

## POSTANOWIENIE

Dnia 15 maja 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Maciej Pacuda (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Halina Kiriło

SSN Roman Kuczyński

Protokolant Ewa Wolna

w sprawie z powództwa P. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.  
przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej  
z udziałem zainteresowanej T. P. Spółki Akcyjnej w W. (obecnie O. P. S.A. w W.)  
o ustalenie warunków współpracy,  
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw  
Publicznych w dniu 15 maja 2014 r.,  
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego  
z dnia 25 stycznia 2013 r.

postanawia:

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

1. Czy art. 28 dyrektywy 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej) (Dz. Urz. UE z 2002 r., L 108/51), w brzmieniu pierwotnym, należy interpretować w ten sposób, że dostęp do numerów niegeograficznych należy zapewnić nie tylko użytkownikom końcowym z innych Państw Członkowskich, ale także użytkownikom końcowym z Państwa Członkowskiego danego operatora publicznej sieci łączności z tym skutkiem, że ocena realizacji tego obowiązku przez krajowy organ regulacyjny podlegałaby wymogom wynikającym z zasady efektywności prawa unijnego oraz zasady pronunijnej wykładni prawa krajowego?

2. W przypadku pozytywnej odpowiedzi na pytanie nr 1, czy art. 28 dyrektywy 2002/22 w związku z art. 16 Karty Praw Podstawowych należy interpretować w ten sposób, że do realizacji obowiązku, o którym mowa w pierwszym z tych przepisów, może zostać wykorzystany tryb postępowania przewidziany dla krajowych organów regulacyjnych w art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie) (Dz. Urz. UE z 2002 r., L 108/7)?

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

II. Rozprawę odroczyć.

## **UZASADNIENIE**

### **I. Przedmiot postępowania**

Spór w niniejszej sprawie toczy się między P. S.A. (powód) z jednej strony a Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes Urzędu) oraz T. P. S.A. (zainteresowany) z drugiej strony. Przedmiotem sporu w postępowaniu zawisłym przed Sądem Najwyższym jest dopuszczalność wydania przez Prezesa Urzędu decyzji zastępującej umowę między powodem a zainteresowanym w zakresie współpracy i rozliczeń za usługi dostępu użytkowników sieci powoda do usług sieci inteligentnej realizowanych za pośrednictwem sieci zainteresowanego w zakresie numeracji 0800, 0801 oraz 0804 (numery niegeograficzne).

### **II. Prawo Unii Europejskiej**

**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 Numery niegeograficzne (pierwotne brzmienie)**

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.

### **Artykuł 28 Dostęp do numerów i usług (obowiązujące brzmienie)**

1. Państwa członkowskie zapewniają, aby - w przypadku gdy jest to technicznie i ekonomicznie wykonalne oraz z wyjątkiem sytuacji, gdy wywołujący abonent postanowił ze względów handlowych ograniczyć dostęp stron wywołujących z poszczególnych obszarów geograficznych - odpowiednie krajowe organy podejmowały wszelkie niezbędne kroki w celu zapewnienia, aby użytkownicy końcowi mieli możliwość:

a) dostępu we Wspólnocie do usług wykorzystujących numery niegeograficzne oraz możliwość korzystania z takich usług; oraz

b) dostępu, niezależnie od technologii i urządzeń wykorzystywanych przez operatora, do wszystkich numerów we Wspólnocie, również numerów uwzględnionych w krajowych planach numeracji, numerów należących do ETNS i do powszechnej międzynarodowej sieci bezpłatnych numerów telefonicznych (UIFN).

2. Państwa członkowskie zapewniają, aby właściwe organy mogły wymagać od przedsiębiorstw zapewniających publiczne sieci łączności lub publicznie dostępne usługi łączności elektronicznej zablokowania w indywidualnych przypadkach dostępu do numerów lub usług, w przypadku gdy jest to uzasadnione ze względu na oszustwo lub nadużycie, oraz wymagać, aby w takich przypadkach dostawcy usług łączności elektronicznej wstrzymali dochody z odpowiednich połączeń wzajemnych lub innych usług.

**Dyrektywa 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie)**

**Artykuł 5 ust. 1**

Dla realizacji celów określonych w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej) krajowe organy regulacyjne wspierają i, w razie potrzeby, zapewniają, zgodnie z przepisami niniejszej dyrektywy, odpowiedni dostęp oraz wzajemne połączenia, jak również interoperacyjność usług, oraz wykonują swoje zadania w taki sposób, by promować wydajność, zrównoważoną konkurencję oraz zapewnić maksymalne korzyści dla użytkowników końcowych.

W szczególności i niezależnie od środków, które mogłyby zostać podjęte w stosunku do przedsiębiorstw dysponujących znaczącą pozycją rynkową zgodnie z art. 8, krajowe organy regulacyjne mogą nakładać:

a) w granicach tego, co niezbędne dla zapewnienia możliwości połączenia typu koniec-koniec, obowiązki na przedsiębiorstwa, które kontrolują dostęp do użytkowników końcowych, w tym, w uzasadnionym przypadku, obowiązek wzajemnych połączeń ich sieci w sytuacji, kiedy nie zostało to jeszcze zrealizowane;

b) na operatorów, w granicach tego, co jest niezbędne dla zapewnienia użytkownikom końcowym dostępu do cyfrowych usług radiowych i telewizyjnych, określonych przez Państwa Członkowskie - obowiązek zapewnienia dostępu do innych urządzeń, o których mowa w załączniku I, część II, na sprawiedliwych, rozsądnych i niedyskryminujących warunkach.

**Artykuł 8 ust. 3**

Nie naruszając:

- przepisów art. 5 ust. 1 oraz art. 6,
- przepisów art. 12 oraz 13 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej), wymogu nr 7 z części B Załącznika do dyrektywy 2002/20/WE (dyrektywy o zezwoleniach), stosowanego na mocy art. 6 ust. 1 wspomnianej dyrektywy, oraz art.

27, 28 i 30 dyrektywy 2002/22/WE (dyrektywy o usłudze powszechnej), a także stosownych przepisów dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej)<sup>(25)</sup>, które nakładają obowiązki na przedsiębiorstwa inne aniżeli te, które zostały wskazane jako posiadające znaczącą pozycję rynkową, albo

– zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego, krajowe organy regulacyjne nie będą nakładały obowiązków określonych w art. 9-13 na operatorów, którzy nie zostali wskazani zgodnie z ust. 2.

### **Artykuł 13**

1. Krajowe organy regulacyjne mogą nałożyć na operatorów, zgodnie z art. 8, obowiązki związane ze zwrotem kosztów oraz kontrolą cen, w tym obowiązki związane z określaniem cen w zależności od ponoszonych kosztów oraz obowiązki dotyczące systemów księgowania kosztów, w odniesieniu do udostępniania szczególnych rodzajów wzajemnych połączeń lub dostępu, jeżeli przeprowadzona analiza rynku wskazuje, że dany operator mógłby, w przypadku braku efektywnej konkurencji, utrzymywać ceny na stosunkowo wysokim poziomie albo wymuszać ze szkodą dla użytkowników końcowych. Krajowe organy regulacyjne będą miały na uwadze dokonane przez operatora inwestycje oraz umożliwią mu uzyskanie zwrotu stosowanej części użytego kapitału, uwzględniając poniesione ryzyko.

[...]

3. Jeżeli dany operator ma obowiązek określania cen w zależności od kosztów, to na nim spoczywa ciężar dowodu, że należności są określone w zależności od kosztów, uwzględniając stopę zwrotu inwestycji. W celu obliczenia kosztów skutecznego świadczenia danej usługi krajowe organy regulacyjne mogą zastosować metody księgowania kosztów inne od tych, które stosuje przedsiębiorstwo. Krajowe organy regulacyjne mogą zażądać od danego operatora całościowego uzasadnienia stosowanych cen, a w razie potrzeby - odpowiedniego dostosowania tych cen.

[...]

### **III. 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. 79 ust. 1 (przepis wdrażający art. 28 dyrektywy 2002/22)**

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.

**Art. 27 ust. 2 (przepis wdrażający art. 5 dyrektywy 2002/19)**

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 ust. 1 (przepis wdrażający art. 5 dyrektywy 2002/19)**

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;
- 6) pozycje rynkowe przedsiębiorców telekomunikacyjnych, których sieci są łączone;
- 7) interes publiczny, w tym ochronę środowiska;
- 8) utrzymanie ciągłości świadczenia usługi powszechnej.

#### **IV. Przebieg postępowania**

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes Urzędu) decyzją z 6 maja 2009 r. ustalił warunki współpracy oraz zasady rozliczeń za usługi dostępu użytkowników sieci P. S.A. (powód) do usług sieci inteligentnej realizowanych za pośrednictwem sieci T. P. S.A. (zainteresowany) w zakresie numeracji 0800, 0801 oraz 0804 (numery niegeograficzne). W decyzji Prezes Urzędu określił wzajemne zobowiązania stron, warunki techniczne wykonywania decyzji, zasady postępowania reklamacyjnego oraz zasady rozliczeń za świadczone usługi. W szczególności zaś Prezes Urzędu ustalił opłatę na rzecz powoda wnoszoną przez zainteresowanego za minutę połączenia przychodzącego z sieci P.S.A. do sieci TP S.A. na numery usług 0800 w sieci TP S.A. w wysokości symetrycznej do stawki MTR (*mobile termination rate*), jaką każdorazowo zobowiązany jest stosować powód w rozliczeniach za zakańczanie połączeń we własnej sieci. Opłaty na rzecz powoda za minutę połączenia przychodzącego z sieci powoda do sieci zainteresowanego na numery 0801 oraz 0804 Prezes Urzędu ustalił na poziomie 50% stawki MTR.

Decyzja Prezesa Urzędu została wydana na podstawie art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego (dalej jako PT), po fiasku negocjacji między P.S.A. a TP S.A. w sprawie umowy dotyczącej świadczenia ww. usług. W uzasadnieniu decyzji Prezes Urzędu powołał się na obowiązek ciążyący na powodzie na mocy art. 79 ust. 1 PT oraz wskazał, że podstawową kwestią sporną uniemożliwiającą zawarcie umowy była kwestia rozliczeń za rozpoczęcie połączenia z sieci ruchomej powoda. Prezes Urzędu wyraził pogląd, że w przypadku rozpoczęcia połączenia

zaangażowane są te same zasoby sieciowe, co w przypadku zakończenia połączenia. Opłata za zakończenie połączenia została ustalona decyzją MTR. Prezes Urzędu ustalił w rezultacie stawkę za rozpoczęcie połączenia w sieci powoda, kierowanego do sieci zainteresowanego na takim samym poziomie jak za zakańczanie połączenia w sieci powoda.

Odnosząc się do zarzutu powoda dotyczącego braku podstaw do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy w oparciu o przepisy krajowe implementujące art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/19 Prezes Urzędu wskazał, że z przepisu tego wynika, że obowiązek negocjowania ciąży na wszystkich operatorach sieci publicznych, ale tylko w zakresie wzajemnych połączeń. Odpowiednikiem wzajemnego połączenia jest w Prawie telekomunikacyjnym pojęcie połączenia sieci. Zawarty w definicji wzajemnych połączeń zwrot „dostęp do usług dostarczanych przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego” zawiera w sobie przedmiot decyzji Prezesa Urzędu, tj. dostęp do usług informacyjnych. Decyzja Prezesa Urzędu zapewnia abonentom powoda dostęp do usług dostarczanych przez innego przedsiębiorcę. Prezes Urzędu podkreślił, że mógł wydać decyzję w niniejszej sprawie, ponieważ dotyczy ona połączenia sieci, a z dyrektywy 2002/19 wynika obowiązek negocjowania wzajemnych połączeń, zaś w przypadku fiaska negocjacji Prezes Urzędu jest właściwy do wydania rozstrzygnięcia na podstawie przepisów wdrażających art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19. Prezes Urzędu uznał za wadliwą argumentację powoda, zgodnie z którą decyzje wydane w trybie art. 28 PT nie mogą zostać oparte bezpośrednio na obowiązku ciążącym na powodzie na mocy art. 79 ust. 1 PT, ponieważ zgodnie z art. 28 ust. 1 pkt 2 PT Prezes Urzędu przy rozstrzyganiu sprawy ma obowiązek uwzględnienia obowiązków nałożonych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych, w tym obowiązku ciążącego na przedsiębiorcach telekomunikacyjnych na podstawie art. 79 ust. 1 PT. Powód zaskarżył decyzję Prezesa Urzędu odwołaniem.

Sąd Okręgowy wyrokiem z 15 marca 2012 r., ... 230/09 oddalił odwołanie. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że w niegeograficzne numery w sieci TP S.A. (080x) nie są obsługiwane z sieci P. S.A., ponieważ obaj przedsiębiorcy nie mogli dojść do porozumienia głównie z powodu rozbieżności co do zasad rozliczeń za połączenia. Numery sieci inteligentnej w sieci zainteresowanego 080x są niewątpliwie



numerami niegeograficznymi, zatem powód ma – wynikający z art. 79 PT - obowiązek zapewnienia swoim abonentom możliwości realizowania połączeń na te numery. Z obowiązkiem nałożonym na przedsiębiorców telekomunikacyjnych na podstawie art. 79 PT nie zostało w tym przepisie skorelowane wprost uprawnienie Prezesa Urzędu do wyegzekwowania tego obowiązku. Przepis art. 79 PT implementuje jednak art. 28 dyrektywy 2002/22. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że przepis art. 28 dyrektywy 2002/22 uległ zmianie. Dokonana zmiana wyraźnie akcentuje, że korelatem obowiązku nałożonego na operatorów sieci publicznej jest uprawnienie organu regulacyjnego do podjęcia wszelkich niezbędnych kroków celem zapewnienia użytkownikom końcowym możliwości dostępu do usług świadczonych na numerach niegeograficznych. Takim środkiem jest wydanie przez organ regulacyjny decyzji zastępującej umowę o warunkach dostępu do numerów niegeograficznych, gdy negocjacje operatorów nie doprowadziły do wykonania nałożonego obowiązku.

Sąd Okręgowy uwzględnił, że co do zasady uprawnienia regulacyjne krajowych organów regulacyjnych (dalej jako KOR), określone w dyrektywach z 2002 r., oparte są na zasadzie nakładania obowiązków regulacyjnych na przedsiębiorców posiadających znaczącą pozycję rynkową. Taki tryb działania nie może jednak dotyczyć sytuacji, gdy konkretny obowiązek nałożony jest na każdego operatora niezależnie od zajmowanej pozycji na rynku. Takim obowiązkiem jest obowiązek z art. 79 ust. 1 PT, wdrażający art. 28 dyrektywy 2002/22. Dla zapewnienia wykonalności tego obowiązku należy w drodze wykładni celowościowej stosować na zasadzie analogii przepisy dotyczące tzw. arbitrażu Prezesa Urzędu, prowadzonego na podstawie przepisów wdrażających art. 5 dyrektywy 2002/19. Przepis ten upoważnia państwa członkowskie do wyposażanie krajowych organów regulacyjnych w kompetencje do nakładania obowiązków na przedsiębiorstwa, które kontrolują dostęp do użytkowników końcowych. Dyrektywa 2002/19, w szczególności zaś jej art. 5, implementowana jest przez art. 28 PT, który przyznaje Prezesowi Urzędu prawo do wydawania decyzji w przedmiocie dostępu telekomunikacyjnego.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zasad rozliczeń między stronami, Sąd Okręgowy wyjaśnił, że odwołanie się do stawki MTR było celowe. Taki model

rozliczeń został zaproponowany przez powoda w toku negocjacji z zainteresowanym, zatem stawka symetryczna do stawki MTR musiała, w świetle doświadczenia życiowego i powszechnie znanych zasad ekonomii, zapewniać powodowi ekonomiczną zasadność realizacji połączeń na numerację 080x. Logiczne w konsekwencji i uprawnione jest twierdzenie, że jest to stawka, która z punktu widzenia rachunku opłacalności jest adekwatna do kosztów związanych ze świadczeniem usługi rozpoczynania połączeń w sieci powoda.

P. S.A. zaskarżył wyrok Sądu pierwszej instancji apelacją, którą Sąd Apelacyjny oddalił wyrokiem z 25 stycznia 2013 r., ... 937/12.

Sądu drugiej instancji uznał, że zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy ma odpowiedź na pytanie, czy Prezes Urzędu był uprawniony do wydania niniejszej decyzji, mimo że przepisy Prawa telekomunikacyjnego w sposób wyraźny takiej kompetencji nie przewidują. Zaskarżona decyzja kreuje stosunek prawny stanowiący element umowy o połączeniu sieci powoda i zainteresowanego w zakresie numeracji 0800, 0801 i 0804. W myśl definicji zawartych w Prawie telekomunikacyjnym oraz dyrektywie 2002/19 powód jest podmiotem zobowiązany do negocjacji umowy o dostępie w zakresie połączenia sieci. Zdaniem Sądu Apelacyjnego fakt istnienia ustawowego obowiązku prowadzenia negocjacji uprawnia Prezesa Urzędu, w razie nie podjęcia stosownych negocjacji lub ich fiaska, do wydania decyzji administracyjnej. Uprawnienie to istnieje niezależnie od tego, czy dany operator został wyznaczony jako podmiot posiadający znaczącą pozycję rynkową i nałożono na niego obowiązki regulacyjne.

Sąd Apelacyjny podzielił prounijną wykładnię przepisów Prawa telekomunikacyjnego dokonaną przez Sąd pierwszej instancji. Treść art. 8 ust. 3 tiret 2 dyrektywy o dostępie, art. 12 i 13 dyrektywy 2002/21 oraz art. 27, 28 i 30 dyrektywy 2002/22 wskazuje na to, że przepisy te przewidywały możliwość nakładania na operatorów określonych obowiązków niezależnie od tego, jaką pozycję na danym rynku zajmują. Według Sądu Apelacyjnego, z art. 28 dyrektywy 2002/22 odczytanego łącznie z art. 4 ust. 1 i art. 8 ust. 3 dyrektywy 2002/21 wynika, że krajowe organy regulacyjne mogą w okolicznościach takich jak w niniejszej sprawie nakładać na operatora określone obowiązki bez względu na to, czy dany operator został wskazany jako posiadający znaczącą pozycję na rynku. Przepis art.

28 dyrektywy 2002/22 został implementowany w treści art. 79 PT, który stanowi jedną z podstaw prawnych uwzględnionych przez Prezesa Urzędu przy wydaniu zaskarżonej decyzji.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących powiązania stawek za rozpoczynanie połączenia na numery niegeograficzne ze stawką MTR obowiązującą powoda, Sąd drugiej instancji uznał, że ustalenie wysokości tej stawki w sposób tożsamy ze stawką za zakańczanie połączeń uzasadnione jest wykorzystaniem tych samych zasobów sieciowych, generujących takie same koszty. Powód nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie tezy przeciwnej. Prezes Urzędu szczegółowo wyjaśnił natomiast, jakimi przesłankami kierował się, wybierając model rozliczeń określony w decyzji. Ponadto, sposób rozliczeń przyjęty w niniejszej sprawie jest zgodny z zasadami rozliczeń między powodem a innym operatorem oraz pozostaje w zgodzie z propozycją powoda złożoną zainteresowanemu w toku negocjacji.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie licznych przepisów prawa krajowego, w szczególności zaś art. 79 ust. 1 PT; art. 27 ust. 2 i art. 28 ust. 1 pkt 2 PT, a także przepisów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej dotyczących swobody działalności gospodarczej, a także art. 18 PT w związku z art. 15 PT a także art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21 oraz art. 8 ust. 4 dyrektywy 2002/19. Powód wniósł także o skierowanie do TSUE pytania prejudycjalnego dotyczącego wykładni art. 8 ust. 3 tiret drugie w związku z art. 4 ust. 1, art. 5 ust. 1 zd. 1, art. 8 ust. 1 i 2, art. 12 ust. 1 lit. g) i i) oraz art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/19, a także art. 28 dyrektywy 2002/22 przez wyjaśnienie, czy powołane przepisy prawa unijnego pozwalają na wydawanie przez krajowy organ regulacyjny decyzji rozstrzygającej spory bilateralne, związane ze świadczeniem usługi dostępu do numerów niegeograficznych, bez potrzeby uprzedniego nałożenia na tego operatora obowiązków regulacyjnych co do zapewnienia dostępu w zakresie połączenia sieci celem świadczenia usług rozpoczynania połączeń stanowiących podstawę realizacji połączeń do numerów niegeograficznych w sieci wnioskodawcy (art. 12 dyrektywy 2002/19) oraz co do sposobu ustalenia stawki za takie połączenia (art. 13 dyrektywy 2002/19), a także poprzez wyjaśnienie, czy dopuszczalne jest rozstrzygnięcie sporu między

operatorskiego przez krajowe organy regulacyjne w oparciu o art. 26a i art. 27 ust. 2 PT, które zdaniem powoda stanowią wyraz nieprawidłowej implementacji art. 4 ust. 1 oraz art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy 2002/19.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Rozstrzygnięcie o zasadności skargi kasacyjnej P. S.A. wymaga uprzedniego rozwiązania kwestii dotyczących wykładni prawa Unii Europejskiej wskazanych w sformułowanych powyżej pytaniach prejudycjalnych.

Pierwsze pytanie prejudycjalne dotyczy obowiązku pronijnej wykładni prawa krajowego w okolicznościach faktycznych takich jak w niniejszej sprawie, z uwagi na wątpliwości Sądu Najwyższego co do zakresu normowania prawa unijnego.

Sąd Najwyższy zwraca uwagę, że rozstrzygnięcie zawarte w wyroku Sądu Apelacyjnego zaskarżonym skargą kasacyjną przez powoda opiera się na pronijnej wykładni przepisów Prawa telekomunikacyjnego. Wykładnia ta ukierunkowana jest, jak wynika to z uzasadnienia orzeczenia Sądu drugiej instancji, na realizację celu art. 28 dyrektywy 2002/22 w pierwotnym brzmieniu. Sąd Najwyższy uznaje zastosowany przez Sąd drugiej instancji sposób interpretacji przepisów prawa polskiego za wzorcowy z punktu widzenia realizacji obowiązku pronijnej wykładni oraz zapewnienia skuteczności prawa unijnemu w krajowym porządku prawnym. Wątpliwości Sądu Najwyższego wywołuje jednak kwestia, czy w okolicznościach niniejszej sprawy można mówić o obowiązku pronijnej wykładni przepisów Prawa telekomunikacyjnego w celu zapewnienia realizacji obowiązku, o którym mowa w art. 28 dyrektywy 2002/22 w pierwotnym brzmieniu.

Z orzecznictwa TSUE wynika dla Sądu Najwyższego, że obowiązek pronijnej wykładni prawa krajowego spoczywa na sądach krajowych wówczas, gdy przepisy prawa krajowego stosowane przez sąd krajowy wchodzą w zakres normowania prawa unijnego (wyrok TSUE z 23 kwietnia 2009 r. w sprawach połączonych od C-378/07 do C-380/07 *Kiriaki Angelidaki i in.*, Zb. Orz. 2009, s. I-3071, pkt 197 i powołane tam orzecznictwo). Także przepisy Karty Praw Podstawowych znajdują zastosowanie do państw członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim wdrażają prawo UE (wyrok TSUE z 22 maja 2014 r. w sprawie

C-56/13 *Érsekcsanádi Mezőgazdasági Zrt*, pkt 54 i powołane tam orzecznictwo). W niniejszej sprawie istotny jest zakres temporalny i przedmiotowy prawa Unii Europejskiej.

Zakres temporalny prawa unijnego ma znaczenie z uwagi na zmiany dyrektywy 2002/22, jakie miały miejsce w okresie między wydaniem decyzji Prezesa Urzędu a wyrokowaniem przez Sąd Apelacyjny. Decyzja Prezesa Urzędu została wydana przed wejściem w życie nowelizacji dyrektywy 2002/22 oraz przed upływem terminu implementacji znowelizowanej dyrektywy do prawa krajowego. Zgodnie ze stanowiskiem TSUE „ciążący na sądach krajowych ogólny obowiązek dokonywania wykładni prawa krajowego w sposób zgodny z dyrektywą powstaje z chwilą upływu terminu na dokonanie transpozycji dyrektywy” (wyrok TSUE z 23 kwietnia 2009 r. w sprawach połączonych od C-378/07 do C-380/07 *Kiriaki Angelidaki i in.*, pkt 201 i powołane tam orzecznictwo). Dlatego, w ocenie Sądu Najwyższego, w niniejszej sprawie nie można odwołać się do zasady natychmiastowego działania prawa unijnego w rozumieniu przyjętym m.in. w wyroku TSUE z 29 stycznia 2002 r. w sprawie C-162/00 *Pokrzeptowicz-Meyer* (Rec. 2002, s. I-1049). Jeżeli w konsekwencji przyjmie się, że zastosowanie w niniejszej sprawie znajdował przepis art. 28 dyrektywy 2002/22 w pierwotnym brzmieniu, wówczas pojawiają się wątpliwości co do zakresu przedmiotowego tego przepisu w kontekście realizacji obowiązku, o którym mowa w art. 79 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego i obowiązku prounijnej wykładni prawa krajowego w niniejszej sprawie.

Art. 28 dyrektywy 2002/22 w pierwotnym brzmieniu (relewantnym w ocenie Sądu Najwyższego w świetle unijnych zasad prawa temporalnego) odnosił się tylko do zapewnienia użytkownikom końcowym z innych Państw Członkowskich możliwości dostępu do numerów niegeograficznych w innych państwach. Przepis art. 28 dyrektywy 2002/22 w pierwotnym brzmieniu nie stanowił o zapewnieniu możliwości połączeń na numery niegeograficzne przez użytkowników końcowych z tego samego państwa członkowskiego. Literalnie rozumiany art. 28 dyrektywy 2002/22 w brzmieniu pierwotnym nie kreuje – w ocenie Sądu Najwyższego - obowiązku prounijnej wykładni przepisów prawa krajowego w takich sprawach jak niniejsza. Decyzja Prezesa Urzędu wydana w niniejszej sprawie nie ma na celu

zapewnienia dostępu do połączeń na numery niegeograficzne użytkownikom końcowym z innych państw członkowskich. Dopiero art. 28 dyrektywy 2002/22 w nowym brzmieniu upoważnia KOR do podejmowania wszelkich niezbędnych kroków do zapewnienia użytkownikom końcowym możliwości dostępu do usług wykorzystujących numery niegeograficzne oraz możliwość korzystania z takich usług.

W ocenie Sądu Najwyższego, mając na względzie zasady unijnego prawa intertemporalnego w okolicznościach niniejszej sprawy nie ma – *prima facie* - obowiązku prounijnej wykładni przepisów Prawa telekomunikacyjnego w celu zapewnienia realizacji obowiązku, o którym mowa w art. 28 dyrektywy 2002/22 w pierwotnym brzmieniu, chyba że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przyjmie, iż wykładni art. 28 dyrektywy 2002/22 w pierwotnym brzmieniu należy dokonywać w ten sposób, że wynikający z tego przepisu obowiązek realizowany jest przez każdą decyzję krajowego organu regulacyjnego, która choćby pośrednio i potencjalnie obejmuje swą treścią użytkowników końcowych z innych państw członkowskich, którzy mogą korzystać z usługi rozpoczynania połączenia w sieci operatora takiego jak powód w czasie przebywania w Polsce na podstawie umów roamingowych zawartych przez ich macierzystych operatorów (kwestii tej dotyczy jedno z pytań prejudycjalnych Sądu Najwyższego w sprawie C-3/14 *Polska Telefonii Cyfrowa*). Dopiero w nowym brzmieniu przepis art. 28 dyrektywy 2002/22 odpowiada treści art. 79 Prawa telekomunikacyjnego (w zakresie obowiązku, którego dotyczy niniejsze pytanie).

W przypadku pozytywnej odpowiedzi na pierwsze pytanie, Sąd Najwyższy uważa za konieczne udzielenie przez TSUE odpowiedzi na drugie pytanie dotyczące tego, czy do realizacji obowiązku, o którym mowa w art. 28 dyrektywy 2002/22 można wykorzystać art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19.

Wydana w niniejszej sprawie decyzja Prezesa Urzędu ustaliła warunki współpracy oraz zasady rozliczeń za usługi dostępu użytkowników sieci powoda do usług sieci inteligentnej realizowanych za pośrednictwem sieci TP S.A. Jest to więc decyzja dotycząca połączenia sieci. Decyzja została wydana w celu zapewnienia użytkownikom końcowym sieci powoda dostępu do usług świadczonych przez innych przedsiębiorców na sieci TP S.A. W ocenie Sądu Najwyższego, decyzja

Prezesa Urzędu mieści się w zakresie pojęcia „wzajemne połączenia” z art. 2 b) dyrektywy 2002/21. Kierując drugie pytanie prejudycjalne Sąd Najwyższy miał także na względzie, że dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy nie ma znaczenia art. 4 dyrektywy 2002/19, który dotyczy obowiązku negocjowania przez określoną kategorię przedsiębiorstw telekomunikacyjnych (operatorów publicznych sieci łączności), lecz art. 5 dyrektywy 2002/19, który dotyczy postępowania arbitrażowego przed Prezesem Urzędu.

Przepis art. 5 ust. 4 dyrektywy 2002/19 nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, by KOR mógł interweniować na wniosek lub z własnej inicjatywy w celu zapewnienia wzajemnych połączeń w przypadku braku porozumienia między przedsiębiorcami. Z kolei art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19 upoważnia krajowe organy regulacyjne do podejmowania różnego rodzaju środków celem zapewnienia wzajemnych połączeń. Zdaniem Sądu Najwyższego, przepis art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19 nie wymienia enumeratywnie środków, jakie mogą podejmować KOR. Ze środków tych krajowe organy regulacyjne mogą korzystać „w razie potrzeby”. W ocenie Sądu Najwyższego, „potrzeba” taka zachodzi w braku porozumienia między przedsiębiorstwami.

Nie ulega wątpliwości, że środki w rozumieniu art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19 mogą być podejmowane zarówno względem przedsiębiorstw o znaczącej pozycji na rynku, jak i innych przedsiębiorstw (art. 5 ust. 1 zd. 2). Dlatego w ocenie Sądu Najwyższego KOR może nałożyć na przedsiębiorstwo, które nie zostało wyznaczone jako przedsiębiorstwo posiadające znaczącą pozycję rynkową na rynku rozpoczynania połączeń z jego sieci, obowiązki na podstawie przepisów krajowych wdrażających art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19.

Zdaniem Sądu Najwyższego, zasadne jest rozważenie przez TSUE rozszerzającej wykładni pojęcia „wzajemnych połączeń”. Wykładnia ta powinna zmierzać do tego, by art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19 obejmował swym zakresem nie tylko sytuacje, w których sieci dwóch przedsiębiorstw nie zostały ze sobą w ogóle połączone, skutkiem czego użytkownicy końcowi jednej sieci nie mogą wykonywać połączeń do użytkowników końcowych drugiej sieci. W ocenie Sądu Najwyższego, ze względu na cele wymienione w art. 8 dyrektywy 2002/21 wskazane jest, by art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19 interpretować w ten sposób, że

krajowe organy regulacyjne mogą interweniować na podstawie tego przepisu także wówczas, gdy sieci dwóch operatorów są już ze sobą połączone, ale ze względu na brak porozumienia między operatorami „wzajemne połączenia” nie obejmują takich usług, do których użytkownicy końcowi powinni mieć zapewniony dostęp. W okolicznościach niniejszej sprawy oznaczałoby to, że wykładni art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19 należy dokonywać w taki sposób, że w przypadku potrzeby wyegzekwowania realizacji obowiązku, o którym mowa w art. 28 dyrektywy 2002/22, krajowy organ regulacyjny mógłby wydać decyzję zastępującą umowę między przedsiębiorstwami.

Wątpliwości interpretacyjne powzięte przez Sąd Najwyższy przy wykładni przepisów prawa unijnego wymienionych w drugim pytaniu prejudycjalnym wynikają dodatkowo z konieczności uwzględnienia przy wykładni dyrektyw składających się na unijne prawo telekomunikacyjne wolności prowadzenia działalności gospodarczej jako prawa podstawowego uznanego w art. 16 Karty Praw Podstawowych. Wykładnia dyrektywy musi uwzględniać prawa podstawowe (wyrok TSUE z 18 lipca 2013 r. w sprawie C-426/11 *Mark Alemo-Herron i in.*, pkt 31). Także prounijna wykładnia prawa krajowego musi uwzględniać znaczenie relewantnych dla rozstrzygnięcia sprawy praw podstawowych uznanych w KPP (wyrok TSUE z 4 czerwca 2013 r. w sprawie C-300/11 *ZZ*, pkt 51). Odwołanie się do art. 16 KPP jest dodatkowo uzasadnione zarzutami skargi kasacyjnej powoda. Powód podniósł bowiem zarzut naruszenia krajowych przepisów konstytucyjnych dotyczących wolności prowadzenia działalności gospodarczej. W ocenie Sądu Najwyższego, w przypadku pozytywnej odpowiedzi TSUE na pierwsze pytanie prejudycjalne, przy wykładni art. 5 dyrektywy 2002/19 stosować należy art. 16 KPP w związku z art. 51 ust. 1 KPP. Wolność prowadzenia działalności gospodarczej z art. 16 KPP należy zaś do tych praw podstawowych, które wywodzą się ze wspólnych tradycji konstytucyjnych Państw Członkowskich, zatem przepis ten należy interpretować zgodnie z tymi tradycjami (art. 52 ust. 4 KPP).

Przepis art. 16 KPP uznawany jest za jeden z przepisów dotyczących podstaw ustroju gospodarczego Unii Europejskiej. W orzecznictwie TSUE zwrócono uwagę, że w sformułowaniu art. 16 KPP odróżnia się uznaną w nim wolność od innych podstawowych wolności z tytułu II KPP. Wolność prowadzenia



działalności gospodarczej w rezultacie bliższa jest prawom podstawowym, do których odnosi się tytuł IV KPP (wyrok TSUE z 22 stycznia 2013 r. w sprawie C-283/11 *Sky Österreich GmbH*, pkt 46). Prawo z art. 16 KPP obejmuje wolność prowadzenia działalności gospodarczej i zawodowej, swobodę zawierania umów i wolność konkurencji (wyroki TSUE z 17 października 2013 r. w sprawie C-101/12 *Herbert Schaible*, pkt 25; z 18 lipca 2013 r. w sprawie C-426/11 *Mark Alemo-Herron i in.*, pkt 32; z 22 stycznia 2013 r. w sprawie C-283/11 *Sky Österreich*, pkt 42). Konkretyzując te ogólne sformułowania TSUE wskazał, że „wolność prowadzenia działalności gospodarczej obejmuje [...] w szczególności prawo każdego przedsiębiorstwa, by dysponować swobodnie, w granicach odpowiedzialności za własne działania, należącymi do niego zasobami gospodarczymi, technicznymi i finansowymi.” (wyrok TSUE z 27 marca 2014 r. w sprawie C-314/12 *UPC Telekabel Wien GmbH*, pkt 49).

Sąd Najwyższy ma na względzie, że w dotychczasowym orzecznictwie TSUE nie sprecyzowano istoty wolności prowadzenia działalności gospodarczej, ani nie zdefiniowano jej nienaruszalnego jądra, jak ma to miejsce w przypadku niektórych praw podstawowych w konstytucjach krajowych. Sposób sformułowania art. 16 KPP powoduje, że wolność prowadzenia działalności gospodarczej może podlegać różnorodnym ingerencjom władz publicznych, które mają prawo ustanowić w interesie ogólnym ograniczenia w korzystaniu z tej wolności (zamiast wielu zob. wyroki TSUE z 22 stycznia 2013 r. w sprawie C-283/11 *Sky Österreich GmbH*, pkt 46; wyrok TSUE z 17 października 2013 r. w sprawie C-101/12 *Herbert Schaible*, pkt 28). Wolność prowadzenia działalności gospodarczej jako prawo podstawowe nie jest traktowana przez TSUE jako uprawnienie bezwzględne, lecz powinna być rozpatrywana w świetle swojej funkcji społecznej (wyrok TSUE z 22 stycznia 2013 r. w sprawie C-283/11 *Sky Österreich GmbH*, pkt 45 i powołane tam orzecznictwo). Zgodnie z wynikającym z orzecznictwa TSUE standardem, ograniczenia praw podstawowych są dopuszczalne, jeżeli 1) zostały przewidziane w ustawie; 2) szanują istotę prawa podstawowego; 3) respektują zasadę proporcjonalności, to jest są konieczne i rzeczywiście odpowiadają celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób (wyrok TSUE z 30 kwietnia 2014 r. w sprawie C-390/12 *Roberta Pfliegera*, pkt

58). Zasada proporcjonalności wymaga, by nie wykraczać poza to, co jest odpowiednie i konieczne do realizacji uzasadnionych celów oraz by wybierać rozwiązania najmniej restrykcyjne (wyrok TSUE z 17 października 2013 r. w sprawie C-101/12 *Herbert Schaible*, pkt 29). W niniejszej sprawie chodzi zatem o dostarczenie wskazówek, jakimi należy się kierować przy wyznaczaniu granic dla krajowych organów regulacyjnych przy korzystaniu z przysługujących im kompetencji do kształtowania treści umów łączących przedsiębiorstwa działające na rynku telekomunikacyjnym.

Wątpliwości Sądu Najwyższego budzi praktyczne znaczenie, jakie należy nadać art. 16 KPP przy wykładni i stosowaniu przepisów unijnego prawa telekomunikacyjnego. Źródłem tych wątpliwości są poglądy wyrażone w uzasadnieniu wyroku TSUE z 12 listopada 2009 r. w sprawie C-192/08 *TeliaSonera Finland Oyj* (Zb. Orz. 2009, s. I-10717). W orzeczeniu tym brak co prawda bezpośredniego nawiązania do art. 16 KPP, bądź wolności prowadzenia działalności gospodarczej jako zasady ogólnej prawa unijnego, jednakże poglądy prawne TSUE zawarte w tym wyroku opierają się na zadeklarowanej w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2002/19 swobodzie negocjowania i zawierania umów oraz celach dyrektywy 2002/19 wyrażonych w jej preambule (pkt 39). W konsekwencji TSUE uznał, że przewidziany w art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/19 obowiązek negocjowania stanowi wyjątek od zasady swobody zawierania umów przez przedsiębiorstwa nie mające znaczącej pozycji rynkowej i powinien być interpretowany zwięźająco. Analogicznie należałoby w konsekwencji wyklądać art. 5-8 dyrektywy 2002/19 przy określaniu uprawnień krajowych organów regulacyjnych. Co prawda TSUE w powołanym powyżej wyroku podkreślił, że art. 5 ust. 4 dyrektywy 2002/19 pozwala KOR interweniować w braku porozumienia, ale do rozstrzygnięcia pozostaje, czy przepis art. 5 dyrektywy 2002/19 można interpretować w ten sposób, że KOR uprawniony jest do wydania decyzji zastępującej umowę między dwoma przedsiębiorstwami w celu zapewnienia użytkownikom końcowym jednego przedsiębiorstwa korzystania z usług świadczonych na numerach niegeograficznych w sieci drugiego przedsiębiorstwa. (gdy art. 5 ust. 1 akapit drugi lit. a) dyrektywy 2002/19 został wyłożony przez TSUE, jako pozwalający na

nałożenie przez KOR obowiązku wzajemnego połączenia sieci wyłącznie w celu zapewnienia możliwości połączenia typu koniec-koniec, pkt 59).

Dodatkowo należy mieć na względzie, że w niniejszej sprawie można dopatrzeć się kolizji między prawami podstawowymi uznanymi w art. 16 KPP oraz w art. 38 KPP. Zgodnie zaś ze stanowiskiem TSUE w przypadku zbiegu praw i wolności podstawowych chronionych w porządku prawnym Unii, oceny ewentualnej nieproporcjonalności ingerencji w prawo podstawowe należy dokonywać w sposób pozwalający pogodzić wymagania związane z ochroną poszczególnych praw i wolności i zachować między nimi odpowiednią równowagę (wyrok TSUE z 22 stycznia 2013 r. w sprawie C-283/11 *Sky Österreich GmbH*, pkt 60). Z kolei w przypadku kolizji między kilkoma prawami podstawowymi „państwa członkowskie przy transpozycji dyrektywy muszą opierać się na takiej wykładni tej dyrektywy, która pozwoli na zapewnienie odpowiedniej równowagi między mającymi zastosowanie prawami podstawowymi chronionymi przez porządek prawny Unii” (wyrok TSUE z 27 marca 2014 r. w sprawie C-314/12 *UPC Telekabel Wien GmbH*, pkt 46). Jednocześnie TSUE zdaje się przypisywać szczególną wagę ochronie interesów konsumentów uznając, że realizacja tego celu (a także prawa podstawowego z art. 38 KPP) może „uzasadniać negatywne konsekwencje gospodarcze, nawet poważne, dla określonych podmiotów gospodarczych” (wyrok TSUE z 31 stycznia 2013 r. w sprawie C-12/11 *Denise McDonagh*, pkt 48).

Odnosząc powyższe poglądy prawne do wykładni przepisów prawa unijnego wskazanych w treści drugiego pytania prejudycjalnego, Sąd Najwyższy wskazuje, że wydanie przez KOR decyzji zastępującej umowę między przedsiębiorstwami telekomunikacyjnymi można traktować jako ograniczenie wolności prowadzenia działalności gospodarczej. Decyzje krajowych organów regulacyjnych wydawane na podstawie art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19 stanowią ingerencję w swobodę zawierania umów. Swoboda ta nie stanowi samodzielnej zasady ogólnej prawa unijnego, ani samoistnego prawa podstawowego uznanego w KPP, nie mniej stanowi jeden z elementów wolności prowadzenia działalności gospodarczej. Potwierdza to jednoznacznie orzecznictwo TSUE (wyrok TSUE z 10 lipca 1991 r. w sprawie C-90/90 *Neu i in. p. Secrétaire d'État à l'Agriculture et à la Viticulture*, Rec. 1991, s. I-3617, pkt 13) oraz Wyjaśnienia do KPP.

Ograniczenie wolności prowadzenia działalności gospodarczej wynikające z wykładni art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19 dopuszczającej interwencję KOR w celu realizacji obowiązku, o którym mowa w art. 28 dyrektywy 2002/22 może jednak spełniać przesłanki, o których mowa w art. 52 ust. 1 KPP. Ograniczenie wolności prowadzenia działalności gospodarczej uzasadnione jest celem ogólnym w postaci zwiększenia zakresu wyboru dla konsumentów oraz poszerzeniu możliwości prowadzenia działalności gospodarczej przez inne podmioty (opinia RG Colomera w sprawie C-192/08 *TeliaSonera Finland Oyj*, pkt 88). Według Sądu Najwyższego, interwencja krajowego organu regulacyjnego podjęta na podstawie art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19 i przybierająca postać decyzji zastępującej umowę między przedsiębiorstwami, w której określone zostają warunki świadczenia usług oraz zasady rozliczeń jest także proporcjonalna, gdy ma miejsce wówczas, gdy przedsiębiorstwa prowadziły negocjacje, które zakończyły się fiaskiem z uwagi na niemożność osiągnięcia kompromisu w zakresie rozliczeń. Z tego powodu, zdaniem Sądu Najwyższego, tego rodzaju decyzja KOR nie narusza także istoty wolności prowadzenia działalności gospodarczej, o ile treść decyzji KOR opiera się na propozycjach składanych przez same przedsiębiorstwa w toku negocjacji prowadzonych bez udziału KOR i w maksymalnie możliwym stopniu uwzględnia te propozycje w zakresie, w jakim pozwala na to konieczność ochrony prawa podstawowego z art. 38 KPP oraz realizacji celów regulacyjnych.

Trzecie pytanie prejudycjalne zawiera wniosek o wykładnię art. 8 ust. 3 dyrektywy 2002/19. W przepisie tym wymieniono zarówno art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19, jak i art. 28 dyrektywy 2002/22. Trzecie pytanie zmierza do rozstrzygnięcia podnoszonych przez powoda wątpliwości, pominiętych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, dotyczących wprowadzenia przez KOR na rynku, którego nie poddano analizie pod kątem występowania znaczącej pozycji rynkowej, stawki MTR określonej dla rynku, na którym przedsiębiorstwo zostało uznane za przedsiębiorstwo posiadające znaczącą pozycję na rynku i na którym musi stosować ceny zorientowane na koszty.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 dyrektywy 2002/19 krajowe organy regulacyjne nie będą nakładały obowiązków określonych w art. 9-13 dyrektywy 2002/19 na operatorów, którzy nie zostali wskazani, jako posiadający znaczącą pozycję na

danym rynku. Jednocześnie z art. 8 ust. 3 dyrektywy 2002/19 wynika, że przepis ten nie narusza art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19 oraz art. 28 dyrektywy 2002/22. Art. 8 ust. 3 dyrektywy 2002/19 można zatem interpretować dwojako. Z jednej strony można przyjąć, że przepis ten wyłącza możliwość nakładania na przedsiębiorców telekomunikacyjnych nie posiadających znaczącej pozycji rynkowej obowiązków wymienionych w art. 9-13 dyrektywy 2002/19. Z drugiej strony można uznać, że przepis ten pozwala na nakładanie obowiązków, o których mowa w art. 9-13 dyrektywy także na przedsiębiorców nie posiadających znaczącej pozycji rynkowej, o ile jest to objęte zakresem normowania art. 5 ust. 1 dyrektywy 2002/19. Ta druga wykładnia jest, zdaniem Sądu Najwyższego, właściwa z punktu widzenia realizacji celów dyrektywy 2002/19 i dyrektywy 2002/22. Przepis art. 5 ust. 1 zd. 1 dyrektywy 2002/19 nakłada na krajowe organy regulacyjne obowiązek zapewnienia odpowiedniego dostępu i wzajemnych połączeń oraz interoperacyjności usług w sposób służący realizacji celów wymienionych w tym przepisie. Zgodnie zaś z art. 5 ust. 1 zd. 2 dyrektywy 2002/19, niezależnie od tego, czy KOR ma do czynienia z przedsiębiorcą o znaczącej pozycji rynkowej, KOR mogą nakładać – realizując obowiązki wymienione w zd. 1 – różne obowiązki, które nie zostały wymienione enumeratywnie („w szczególności”).

Wątpliwości dotyczące wykładni art. 8 ust. 3 dyrektywy 2002/19 odnoszą się do znaczenia, jakie należy nadać zwrotowi „nie naruszając”: czy oznacza on, że KOR mogą nakładać na przedsiębiorców nie mających znaczącej pozycji na rynku tylko takie obowiązki, które wynikają z przepisów wyliczonych w tiret ust. 3, czy też KOR mogą nakładać na takich przedsiębiorców także obowiązki, o których mowa w art. 8-13 dyrektywy 2002/19, o ile jest to konieczne do realizacji obowiązków wynikających z przepisów, do których art. 8 ust. 3 odsyła w poszczególnych tiret. Zdaniem Sądu Najwyższego, z punktu widzenia realizacji celów unijnych dyrektyw telekomunikacyjnych ta druga wykładnia zdaje się właściwsza.

Konieczność rozstrzygnięcia trzeciego pytania prejudycjalnego jest dodatkowo uzasadniona potrzebą udzielenia odpowiedzi na pytanie o granice interwencji KOR w odniesieniu do ustalania cen w umowach łączących przedsiębiorstwa nie posiadające znaczącej pozycji rynkowej. Zgodnie bowiem z poglądami TSUE wolność prowadzenia działalności gospodarczej z art. 16 KPP

obejmuje nie tylko swobodę wyboru partnera handlowego, ale także swobodę określenia ceny świadczonych usług (wyrok TSUE z 22 stycznia 2013 r. w sprawie C-283/11 *Sky Österreich GmbH*, pkt 43).

Przepis art. 8 ust. 3 dyrektywy 2002/19 rozumiany w ten sposób, że KOR może wydać decyzję, w której ingeruje nie tylko w swobodę wyboru partnera handlowego, ale także swobodę kształtowania cen, stanowi ingerencję w wolność prowadzenia działalności gospodarczej. Interwencja ta uzasadniona jest, analogicznie jak wskazano wcześniej, względami dotyczącymi przede wszystkim ochrony interesów konsumentów, których praw dotyczy art. 38 KPP. Ingerencja ta nie narusza istoty wolności prowadzenia działalności gospodarczej, gdyż ceny zorientowane na koszty, jakie przedsiębiorstwo posiadające znaczącą pozycję rynkową ma stosować z tytułu świadczenia usługi zakańczania połączenia w jego sieci, uwzględniają pewien minimalny poziom rentowności. Interwencja KOR zdaje się także spełniać pozostałe wymogi testu proporcjonalności w sytuacji, gdy decyzja KOR określająca zasady rozliczeń z tytułu rozpoczynania połączeń poprzez odwołanie do stawki MTR ustalonej dla innego rynku (rynku zakańczania połączeń) opiera się na propozycjach składanych w toku negocjacji przez adresata decyzji, a ponadto decyzja KOR wydawana jest w rezultacie fiaska negocjacji z powodu niemożności osiągnięcia kompromisu w zakresie wzajemnych rozliczeń i uwzględnia modelowe rozwiązania tej kwestii na rynku telekomunikacyjnym.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy uznaje za uzasadnione wystąpienie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z wnioskiem o rozstrzygnięcie sformułowanych na wstępie pytań prejudycjalnych.