzeniu krajowego postępowania konsultacyjnego.



Taka wykładnia art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 nie przesądza jednak o zasadności powyższego zarzutu skargi kasacyjnej. Powodem oddalenia apelacji zainteresowanego było bowiem nieprzeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego, a nie brak postępowania konsultacyjnego, którego dotyczy art. 6 dyrektywy 2002/21. Zainteresowany wskazał zaś jako podstawę skargi zarzut naruszenia art. 6 dyrektywy 2002/21 w związku z art. 15 pkt 3 i art. 18 Prawa telekomunikacyjnego, a tego przepisu wyrok Sądu Apelacyjnego – biorąc pod uwagę wyrażone w nim stanowisko oraz istotę zarzutu zainteresowanego - nie narusza.

Na marginesie należy jednak zauważyć, że zaskarżonym orzeczeniem Sąd Apelacyjny oddalił apelację od wyroku Sądu Okręgowego uchylającego decyzję Prezesa Urzędu. Skoro zaś, jak wywodzi zainteresowany, przeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego w niniejszej sprawie byłoby sprzeczne z prawem unijnym z uwagi na to, że decyzja Prezesa Urzędu jest decyzją rozstrzygającą spór w rozumieniu art. 20 dyrektywy 2002/21, to zaskarżony wyrok i tak należałoby uznać za zgodny z prawem, ponieważ prowadzi do uchylenie decyzji Prezesa Urzędu niezgodnej z art. 6 dyrektywy 2002/21. Prezes Urzędu przeprowadził bowiem w niniejszej sprawie postępowania konsultacyjne, a w myśl art. 20 dyrektywy 2002/21 takiego postępowania nie powinien przeprowadzać.

Jednakże zdaniem Sądu Najwyższego, o ile nieprzeprowadzenie postępowania konsultacyjnego lub konsolidacyjnego wówczas, gdy spełnione są przesłanki przeprowadzenia tych postępowań określone w dyrektywie 2002/21, stanowi wadę decyzji, która może skutkować jej uchyleniem w postępowaniu sądowym, o tyle samo przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego lub konsolidacyjnego, zgodnie z wymogami Prawa telekomunikacyjnego nie powinno być kwalifikowane jako naruszenie art. 6 lub 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 skutkujące wadliwością decyzji Prezesa Urzędu w sytuacji, gdy przepisy Prawa telekomunikacyjnego w brzmieniu istotnym dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, przewidywały szerszy zakres postępowania konsultacyjnego i konsolidacyjnego, niż wynikający z dyrektywy 2002/21, a jednocześnie przepisy te nie poddają się pronijnej wykładni.

Jak wskazano już między innymi w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2012 r., III SK 3/12, w przypadku stwierdzenia niezgodności przepisów prawa krajowego z przepisami dyrektywy i niemożności dokonania prounijnej wykładni przepisów prawa krajowego, sąd krajowy ma obowiązek odmówić zastosowania przepisów prawa krajowego tylko wtedy, gdy przepis dyrektywy jest bezpośrednio skuteczny. Przepisy art. 6 i 7 dyrektywy 2002/21 są zdaniem Sądu Najwyższego jasne, precyzyjne i bezwarunkowe, ale nie przyznają przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu uprawnienia do tego, by postępowanie konsultacyjne lub konsolidacyjne nie zostało przeprowadzone.

Nie zachodzi również potrzeba zapewnienia zgodności prawa polskiego z prawem unijnym poprzez odwołanie do koncepcji tzw. obiektywnego bezpośredniego skutku. Celem postępowania konsolidacyjnego jest wypracowanie jednolitych 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 przedmiotowej konsultacji takich środków, w przypadku których konsultacja nie jest obowiązkowa, nie naraża na szwank realizacji tego celu. Nie narusza także interesów przedsiębiorcy telekomunikacyjnego poprzez nadmierne wydłużenie krajowego postępowania administracyjnego.

Odnosząc się do sformułowanej w skardze kasacyjnej zainteresowanego argumentacji co do konieczności przeprowadzenia prounijnej wykładni art. 18 w związku z art. 15 pkt 3 Prawa telekomunikacyjnego, polegającej na zawężeniu spektrum decyzji Prezesa Urzędu podlegających postępowaniu konsolidacyjnemu, Sąd Najwyższy stwierdza, że przeprowadzenie takiej wykładni nie jest możliwe w niniejszej sprawie. Brzmienie ówczesnego art. 18 w związku z art. 15 pkt 3 Prawa telekomunikacyjnego wyłącza bowiem nadanie tym przepisom takiego znaczenia, zgodnie z którym decyzja Prezesa Urzędu wydana w niniejszej sprawie nie podlega postępowaniu konsolidacyjnemu, jako decyzja wydana w postępowaniu spornym, skoro art. 18 w związku z art. 15 pkt 3 Prawa telekomunikacyjnego przewidywał wymóg przeprowadzenia takiego postępowania w przypadku projektu każdej decyzji o dostępie telekomunikacyjnym, jeżeli tylko mogła ona wpłynąć na stosunki handlowe między państwami członkowskimi. Prounijna wykładnia wymagałaby

bowiem przyjęcia następującego założenia, zgodnie z którym przepis o brzmieniu „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” należy rozumieć w ten sposób, że „Jeżeli rozstrzygnięcia, o których mowa w art. 15, z wyjątkiem rozstrzygnięć w sprawach spornych, 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”. Tymczasem art. 15 Prawa telekomunikacyjnego, w brzmieniu istotnym dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, wymieniał decyzje o dostępie z art. 28-30 Prawa telekomunikacyjnego, a zatem także decyzje zmieniające decyzje o dostępie (art. 30 Prawa telekomunikacyjnego). Nie da się zatem tego przepisu wyłożyć prounijnie w ten sposób, że decyzja zmieniająca decyzję o dostępie wydana w niniejszej sprawie nie jest decyzją wymienioną w art. 15 Prawa telekomunikacyjnego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 18 w związku z art. 15 pkt 3 Prawa telekomunikacyjnego poprzez przyjęcie, że decyzja Prezesa Urzędu wydana w niniejszej sprawie winna zostać poddana postępowaniu konsolidacyjnemu, należy zwrócić uwagę, że celem unormowania wynikającego z art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 jest umożliwienie wypracowania zbieżnych zasad działania krajowych organów regulacyjnych, dzięki czemu przyjęte zostaną zbliżone ramy regulacyjne, co w perspektywie doprowadzi do ukształtowania podobnych zasad funkcjonowania poszczególnych krajowych rynków telekomunikacyjnych i w przyszłości przyczyni się do powstania jednolitego rynku w tym obszarze.

Pojęcie wpływu na stosunki handlowe między państwami członkowskimi z art. 18 Prawa telekomunikacyjnego jest pojęciem prawa unijnego, które zamieszczono w tym przepisie prawa krajowego w celu wdrożenia art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21. Pojęcie to nie było do tej pory przedmiotem wykładni TSUE w zakresie regulacji telekomunikacji. Jest to jednak dość często występująca

przesłanka w innych dziedzinach prawa unijnego, która w tych obszarach doczekała się obszernego orzecznictwa oraz wytycznych Komisji Europejskiej (Wytyczne Komisji w sprawie rozumienia pojęcia wpływu na handel zawartego w art. 81 i 82 TWE, Dz. Urz. UE z 2004 r., C 101/81, dalej jako Wytyczne Komisji).

Przesłanka wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi jest przesłanką o charakterze prawnym a nie faktycznym. Jest to przesłanka zastosowania przepisu art. 18 Prawa telekomunikacyjnego, determinująca konieczność przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego. Przesłanka wpływu na handel odnosi się przy tym do środka regulacyjnego, jakie zamierza wydać krajowy organ regulacyjny. Ocenia się w konsekwencji, czy to konkretny środek wpływa na handel. Powoduje to, że w pierwszej kolejności należy patrzeć na treść środka i jego – obiektywnie oceniane – skutki (reperkusje) dla funkcjonowania rynku, na którym środek ten ma znaleźć zastosowanie. Treść środka ma więc podstawowe znaczenie dla udzielania odpowiedzi na pytanie o wpływ na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi. Mając jednak na względzie to, że chodzi o środki odnoszące się do konkretnych problemów rynku, ocena wpływu środka na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi będzie często wymagała uwzględnienia sytuacji rynkowej, w jakiej środek jest podejmowany, a to z kolei wymaga odpowiednich ustaleń faktycznych oraz argumentacji odnoszącej się do zasad działania danego rynku.

Wydana w niniejszej sprawie decyzja Prezesa Urzędu nie nakłada na powoda generalnego obowiązku określonego działania na terytorium całej Rzeczypospolitej Polskiej lub choćby na znaczącej części Rzeczypospolitej Polskiej. Zobowiązuje powoda do określonego zachowania w jego relacjach gospodarczych z zainteresowanym. Nie nakłada także obowiązku, który ze swej istoty blokowałby możliwość wejścia na Polski rynek lub jego istotną część. Nie przesądza to braku wpływu na stosunki handlowe między państwami członkowskimi decyzji Prezesa Urzędu, ale oznacza, że konieczne jest poczynienie dodatkowych ustaleń, by taki wpływ można było przyjąć.

Decyzja Prezesa Urzędu kształtuje wysokość cen za usługę zakańczania połączenia w sieci zainteresowanego. Jednakże ustalona w decyzji przez Prezesa Urzędu cena wiąże tylko powoda. Z poczynionych w niniejszej sprawie ustaleń nie

wynika, by zainteresowany lub powód mieli sieci telekomunikacyjne w innych państwach członkowskich. Wydana w niniejszej sprawie decyzja Prezesa Urzędu nie kształtuje zatem opłaty za zakończenie połączenia w transgranicznych sieciach powoda i zainteresowanego. Brak również ustalenia, by międzynarodowa działalność zainteresowanego, na którą zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie, prowadzona była dzięki umowie z powodem, której treść modyfikowała decyzja Prezesa Urzędu. Powołane przez Sąd pierwszej instancji dowody w postaci wzorca umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez zainteresowanego, wydruki ze strony internetowej o pozyskiwaniu kolejnych partnerów biznesowych na rynkach lokalnych w Polsce nie uzasadniają subsumpcji art. 18 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 do okoliczności faktycznych sprawy.

Relevantna dla oceny możliwości wywarcia wpływu decyzji krajowego organu regulacyjnego na stosunki handlowe między państwami członkowskimi jest także pozycja rynkowa przedsiębiorców telekomunikacyjnych, których dotyczy decyzja. Co prawda zarówno powód, jak i zainteresowany są monopolistami na rynkach zakańczania połączeń w ich sieciach stacjonarnych, jednakże z punktu widzenia art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 istotna jest pozycja na rynku produktowym i geograficznym, którego dotyczy decyzja. Aby ustalenie tej pozycji było celowe, należałoby najpierw przeprowadzić wywód, z którego wynikałoby, że istnieją podstawy dla kreowania założenia, zgodnie z którym pozycja rynkowa zainteresowanego na rynku dotkniętym skutkami decyzji Prezesa Urzędu jest tak mocna, że uregulowanie wysokości stawek za zakańczanie połączeń w umowie łączącej zainteresowanego z powodem, w jakiś szczególny sposób uprzywilejowuje go względem ewentualnych potencjalnych konkurentów zainteresowanych wejściem na rynek usług, na którym działa zainteresowany. Dodatkowo należałoby przedstawić analizy rynkowe, z których wynikałoby jakie podmioty działają na rynku, którego dotyczy decyzja Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie. Tymczasem stosownych ustaleń w tym zakresie nie poczyniono w niniejszej sprawie. Powód poprzestał jedynie na argumentacji, że lokalny charakter działalności zainteresowanego nie niweczy wpływu na handel w kontekście decyzji KE w sprawie pomocy publicznej na budowę infrastruktury telekomunikacyjnej w Holandii

(decyzja KE z 19 września 2006 r. dotycząca środka C-35/2005). Specyfika rynku holenderskiego może być jednak odmienna, już z racji jego wymiaru geograficznego i potencjału ludnościowego, a także skali „umiędzynarodowienia”. Przynależność powoda do zagranicznej grupy kapitałowej, jak również powiązania kapitałowe zainteresowanego, same przez się nie uzasadniają bezpośredniego przełożenia stanowiska KE z powyższej sprawy do niniejszego postępowania.

W przekonaniu Sądu Najwyższego ostatnim z głównych elementów oceny wpływu decyzji Prezesa Urzędu na stosunki handlowe między państwami członkowskimi jest kontekst prawno-gospodarczy, w jakim dany środek regulacyjny miałby znaleźć zastosowanie. W tym zakresie stwierdzić zaś należy, że decyzja Prezesa Urzędu określa co prawda stawki opłat w umowie między dwoma przedsiębiorcami, a nie stawki opłat, jakie powód musiałby stosować względem wszystkich podmiotów działających na polskim rynku telekomunikacyjnym (i wchodzących na ten rynek), ale jest to jednocześnie – jak wynika z zapatrywań prawnych Sądu pierwszej instancji podzielonych przez Sąd Apelacyjny - jedna z wielu decyzji Prezesa Urzędu kształtująca stawki opłat w relacjach powoda z innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Okoliczność ta stanowi zaś podstawę dla przyjęcia założenia, zgodnie z którym decyzja Prezesa Urzędu postrzegana samodzielnie nie wpływa co prawda na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, jednakże jako jedna z wielu analogicznych decyzji dotyczących rozliczeń powoda z innymi przedsiębiorcami, decyzja ta może wpłynąć rynek wewnętrzny z racji tego, że współkształtuje stawki jakie generalnie na rynku polskim ma obowiązek stosować powód.

Na słuszność takiego rozumowania wskazuje analiza uzasadnień niektórych decyzji Komisji wydawanych w postępowaniu konsolidacyjnym w analogicznych do niniejszej sprawach, w których takie postępowanie - z niewiadomych powodów – zostało Prezes Urzędu zainicjowane. Przykładowo w decyzji z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie PL/2011/1273 dotyczącej rozstrzygnięcia sporu między TP SA a Aero 2 sp. z o.o. dotyczącego usługi zakańczania połączeń głosowych w sieci łączności ruchomej Aero 2 w Polsce Komisja stwierdziła, że sprawa ta mieści się w zakresie jej kompetencji, ponieważ decyzja Prezesa Urzędu określa koszty i możliwość świadczenia usług łączności elektronicznej przez innych operatorów i

dostawców usług, w tym przez podmioty mające siedzibę w innych państwach członkowskich (decyzja, s. 4 – wersja angielska, s. 6). W ten sposób projektowany środek może mieć wpływ na oferowanie usług łączności elektronicznej przez podmioty mające siedzibę w innych państwach członkowskich. Komisja wyjaśniła również, że podjęte przez Prezesa Urzędu środki regulacyjne dotyczące cen za zakańczanie połączeń głosowych inicjowanych w niektórych sieciach stwarzają barierę dla rozwoju wewnętrznego rynku usług łączności elektronicznej. Usługi zakańczania połączeń w sieciach łączności ruchomej stanowią niezbędny komponent świadczenia usług telefonii stacjonarnej i ruchomej. Wybiórcza regulacja usług zakańczania połączeń głosowych w sieci Aero2 może podwyższyć koszty i zmniejszyć możliwości innych operatorów i dostawców usług w zakresie świadczenia usług łączności elektronicznej w Polsce.

Mając powyższe na względzie, stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego co do konieczności przeprowadzenia w niniejszej sprawie postępowania konsolidacyjnego jest prawidłowe i znajduje oparcie w okolicznościach faktycznych sprawy.

Z przedstawionych powyżej powodów za nieuzasadniony należy uznać podniesiony w skardze kasacyjnej Prezesa Urzędu zarzut naruszenia art. 18 w związku z art. 15 pkt 1-4 Prawa telekomunikacyjnego w brzmieniu obowiązującym w chwili wydania zaskarżonej decyzji oraz art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 w pierwotnym brzmieniu poprzez błędną wykładnię i uznanie, że zaskarżona decyzja miała wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi.

Z tych samych względów bezpodstawny okazał się zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 1-8 w związku z art. 18 Prawa telekomunikacyjnego i art. 15 pkt 1-4 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21. Dodatkowo Sąd Najwyższy stwierdza, że wbrew argumentacji Prezesa Urzędu wpływ na stosunki handlowe między państwami członkowskimi nie występuje jedynie w przypadkach wymienionych w treści zarzutu, ukształtowanej na podstawie motywu 38 preambuły do dyrektywy 2002/21.

Nieuprawniony jest także zarzut naruszenia art. 18 w związku z art. 15 pkt 1-4 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 6 k.c. poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, że nie można oczekiwać od strony powołujące się na stosunki handlowe

państw członkowskich przedstawienia dowodów jakich należy oczekiwać w zwykłej sprawie cywilnej oraz, że ewentualny wpływ decyzji na wymianę handlową między państwami członkowskimi powinien być oceniony na podstawie określonych w decyzji obowiązków nałożonych na operatorów i uprawnień im przyznanych. Przesłanka wpływu na stosunki handlowe jest przesłanką jurysdykcyjną. Ocena, czy decyzja Prezesa Urzędu wydana w niniejszej sprawie wpływa na stosunki handlowe między państwami członkowskimi i podlega obowiązkowi przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego jest w rezultacie oceną prawną. Na ocenę tą składają się ustalone w sprawie okoliczności faktyczne dotyczące czynników istotnych z punktu widzenia zakresu oddziaływania decyzji Prezesa Urzędu na jednolity rynek oraz treść decyzji Prezesa Urzędu. Treść decyzji Prezesa Urzędu ma przy tym decydujące znaczenie, na co wskazuje art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 („... jeżeli KOR zamierza podjąć środek, który [...] oddziaływałby na wymianę handlową”). Ocena, czy dany środek taki wpływ może wywierać jest zaś z jednej strony konsekwencją jego treści, adresatów, ich pozycji rynkowej, rynku na jakim działają, ale także uzyskanego już doświadczenia (praktyki). Dlatego Sąd Apelacyjny trafnie wskazał, że powód nie ma obowiązku przedstawiania dowodów na okoliczność wpływu decyzji na stosunki handlowe. Może ograniczyć się do przedstawienia stosownej jurydycznej argumentacji, z której wynikałoby, że wydana w niniejszej sprawie decyzja Prezesa Urzędu taki wpływ wywołuje (może wywołać). Dopiero, gdy argumentacja jurydyczna przedsiębiorcy powołującego się na nieprzeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego będzie odwoływała się do faktów, z których można będzie wywieść określoną oceną prawną, przedsiębiorca ten będzie zobowiązany przedstawić stosowne dowody. Jeżeli zaś z ustaleń poczynionych na etapie postępowania administracyjnego wynika, że decyzja Prezesa Urzędu mogła wywrzeć wpływ na stosunki handlowe, wówczas zbędne jest wykazywanie dodatkowej inicjatywy dowodowej w tym zakresie.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 398<sup>14</sup> k.p.c., Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji. O kosztach postępowania kasacyjnego rozstrzygnięto stosownie do art. 108 § 1 w związku z art. 398<sup>21</sup> k.p.c. oraz § 12 ust. 4 pkt 1 w związku z § 14 ust. 3 pkt 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz



ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 490 ze zm.).