



Sygn. akt III SK 8/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 stycznia 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Halina Kiriło (przewodniczący)

SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

SSN Krzysztof Staryk

w sprawie z powództwa T. Spółki Akcyjnej w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej
o nałożenie obowiązków regulacyjnych,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 13 stycznia 2016 r.,
skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 26 marca 2014 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o
kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Decyzją z 14 grudnia 2010 r., Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes Urzędu/UKE): 1) określił jako właściwy rynek świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych; 2) ustalił, że na rynku świadczenia

usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej P. Sp. z o.o. (obecnie T.S.A. – powód), zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakańczanie połączeń, nie występuje skuteczna konkurencja; 3) wyznaczył powoda, jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego zajmującego znaczącą pozycję na rynku świadczenia usług zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej powoda zgodnym z obszarem sieci, w której następują zakańczanie połączeń; 4) nałożył na powoda wskazane w decyzji obowiązki regulacyjne.

Powód złożył odwołanie od ww. decyzji, zarzucając Prezesowi Urzędu naruszenie: 1) art. 15 ust. 3 i art. 16 ust. 1, 2 i 4 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U. UE L z dnia 8 kwietnia 2011 r., dalej jako dyrektywa ramowa); 2) art. 22 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego (PT); 3) art. 16 ust. 1 dyrektywy ramowej; 4) art. 2 i art. 88 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i art. 6 k.p.a. oraz art. 58 Aktu akcesyjnego w zw. z art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej, a także art. 19 ust. 3 PT; 5) art. 15 ust. 3 dyrektywy ramowej oraz art. 19 ust. 3 PT i art. 22 ust. 1 pkt 1 PT; 6) art. 25 a ust. 1 i 2 PT; 7) art. 34 ust. 1 PT, art. 36 PT, art. 37 ust. 1 i 2 PT, art. 40 ust. 1 PT w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 PT, art. 24 pkt 2 lit. a PT; 8) art. 34 ust. 1 PT, art. 36 PT, art. 37 ust. 1 i 2 PT, art. 40 ust. 1 PT w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 PT, art. 189 ust. 2 pkt 1 PT i art. 24 pkt 2 lit a PT; 9) art. 13 ust. 1 i 2 dyrektywy ramowej w zw. z art. 40 ust. 1 w zw. ust. 4 PT; 10) art. 207 ust. 1 PT w zw. z art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 1999 r. Nr 11, poz. 95). Powód wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji, ewentualnie o jej zmianę.

Wyrokiem z 25 lutego 2013 r. Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił zaskarżoną decyzję w pkt IV, w ten sposób, że skreślił z jej treści zwrot: „w tym usług sieci wirtualnych” i „w tym świadczeniu usług w sieciach inteligentnych”, oddalił odwołanie w pozostałej części i zasądził od powoda na rzecz Prezesa Urzędu kwotę 360 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy orzekł, że w jego ocenie nie istnieje substytut dla produktu, jakim jest usługa zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powoda. Sąd pierwszej instancji za bezsporne uznał

także, że na rynku usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powoda, zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakańczanie połączenia, powód na 100% udział w rynku, a także, że istnieje bariera znacznych kosztów związana z budową niezbędnej infrastruktury komunikacyjnej, co w sposób istotny ogranicza możliwość wejścia na rynek innych podmiotów, mogących stanowić potencjalną konkurencję.

SOKiK stwierdził, że w badanej sprawie znaczenie ma, czy na etapie postępowania sądowego istniały podstawy do wyodrębnienia rynku właściwego jako rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powoda i czy powód posiada na tym rynku znaczącą pozycję rynkową. Zdaniem Sądu Okręgowego, Prezes UKE w sposób właściwy dokonał określenia jako właściwy rynku zakańczania krótkich wiadomości tekstowych ustalając, że dla tej usługi brak jest substytutów. Jako bezzasadne Sąd ocenił stanowisko powoda, jakoby substytutem tej usługi mogły być takie same usługi w telefonii stacjonarnej, bowiem o substytucyjności można by mówić tylko w odniesieniu do usługi transmisji danych (e-mail), jeżeli powód wykazałby, że ze względu na cenę oraz właściwości jest ona uznawana przez jej nabywców za substytut. SOKiK za trafną uznał także konstatację Prezesa Urzędu, dotyczącą zajmowania przez powoda znaczącej pozycji na rynku, podkreślając, że powód nie wykazał faktu występowania na rynku skutecznej konkurencji.

Sąd Okręgowy za jedyny uzasadniony zarzut podniesiony przez powoda w odwołaniu uznał zarzut nie wykazania przez Prezesa UKE związku pomiędzy świadczeniem usługi zakańczania SMS w sieci powoda, a przyznaniem dostępu do sieci inteligentnych i wirtualnych, co znalazło odzwierciedlenie w zmianie decyzji w pkt IV. Pozostałe zarzuty powoda Sąd uznał za bezzasadne.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego złożyli zarówno powód, jaki i Prezes Urzędu.

Powód zaskarżył przedmiotowy wyrok w całości, zarzucając naruszenie: 1) art. 22 ust. 2 i 3 PT oraz art. 16 ust. 1 i 2 dyrektywy ramowej; 2) art. 16 ust. 1 dyrektywy ramowej; 3) art. 15 ust. 3 dyrektywy ramowej oraz art. 19 ust. 3 PT, art. 22 ust. 1 pkt 1 PT; 4) art. 25 a ust. 1 i 2 PT; 5) art. 36 PT, art. 37 ust. 1 i 2 PT, art. 40 ust. 1 PT w zw. z art. 24 pkt 2 lit a PT. Ponadto powód zarzucił wystąpienie

sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Prezes Urzędu zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w części, dotyczącej punktu I ww. wyroku zarzucając naruszenie przepisów postępowania, tj. 1) art. 233 § 1 k.p.c.; 2) art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c.; 3) art. 479⁶⁴ § 2 k.p.c., 4) art. 328 § 2 k.p.c. oraz naruszenie prawa materialnego, tj. art. 34 ust. 1 PT w zw. z art. 24 pkt 2 lit. a oraz art. 1 ust. 2 PT.

Wyrokiem z 26 marca 2014 r., Sąd Apelacyjny uchylił zaskarżoną decyzję i zasądził od Prezesa UKE na rzecz powoda kwotę 460 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania oraz oddalił w całości apelację Prezesa UKE i zasądził od Prezesa na rzecz powoda kwotę 360 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd pierwszej instancji, przyjmując je za własne, chociaż uzupełnił je o ustalenie, że Prezes UKE nie przeprowadził analizy rynku, o której mowa w art. 21 ust. 1 PT. Zdaniem Sądu drugiej instancji określenie rynku właściwego musi zostać poprzedzone analizą rynku w trybie przewidzianym w art. 21 ust. 1 PT. Jeżeli Prezes UKE zamierzał zdefiniować nowy rynek, tj. rynek świadczenia usług zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powinien przeprowadzić dogłębną analizę w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych, które występują na tym rynku, a które powinny podlegać dalszej analizie po wszczęciu postępowania w trybie art. 22 ust. 1 PT. Sąd Apelacyjny zważył, że przedmiotem prowadzonego postępowania jest dokonanie oceny prawidłowości przeprowadzonej przez Prezesa UKE, na podstawie przepisów Prawa telekomunikacyjnego, analizy rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej, w wyniku której stwierdzono, że na tym rynku nie występuje skuteczna konkurencja, a powód został wyznaczony jako przedsiębiorca zajmujący znaczącą pozycję na tym rynku oraz nałożono na powoda obowiązki regulacyjne z tytułu posiadania znaczącej pozycji rynkowej.

Sąd drugiej instancji za słuszny uznał zarzut powoda, dotyczący nieprawidłowego dokonania analizy rynku produktowego na poziomie detalicznym przez Prezesa Urzędu, w wyniku pominięcia mobilnych usług szerokopasmowych w

celu wysłania e-maila lub przesyłania wiadomości poprzez portale społecznościowe, które to usługi dostępne są w większości telefonów komórkowych. Nieprzeprowadzenie analizy w zakresie tych produktów powoduje, iż nie można w sposób uprawniony stwierdzić, że nie stanowią one substytutu dla przekazywania krótkich wiadomości tekstowych. Sąd Apelacyjny poddał także w wątpliwość ograniczenie rynku produktowego na poziomie detalicznym o usługi sms w sieciach stacjonarnych, podkreślając, że argumentem przesądzającym w tej kwestii nie może być konieczność nabycia odpowiedniego aparatu telefonicznego. Podzielił w tym miejscu stanowisko powoda, iż na rynku telekomunikacyjnym funkcjonują telefony nomadyczne, które stanowią kompilację telefonu komórkowego i stacjonarnego. Skoro Prezes UKE nie dokonał prawidłowej analizy rynku, mogło to doprowadzić do wadliwego zdefiniowania rynku właściwego oraz wpłynąć na ocenę konkurencyjności tego rynku. Konstatacja ta uprawnia do uwzględnienia apelacji powoda w całości oraz przesądza o oddaleniu w całości apelacji Prezesa Urzędu.

Prezes UKE zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości, zarzucając naruszenie przepisów postępowania, tj.: 1) art. 328 § 2 k.p.c. w zw. art. 391 § 1 k.p.c., poprzez niewyjaśnienie podstawy prawnej i faktycznej wyroku, tj. poprzez niewskazanie przez Sąd jakie poczynił ustalenia, na jakich dowodach się oparł i dlaczego nie zostały uznane przez niego dowody przeciwne, co ma w szczególności odniesienie do stwierdzenia, że Prezes UKE nie przeprowadził analizy rynku, pominięcie faktu, że zaskarżona decyzja została poddana postępowaniu konsultacyjnemu z Komisją Europejską oraz Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i żaden z tych organów nie zakwestionował zakresu produktowego rynku wyznaczonego przez Prezesa UKE, rozbieżności we wskazaniu jaki rynek produktowy został wyznaczony przez Prezesa UKE, zaniechanie wyjaśnienia, dlaczego w zakres produktowy rynku właściwego należy włączyć mobilne usługi szerokopasmowe w celu wysyłania e-mail lub przesyłania wiadomości poprzez portale społecznościowe oraz na jakiej podstawie uznał, że większość telefonów komórkowych jest przystosowanych do realizacji tego rodzaju usług, dlaczego do analizy właściwego rynku produktowego należy włączyć okoliczności, które miały miejsce po dniu wydania ocenianej decyzji

Prezesa UKE, dlaczego do zakresu produktowego rynku na poziomie detalicznym należałoby włączyć usługi sms w sieciach i stacjonarnych, dlaczego nie uwzględnił specyfiki rynków świadczenia usług łączności elektronicznej, niepodanie powodów, dla których oparł się na wytycznych Urzędu Nadzoru ETFA a nie na wytycznych Komisji Europejskiej; 2) art. 316 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., poprzez pominięcie specyfiki rynków łączności elektronicznej i dokonywanej analizy tych rynków i wydanie zaskarżonego wyroku z uwzględnieniem stanu faktycznego na dzień wyrokowania; 3) art. 321 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz w zw. z art. 386 § 1 k.p.c., poprzez uchylenie decyzji Prezesa UKE z 14 grudnia 2010 r. dotyczącej określenia rynku właściwego jako rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) powoda, ustalenia, że na tak wyznaczonym rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny posiadający znaczącą pozycję rynkową i wyznaczanie powoda jako tego przedsiębiorcę oraz nałożenia obowiązków regulacyjnych z tego powodu, że zakres produktowy analizowanego rynku został ustalony nieprawidłowo, a zatem z powodu uznania, że Prezes UKE błędnie wyznaczył zakres produktowy badanego rynku, przy czym Sąd Apelacyjny inaczej - szerzej - określił granice rynku właściwego, niż uczynił to Prezes UKE w zaskarżonej decyzji oraz naruszenie prawa materialnego przez jego błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, tj.: 1) art. 21 PT i art. 22 ust. 1 PT oraz art. 24 pkt 1 PT w zw. z art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej jako uokik), jak również art. 15 ust. 3 dyrektywy ramowej, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, tj. poprzez przyjęcie błędnej definicji rynku właściwego poprzez uznanie, że Prezes UKE wadliwie dokonał analizy rynku produktowego na poziomie detalicznym w wyniku pominięcia mobilnych usług szerokopasmowych w celu wysyłania e-mail lub przesyłania wiadomości poprzez portale społecznościowe oraz w wyniku pominięcia usługi sms w sieciach stacjonarnych; 2) art. 22 ust. 1 pkt 1 PT w zw. z art. 19 ust. 3 PT i art. 15 ust. 3 dyrektywy ramowej oraz art. 24 pkt 1 PT, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i nieuwzględnienie przy wydawaniu zaskarżonego wyroku specyfiki rynków łączności elektronicznej, a w szczególności rynku podlegającego ocenie Sądu Apelacyjnego oraz nieuwzględnienie przy ocenie

zaskarżonej decyzji uwarunkowań krajowych; 3) art. 16 ust. 1 PT i art. 18 PT w zw. z art. 19 ust. 1 PT oraz w zw. z art. 15 pkt 1 PT i w zw. z art. 24 pkt 1 PT, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i pominięcie przy wydawaniu zaskarżonego wyroku, że Komisja Europejska oraz Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie zakwestionowali produktowego zakresu rynku właściwego; 4) art. 22 ust. 1 pkt 1 PT w zw. z art. 19 ust. 3 PT i art. 15 ust. 3 dyrektywy ramowej oraz art. 24 pkt 1 PT, poprzez oparcie się przez Sąd Apelacyjny przy wydawaniu zaskarżonego wyroku na wytycznych Urzędu Nadzoru EFTA, nie zaś na wytycznych Komisji Europejskiej.

Prezes Urzędu wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz przekazanie w tym zakresie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach zastępstwa procesowego, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i zmianę wyroku Sądu pierwszej instancji poprzez orzeczenie oddalenia odwołania powoda w zakresie pkt IV zaskarżonej decyzji Prezesa UKE oraz oddalenie apelacji powoda w całości, a także zasądzenie od powoda na rzecz Prezesa UKE kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych. Ponadto Prezes UKE wniósł o zasądzenie od powoda kosztów postępowania kasacyjnego i rozpoznanie skargi kasacyjnej na rozprawie.

Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Skarga kasacyjna Prezesa Urzędu okazała się zasadna.

Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że uchylając decyzję wydaną na podstawie art. 22 PT Sąd drugiej instancji uznał, że Prezes UKE dopuścił się uchybienia proceduralnego przy jej wydawaniu. Uchybienie to polega na nieprzeprowadzeniu analizy rynku telekomunikacyjnego na podstawie art. 21 PT. Sąd drugiej instancji przyjął bowiem, że rozdział 1 Działu II PT chronologicznie określa poszczególne etapy regulowania rynku telekomunikacyjnego. Pierwszym etapem jest analiza danego rynku. Po dokonaniu analizy rynku, na podstawie art. 22 PT Prezes Urzędu przeprowadza postępowanie w celu określenia rynku właściwego, ustalenia, czy na rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja, wyznaczenia przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę obowiązków regulacyjnych, ich utrzymania bądź zmiany. W ocenie

Sądu Apelacyjnego, skoro Prezes UKE zamierzał zdefiniować jako rynek właściwy rynek świadczenia usługi zakańczania SMS w publicznej ruchomej sieci telefonicznej powoda, to powinien najpierw dokonać pogłębionej analizy usług telekomunikacyjnych, które tego rynku dotyczą.

Zaskarżony wyrok opiera się zatem na założeniu, zgodnie z którym elementem postępowania prowadzącego do wydania decyzji na podstawie art. 22 PT jest przeprowadzenie analizy rynku na podstawie art. 21 PT. Sąd Najwyższy nie podziela tego założenia, ponieważ Sąd orzekający w sprawie z odwołania od decyzji z art. 22 PT weryfikuje, w zależności od zarzutów odwołania i jego zakresu, przesłanki zastosowania tego przepisu oraz dochowanie przez Prezesa Urzędu standardów proceduralnych w postępowaniu w sprawie wydania tej decyzji. W postępowaniu odwoławczym Sąd nie zajmuje się natomiast sposobem przeprowadzenia i skutkami analizy rynku z art. 21 PT. Sąd Apelacyjny błędnie przyjął, że pierwszym etapem postępowania Prezesa Urzędu podlegającym ocenie w toku postępowania odwoławczego jest analiza danego rynku. W art. 21 PT chodzi o analizę rynku telekomunikacyjnego w ogólności. Analizę rynku telekomunikacyjnego z art. 21 PT należy odróżnić od analizy rynku właściwego na użytek postępowania z art. 22 PT.

Przepis art. 21 PT upoważnia Prezesa UKE do prowadzenia analizy rynku telekomunikacyjnego w ogólności. Analiza ta nie jest prowadzona w sformalizowany sposób. Kompetencja przewidziana w art. 21 PT służy umocowaniu żądania Prezesa UKE do przekazywania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych informacji niezbędnych regulatorowi do zorientowania się w sytuacji rynkowej oraz identyfikacji rzeczywistych lub potencjalnych tendencji w jego rozwoju, tak by odpowiednio realizować politykę regulacyjną. Przeprowadzenie analizy rynku, o której mowa w art. 21 PT nie jest częścią postępowania administracyjnego prowadzącego do wydania decyzji (S. Piątek. Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2013, s. 192), a przez to nie stanowi fragmentu postępowania prowadzonego na podstawie art. 22 PT. Funkcjonalny związek między postępowaniem z art. 22 PT a analizą rynku na podstawie art. 21 PT jest taki, że analiza rynku ma zapobiegać wszczynaniu przez Prezesa UKE postępowań z art. 22 PT, które nie prowadziłyby do wyznaczenia rynku właściwego,

który nie wymaga regulacji. Przeprowadzenie analizy rynku telekomunikacyjnego z art. 21 PT nie zwalnia Prezesa UKE z obowiązku przeprowadzenia analizy rynku właściwego w ramach postępowania z art. 22 PT, gdyż to sposób analizy rynku na użytek tego postępowania będzie ostatecznie rzutował na sposób wyznaczenia rynku właściwego oraz ocenę decyzji w postępowaniu odwoławczym.

Podzielając w pełni poglądy Sądu Apelacyjnego co do znaczenia analizy rynku w postępowaniu służącym wyznaczeniu rynku właściwego (rynek właściwy należy wyznaczać na podstawie analizy rynku, w toku której ustalane są fakty rynkowe pozwalające na zastosowanie instytucji prawa ochrony konkurencji jaką jest rynek właściwy) Sąd Najwyższy stwierdza, że nieprzeprowadzenie analizy rynku z art. 21 PT nie stoi na przeszkodzie wyznaczeniu rynku właściwego i jego analizie na podstawie art. 22 PT, w postępowaniu uregulowanym w tym przepisie. W konsekwencji zarzut naruszenia art. 21 PT nie może prowadzić do uchylenia decyzji z art. 22 PT, ponieważ analiza rynku telekomunikacyjnego przeprowadzana jest przez Prezesa Urzędu w celu zorientowania się co do sytuacji na rynku telekomunikacyjnym i konieczności podjęcia dalszych, szczegółowych działań regulacyjnych. Wyniki tej analizy nie wpływają w żaden sposób na sytuację prawną przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej stwierdzonej na podstawie art. 22 PT, gdyż to decyzja wydana na podstawie tego przepisu prowadzi do nałożenia na niego obowiązków regulacyjnych. Przesłanką wydania decyzji z art. 22 PT jest przeprowadzenie odpowiedniej analizy rynku właściwego, na którym stwierdza się działanie przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej. Analiza rynku z art. 21 PT nie przesądza w sposób wiążący wyniku postępowania z art. 22 PT i nie może zastępować analizy rynku, jaką należy przeprowadzić na użytek stosowania art. 22 PT.

Niezależnie od powyższego, Sąd Najwyższy uznaje, mimo zauważalnych niedoskonałości decyzji Prezesa UKE w zakresie analizy rynku w ramach postępowania prowadzonego na podstawie art. 22 PT, że rynek właściwy został wyznaczony w zaskarżonej decyzji prawidłowo. W przypadku rynków zakańczania usług telekomunikacyjnych na karcie SIM można mówić o swoistym domniemaniu, że rynki te stanowią odrębne rynki właściwe wyznaczone według sieci poszczególnych operatorów telefonii mobilnej. Jak słusznie przyjęto w Nocie

wyjaśniającej z dnia 13 listopada 2007 r. do Zalecenia Komisji na temat właściwych rynków i właściwych produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante*, „usługi zakańczania połączeń są najtrudniejsze do powielenia celem świadczenia detalicznych usług telefonii komórkowej [...] dotyczy to również zakańczania wiadomości tekstowych”. Skoro nie ma łatwo dostępnej alternatywy dla usługi zakończenia połączenia lub SMS, przeprowadzenie nawet tak pobieżnej analizy rynku, jaką wykonał Prezes UKE należy uznać za wystarczające do potwierdzenia (w realiach 2010 r.) statusu rynku wyznaczonego w decyzji jako rynku właściwego. Z uwagi jednak na postęp techniczny oraz dynamikę rozwoju modeli biznesowych na rynku telekomunikacyjnym, nie można wykluczyć, że już obecnie (w dacie wyrokowania przez Sąd Najwyższy), bądź w najbliższej przyszłości, domniemanie takie (uprawniające do dokonania oceny stricte prawnej kwestii substytucyjności między różnymi usługami na rynku detalicznym) nie będzie zasadne. Mając jednak na względzie, że decyzja Prezesa Urzędu, choć podejmowana na przyszłość, opierała się na sytuacji rynkowej i przewidywaniach jej rozwoju w 2009/2010 r., Prezes Urzędu mógł przyjąć, że rynkiem właściwym jest rynek zakańczania SMS w ruchomej publicznej sieci powoda. W konsekwencji brak szczegółowej analizy w decyzji Prezesa Urzędu wszystkich potencjalnych substytutów usługi SMS na poziomie detalicznym nie stanowi podstawy do uchylenia decyzji Prezesa Urzędu wyznaczającej jako rynek właściwy rynek zakańczania SMS w ruchomej publicznej sieci powoda.

Zdaniem Sądu Najwyższego w 2010 r. nie spełnione były przesłanki konieczne do uznania usług wymienionych w zaskarżonym wyroku (mobilne usługi szerokopasmowe w celu wysłania e-mail lub przesyłania wiadomości przez portale społecznościowe) za usługi substytucyjne względem (ocenianej na poziomie detalicznym) usługi SMS. Jak słusznie argumentuje Prezes Urzędu, portale społecznościowe służą przekazywaniu wiadomości tekstowych szerszemu gronu użytkowników sieci Internet, a nie konkretnej osobie, jak w przypadku SMS. Wiadomości SMS pozwalają na „prywatną” komunikację między dwiema osobami, czego ze swej istoty nie zapewnią portale społecznościowe (z wyjątkiem korzystania z udostępnianych przez nie komunikatorów pozwalających na zindywidualizowaną komunikację między dwoma użytkownikami). Sąd Najwyższy

nie podziela także stanowiska Sądu Apelacyjnego w przedmiocie wadliwości wykluczenia z zakresu produktowego rynku właściwego usługi zakańczania SMS w sieciach stacjonarnych. Nie można zgodzić się z poglądem Sądu Apelacyjnego, zgodnie z którym usługi zakańczania SMS w sieciach stacjonarnych, nawet w przypadku tzw. usług nomadycznych, są substytucyjne względem usługi zakańczania SMS. Zakańczanie SMS w sieci stacjonarnej oznacza zakończenie połączenia w określonej stałej lokalizacji (ewentualnie lokalizacji o określonym promieniu działania), podczas gdy usługa zakańczania SMS w ruchomej sieci powoda oznacza, że wiadomość tekstowa przekazywana jest tam, gdzie w zasięgu sieci znajduje się aktualnie jej adresat.

W przekonaniu Sądu Najwyższego, usługi typu Mobile Instant Messaging, wymiana wiadomości za pośrednictwem portali społecznościowych lub usług typu push-email mogą być substytutami usługi SMS, jeżeli spełnione zostaną następujące warunki. Po pierwsze, standardem rynkowym analogicznym do pakietu obejmującego połączenia głosowe i SMS będzie mobilny dostęp do Internetu. Kontaktowanie się z innymi użytkownikami telefonów komórkowych za pomocą komunikatorów, portali społecznościowych wymaga bowiem dostępu do usługi transferu danych, bądź korzystania z punktów dostępowych WiFi. Po drugie, skoro każdy telefon komórkowy oferuje możliwość wysyłania i odbierania SMS, a nie każdy telefon umożliwia komunikowanie się za pomocą wymienionych wyżej usług, konieczne jest osiągnięcie odpowiedniego stopnia penetracji rynku przez telefony pozwalające na korzystanie z takich funkcjonalności (zarówno w zakresie parametrów technicznych, jak i oprogramowania pozwalającego na wymianę wiadomości tekstowych). Po trzecie, korzystanie z wymienionych przez Sąd Apelacyjny sposób komunikacji musi być równie łatwe, jak wysyłanie i odbieranie SMS. Po czwarte, wymiana wiadomości tekstowych za pomocą alternatywnych usług musi przebiegać w sposób podobny do wymiany SMS pod względem szybkości oraz dostępności transferu danych. Spełnienie tego warunku uzależnione jest nie tylko od zasięgu mobilnego dostępu do sieci Internet ale także od odpowiedniego stylu użytkowania telefonów komórkowych (tj. ze stale aktywnym transferem danych). Po piąte, zasady wyceniania mobilnego dostępu do Internetu oraz rozliczania ruchu w sieci muszą być tego rodzaju, by korzystanie z

funkcjonalności pozwalających na przesyłanie wiadomości tekstowych na telefon komórkowy za pomocą alternatywnych sposobów komunikacji wywierało presję cenową na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego świadczącego usługę zakańczania wiadomości SMS w jego sieci ruchomej.

Gdyby z ustaleń postępowania przed Prezesem Urzędu oraz z ustaleń postępowania sądowego wynikało, że powyższe warunki są spełnione (a raczej, że w 2010 r. należało racjonalnie oczekiwać, że w najbliższej przyszłości warunki te mogą ziścić się na rynku telekomunikacyjnym), wówczas Sąd orzekający w sprawie z odwołania od decyzji regulatora mógłby uznać, że rynkiem właściwym jest inny rynek, niż rynek świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej sieci powoda. Byłby to jednak nadal rynek obejmujący sieć powoda z uwagi na niemożność duplikacji usługi zakończania wiadomości tekstowej adresowanej do użytkownika końcowego posługującego się kartą SIM powoda (niezależnie od tego, czy jest to wiadomość SMS, wiadomość przekazana za pośrednictwem komunikatora, wiadomość przekazana pocztą elektroniczną z odczytem przez telefon komórkowy, itp.). Nie można wykluczyć, że w przypadku spełnienia opisanych powyżej warunków, przy braku odpłatności za usługę zakańczania połączenia tekstowego kierowanego do sieci powoda za pośrednictwem usługi transmisji danych, presja ze strony alternatywnych sposobów dostarczania wiadomości tekstowych na urządzenie końcowe ograniczałaby siłę rynkową powoda na tak zdefiniowanym rynku właściwym. Jednakże, ewentualne stwierdzenie, że powód na tak wyznaczonym rynku właściwym nie posiada znaczącej pozycji rynkowej wymagałoby nie tylko spełnienia wymienionych powyżej warunków, ale także analizy konkurencji na tak zdefiniowanym rynku, których to analiz nie przeprowadzono w toku niniejszego postępowania sądowego, a których przeprowadzenie jest konieczne do stwierdzenia substytucyjności tych usług, a w konsekwencji uwzględnienia zarzutu dotyczącego wadliwego wyznaczenia rynku właściwego.

Stanowisko Sądu Apelacyjnego zajęte w zaskarżonym wyroku byłoby trafne, gdyby wymienione przez niego substytuty mogły oddziaływać na politykę cenową operatora sieci komórkowej w zakresie usługi zakańczania połączenia w jego sieci.

Takie ustalenia nie wynikają zaś z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, co z kolei przekłada się na zasadność zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c.

Ponadto, należy podkreślić, że w postępowaniu odwoławczym przedsiębiorca kontestujący prawidłowości wyznaczenia rynku właściwego, obok stosownej argumentacji prawnej istotnej dla weryfikacji poprawności zastosowania definicji rynku właściwego, musi przedstawić odpowiednie dane wyjściowe uprawniające konkluzje prawne, jakie wyciąga na ich podstawie zarzucając wadliwe wyznaczenie rynku właściwego (por. wyrok Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 2015 r., III SK 7/14). Ograniczenie się do argumentacji stricte prawnej jest możliwe tylko w przypadku takich rynków, których status jako rynków właściwych nie budzi wątpliwości z uwagi na cechy szczególne danego rynku.

Zdaniem Sądu Najwyższego nawet przy uwzględnieniu, że regulacja rynku telekomunikacyjnego jest regulacją *ex ante*, rynkiem właściwym był niewątpliwie rynek świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej sieci powoda, ponieważ opisane powyżej warunki nie zostały spełnione. Podzielając w pełni stanowisko Sądu Apelacyjnego wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku co do znaczenia rzetelnej i prawidłowo przeprowadzonej analizy rynku dla poprawnego wyznaczenia rynku właściwego (a zatem prawnej kwalifikacji dokonywanej po zbadaniu i ustaleniu zachowań rynkowych przedsiębiorców telekomunikacyjnych i użytkowników usług telekomunikacyjnych), Sąd Najwyższy uznaje za wystarczające odwołanie się w tym zakresie do wyników raportu z badania konsumenckiego „Rynek telekomunikacyjny w Polsce w 2010 roku. Klienci indywidualni i instytucjonalni”. Z raportu tego wynika, że korzystanie z usługi transmisji danych jako najczęściej wykorzystywanej formy komunikacji w telefonii ruchomej deklarowało 0,8% badanych, podczas gdy usługę SMS traktowało tak 16,3% badanych (85,2% badanych wskazywało na pierwszym miejscu usługi głosowe).

Z powyższych względów Sąd Najwyższy uznał za zasadny zarzut naruszenia art. 21 PT, art. 22 ust. 1 PT, art. 24 pkt 1 PT w zw. z art. 4 pkt 9 uokik. Natomiast za bezpodstawny należało uznać zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 PT i art. 18 PT w zw. z art. 19 ust. 1 PT oraz w zw. z art. 15 pkt 1 PT i w zw. z art. 24 pkt 1 PT, ponieważ okoliczność braku zastrzeżeń Komisji Europejskiej oraz Prezesa

UOKiK do granic produktowych rynku właściwego wyznaczonego przez Prezesa UKE nie wiąże Sądu orzekającego w sprawie z odwołania od decyzji regulatora rynku telekomunikacyjnego. Za niezasadny uznano także zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 PT w zw. z art. 19 ust. 3 PT i art. 15 ust. 3 dyrektywy ramowej oraz art. 24 pkt 1 PT, poprzez oparcie się przez Sąd Apelacyjny przy wydawaniu zaskarżonego wyroku na wytycznych Urzędu Nadzoru EFTA, gdyż do wytycznych tych Sąd drugiej instancji odwołał się jedynie w sposób ogólny, przy rekonstrukcji pojęcia rynku właściwego a nie przy ocenie poprawności sposobu samego wyznaczenia tego rynku.

Niezasadny jest także zarzut naruszenia art. 316 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., ponieważ z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wynika, by Sąd Apelacyjny wydał wyrok z uwzględnieniem stanu faktycznego (w zakresie sytuacji na rynku telekomunikacyjnym) na dzień wyrokowania, a nie na dzień wydania decyzji regulatora. Całkowicie bezpodstawny okazał się także zarzut naruszenia art. 321 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz w zw. z art. 386 § 1 k.p.c., poprzez uchylene decyzji Prezesa UKE z tego powodu, że zakres produktowy analizowanego rynku został ustalony nieprawidłowo, gdyż takie rozstrzygnięcie było objęte zakresem żądania odwołania powoda.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.

kc