



Sygn. akt III SK 33/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 maja 2015 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Bogusław Cudowski (przewodniczący)

SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

SSN Krzysztof Staryk

Protokolant Małgorzata Beczek

w sprawie z powództwa C.Sp. z o.o. z siedzibą w W. (obecnie O. S.A.)
przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej
o ustalenie obowiązków regulacyjnych ,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 6 maja 2015 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 10 października 2013 r.,

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

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes Urzędu) decyzją z 14 grudnia 2010 r.: 1) określił jako rynek właściwy rynek świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej sieci telefonicznej C. Sp. z o.o. z/s w W. (obecnie O. S.A., powód); 2) ustalił, że na rynku świadczenia usługi zakańczania SMS w ruchomej sieci telefonicznej powoda występuje przedsiębiorca posiadający SMP i wskazał powoda jako takiego przedsiębiorcę; 3) nałożył na powoda cztery obowiązki regulacyjne w celu świadczenia przedsiębiorcom telekomunikacyjnym usługi zakańczania SMS w ruchomej sieci telefonicznej powoda.

Prezes Urzędu nałożył na podstawie art. 34 Prawa telekomunikacyjnego obowiązek uwzględniania uzasadnionych wniosków o zapewnienie dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących w celu świadczenia usługi zakańczania SMS. Obowiązek ten miał „w szczególności” polegać na: a) zapewnieniu określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy niezbędnych do zapewnienia dostępu do sieci (art. 34 ust. 1 pkt 2 Prawa telekomunikacyjnego); b) przyznawaniu dostępu do interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług, w tym usług sieci wirtualnych (art. 34 ust. 1 pkt 4 Prawa telekomunikacyjnego); c) zapewnieniu infrastruktury telekomunikacyjnej, kolokacji oraz innych form wspólnego korzystania z budynków (art. 34 ust. 1 pkt 5 Prawa telekomunikacyjnego); d) zapewnieniu funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług, w tym świadczenia usług w sieciach inteligentnych (art. 34 ust. 1 pkt 6 Prawa telekomunikacyjnego); e) zapewnieniu połączenia sieci lub urządzeń telekomunikacyjnych oraz udogodnień z nimi związanych (art. 34 ust. 1 pkt 10 Prawa telekomunikacyjnego); f) prowadzeniu negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w dobrej wierze oraz utrzymywaniu uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego do określonych sieci telekomunikacyjnych, urządzeń lub udogodnień towarzyszących (art. 34 ust. 1 pkt 11 Prawa telekomunikacyjnego); g) uwzględnianiu uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny poprzez interfejs systemu informatycznego (który to obowiązek nie został wymieniony w art. 34 Prawa telekomunikacyjnego).

Powód zaskarżył decyzję Prezesa Urzędu odwołaniem i wniósł o jej uchylenie w całości.

Sąd Okręgowy w W. – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z 3 grudnia 2012 r., oddalił odwołanie powoda.

Sąd pierwszej instancji za bezzasadny uznał zarzut naruszenia art. 24 pkt 1 lit. a w zw. z art. 34 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego oraz art. 107 k.p.a. polegający na nieokreśleniu treści obowiązku uwzględnienia wniosku o zapewnienie dostępu telekomunikacyjnego. W ocenie Sądu Okręgowego ramy i granice obowiązku zostały jasno wyznaczone w zaskarżonej decyzji. Nałożony obowiązek dotyczy tych elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, które są potrzebne do świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w publicznej sieci telefonicznej powoda. Powód jako profesjonalista bez trudu jest w stanie wyodrębnić, urządzenia i udogodnienia potrzebne dla usługi zakańczania SMS w jego sieci, gdyż jako organizator i użytkownik własnej sieci posiada w tym zakresie najpełniejszą wiedzę. Skoro powód nie wnosił o zmianę zaskarżonej decyzji polegającą na doprecyzowaniu tego jej zapisu to należy domniemywać, że uważał jej treść w tym zakresie za jednoznaczną.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 pkt 2a Prawa telekomunikacyjnego przez nieuwzględnienie kryteriów adekwatności i proporcjonalności Sąd Okręgowy stwierdził, że powód w odwołaniu nie kwestionuje zagrożenia w postaci możliwości utrudniania operatorom dostępu do sieci powoda. Obowiązek zapewnienia dostępu jest środkiem adekwatnym i proporcjonalnym do tego zagrożenia. Powód w odwołaniu nie wskazał, żadnych innych środków, które likwidowałyby to zidentyfikowane zagrożenie. Za bezzasadny Sąd pierwszej instancji uznał zarzut naruszenia art. 25a ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, gdyż w braku wskazania względniejszych i bardziej adekwatnych obowiązków regulacyjnych nie można twierdzić, że obowiązku nałożone przez Prezesa Urzędu w zaskarżonej decyzji nie uwzględniają wytycznych Komisji Europejskiej.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z 10 października 2013 r. oddalił apelację powoda.

Sąd drugiej instancji za niezasadne uznał zarzuty niewystarczającego zdefiniowania w zaskarżonej decyzji obowiązku dostępu. Powód nie wnosił o zmianę tego obowiązku przez jego doprecyzowanie w sytuacji, gdy nie

kwestionował zasadności nałożenia obowiązku z art. 34 Prawa telekomunikacyjnego. Obowiązek dostępu został zdefiniowany. Polega na uwzględnieniu uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie dostępu telekomunikacyjnego. Wskazano na czym obowiązek dostępu może polegać. Obowiązek ten określony został przez przykładowe wskazanie świadczeń dostępowych, które mają być spełnione w celu świadczenia usługi zakończenia krótkich wiadomości tekstowych. W razie wątpliwości interpretacyjnych powód powinien kierować się ustawową definicją dostępu telekomunikacyjnego. Sposób określenia przedmiotu obowiązku dostępu telekomunikacyjnego wskazuje na możliwość określenia go na różnym poziomie szczegółowości. W zaskarżonej decyzji Prezes Urzędu zidentyfikował problemy występujące na analizowanym rynku, tj. antykonkurencyjne zawyżanie stawek oraz możliwość utrudnienia dostępu do sieci powoda. Nałożone obowiązki regulacyjne są adekwatne i proporcjonalne do zidentyfikowanych problemów rynkowych. Powód nie wnosi o zmianę decyzji w tej części ze wskazaniem sposobu zmiany. Odnośnie stawki 5 gr, to została ona wskazana jako graniczna w świetle wyliczeń średniej ceny detalicznej. W zaskarżonej decyzji nie wskazano natomiast, że ta stawka pozwala na usunięcie stwierdzonych problemów rynkowych.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie: 1) art. 24 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 34 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego przez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że dopuszczalne było niesprecyzowanie na czym ma polegać obowiązek uwzględnienia uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia usługi zakończenia krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci powoda; 2) art. 24 pkt 2 lit. a) Prawa telekomunikacyjnego przez uznanie, że dopuszczalne było nałożenie na powoda obowiązku ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty (art. 40 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego) mimo ustalenia, że wprowadzenie stawki na poziomie nie wyższym niż 5 gr za usługę zakończenia SMS pozwala na usunięcie problemów rynkowych, a ustalenie opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty może prowadzić do ustalenia tej opłaty na poziomie 1 gr, co stanowi przejaw nałożenia obowiązku

regulacyjnego bez uwzględnienia kryteriów adekwatności i proporcjonalności do zidentyfikowanych problemów rynkowych; 3) art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. i art. 24 Prawa telekomunikacyjnego oraz art. 40 Prawa telekomunikacyjnego przez przyjęcie, że na powódzie spoczywa ciężar udowodnienia, że nałożony obowiązek nie jest adekwatny i proporcjonalny; 4) art. 24 pkt 2 lit. a) Prawa telekomunikacyjnego przez uznanie, że wydając decyzję Prezes Urzędu musi nałożyć wszystkie obowiązki regulacyjne a nie tylko te, które są adekwatne i proporcjonalne do stwierdzonych problemów.

Prezes Urzędu na rozprawie wniósł o oddalenie skargi kasacyjnej powoda.

Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Skarga kasacyjna powoda ma uzasadnione podstawy.

Zasadnicze zarzuty skargi kasacyjnej powoda wymierzone są w motywy zaskarżonego wyroku dotyczące zastosowania w niniejszej sprawie art. 24 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 34 Prawa telekomunikacyjnego, w szczególności dopuszczenia ogólnikowego sformułowania przez Prezesa Urzędu obowiązku zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego. Prezes Urzędu opierał się w swym rozstrzygnięciu na poglądzie wyrażonym w wyroku Sądu Najwyższego z 2 kwietnia 2009 r., III SK 28/08. Zgodnie z tym orzeczeniem „decyzja nakładająca obowiązek regulacyjny musi być precyzyjna w zakresie nakładanego obowiązku, gdyż w przeciwnym razie nie będzie możliwe ustalenie, czy nałożony obowiązek spełnia wymogi testu proporcjonalności”. Dokonując oceny wywiązania się z tego obowiązku w decyzji dostępowej wydanej w tamtej sprawie, sformułowanej w zasadzie tak samo jak decyzja wydana w niniejszej sprawie, Sąd Najwyższy stwierdził, że „obowiązek regulacyjny (zapewnienie każdej innej formy korzystania z urządzeń telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub usług świadczonych przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego dostarczanych w formie minut lub pojemności, w celu świadczenia dostępu i usługi rozpoczynania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej) jedynie pozornie jest zbyt ogólny”, ponieważ „obowiązek ten dotyczy tylko takich „innych form współpracy”, które są związane ze świadczeniem dostępu oraz usługi rozpoczynania połączeń”.

Powyższy pogląd wyrażono w jednej z pierwszych spraw telekomunikacyjnych, rozpoznanych w toku instancji, a ponadto w innych realiach rynkowych i regulacyjnych. Obecnie poziom rozeznania regulatora w problemach rynkowych oraz sytuacja na rynku telekomunikacyjnym kształtują się inaczej, niż dacie wyrokowania w sprawie III SK 28/08. Dlatego, zdaniem Sądu Najwyższego w obecnym składzie, zasadne jest zaostrenie zasad stosowania art. 24 pkt 2 lit. a) w związku z art. 34 Prawa telekomunikacyjnego. Konieczność zmiany dotychczasowej praktyki znajduje dodatkowo potwierdzenie w wyroku TSUE z 19 czerwca 2014 r. w sprawie C-556/12 *TDC A/S przeciwko Teleklagenævnet* (EU:C:2014:2009), zgodnie z którym obowiązki regulacyjne w zakresie dostępu telekomunikacyjnego muszą być nakładane w sposób precyzyjny.

Sąd Najwyższy podziela stanowisko Prezesa Urzędu wyrażone na rozprawie, mające oparcie w poglądach doktryny, zgodnie z którym poziom szczegółowości obowiązków nakładanych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych może różnić się w zależności od rodzaju decyzji. Prezes Urzędu, jak przyjęto w piśmiennictwie, może w decyzji określić zasoby przedsiębiorcy telekomunikacyjnego objęte obowiązkiem zapewnienia dostępu lub określić konkretne świadczenia dostępne. Zdaniem Sądu Najwyższego w decyzjach SMP, takich jak wydana w niniejszej sprawie, dopuszczalne jest nałożenie na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego takich obowiązków regulacyjnych służących rozwiązaniu problemów stwierdzonych w wyniku analizy rynku, które będą – z punktu widzenia ich treści – sformułowane ogólnie w porównaniu do szczegółowych obowiązków w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, jakie Prezes Urzędu może nałożyć rozstrzygając spór międzyoperatorski powstały na tle realizacji decyzji SMP.

W wydanej w niniejszej sprawie decyzji Prezes Urzędu przyjął, odnosząc się do problemu utrudniania dostępu do sieci powoda innym operatorom w celu zakończenia usługi SMS, że bez obowiązku dostępowego nałożonego w decyzji powód mógłby eliminować konkurencję na rynku hurtowym i detalicznym. Prezes Urzędu wyjaśnił, że spory nowych operatorów z powodem dotyczą definicji usługi SMS, rozliczeń, zasad kierowania ruchem SMS, niemożności zapewnienia pełnej interoperacyjności. W uzasadnieniu decyzji, wyjaśniając potrzebę nałożenia

obowiązku dostępu, Prezes Urzędu stwierdził, że obowiązek ten jest konieczny do zapewnienia możliwości komunikowania się między użytkownikami końcowymi powoda a użytkownikami sieci innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Następnie stwierdził, że w zakres tego obowiązku wchodzi różne formy dostępu „w szczególności” zaś te, które zostały przewidziane w sentencji decyzji. Nałożenie obowiązku dostępu w zakresie wymienionych w sentencji elementów dostępu zostało uznane za proporcjonalne i adekwatne do zidentyfikowanych problemów, ponieważ elementy te są niezbędne do świadczenia usługi zakańczania SMS. Prezes Urzędu wyjaśnił dodatkowo, że w celu ułatwienia szybszego pozyskiwania dostępu do informacji ogólnych oraz wydajniejszego przepływu zleceń na usługi świadczone przez powoda, postanowił rozszerzyć zakres obowiązku dostępu poprzez uwzględnienie uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny za pośrednictwem interfejsu systemu informatycznego. Obowiązek ten prowadzi do uniknięcia zbędnych kosztów oraz przyspieszy zawieranie umów o dostęp telekomunikacyjny (karta 38). W odpowiedzi na odwołanie (karta 87) Prezes Urzędu stwierdził dodatkowo, w odniesieniu do art. 24 w zw. z art. 34 Prawa telekomunikacyjnego, że granice obowiązku zapewnienia dostępu zostały określone precyzyjnie, ponieważ obowiązek dostępu ogranicza się jedynie do zaspokojenia potrzeb dostępowych innego przedsiębiorcy w celu świadczenia usług zakańczania SMS. W uzasadnieniu decyzji wskazano przykładowe formy dostępu. Na powoda nałożono obowiązek zapewnienia wszelkich form dostępu, aby możliwe było świadczenie usługi zakańczania SMS w sieci powoda. W razie wątpliwości interpretacyjnych, kiedy wniosek o dostęp jest uzasadniony, powód powinien posiłkować się definicją dostępu z art. 2 pkt 6 Prawa telekomunikacyjnego, ewentualnie zwrócić się do Prezesa Urzędu z wnioskiem o wyjaśnienie treści decyzji. Obowiązek dotyczący dostępu może być określony ogólnie lub szczegółowo. Można określić zasoby bądź konkretne świadczenia dostępowe.

Powyższa argumentacja zawarta w uzasadnieniu decyzji Prezesa Urzędu, podzielona przez Sąd drugiej instancji, przekonuje Sąd Najwyższy co do potrzeby nałożenia obowiązku dostępowego w zaskarżonej decyzji oraz jego proporcjonalności w odniesieniu do szczegółowych form zapewnienia dostępu określonych w sentencji decyzji i mających oparcie w treści art. 34 ust. 1 pkt 2; art.

34 ust. 1 pkt 4; art. 34 ust. 1 pkt 5 (z wyłączeniem obowiązku dotyczącego wspólnego korzystania z budynków, którego w braku stosownego uzasadnienia w decyzji nie można uznać za proporcjonalny do rozwiązania problemów na rynku zakańczania SMS); art. 34 ust. 1 pkt 6; art. 34 ust. 1 pkt 10 oraz art. 34 ust. 1 pkt 11 Prawa telekomunikacyjnego. Niezrozumiałe jest jednak dlaczego Prezes Urzędu w wydanej w niniejszej sprawie decyzji nałożył na powoda obowiązek dostępu, który nie został określony w sposób dostatecznie precyzyjny, z uwzględnieniem charakteru decyzji SMP (co wynika z użycia zwrotu „w szczególności” w sentencji decyzji), ani dlaczego nie przedstawił w uzasadnieniu decyzji argumentacji służącej weryfikacji przesłanki proporcjonalności każdego z obowiązków opartych na treści art. 34 Prawa telekomunikacyjnego. Działanie takie tym bardziej wywołuje zastrzeżenia, jeżeli uwzględni się wyodrębnienie i uzasadnienie bardzo szczegółowej postaci obowiązku zapewnienia dostępu, polegającej na przyjmowaniu wniosków o dostęp za pośrednictwem interfejsu systemu informatycznego. Uzasadnienie decyzji wydanej w niniejszej sprawie wpisuje się niestety w praktykę Prezesa Urzędu, polegającą na rozstrzyganiu spraw regulacyjnych w oparciu o doświadczenie regulacyjne organu, którego odtworzenie na podstawie treści decyzji jest często niemożliwe (wyrok Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 2015 r., III SK 7/14).

Wytknięte powyżej wady wydanej decyzji (sformułowanie obowiązku z art. 34 Prawa telekomunikacyjnego w sposób niedostatecznie precyzyjny, brak uzasadnienia poszczególnych obowiązków dostępowych pod kątem ich proporcjonalności) nie uzasadniają bezwzględnie jej uchylecia, jak słusznie przyjęły Sądy obu instancji. Zgodnie z poglądami wyrażonymi w wyroku Sądu Najwyższego z 21 czerwca 2013 r., III SK 36/12, powód wnosząc w niniejszej sprawie o uchylenie decyzji Prezesa Urzędu, domagał się udzielenia mu ochrony prawnej w najszerszym możliwym zakresie, to jest poprzez uchylenie zaskarżonej decyzji z powodu uchybień w jej sentencji i uzasadnieniu. Tak daleko idący wniosek powoda nie mógł zostać uwzględniony, gdyż wystarczające do udzielenia mu ochrony prawnej było doprecyzowanie obowiązku zapewnienia dostępu, tak by przesłanka określoności została spełniona w stopniu adekwatnym do charakteru zaskarżonej decyzji. W ocenie Sądu Najwyższego w niniejszej sprawie uwzględnienie zarzutu

naruszenia art. 24 pkt 2 lit. a) w związku z art. 34 Prawa telekomunikacyjnego, uprawnia Sąd drugiej instancji do zmiany decyzji Prezesa Urzędu w części dotyczącej obowiązku zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego poprzez usunięcie zwrotu „w szczególności”, skutkującego nadmierną ogólnością nałożonego obowiązku regulacyjnego, oraz poprzez wykreślenie obowiązku zapewnienia wspólnego korzystania z budynków, skoro w braku odpowiedniej argumentacji nie ma podstaw do uznania tego obowiązku za adekwatny do rozwiązania stwierdzonych problemów na rynku zakańczania SMS. Tylko takie zmiany skarżonej w niniejszej sprawie decyzji Prezesa Urzędu znajdują uzasadnienie w zarzutach powoda, który – jak trafnie uznały Sądy obu instancji - nie wykazywał w toku postępowania odwoławczego inicjatywy dowodowej i argumentacyjnej zmierzającej do podważenia oceny proporcjonalności poszczególnych obowiązków zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego wymienionych w sentencji decyzji.

Sąd Najwyższy dodatkowo miał na względzie, że ewentualne uchylene decyzji Prezesa Urzędu z powodu braków jej uzasadnienia, bądź niedostatecznej precyzji sentencji w zakresie nakładanych obowiązków, uprawniałoby organ do wydania decyzji kończącej postępowanie pozbawionej takich wad (za okres uregulowany pierwotną decyzją SMP).

Sąd Najwyższy uznał także za zasadny zarzut naruszenia art. 40 Prawa telekomunikacyjnego. Argumentacja powoda opiera się na zastrzeżeniach co do projektu decyzji, zgłoszonych w toku postępowania konsolidacyjnego przez Komisję Europejską. Po dokonaniu notyfikacji projektu decyzji Prezes Urzędu w piśmie z 9 września 2010 r. wyjaśnił, w odpowiedzi na pytania Komisji Europejskiej z 6 września 2010 r., że w pkt 5.9 projektu decyzji przedstawił analizę cen, z której wynikało, że ukształtowanie stawki na poziomie 5 gr byłoby uzasadnione w świetle zidentyfikowanego problemu, jakim jest antykonkurencyjne zawyżanie przez operatorów stawek i ustalenie ich na poziomie znacznie wyższym aniżeli cena detaliczna wysyłanej wiadomości. W dalszej kolejności Prezes Urzędu wyjaśnił, że przy egzekwowaniu obowiązku nałożonego na podstawie art. 40 Prawa telekomunikacyjnego, z uwagi na ryzyko wystąpienia szeregu niekorzystnych zjawisk na rynku związanych ze wzmożonym ruchem w sieci oraz mając na

względnie obciążenie dla operatorów wynikające z obniżenia stawek, organ będzie posiłkował się przy weryfikacji kalkulacji opłat zorientowanych na koszty analizą tzw. średnich efektywnych cen detalicznych (k. 354 akt adm.). W decyzji z 24 września 2010 r., podjętej w trybie art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21, Komisja Europejska odniosła się do obowiązku kosztowego z art. 40 Prawa telekomunikacyjnego (k. 371 akt adm). Zwróciła uwagę, że z uzasadnienia projektu decyzji wynikało, iż Prezes Urzędu, nie proponując wprowadzenia maksymalnego pułapu cenowego, odwołuje się do takiego pułapu wynoszącego 5 gr/SMS i stwierdza, że byłby on „uzasadniony w świetle zidentyfikowanych problemów dotyczących konkurencji”. Ponadto, Prezes Urzędu uznał, że choć w jego ocenie koszt świadczenia usługi zakańczania SMS oscyluje wokół 1 gr, to ustalenie stawki na tak niskim poziomie byłoby nieodpowiednie, ponieważ obniżenie go do tego poziomu byłoby zbyt radykalne. Doprowadziło to Komisję Europejską do konkluzji, że środek proponowany przez Prezesa Urzędu jest wewnętrznie sprzeczny, skoro Prezes Urzędu rozważa wprowadzenie ceny zorientowanej kosztowo na poziomie 1 gr/SMS a jednocześnie stwierdza, że cena na poziomie 5 gr /SMS jest uzasadniona i odpowiednia. Dlatego Komisja Europejska wezwała Prezesa Urzędu do zastosowania bez zbędnej zwłoki odpowiedniego harmonogramu obniżania stawek w celu osiągnięcia cen zorientowanych kosztowo. Odnosząc się w uzasadnieniu decyzji do stanowiska Komisji Europejskiej, zajętego w toku postępowania konsolidacyjnego, Prezes Urzędu wyjaśnił, że odwołania do kwoty 5 gr/SMS wynikały z analizy cen detalicznych i służyły tylko wykazaniu, że bez nałożenia obowiązku kosztowego operatorzy tacy jak powód stosują zawyżoną stawkę z tytułu zakańczania SMS. W punkcie 5.9 uzasadnienia decyzji mowa o tym, że prawidłowa relacja między stawką za zakańczanie SMS a stawką detaliczną powinna być taka, by stawka hurtowa była niższa od stawki detalicznej. W dalszej kolejności Prezes Urzędu wyjaśnił, że ponieważ w latach 2005-2009 stawki detaliczne nie spadły poniżej poziomu 5 gr/SMS, to stawka w takiej wysokości odzwierciedla poziom najwyższej stawki hurtowej, która będzie niższa od stawki detalicznej, a jednocześnie będzie gwarantować operatorowi generowanie odpowiednich przychodów. Zdaniem Prezesa Urzędu stawka 5 gr/SMS jest zdecydowanie wyższa niż koszt świadczenia tej usługi, szacowany przez organ na

poziomie 1 gr/SMS. Usługa ta nie absorbuje dodatkowych elementów sieci po stronie operatora zakańczającego SMS w porównaniu z usługą połączeń głosowych i jest realizowana w oparciu o kanały sygnalizacji nr 7, służące do obsługi połączeń głosowych. Opierając się na powyższych ustaleniach Prezes Urzędu uznał, że ustalenie cen hurtowych za zakańczanie SMS powyżej 5 gr/SMS świadczy o zawyżaniu opłat hurtowych za tę usługę, gdyż jest ona świadczona powyżej stawki za większość usług detalicznych. Nie można przy tym wykluczyć, że po zbadaniu ponoszonych kosztów stawka ta powinna być ukształtowana na poziomie niższym niż 5 gr/SMS. W uzasadnieniu decyzji Prezes Urzędu wyjaśnił także, że z uwagi na zasadę rozliczeń „strona wysyłająca płaci” nie ma presji konkurencyjnej na obniżanie cen za zakańczanie SMS. Stąd potrzeba interwencji regulacyjnej. Jej celem jest zapobieganie zawyżaniu stawek za zakańczanie SMS oraz świadczenie tej usługi na zasadach rynkowych.

Uzasadniając w decyzji nałożenie obowiązku kosztowego Prezes Urzędu rozpoczął od odwołania się do art. 13 dyrektywy 2002/19, który to przepis umożliwia krajowemu organowi regulacyjnemu nakładanie obowiązków dotyczących regulacji cen i kalkulacji kosztów. Interwencja może być przy tym niewielka (obowiązek ustalania rozsądnych cen), bądź dalej idąca (obowiązek orientowania cen na koszty), by zapobiec zawyżaniu cen. Prezes Urzędu uznał za najbardziej adekwatne narzędzie regulacyjne obowiązek ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty. Nałożenie tego obowiązku powinno wpłynąć na ograniczenie problemu jakim jest zawyżanie stawek za zakańczanie SMS w sieciach ruchomych. W dalszej kolejności Prezes Urzędu argumentował, że w uzasadnieniu decyzji nie stwierdził, że stawka 5 gr/SMS pozwala na usunięcie stwierdzonych problemów rynkowych, lecz jedynie wyliczył średnią cenę detaliczną i na tej podstawie stwierdził, że stawka 5 gr/SMS jest stawką graniczną.

Uznając w powyższych okolicznościach zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 lit a) w związku z art. 40 Prawa telekomunikacyjnego za zasadny, Sąd Najwyższy miał na względzie, że uzasadnienie decyzji Prezesa Urzędu w zakresie obowiązku kosztowego można odczytać na różne sposoby. Jednakże w świetle wyjaśnień Prezesa Urzędu składanych w toku postępowania konsolidacyjnego niejasności te, w połączeniu z ustaleniami leżącymi u podstaw zaskarżonej decyzji, uprawniają

zdaniem Sądu Najwyższego założenie, zgodnie z którym do rozwiązania problemu stwierzonego w działaniu rynku (zawyżenie stawek za zakańczanie SMS) wystarczające było – na etapie regulacji rynku komunikacji elektronicznej dokonywanej decyzją wydaną w niniejszej sprawie – wprowadzenie pułapu cenowego na poziomie 5 gr/SMS. W zaskarżonej decyzji organ nałożył bowiem obowiązek regulacyjny, który nie jest adekwatny i proporcjonalny do rozwiązania zidentyfikowanych problemów rynkowych.

Sąd Najwyższy uznaje, że uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 lit a) w związku z art. 40 Prawa telekomunikacyjnego na etapie postępowania sądowego nie uzasadnia uchylecia zaskarżonej decyzji, lecz stosowną zmianę jej sentencji, w części dotyczącej obowiązku kosztowego. Obowiązek stosowania ceny maksymalnej za usługi przewidziany jest w prawie unijnym (art. 13 dyrektywy 2002/19), lecz nie został przewidziany wprost w Prawie telekomunikacyjnym. Dlatego Prezes Urzędu mógł nałożyć taki obowiązek pod warunkiem uprzedniego uzyskania zgody Komisji Europejskiej na podstawie art. 44 Prawa telekomunikacyjnego. Tymczasem prawo unijne wymaga zgody Komisji Europejskiej tylko na obowiązki nieprzewidziane wprost w dyrektywach telekomunikacyjnych. Skoro to dyrektywy unijne a nie prawo krajowe są źródłem kompetencji dla Komisji Europejskiej, Sąd Najwyższy przyjmuje, że przepis art. 44 Prawa telekomunikacyjnego adresowany jest tylko do Prezesa Urzędu, a nie sądu orzekającego w sprawie z odwołania od decyzji regulatora. Dlatego na etapie postępowania sądowego możliwa jest zmiana decyzji Prezesa Urzędu polegająca na zastąpieniu obowiązku kosztowego obowiązkiem świadczenia usługi po cenie maksymalnej, jeżeli taki obowiązek jest w ocenie sądu proporcjonalnym środkiem do sanowania stwierdzonych w toku postępowania wadliwości w funkcjonowaniu rynku objętego decyzją SMP. Zmiana taka odpowiada przy tym oczekiwaniom powoda (który podnosił, że proporcjonalnym rozwiązaniem było nałożenie takiego obowiązku cenowego) oraz ma oparcie w treści decyzji Komisji Europejskiej wydanej w ramach postępowania konsolidacyjnego. Zdaniem Sądu Najwyższego zastąpienie obowiązku kosztowego na etapie postępowania sądowego obowiązkiem cenowym na podstawie przepisów krajowych stosowanych w zbiegu z art. 13 dyrektywy 2002/19 nie jest przejawem stosowania dyrektywy na niekorzyść

jednostki, skoro prowadzi do nałożenia na powoda mniej restrykcyjnego obowiązku, niż przewidziany w zaskarżonej decyzji. Względy ekonomii procesowej przemawiają przeciwko uchyleniu decyzji Prezesa Urzędu ze względu na naruszenie art. 24 ust. 2 lit a) w związku z art. 40 Prawa telekomunikacyjnego, ponieważ orzeczenie kasacyjne Sądu drugiej instancji motywowane nałożeniem nieproporcjonalnego obowiązku kosztowego zamiast adekwatnego obowiązku cenowego, dla wprowadzenia którego organ powinien uzyskać zgodę Komisji Europejskiej, uprawniałoby Prezesa Urzędu do wydania, przy zachowaniu trybu z art. 44 Prawa telekomunikacyjnego, decyzji SMP o nowej sentencji i uzasadnieniu regulującej obowiązki powoda za okres objęty uchyloną decyzją SMP.

Zarzut naruszenia art. 6 k.c. nie mógł odnieść skutku, ponieważ przepis ten nie reguluje rozkładu ciężaru dowodu w sprawach regulacyjnych. Obowiązek przedstawienia w uzasadnieniu decyzji argumentacji dotyczącej proporcjonalności nakładanych obowiązków spoczywa na Prezesie Urzędu, ponieważ jest to jedna z przesłanek interwencji regulacyjnej. Nie jest to jednak fakt podlegający dowodzeniu. Przedsiębiorca telekomunikacyjny, który w odwołaniu od decyzji kontestuje nieproporcjonalność nałożonych obowiązków, w sytuacji gdy nie zgłaszał stosownych zastrzeżeń w toku postępowania administracyjnego, w szczególności zaś na etapie konsultacji, ma obowiązek przedstawić stosowną argumentację. W jej braku Sąd uprawniony jest do przyjęcia założenia, zgodnie z którym obowiązki przewidziane w decyzji, mimo wad jej uzasadnienia w zakresie ich proporcjonalności, są adekwatne do rozwiązania stwierdzonych problemów w funkcjonowaniu rynku. Oddalenie przez Sąd Apelacyjny zarzutu naruszenia art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. nie wynikało z nałożenia na powoda obowiązku dowodzenia nieproporcjonalności obowiązku zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, lecz było konsekwencją jego bierności argumentacyjnej. Wynikała ona z przyjętej strategii procesowej, ukierunkowanej na uchylenie decyzji Prezesa Urzędu w sytuacji, gdy do usunięcia zarzucanych w odwołaniu uchybień wystarczająca była zmiana decyzji. Sąd Najwyższy stwierdza, że rozstrzygnięcie Sądów obu instancji opierają się na rozumowaniu, zgodnie z którym powód nie wykazał (co najmniej argumentacyjnie), jak zmienione powinny być te obowiązki. Zgodnie z poglądami wyrażonymi w postanowieniu Sądu Najwyższego z 11 marca

2013 r., III SK 65/13 oraz wyroku Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 2015 r., III SK 7/14, w sytuacji gdy uwzględnienie odwołania poprzez uchylenie decyzji nie jest możliwe, a przedsiębiorca nie kontestuje proporcjonalności obowiązku przedstawiając stosowną argumentację i nie wskazuje alternatywnego ukształtowania obowiązków, Sąd może takie odwołanie oddalić, jeżeli doświadczenie regulacyjne nie prowadzi do stwierdzenia nieadekwatności sposobu ukształtowania obowiązku regulacyjnego.

Mając powyższe na względzie Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.