

Sygn. akt VI ACa 1587/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 stycznia 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Aldona Wapińska

Sędziowie: SA Irena Piotrowska

SO del. Tomasz Szanciło (spr.)

Protokolant: Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 13 stycznia 2017 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanego Krajowej Izby (...) w W.

o określenie warunków regulacyjnych

na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 31 lipca 2015 r., sygn. akt XVII AmT 70/13

I. zmienia zaskarżony wyrok częściowo, to jest w punkcie I (pierwszym) częściowo w ten tylko sposób, że zmienia zaskarżoną decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji i Elektronicznej z dnia 14 grudnia 2012 r., nr (...) częściowo w punkcie IV (czwartym) podpunkt 2 w ten sposób, że obowiązek publikacji w formie elektronicznej na stronie internetowej informacji, o których mowa w tym punkcie, zastępuje obowiązkiem udostępniania informacji na rzecz podmiotów, które są zainteresowane uzyskaniem dostępu do sieci w celu zakańczania połączeń;

II. oddala apelację w pozostałym zakresie;

III. zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz Krajowej Izby (...) w W. kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 1587/15

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 14.12.2012 r. (dalej: decyzja (...)) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes UKE, Prezes Urzędu), na podstawie art. 24 pkt 1 i pkt 2 lit. a, lit. b i lit. c w zw. z art. 21 oraz art. 22 ust. 1 i ust. 2, art. 34 ust. 1 i ust. 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i ust. 2, art. 40 ust. 1 oraz art. 44 ustawy z dnia 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1489 ze zm., dalej: Pt) oraz art. 104 § 1 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 Pt:

I. określił rynek właściwy, jako rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. w W. (dalej: (...));

II. ustalił, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej;

III. wyznaczył (...) jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...);

IV. utrzymał określone w decyzji nr (...) z dnia 29.09.2009 r. (dalej: decyzja (...)) następujące obowiązki regulacyjne:

1. obowiązek, o którym mowa w art. 36 Pt, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowaniu usług oraz udostępnianiu informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi;

2. obowiązek, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i ust. 2 Pt, polegający na ogłaszaniu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, przy czym:

- zakres informacji obejmuje wszystkie informacje dotyczące specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, niezbędne do przygotowania przez zainteresowanych operatorów wniosku w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego,

- publikacja wskazanych powyżej informacji nastąpi w formie elektronicznej na oficjalnej stronie internetowej (...);

V. zmienił określone w decyzji (...) następujące obowiązki regulacyjne:

1. obowiązek, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i ust. 2 Pt, nadając mu następujące brzmienie: obowiązek uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...), w szczególności poprzez:

- zapewnienie określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy, niezbędnych do zapewnienia dostępu do sieci,

- przyznawanie dostępu do interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług, w tym usług sieci wirtualnych,

- zapewnienie infrastruktury telekomunikacyjnej, kolokacji oraz innych form wspólnego korzystania z budynków,

- zapewnienie funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług, w tym świadczenia usług w sieciach inteligentnych,

- zapewnienie połączenia sieci lub urządzeń telekomunikacyjnych oraz udogodnień z nimi związanych,

- prowadzenie negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w dobrej wierze oraz utrzymanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego do określonych sieci telekomunikacyjnych, urządzeń lub udogodnień towarzyszących,

- uwzględnianie uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny poprzez interfejs systemu informatycznego,

2. obowiązek, o którym mowa w art. 40 ust. 1 Pt, polegający na ustaleniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty przez (...), poprzez jego uchylenie;

VI. nałożył, na podstawie art. 44 Pt, obowiązek polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w wysokości wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego a mianowicie:

- od dnia 1.01.2013 r do dnia 30.06.2013 r. na poziomie kwoty 0,0826 zł/min,

- od dnia 1.07.2013 r. – na poziomie 0,0429 zł/min.

Od powyższej decyzji odwołanie wniosła spółka (...), wnosząc o jej uchylenie w całości, względnie o zmianę zaskarżonej decyzji w części, tj. w punktach II – XI poprzez zastąpienie ich punktami II, III i IV i nadanie im brzmienia:

„II. Stwierdzam, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) występuje skuteczna konkurencja.

III. Załącznik nr I do niniejszej decyzji, zawierający dane stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa, stanowi integralną część niniejszej decyzji.

IV. Załącznik nr 2 do niniejszej decyzji zawierający komentarz Prezesa UKE do stanowisk zgłoszonych przez uczestników postępowania konsultacyjnego, jakie zostało przeprowadzone w dniach od 3 sierpnia 2012 r. do 3 września 2012 r., stanowi integralną część niniejszej decyzji.”,

ewentualnie o zmianę zaskarżonej decyzji w części, tj. w punktach IV – XI poprzez zastąpienie ich punktami IV – VIII i nadanie im brzmienia:

„IV. Nakładam następujące obowiązki regulacyjne:

1. obowiązek, o którym mowa w art. 36 Pt, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach;

2. obowiązek, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i 2 Pt, polegający na udostępnianiu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, przy czym:

- zakres informacji obejmuje wszystkie informacje dotyczące specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, niezbędne do przygotowania przez zainteresowanych operatorów wniosku w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego,

- udostępnianie wskazanych powyżej informacji nastąpi na wniosek uprawnionego podmiotu,

3. obowiązek, o którym mowa w art. 40 Pt, polegający na ustaleniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty przez (...),

4. obowiązek uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) w szczególności poprzez:

- zapewnienie określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy, niezbędnych do zapewnienia dostępu do sieci,
- przyznawanie dostępu do interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług, w tym usług sieci wirtualnych,
- zapewnienie infrastruktury telekomunikacyjnej, kolokacji oraz innych form wspólnego korzystania z budynków,
- zapewnienie funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług, w tym świadczenia usług w sieciach inteligentnych,
- zapewnienie połączenia sieci lub urządzeń telekomunikacyjnych oraz udogodnień z nimi związanych,
- prowadzenie negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w dobrej wierze oraz utrzymanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego do określonych sieci telekomunikacyjnych, urządzeń lub udogodnień towarzyszących,
- uwzględnianie uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny poprzez interfejs systemu informatycznego.

V. Decyzja niniejsza na podstawie art. 206 ust. 2aa w zw. z ust. 2 pkt 1 i 2 Pt podlega natychmiastowemu wykonaniu.

VI. Załącznik nr I do niniejszej decyzji, zawierający dane stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa, stanowi integralną część niniejszej decyzji.

VII. Załącznik nr 2 do niniejszej decyzji zawierający komentarz Prezesa UKE do stanowisk zgłoszonych przez uczestników postępowania konsultacyjnego, jakie zostało przeprowadzone w dniach od 3 sierpnia 2012 r. do 3 września 2012 r., stanowi integralną część niniejszej decyzji.”

ewentualnie o zmianę zaskarżonej decyzji w części, tj. w punkcie VI poprzez nadanie mu brzmienia: „nakładam, na podstawie art. 44 Pt, obowiązek polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w wysokości 0,0812 PLN/min”.

Zaskarżonej decyzji powód zarzucił naruszenie:

1) art. 44 Pt. oraz art. 8 ust 3 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7.03.2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (Dz.Urz. UE L 108, s. 7 ze zm., dalej: dyrektywa o dostępie) w zw. z art. 288 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: (...)) poprzez nałożenie na (...), bez zgody Komisji Europejskiej (dalej: KE, Komisja), obowiązku regulacyjnego stosowania opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w wysokości określonej we wskazanym przez Prezesa UKE harmonogramie i wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model kalkulacji kosztów;

2) art. 24 pkt 2 lit. a i art. 44 Pt oraz art. 13 ust. 1 i ust. 2 dyrektywy o dostępie, art. 16 i art. 17 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (dalej: KPP) w zw. z art. 22 i art. 64 ust. 1-3 Konstytucji RP poprzez nałożenie na (...) obowiązku nieproporcjonalnego i nieuzasadnionego, uniemożliwiającego mu prowadzenie rentownej działalności gospodarczej na rynku właściwym, w wyniku oparcia obowiązku regulacyjnego o stworzony przez pozwanego model, który nie pozwala operatorowi na odzyskanie wszystkich uzasadnionych kosztów świadczenia usługi zakańczania połączeń, nawet, jeżeli jest to operator efektywny (tzw. model (...)), w szczególności kosztów niezbędnych dla świadczenia tej usługi, ale wspólnych dla kilku usług, a także kosztów niezależnych od ruchu w sieci;

3) art. 15 pkt 1 w zw. z art. 15 pkt 2 w zw. z art. 18 Pt oraz art. 7 ust. 3 i 5 dyrektywy ramowej poprzez zaniechanie poddania ostatecznego kształtu zaskarżonej decyzji postępowaniu konsultacyjnemu oraz postępowaniu konsolidacyjnemu oraz niedopuszczalne ograniczenie przewidzianych w dyrektywie 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7.03.2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej

(Dz.Urz. UE L 108, s. 33, dalej: dyrektywa ramowa) kompetencji KE, Organu Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (dalej: (...)) oraz organów regulacyjnych innych państw członkowskich, a tym samym pominięcie przy wydawaniu zaskarżonej decyzji stanowiska (...) oraz organów regulacyjnych innych państw członkowskich, w sytuacji, gdy uzasadnienie zaskarżonej decyzji różniło się istotnie od uzasadnienia jej projektu, który był przedmiotem postępowania konsultacyjnego oraz został przesłany KE, a to odnośnie do następujących okoliczności:

- różnych, przyjętych w konsultowanym projekcie zaskarżonej decyzji oraz w samej zaskarżonej decyzji, wysokości wskaźnika (...) wyliczonych przez Prezesa UKE dla (...) S.A. w W. oraz dla (...), wykorzystanych następnie do wyznaczenia średniej arytmetycznej przyjętej, jako wskaźnik (...) dla operatora efektywnego stanowiący element zastosowanego przez Prezesa UKE modelu bottom-up,

- argumentacji Prezesa UKE uzasadniającej istnienie w sprawie szczególnego przypadku w rozumieniu art. 44 Pt;

4) art. 24 pkt 2 lit. b i c w zw. z art. 34 ust. 1 i 2, art. 36., art. 37 ust. 1 i ust. 2 i art. 40 ust. 1 Pt poprzez utrzymanie, względnie zmianę w zaskarżonej decyzji obowiązków regulacyjnych (...) wynikających ze sprzecznej z obowiązującym porządkiem prawnym decyzji (...), uchylonej (nieprawomocnym) wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) z dnia 2.10.2012 r. (sygn. akt XVII AmT 225/09);

5) art. 25a ust. 1 i 2 Pt poprzez przyjęcie, że (...) zajmuje znaczącą pozycję rynkową na regulowanym rynku, w szczególności, że samodzielnie posiada pozycję rynkową odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa Unii Europejskiej (dalej: UE) oraz naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 3 Pt poprzez ustalenie, iż na rynku tym nie występuje skuteczna konkurencja, pomimo występowania na rynku równoważającej siły nabywczej, wynikającej z wzajemnego świadczenia sobie usług zakańczania połączeń pomiędzy (...) a innymi operatorami ruchomych i stacjonarnych sieci telefonicznych;

6) art. 21 w zw. z art. 22 ust. 1 i 2 i art. 24 pkt 1 i 2 oraz art. 34 ust. 1 i 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i 2, art. 40 ust. 1 oraz art. 44 Pt poprzez wadliwe przeprowadzenie analizy rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...), w ramach której, w odniesieniu do cen na badanym rynku, uwzględniono rozstrzygnięcia wynikające z decyzji administracyjnych wydawanych w przeszłości przez Prezesa UKE w stosunku do (...), które to decyzje zostały uchylone prawomocnymi wyrokami sądów powszechnych, przy czym analiza ta stanowiła podstawę dla nałożenia, zmiany lub uchylecia w stosunku do (...) obowiązków regulacyjnych określonych w zaskarżonej decyzji;

7) art. 24 pkt 2 lit. a w zw. z art. 1 ust. 2 oraz art. 44 Pt. w zw. z art. 22 Konstytucji RP poprzez nałożenie na (...) obowiązku regulacyjnego w postaci obowiązku stosowania opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w wysokości określonej we wskazanym przez Prezesa UKE harmonogramie i wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model kalkulacji kosztów, pomimo że w niniejszej sprawie nie zachodzi szczególny przypadek w rozumieniu art. 44 Pt, uzasadniający nałożenie na (...) obowiązku innego niż wymienione w art. 34-40 i 42 Pt; zaskarżoną decyzją prezes UKE naruszył zasady adekwatności i proporcjonalności danego obowiązku w stosunku do problemów rynkowych, a w szczególności cele określone w art. 1 ust. 2 Pt., nie uzasadniały nałożenia, na (...) takiego obowiązku, tym bardziej nie doszło do zmian w otoczeniu rynkowym i regulacyjnym, które mogłyby stanowić uzasadnienie takiego działania Prezesa UKE;

8) art. 9 i 73 § 1 k.p.a. poprzez nieudostępnienie danych, w oparciu, o które wyliczona została stawka za zakończenia połączenia w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...);

9) art. 1 ust. 2 pkt 1 i 4 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. a Pt poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji ustalenie zaniżonych stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) oraz brak analizy szczegółowego zakresu uprawnień Prezesa UKE, w tym brak uwzględnienia okoliczności, że do obowiązków Prezesa UKE należy zapewnienie użytkownikom (...), osiągnięcia maksymalnych korzyści, w zakresie cen oraz różnorodności i jakości usług, zapobieganie zniekształcaniu

lub ograniczaniu konkurencji (na rynku telekomunikacyjnym), efektywne inwestowanie w dziedzinie infrastruktury oraz promocję technologii innowacyjnych;

10) art. 1 ust. 2 pkt 1 i 4 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. a Pt poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji ustalenie zaniżonych stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) oraz brak analizy szczegółowego zakresu uprawnień Prezesa UKE, w tym brak uwzględnienia okoliczności, że do obowiązków Prezesa UKE należy zapewnienie użytkownikom (...), osiągnięcia maksymalnych korzyści, w zakresie cen oraz różnorodności i jakości usług, zapobieganie zniekształcaniu lub ograniczaniu konkurencji (na rynku telekomunikacyjnym), efektywne inwestowanie w dziedzinie infrastruktury oraz promocję technologii innowacyjnych;

11) art. 16 ust. 1 dyrektywy ramowej poprzez niezapewnienie udziału Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) w przeprowadzeniu analizy rynku;

12) art. 18 Pt. oraz art. 7 ust. 3 dyrektywy ramowej poprzez zaniechanie przesłania projektu zaskarżonej decyzji wraz z uzasadnieniem organom regulacyjnym innych państw członkowskich oraz (...);

13) art. 24 pkt 2 lit. a w zw. z art. 1 ust. 2 oraz art. 44 Pt poprzez nałożenie na (...) obowiązku regulacyjnego w postaci obowiązku stosowania opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w wysokości określonej we wskazanym przez Prezesa UKE harmonogramie i wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model kalkulacji kosztów, bez określenia momentu, do którego obowiązywać mają stawki (...) mające wejść w życie w dniu 1.07.2013 r., co skutkować będzie stosowaniem tych stawek również w 2014 r. i latach późniejszych, pomimo że w zaskarżonej decyzji uwzględniono wyniki analizy tylko dla 2013 r.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany Prezes UKE wniósł o jego oddalenie i zasądzenie od powoda kosztów procesu. Natomiast zainteresowana Krajowa Izba (...) w W. (dalej: Izba, (...)) wniosła o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych

Wyrokiem z dnia 31.05.2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK), w sprawie XVII AmT 70/13, oddalił odwołanie i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że (...) (aktualnie, w wyniku przekształceń: (...) S.A. w W., dalej: (...)) od 1996 r. prowadzi działalność na rynku hurtowego i detalicznego zakańczania połączeń głosowych w ruchomej i stacjonarnej sieci telefonicznej (...). Udział powoda w liczbie użytkowników i przychodach z sieci telefonii ruchomej w Polsce, według stanu na dzień 31.12.2011 r., wynosił ok. 28%. Spółka jest operatorem samodzielnie działającym na rynku, który jest niezależny infrastrukturalnie od innych operatorów. W odniesieniu do powoda w wyniku przeprowadzenia analizy rynku zakańczania połączeń głosowych w sieci powoda Prezes UKE wydał decyzję (...), w której ustalił, że powód posiada znaczącą pozycję rynkową na tym rynku i nałożył określone obowiązki regulacyjne. Prezes UKE w stosunku do powoda wydawał także decyzję (...), w których na podstawie art. 40 ust 1 Pt, a następnie art. 43a Pt ustalał wysokość hurtowych opłat za zakańczanie połączeń głosowych w sieci powoda (stawek (...)) na poziomie od 0,40 zł/min, poprzez kolejno 0,3387 zł/min, 0,2162 zł/min, 0,1677 zł/min, aż do 0,1223 zł/min. Stawki te powód musiał stosować w jednakowej wysokości dla wszystkich operatorów telefonii ruchomej i stacjonarnej zakańczających w sieci (...) połączenia inicjowane w sieciach tych operatorów. Tożsame stawki (...), jak dla powoda, zostały ustalone w odniesieniu do pozostałych dwóch operatorów zasiedziały, tj. (...) i (...). Pozostali operatorzy działający na rynku (m.in (...), (...) i (...)) korzystali z wyższych preferencyjnych stawek (...), z uwagi na wprowadzoną na ich korzyść zasadę asymetrii stawek podyktowaną późniejszym wejściem na rynek telefonii.

Prezes UKE w toku postępowania poprzedzonego wydaniem zaskarżonej decyzji przeprowadził analizę rynku świadczenia usług zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...). Pismem z dnia 29.07.2012 r. zawiadomił powoda o wszczęciu postępowania w sprawie: określenia rynku właściwego, ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą,

w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą obowiązków regulacyjnych oraz utrzymania, zmiany albo uchylecia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku. W dniach 12.08.2011 r. – 16.09.2011 r. Prezes UKE prowadził postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu zaskarżonej decyzji. W wyznaczonym terminie stanowiska konsultacyjne przedłożył powód a także zainteresowany oraz Prezes UOKiK. Stanowiska konsultacyjne wraz z komentarzem zostały opublikowane na stronie internetowej pozwanego w dniu 30.09.2011 r. W dniu 4.10.2011 r. Prezes UKE notyfikował KE projekt decyzji, która w dniu 4.11.2011 r. przekazała pozwanemu uwagi do notyfikowanego projektu decyzji. (...) wydał opinię popierającą wątpliwości KE. W dniu 11.01.2012 r. odbyło się spotkanie Prezesa UKE z przedstawicielami KE oraz (...), które zakończyło się wydaniem wspólnego oświadczenia dotyczącego regulacji rynku zakańczania połączeń głosowych, które zostało opublikowane na stronie internetowej pozwanego. Pismem z dnia 12.01.2012 r. Prezes UKE wycofał notyfikowany projekt decyzji, a następnie zobowiązał powoda do przedłożenia dodatkowych danych do analizy rynku, które zostały przekazane pozwanemu w dniu 22.02.2012 r. Prezes UKE spotkał się z przedstawicielami operatorów telefonii komórkowej celem omówienia sytuacji na regulowanym rynku oraz przedstawienia harmonogramu dalszych działań regulacyjnych, a w dniach 3.08.2012 r. – 3.09.2012 r. przeprowadził postępowanie konsultacyjnego projektu zaskarżonej decyzji. Stanowiska konsultacyjne zostały złożone m.in. przez: powoda, (...), (...) i (...) S.A. w W.. Zawiadomieniem z dnia 8.08.2012 r. pozwany udostępnił powodowi stosowany przez Prezesa UKE model kalkulacji kosztów operatora efektywnego, oraz opis modelu kalkulacji kosztów według metodologii (...) i postanowieniem z tego samego dnia ograniczył prawo mu wglądu do stosowanego modelu kalkulacji kosztów operatora efektywnego w zakresie, w jakim zawiera w swej treści informacje, określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Pismem z dnia 10.08.2012 r. Prezes UKE poinformował powoda o włączeniu do postępowania administracyjnego dokumentów w tym piśmie wymienionych i postanowieniem z tego samego dnia ograniczył mu prawo wglądu do wymienionych pism w zakresie, w jakim zawierają w swej treści informacje, które spełniają przesłanki z ww. przepisu. Następnie w dniu 28.09.2012 r. notyfikował KE projekt decyzji, która w dniu 31.10.2012 r. przekazała pozwanemu uwagi do notyfikowanego projektu. W swojej Decyzji nr (...) finał [notyfikacja nr (...) KE stwierdziła w niej, że z zadowoleniem przyjmuje zobowiązanie Prezesa UKE do ustalenia regulowanych stawek za zakończenie połączenia w sieciach łączności ruchomej w oparciu wyłącznie o model (...), na poziomie 1,04 eurocenta za minutę (s. 5). Po rozważeniu stanowisk otrzymanych w ramach postępowania konsultacyjnego Prezes UKE przedłożył Prezesowi UOKiK projekt rozstrzygnięcia, a ten postanowieniem z dnia 23.11.2012 r. wydał opinię w tej sprawie, uznając prawidłowość określenia rynku właściwego, ustalenia istnienia przedsiębiorcy o pozycji znaczącej na analizowanym rynku, wyznaczenia (...) jako przedsiębiorcy zajmującego znaczącą pozycję na analizowanym rynku oraz stwierdzając prawidłowość proponowanych przez Prezesa UKE środków regulacyjnych.

Po wyczerpaniu trybu postępowania pozwany wydał decyzję będącą przedmiotem zaskarżenia w niniejszej sprawie.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił wniosku powoda o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego celem oceny, czy model wyliczeń stawki (...), zastosowany względem (...), pokrywa wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego działania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego oraz prawidłowości wyliczeń stawki (...) wprowadzonej przez Prezesa UKE, gdyż nie był on przydatny dla rozstrzygnięcia sprawy. Zasadnicze znaczenie miała tu treść Zalecenia KE z dnia 7.05.2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (2009/396/WE, Dz.Urz. UE L 124, s. 67, dalej: Zalecenie), które należy wziąć pod uwagę w celu zapewnienia spójnej praktyki regulacyjnej na obszarze UE, jak tego wymaga art. 8 ust 3 dyrektywy ramowej. Jako preferowane na obszarze UE środki kontroli cen w odniesieniu do hurtowych zakończeń połączeń wskazane zostały, które nie tyle gwarantują rekompensatę za rzeczywiście poniesione koszty, ale które mogą być rekompensowane na poziomie hipotetycznym, z odwołaniem się do ekonomiczno-inżynierskiego modelu operatora efektywnego (kalkulacja kosztów według metody (...)). Tak więc nawet rzeczywiste ponoszenie wyższych kosztów przez operatora nie musi być pokrywane przez opłatę za regulowane hurtowe zakańczanie połączeń. Koszty te, które opłata za zakańczanie połączeń rekompensuje, ograniczone są w założeniu do pokrycia tzw. kosztów przyrostowych, tj. kosztów tylko wydajnie

poniesionych, a więc tych, które nie byłyby ponoszone, gdyby usługa hurtowego zakańczania połączeń nie byłaby świadczona stronom trzecim (zaprzesztao by jej świadczenia). Zatem możliwymi do uniknięcia kosztami istotnymi dla hurtowego zakańczania połączeń są tylko te związane z natężeniem połączeń, przy czym i tak należy takie koszty przypisywać najpierw do innych usług (np. rozpoczynania połączeń, SMS, (...), szerokiego pasma itp.). Tylko wtedy koszty przypisane hurtowej usłudze zakańczania połączeń są równe tylko dodatkowym kosztom poniesionym w celu świadczenia tej usługi. Celem takiego podejścia regulacyjnego wspólnego dla całej UE jest wspieranie efektywności, zrównoważonej konkurencji oraz zmaksymalizowanie korzyści dla konsumenta w zakresie oferowanych cen i usług. Cel ten może być osiągnięty tylko poprzez obniżenie stawek za zakańczanie połączeń do poziomu kosztów efektywnego operatora. Tak więc zastosowany względem (...) model z założenia nie musi pokrywać wszystkich kosztów operatora, jeśli nie jest on operatorem efektywnym, w szczególności także stawka (...) nie musi uwzględniać kosztów niezbędnych dla prawidłowego działania operatora, skoro odnosi się tylko do kosztów związanych z zakańczaniem połączeń, a nie całkowitych kosztów operatora (nawet efektywnego).

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie jest niezasadne, a przyjęte w decyzji rozwiązania prawne znajdują uzasadnienie w przepisach prawnych i są adekwatne do zidentyfikowanych na rynku problemów. Wydana w trybie art. 24 Pt decyzja służy regulacji rynku ex ante, a jej celem jest zapobieżenie zagrożeniom dla rynku wynikającym z faktu posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej, a nie jest reakcją na występowanie problemów rynkowych. Dlatego z istoty rzeczy, w regulacji ex ante Prezes UKE nie dokonuje ustaleń faktycznych dotyczących występowania określonych niepożądanych dla rozwoju rynku zjawisk, lecz jedynie ustala, czy wystąpienie takich zjawisk jest możliwe w przyszłości, w oparciu o rozumowanie oparte na zasadach logiki i doświadczenia życiowego (domniemanie faktyczne). Prawidłowo ustalony przez pozwanego fakt posiadania przez powoda, będącego przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, znaczącej pozycji rynkowej oznacza, że posiadana pozycja ekonomiczna powoda uprawnia go do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów. Dlatego rynek zakańczania połączeń w sieci powoda wymagał regulacji, o jakiej mowa w art. 24 Pt i nałożenia na niego obowiązków regulacyjnych.

Zasadniczym przedmiotem sporu między stronami była ocena zasadności nałożonego na powoda obowiązku regulacyjnego polegającego na stosowaniu opłat za zakańczanie połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w wysokości wyliczonej w oparciu o stworzony przez pozwanego model operatora efektywnego. Stawka ta docelowo od dnia 1.07.2013 r. miała wynieść 0,0429 zł (stawka (...)).

Rozważając zarzut naruszenia art. 44 Pt, który stał się podstawą wydania zaskarżonej decyzji oraz art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie w zw. z art. 288 TFUE, w wyniku nałożenia na powoda obowiązku regulacyjnego bez zgody KE, gdyż nałożenie na operatora telekomunikacyjnego innego obowiązku niż określony w art. 9-13 dyrektywy o dostępie wymaga zastosowania specjalnej procedury opisanej w jej art. 8 ust. 3, tj. wydania przez KE decyzji po wcześniejszym uzyskaniu opinii Komitetu ds. Łączności w ramach procedury doradczej, a nadto w wyniku niemożności zastosowania kalkulacji kosztów według metody (...), który nie może być zastosowany w ramach art. 13 dyrektywy o dostępie, gdyż nie uwzględnia on kosztów wspólnych i ogólnych operatora oraz pomija koszty funkcjonowania operatora tzw. zasięg sieci radiowej, Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 44 Pt pozwany może, po uzyskaniu zgody KE w trybie art. 18 i art. 19 Pt, w drodze decyzji, nałożyć na operatorów o znaczącej pozycji rynkowej inne obowiązki w zakresie dostępu telekomunikacyjnego niż wymienione w art. 34-40 i 42 Pt. Z kolei art. 13 dyrektywy o dostępie mówi o uprawnieniach krajowych organów regulacyjnych, które mogą w świetle tego przepisu nałożyć na operatorów obowiązki związane ze zwrotem kosztów oraz kontrolą cen, w tym obowiązki związane z oparciem cen o koszty oraz z systemami księgowania kosztów. Implementację tego przepisu dotyczącego obowiązków kosztowych z pewnością stanowią w polskim prawie telekomunikacyjnym art. 39 i 40 Pt, regulujące: obowiązek kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego, obowiązek stosowania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora i obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty. Jednak w ocenie Sądu Okręgowego, art. 39 i 40 Pt nie transponują w pełni art. 13 dyrektywy o dostępie do polskiego porządku prawnego. Z literalnego brzmienia art. 13 dyrektywy wynika, że dotyczy on nie tylko obowiązków polegających na ścisłym powiązaniu cen z ponoszonymi kosztami (tak jak to zostało transponowane do

art. 39 i 40 Pt), ale także odnosi się on do obowiązków związanych z kontrolą cen bez odniesienia ich wprost do kosztów regulowanego operatora. W tym sensie możliwe jest więc także odniesienie owych kosztów do modelu operatora efektywnego (tak jak to się stało w zaskarżonej decyzji). Na prawidłowość tej interpretacji wskazują organy UE, tj. w szczególności KE, która w punkcie 1 Zalecenia wprost wskazała, że „podczas nakładania kontroli kosztów i obowiązków w zakresie księgowania kosztów zgodnie z art. 13 dyrektywy o dostępie na operatorów wyznaczonych przez krajowe organy regulacyjne ze względu na ich znaczącą pozycję rynkową na rynkach hurtowego zakańczania połączeń głosowych w poszczególnych publicznych sieciach telefonicznych w wyniku analizy rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 dyrektywy ramowej krajowe organy regulacyjne powinny ustanowić stawki za zakańczanie połączeń w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora. Oznacza to, że stawki te będą również symetryczne. W celu realizacji tego zadania krajowe organy regulacyjne powinny działać w sposób określony poniżej.”. Prawidłowe było więc stanowisko pozwanego, że także motyw 20 preambuły dyrektywy o dostępie: „Metoda zwrotu kosztów powinna być stosowna w zależności od okoliczności, zważywszy na potrzebę zapewnienia efektywnej i zrównoważonej konkurencji oraz zwiększenia korzyści dla konsumenta”, nie ogranicza możliwości ustalenia stawek za zakańczanie połączeń na podstawie art. 13 dyrektywy jedynie do ustalenia tych opłat wyłącznie w oparciu o ponoszone koszty, ale możliwym jest ustalanie opłat z uwzględnieniem takich przesłanek jak zapewnienie efektywnej i zrównoważonej konkurencji oraz zwiększenia korzyści dla konsumenta. Z dalszej części motywu preambuły wyraźnie wynika, że wspomniana dyrektywa nie zapewnia w każdych warunkach zwrotu wszystkich kosztów ponoszonych, ale tylko wówczas, gdy jest to niezbędne dla odzwierciedlenia bieżącej wartości aktywów i wydajności operacji. Analiza art. 13 dyrektywy nie może, wbrew twierdzeniom powoda, doprowadzić do odmiennej wykładni przepisów prawa krajowego i uznania, że na gruncie prawa polskiego brak jest podstawy prawnej do nałożenia obowiązku regulacyjnego sprecyzowanego w Zaleceniu, a wynikającego także z treści art. 13 dyrektywy, tj. ustalenia stawki za zakańczanie połączeń w oparciu o koszty efektywnego operatora.

Taką podstawę prawną w krajowym systemie prawa stanowić może tylko przepis art. 44 Pt. Taka interpretacja konieczna jest także z uwagi na obowiązek organów krajowych, w tym także sądów, dokonywania pro unijnej wykładni norm krajowych, tj. interpretacji ich w sposób możliwie najbardziej adekwatny i paralelny do realizacji celu, jakiemu miała służyć regulacja na poziomie europejskim. Tak więc prawidłowa wykładnia art. 44 Pt prowadzi do wniosku, że jakkolwiek stanowi on implementację art. 8 ust 3 zd. 2 dyrektywy dostępowej, a odnoszącego się do nakładania obowiązków regulacyjnych innych niż te przewidziane w art. 8-13 dyrektywy, to w krajowym porządku prawnym także stanowi (musi stanowić) podstawę do nakładania obowiązków kosztowych przewidzianych wprawdzie w art. 13 dyrektywy, ale które nie zostały w prawie krajowym uregulowane w żadnym innym przepisie, czyli ani w art. 39 Pt, ani w art. 40 Pt. Zatem nałożony na powoda obowiązek kosztowy, polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w wysokości określonej w harmonogramie, wyliczonej w oparciu o stworzony przez pozwanego model operatora efektywnego, jest obowiązkiem określonym w art. 13 dyrektywy o dostępie i mógł być nałożony na podstawie art. 44 Pt, skoro nie został zaimplementowany żadnym innym przepisem prawa krajowego. Skoro więc art. 44 Pt stanowi podstawę do nałożenia także obowiązku kosztowego innego niż wynikający z art. 39 i 40 Pt, a nałożony obowiązek kosztowy oparty o model operatora efektywnego mieści się w ramach obowiązków, dla których podstawę stanowi art. 13 dyrektywy o dostępie, to dla nałożenia takiego obowiązku na operatora nie jest wymagany szczególny tryb i nie zachodzi konieczność przeprowadzenia przez KE procedury doradczej, o jakiej mowa w art. 8 ust 3 zd. 2 dyrektywy o dostępie, z tej racji, że tryb ten ma zastosowanie tylko do obowiązków innych niż wynikające z art. 9-13 dyrektywy. Dlatego szczególnego przypadku, jaki ma być asumptem do wydania decyzji w trybie art. 44 Pt, nie należy zawsze utożsamiać z wyjątkowymi okolicznościami, o jakich mowa w art. 8 ust 3 zd. 2 dyrektywy o dostępie, gdyż te ostatnie odnoszą się do innych obowiązków niż uregulowane w art. 9-13 dyrektywy o dostępie. Z tej przyczyny należało uznać, że możliwym i dopuszczalnym było odwołanie się jako do szczególnego przypadku, jak to uczynił Prezes UKE, do celów, jakim ma służyć obowiązek w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, co w tym przypadku oznacza, że rekomendowany w UE model regulacji (...) ma zachęcić do podnoszenia wydajności i przyczynić się do rozwoju sieci w sposób jak najbardziej efektywny kosztowo dla operatora a tym samym zapewnić efektywną i zrównoważoną konkurencję oraz zwiększenie korzyści dla konsumenta, ale także ma zapewnić spójność wprowadzanej regulacji na poziomie całej UE. Skoro w toku postępowania administracyjnego, zakończonego wydaniem zaskarżonej decyzji, pozwany prawidłowo notyfikował jej projekt w ramach postępowania

konsolidacyjnego, o jakim mowa w art. 18 i 19 Pt, co także jest zgodne z treścią art. 44 Pt, to został zachowany właściwy tok postępowania, adekwatny do obowiązków wynikających z art. 13 dyrektywy o dostępie. W szczególności dla tego typu obowiązku nie był wymagany tryb szczególny, o jakim mowa w art. 8 ust 3 dyrektywy o dostępie, w szczególności także nie było konieczne uzyskanie zgody KE. Zgodzić się należy z zainteresowanym, że nawet ta szczególna procedura przewidziana w art. 8 ust 3 dyrektywy odnosi się nie do wydania przez KE aktu decyzji, jako formalnego sposobu rozstrzygnięcia, ale odnosi się do czynności wyrażenia zgody lub braku zgody na zastosowanie in-nego środka regulacyjnego.

Odnosnie do zarzutu powoda polegającego na nałożeniu na niego obowiązku nieproporcjonalnego i nieuzasadnionego, uniemożliwiającego mu prowadzenie rentownej działalności gospodarczej na rynku właściwym, a to poprzez oparcie obowiązku regulacyjnego o stworzony przez pozwanego model, który nie pozwala operatorowi na odzyskanie wszystkich uzasadnionych kosztów świadczenia usługi zakańczania połączeń, nawet, jeżeli jest to operator efektywny (tzw. model (...)), w szczególności kosztów niezbędnych dla świadczenia tej usługi, ale wspólnych dla kilku usług, a także kosztów niezależnych od ruchu w sieci, Sąd Okręgowy wskazał, że art. 13 dyrektywy o dostępie nie gwarantuje nałożenia tylko takich obowiązków kosztowych, które zawsze pozwolą na odzyskanie wszystkich kosztów świadczenia usługi zakańczania połączeń. Jednocześnie organ regulacyjny wykazał w szczegółowym uzasadnieniu, że zastosowany środek regulacyjny, wprowadzający stawki za zakańczanie połączeń w sieciach telefonii ruchomej na symetrycznym poziomie wyliczone w oparciu o metodologię (...), jest najodpowiedniejszy do zastosowania w ustalonej sytuacji rynkowej. Pozwany dokonał dogłębnej analizy problemów w rozwoju konkurencji na rynku zakańczania połączeń w sieci powoda. Nie jest prawdą, że nałożony w oparciu o art. 44 Pt obowiązek kosztowy nie jest powiązany ze zidentyfikowanymi na badanym rynku problemami, a jedyną przesłanką do jego zastosowania było Zalecenie w sprawie (...) i (...). Każdy obowiązek nałożony, utrzymany lub zmieniony przez krajowe organy regulacyjne musi być proporcjonalny w stosunku do problemu (stwierzonego lub potencjalnego), któremu ma zaradzić. Treść art. 7 ust. 2 dyrektywy ramowej wymusza na krajowych organach regulacyjnych precyzyjne przedstawienie uzasadnienia wyjaśniającego podstawy, na których opierają się poszczególne proponowane środki. Dlatego poza analizą rynku pozwalającą na ustalenie znaczącej pozycji rynkowej, krajowe organy regulacyjne powinny przedstawić w swej decyzji uzasadnienie proponowanych środków w świetle celów podanych w art. 8 dyrektywy ramowej, a także wyjaśnienie, dlaczego uważają proponowane środki zaradcze za proporcjonalne.

Sąd Okręgowy uznał, że przy nakładaniu powyższego obowiązku została zachowana zasada proporcjonalności wyrażona w art. 8 dyrektywy ramowej, której odpowiednikiem w krajowym porządku prawnym jest art. 24 pkt 2 Pt, która wymaga, by środki użyte do osiągnięcia określonego celu nie wykraczały poza to, co właściwe i niezbędne do osiągnięcia tego celu. Dla ustalenia, czy proponowany środek jest zgodny z zasadą proporcjonalności, działanie, które ma być podjęte, musi zmierzać do uzasadnionego celu, a zaangażowane do osiągnięcia celu środki muszą być zarówno niezbędne, jak i najmniej kłopotliwe, tzn. musi to być niezbędne minimum dla osiągnięcia celu czyli adekwatne. Prezes UKE zidentyfikował na rynku zakańczania połączeń w sieci (...) dwa problemy w rozwoju konkurencji: możliwość antykonkurencyjnego zawyżania stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) oraz możliwość utrudniania operatorom dostępu do sieci (...) (lub możliwość odmowy połączenia sieci). Oczywistym jest, że powód ma monopol na świadczenie usługi zakańczania połączeń głosowych w swojej ruchomej sieci, a inni operatorzy, bez względu na wielkość ich sieci lub na liczbę klientów, nie mają wpływu na stosowane przez powoda stawki za zakańczanie połączeń. Wynika to ze specyfiki usługi zakańczania połączeń zarówno w sieciach stacjonarnych jak i ruchomych, gdyż tylko operator, do którego sieci podłączeni są użytkownicy końcowi, może wykonać tę usługę – ma więc monopol. Biorąc też pod uwagę fakt, że obowiązujący w UE system pobierania opłat za połączenia opiera się na zasadzie „płaci sieć strony rozpoczynającej połączenie”, a stawkę opłaty ((...) lub (...)) ustalana jest przez operatora sieci, do której kierowane jest połączenie, to może to prowadzić do sytuacji, w której posiadający monopol operator sieci do której kierowane jest połączenie może mieć możliwość zawyżania stawek (...). Z kolei z osiąganych w ten sposób przychodów może finansować inne swoje usługi, np. detaliczne (tzw. subsydiowanie skośne), przy czym użytkownicy końcowi, do których wykonywane są połączenia, nie płacąc za tą usługę, nie mają wpływu na cenę zakańczania połączeń ustaloną przez operatora, z którym związani są kontraktem. Natomiast drugi problem utrudniania operatorom dostępu do sieci telefonicznej powoda lub możliwość odmowy połączenia sieci dotyczy wszystkich przedsiębiorców,

którzy zamierzają uzyskać dla swoich użytkowników końcowych dostęp do sieci telefonicznej. Utrudnianie dostępu do sieci może polegać także na kształtowaniu niekorzystnych warunków tego dostępu, a głównym motywem takiego działania operatora jest chęć eliminacji konkurencji, której pojawienie się stanowi realne zagrożenie dla dochodów osiąganych na rynku detalicznym. Wobec pojawiającej się konkurencji ze strony operatorów wirtualnej ruchomej sieci telefonicznej operatorów (...) takie niepożądane zachowania ze strony operatorów zasiedziały jak najbardziej realne.

Naturalnym i koniecznym rozwiązaniem obu zidentyfikowanych problemów jest – według Sądu Okręgowego – nałożenie na operatora obowiązków dotyczących dostępu i kosztowych, które ograniczą możliwości utrudniania realizacji dostępu, m.in. poprzez proponowanie w toku negocjacji niekorzystnych stawek (...). Rozwiązanie przyjęte w decyzji, w szczególności odnoszące się do obowiązku kosztowego ustalającego konkretne stawki (...), uniemożliwi swobodne, antykonkurencyjne pobieranie od innych operatorów stawek na zawyżonym poziomie oraz stworzy warunki dla wspierania równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych, a także zapewni użytkownikom maksymalne korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych. Zastosowany środek regulacyjny dotyczący kosztów jest bardziej adekwatny i proporcjonalny niż stosowany dotychczas obowiązek oparty na art. 40 Pt, a nadto będzie on środkiem zarówno użytecznym do osiągnięcia założonego celu, jak i pozwoli w bardziej skuteczny sposób osiągnąć założone cele. Realizując wspólne podejście regulacyjne na poziomie europejskim, pozwoli osiągnąć symetrię wynikającą z Zalecenia w sprawie (...) i (...) zarówno na rynku krajowym, jak i na europejskim. Dlatego prawidłowym było zastosowanie zaprezentowanego w Zaleceniu podejścia do ustalenia stawki za zakańczanie połączeń w oparciu o stworzony przez pozwanego model operatora efektywnego i wprowadzenie stawek symetrycznych. Stosowanie stawek symetrycznych stanowi dla operatorów naturalną motywację do podnoszenia wydajności, a to ma bezpośrednie przełożenie na obniżenie kosztów, a w dalszej perspektywie – na poprawienie jakości usług i obniżenie cen dla użytkowników końcowych. Brak tej symetrii może prowadzić do powstania zjawiska subsydiowania skrośnego, tj. sytuacji, gdy operator korzystający z wyższych stawek pokrywa z tego źródła nie tylko swoje wyższe koszty jednostkowe, ale również finansuje działalność detaliczną, co może promować operatorów nieefektywnych. Wprowadzenie symetrii stawek pozwala również uniknąć negatywnego zjawiska w postaci dyskryminacji cenowej dla połączeń do sieci operatorów korzystających z wyższych stawek. Obniżka stawek (...) do poziomu kosztów operatora efektywnego doprowadzi jednocześnie do zmniejszenia kosztów funkcjonowania wszystkich operatorów, gdyż w wyniku spadku opłat, jakie będą zmuszeni ponosić za zakańczanie połączeń, będą oni ponosić niższe koszty działalności, co powinno z kolei zrównoważyć obniżenie poziomu przychodów. Tym samym prawidłowe jest założenie pozwanego, że poziom osiąganych zysków powinien w skali całego rynku telefonii ruchomej pozostać na zbliżonym poziomie. W tym stanie rzeczy nie są także uzasadnione obawy powoda, że obniżka stawki (...) zahamuje możliwość inwestycji w rozwój infrastruktury, skoro z perspektywy kilku lat (od dnia 1.07.2013 r. do daty wyroku) stosowania tej stawki w oparciu o zaskarżoną decyzję, która była natychmiast wykonalna, powód nie tylko nie wstrzymał rozpoczętych inwestycji, ale nadal czyni inwestycje w nowoczesne technologie i to na znacznym poziomie (na co wskazywał zainteresowany). Wprowadzenie regulacji (...) w oparciu o model operatora efektywnego jest pochodną informacji uzyskanych od przedsiębiorców telekomunikacyjnych dotyczących zarówno kosztów tej działalności, jak i jej rozmiarów, chociaż stawka ustalona w oparciu o wynik modelu bottom-up abstrahuje od faktycznych kosztów ponoszonych przez danego operatora, czy też skali prowadzonej przez niego działalności. Dlatego ustalenie stawki (...) z odwołaniem się do kosztów operatora efektywnego prowadzić musi do podwyższenia efektywności operatorów mniej efektywnych, w celu zachowania przez nich udziałów w rynku na dotychczasowym poziomie. Model ten powinien się też przyczynić do rozwoju sieci w sposób jak najbardziej efektywny kosztowo dla operatora, gdyż opiera się ona na założeniu, że w konkurencyjnym otoczeniu rynkowym operatorzy konkurawaliby na podstawie bieżących kosztów i nie otrzymywaliby rekompensaty za wszelkie nieefektywności. Zastosowanie tego modelu, zgodnie z przewidywaniami regulatora rynku opartymi na dotychczasowych doświadczeniach związanych z obniżaniem stawek (...), powinno doprowadzić, co potwierdza także doświadczenie życiowe, w niedalekiej perspektywie do obniżenia cen detalicznych za korzystanie z usług głosowych w telefonii stacjonarnej i ruchomej. W konsekwencji nałożony w punkcie VI decyzji obowiązek jest adekwatny i proporcjonalny do stwierdzonych w toku analizy problemów rynkowych, zapewniając jednocześnie spójność wprowadzanej regulacji z tą stosowaną na poziomie całej UE, a wynikającą z podejścia rekomendowanego w

Zaleceniu, które chociaż nie jest wiążące prawnie, to jednak nie sposób przyjąć, jak to czyni powód, że nie ma w ogóle żadnego znaczenia. Sądy krajowe i organy administracji są zobowiązane brać je pod uwagę przy rozstrzyganiu sporów im przedstawionych, w szczególności w sytuacji, gdy zalecenie może posłużyć wyjaśnieniu przepisów krajowych, czy wspólnotowych. Powołane przez zainteresowanego orzecznictwo jednoznacznie dowodzi, że organy krajowe powinny uwzględniać zalecenia, gdy rzucają światło na interpretację przepisów krajowych lub gdy są przeznaczone do uzupełnienia przepisów wspólnotowych. Taki też użytek z Zalecenia uczyniły organy regulacyjne innych państw członkowskich, które nakładając obowiązki kosztowe na krajowych operatorów, oparły się na modelu efektywnego operatora zaproponowanym w Zaleceniu, co w konsekwencji doprowadziło do ustalenia w tych krajach stawki (...) na poziomie zbliżonym do tej ustalonej przez Prezesa UKE w niniejszej decyzji w oparciu o model operatora efektywnego. Próba podjęcia przez regulatorów innych działań regulacyjnych spotykała się z zastrzeżeniami KE, które prowadziły bądź do wycofania środka regulacyjnego (jak w przypadku Polski pierwszego projektu decyzji), bądź jego zmiany zgodnie z zastrzeżeniami KE (np. regulator holenderski).

Odnosząc się do zarzutu związanego z zaniechaniem poddania ostatecznego kształtu zaskarżonej decyzji postępowaniom konsultacyjnemu oraz konsolidacyjnemu oraz niedopuszczalne ograniczenie przewidzianych w dyrektywie ramowej kompetencji KE, (...) i organów regulacyjnych innych państw członkowskich, a tym samym pominięcie stanowiska (...) i organów regulacyjnych innych państw członkowskich, gdy uzasadnienie zaskarżonej decyzji różniło się istotnie od uzasadnienia jej projektu, który był przedmiotem postępowania konsultacyjnego oraz został przesłany KE, Sąd Okręgowy wskazał, że fakt zaistnienia różnic w ostatecznej decyzji w stosunku do jej projektu przedstawionego KE nie był kwestionowany przez pozwanego, jednak okoliczność ta nie może stanowić podstawy do uchylenia lub zmiany decyzji. Ponowne postępowanie konsultacyjne i konsolidacyjne jest niezbędne, gdy wydana decyzja w zasadniczym kształcie jest różna od tej, która była poddana postępowaniu konsolidacyjnemu, którego istotą jest umożliwienie określonym podmiotom zajęcia stanowiska wobec proponowanego rozstrzygnięcia. Skoro rozstrzygnięcie jest dokładnie takie samo, a różni się jedynie w zasadniczo mało istotnym aspekcie uzasadnienia, to oczekiwanie poddania takiej decyzji ponownej konsultacji wypaczałoby cel regulacji, jakim jest umożliwienie określonym podmiotom zajęcia stanowiska i prowadziłoby w gruncie rzeczy do przyznania im prawa do współdecydowania przy podjęciu decyzji przez Prezesa UKE. Jeśli więc w ostatecznej decyzji dokonane zostały zmiany w stosunku do jej projektu poddanemu postępowaniom konsultacyjnemu i konsolidacyjnemu, lecz te zmiany nie obejmowały treści rozstrzygnięcia, szczególnie w zakresie obowiązków regulacyjnych, to decyzja nie podlegała ponownej konsultacji i konsolidacji. Tym bardziej, że jak dowiódł pozwany, różnice w odniesieniu do wskaźnika (...) miały w istocie charakter korekty omyłki pisarskiej (w wypadku (...) była to zmiana kolejności cyferek, w wypadku (...) wpisanie liczby po przecinku takiej, jak we wskaźniku (...) dla operatora efektywnego), a różnice w zakresie przesłanek „szczególnego przypadku” wynikały jedynie z rozbudowania i rozwinięcia uzasadnienia przyczyn, jakimi kierował się pozwany przy wydawaniu decyzji. Zatem proponowany środek regulacyjny został prawidłowo poddany postępowaniu konsolidacyjnemu stosownie do art. 18 Pt i art. 7 ust 3 dyrektywy ramowej, a dokonana zmiana w treści uzasadnienia nie wymagała dokonania po-nownej notyfikacji.

Co do zarzutu powoda, że decyzja (...) została uchylona nieprawomocnym wyrokiem SOKiK, Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, iż zaskarżona decyzja odwołuje się do obowiązków nałożonych wcześniejszą decyzją z dnia 29.09.2009 r., niemniej sąd musi wziąć pod uwagę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy (art. 316 § 1 k.p.c.), a ta decyzja pozostaje w obrocie prawnym, gdyż wyrokiem w sprawie z dnia 5.03.2015 r. (III SK 31/14) Sąd Najwyższy uchylił zarówno wyrok SOKiK uchylający ta decyzję (XVII AmT 225/09), jak i utrzymujący go wyrok Sądu Apelacyjnego (VI ACa 68/13). Zatem zawarte w powołanej decyzji rozstrzygnięcia, również w zakresie obowiązków regulacyjnych, są nadal w pełni ważne i skuteczne. Podstawę do ukształtowania treści decyzji poprzez odwołanie się do wcześniejszych obowiązków regulacyjnych stanowi wprost art. 24 pkt 2 lit. b Pt. Skoro Prezes UKE utrzymywał wcześniej nałożone obowiązki regulacyjne, to taka formuła, jak przyjętą w zaskarżonej decyzji, była jedynie możliwą i dopuszczalną.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu, tj. przyjęcia, że (...) zajmuje znaczącą pozycję rynkową na regulowanym rynku, w szczególności, iż samodzielnie posiada pozycję rynkową odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa UE oraz ustalenia, iż na rynku tym nie występuje skuteczna konkurencja, Sąd Okręgowy powołał się na powyższe

rozważania dotyczące zagrożeń wynikających z naturalnego braku konkurencji na rynku zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powoda. Rynek ten stanowi przykład tzw. monopolu naturalnego, ze wszystkimi tego negatywnymi konsekwencjami i koniecznością przeciwdziałania im poprzez stosowanie środków regulacyjnych. Nie występuje tu taka równoważąca siła nabywca, która miałaby możliwości zmiany dostawcy usług na tym rynku, gdyż tylko powód może przyjmować połączenia w swojej sieci i tylko on tą sieć może udostępniać. Zbędne jest więc prowadzenia postępowania dowodowego, aby ustalić, czy możliwym jest wybudowania alternatywnej sieci, w której możliwe byłoby zakańczanie połączeń kierowanych do użytkowników końcowych powoda lub czy inny operator, chcąc umożliwić połączenie swojego użytkownika końcowego z użytkownikiem końcowym powoda, musi zakończyć to połączenie w sieci telekomunikacyjnej powoda, gdyż jest to fakt oczywisty, że nikt oprócz (...) nie zbuduje sieci, w której możliwym byłoby zakańczanie połączeń w sieci (...) i tak samo żaden operator nie umożliwi swoim klientom zakańczania połączeń w sieci (...) bez korzystania z sieci (...). Zatem klienci (...), chcący zakończyć połączenie w tej sieci, nie mogą nabyć tej usługi u konkurencyjnego dostawcy. O ile zarzuty powoda odnoszą się do nieprawidłowego zebrania materiału dowodowego przez pozwanego na etapie postępowania administracyjnego, to także nie mogą odnieść skutku, gdyż wniesienie do SOKiK odwołania od decyzji administracyjnej wszczyna dopiero cywilne, pierwszoinstancyjne postępowanie sądowe, w którym Sąd dokonuje własnych ustaleń, rozważając całokształt materiału dowodowego. SOKiK rozpatruje sprawę od nowa, co skutkuje brakiem skutecznego zarzucenia naruszenia przepisów postępowania administracyjnego. Bez znaczenia pozostawały twierdzenia powoda, że brak jest podstaw do nakładania na niego obowiązków regulacyjnych, gdyż dotychczas nie odmawiał on innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostępu i brak jest podstaw do przyjęcia, że będzie kształtował niekorzystne warunki dostępu. Pozycja monopolistyczna na rynku właściwym „ryнку świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...)” zawsze wiąże się z poważnym ryzykiem, że operator może nadużywać znaczącej pozycji rynkowej. Sam powód dobrowolnie nie dokonywał na przestrzeni ostatnich lat obniżki stawki (...), te ostatnie zawsze wynikały z decyzji regulacyjnych Prezesa UKE. To, że powód nie odmawiał dotychczas dostępu telekomunikacyjnego innym operatorom, nie stanowi wystarczającego uzasadnienia do odstąpienia od stosowania obowiązku dostępu, tym bardziej, że ciążył na nim obowiązek dostępu. Zatem nie można jednoznacznie uznać, że fakt ten był wynikiem prokonkurencyjnych zachowań rynkowych, a nie wynikał z istniejącego obowiązku regulacyjnego. Ponieważ charakter regulacji stosowanej przez pozwanego ma charakter ex ante, musi uwzględniać przyszłe potencjalne zagrożenia i ryzyka, a nie stanowi odpowiedzi na stwierdzone uprzednio nieprawidłowości w postępowaniu operatora, polegające w szczególności na nadużywaniu pozycji na rynku i ma na celu kreowanie bodźców, które imitowałyby konkurencję na tych obszarach, na których reguły rynkowe nie mają szans zaistnieć. Prawidłowe jest stosowanie określonych w decyzji obowiązków, aby wyeliminować ryzyko takich zachowań ze strony powoda, szczególnie wobec operatorów posiadających mniejsze udziały w rynku detalicznym, jak też wobec operatorów dopiero wchodzących na rynek. Tę argumentację wspiera także stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 8.06.2011 r. (III SK 51/10).

W zakresie zarzutu dotyczącego wadliwego przeprowadzenia analizy rynku, w ramach której, w odniesieniu do cen na badanym rynku, uwzględniono rozstrzygnięcia wynikające z decyzji administracyjnych wydawanych w przeszłości przez Prezesa UKE w stosunku do (...), które to decyzje zostały uchylone prawomocnymi wyrokami sądów powszechnych, Sąd Okręgowy nie znalazł argumentów, które pozwalałyby przyjąć, że przy zdiagnozowanych problemach konkurencyjnych zastosowane środki nie były konieczne lub by były nadmierne. W szczególności utrzymanie obowiązku z art. 36 Pt dotyczącego oferowania usług na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunku z podmiotami zależnymi nie oznacza, że pozwany „w istocie reguluje ceny detaliczne za połączenia on-net”. Obowiązek nałożony w decyzji wiernie odwzorowuje obowiązek wykreowany w powołanym przepisie, a jego sens zmierza do oferowania przez powoda takich warunków hurtowych, które umożliwią stworzenie konkurencyjnej oferty detalicznej w zakresie możliwości kierowania połączeń do abonentów (...). Jak słusznie wskazał zainteresowany, chodzi o zapobieżenie takiej sytuacji, gdy powód będący monopolistą na rynku zakańczania połączeń we własnej sieci oferowałby własnym abonentom takie warunki cenowe, że pozostali operatorzy, przy uwzględnieniu kosztów zakończenia połączenia w sieci (...), nie mogliby stworzyć konkurencyjnej oferty. Oznacza

to, że regulacja nie jest ani nadmierna, ani też nie zmierza do „regulowania cen detalicznych za połączenia w ramach własnej sieci (...).

W zakresie obowiązku określonego w oparciu o art. 37 Pt i upatrywania przez powoda nieproporcjonalności obowiązku w konieczności ogłaszania specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych oraz charakterystyki sieci, które to dane, z uwagi na ich wartość, winny być objęte trybem udostępniania, a nie ogłaszania, Sąd Okręgowy podniósł, że źródłem nałożonego obowiązku jest art. 37 Pt, który, podobnie jak przepis art. 9 dyrektywy o dostępie, przewiduje możliwość nałożenia na przedsiębiorstwo o znaczącej pozycji rynkowej obowiązków dotyczących udostępniania informacji na życzenie lub jej publikowania. Są to obowiązki dotyczące przejrzystości i mają urzeczywistnić realizację obowiązku zapewnienia niedyskryminacyjnego dostępu do sieci, gdyż zakres informacji obejmuje wszystkie informacje dotyczące specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, niezbędne do przygotowania przez zainteresowanych operatorów wniosku w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego. Jak przyjmuje się w doktrynie, dostęp do informacji ułatwia prowadzenie negocjacji, sprzyja unikaniu sporów i daje możliwość wyprzedzającej oceny warunków, na jakich można korzystać z usług dostępowych. Trudno się w tej sytuacji zgodzić z powodem, że obowiązek prowadzi do zbyt szerokiego ujawnienia informacji o sieci (...), skoro informacje te są udostępniane tylko w zakresie niezbędnym do wystąpienia z wnioskiem o zapewnienie dostępu i służą realizacji innych obowiązków, tj. zapewnienia dostępu do sieci i zakazu dyskryminacji. Obowiązek nałożony na powoda, dotyczący konieczności „publikacji” danych na stronie internetowej, stawia na pełniejszą przejrzystość niż alternatywnie możliwe rozwiązanie polegające tylko na „udostępnianiu” tych informacji na wniosek uprawnionego. Nie świadczy to o nieproporcjonalności obowiązku, gdyż powód nie wykazał, aby dane, które ma obowiązek publikować, są danymi wrażliwymi, których ujawnienie do publicznej wiadomości zagraża bezpieczeństwu sieci powoda. Gdyby istotnie dane niezbędnych do złożenia wniosku o dostęp telekomunikacyjny były tak wrażliwe, jak wskazuje powód, to postanowienie art. 9 dyrektywy o dostępie i przepisy krajowe będące implementacją tego przepisu byłyby przepisami martwymi. Nadto powód z mocy prawa ma obowiązek udostępniać bardziej szczegółowe informacje zawarte w umowach o połączeniu sieci, gdyż zgodnie z art. 33 ust. 2 Pt treść umów o dostępie telekomunikacyjnym, w których zawarte są także kwestie techniczne, jest powszechnie dostępna. Publikacja warunków jest na rynku telekomunikacyjnym standardem i takie same obowiązki zostały nałożone na wszystkich przedsiębiorców mających pozycję (...) na różnych rynkach telekomunikacyjnych. Gdyby więc doszło do zmiany tego obowiązku w stosunku tylko do jednego z operatorów telekomunikacyjny, to spowodowałoby to niezasadny dysonans na rynku i w sposób niepożądany stawiałoby powoda w lepszej pozycji niż pozostałych przedsiębiorców, a także stwarzałoby zbędną barierę dla podmiotów chcących uzyskać dostęp telekomunikacyjny do sieci powoda, większą niż u konkurentów powoda na rynku. Dlatego o zmianie takiego rozwiązania, dotyczącego obowiązku przejrzystości, winien rozstrzygnąć krajowy organ regulacyjny i ewentualnie przy kolejnym badaniu rynku rozważyć zmianę podejścia regulacyjnego do tego zagadnienia w odniesieniu do wszystkich operatorów działających na rynku.

Jeśli chodzi o zarzut dotyczący nałożenia na (...) obowiązku regulacyjnego w postaci obowiązku stosowania opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w wysokości określonej we wskazanym przez Prezesa UKE harmonogramie i wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model kalkulacji kosztów, pomimo że w niniejszej sprawie nie zachodzi szczególny przypadek w rozumieniu art. 44 Pt, co narusza zasadę adekwatności i proporcjonalności danego obowiązku w stosunku do problemów rynkowych, a w szczególności cele określone w art. 1 ust. 2 Pt., tym bardziej nie doszło do zmian w otoczeniu rynkowym i regulacyjnym, które mogłyby stanowić uzasadnienie takiego działania Prezesa UKE, Sąd Okręgowy podkreślił, że art. 44 Pt nie zawsze służy nałożeniu obowiązków nadzwyczajnych innych niż wymienione w art. 9-13 dyrektywy o dostępie i art. 39 i 40 Pt. Zatem wymóg zaistnienia szczególnego przypadku, jaki jest stawiany jedynie dla nałożenia innych obowiązków niż te z art. 9-13 dyrektywy o dostępie, nie może być utożsamiany z wyjątkowymi okolicznościami, o jakich mowa w art. 8 ust 3 dyrektywy. Niemniej możliwe jest przyjęcie, że ustawodawca krajowy także dla innych niż zdefiniowane w prawie telekomunikacyjnym obowiązków stawia wymóg „szczególności przypadku”. Brak jest w ustawie zamkniętego katalogu przesłanek, kiedy takie obowiązki mogą być nałożone, pozostawia organowi regulacyjnemu dużą swobodę regulacyjną i stwarza możliwość elastycznego stosowania regulacji prawnej. „Szczególne okoliczności” determinuje

analiza przez Prezesa UKE celów, jakim ma służyć inny obowiązek w zakresie dostępu telekomunikacyjnego. Dlatego prawidłowe było uznanie przez pozwanego, że zmiany, jakie zaszły w otoczeniu regulacyjnym w UE, tj. zmiana podejścia regulacyjnego w zakresie (...) w państwach członkowskich, związana z wydaniem Zalecenia w sprawie (...) i (...), stanowi taki szczególny przypadek, który uzasadnia nałożenie innego obowiązku kosztowego. Zalecenie to jasno określiło rekomendowany model regulacji (...) w UE, który powinny stosować organy regulacyjne państw członkowskich, w tym także Prezes UKE. Skoro więc przeprowadzona przez niego analiza rynków właściwych zakańczania połączeń głosowych w sieciach operatorów telefonii ruchomej wykazała, że istnieje potrzeba nałożenie obowiązków regulacyjnych dotyczących kontroli kosztów, to oczywistym było, że obowiązki kosztowe powinny uwzględniać Zalecenie, a więc przepisy krajowe, dotyczące wprost obowiązków kosztowych, tj. art. 39 i 40 Pt, nie odpowiadały stwierdzonym potrzebom rynku oraz nie były adekwatne i proporcjonalne do stwierdzonych problemów rynkowych w nowym, zmienionym podejściu regulacyjnym na poziomie europejskim, to konieczne stało się oparcie obowiązku kosztowego odwołującego się do modelu operatora efektywnego na art. 44 Pt. Szczególne okoliczności nie muszą odnosić się do tych, jakie stanowią podstawę do nałożenia obowiązków regulacyjnych w oparciu o art. 34, 36, 37, 38, 39, 40 i 42 Pt., gdyż art. 44 Pt nie odwołuje się – w przeciwieństwie do powołanych przepisów – do przesłanek regulacji, o których mowa w art. 24 pkt 2 lit. a Pt. Daje to organowi regulacyjnemu znacznie szerszą władzę w zakresie nakładania obowiązków regulacyjnych, pozostawiając mu pewną wolność w definiowaniu „szczęólnego przypadku”, co oznacza, że nie tylko zdefiniowane problemy rynkowe i warunki występujące na danym rynku, ale także zmiana otoczenia regulacyjnego może być w ten sposób traktowana. Ponieważ z Zalecenia jasno wynika, że wprowadzenie modelu efektywnego operatora w odniesieniu do obowiązku kosztowego stanowi jedno z nadrzędnych zadań dla organów regulacyjnych celem usunięcia zakłóceń konkurencji występujących na rynku zakończeń połączeń, zapewnienia rozwoju rynku wewnętrznego oraz maksymalizacji korzyści dla obywateli UE, to konieczne stało się zastosowanie obowiązku kosztowego opartego o ten model. Tym bardziej, że wdrożenie takich samych narzędzi regulacyjnych na wszystkich rynkach krajowych ma zapewnić harmonizację w podejmowanych działaniach regulacyjnych na obszarze UE i doprowadzić do symetrii stawek, co z kolei zapewni możliwość zrównoważonej konkurencji na obszarze UE. Bez znaczenia jest przy tym, że podstawę zmiany otoczenia regulacyjnego stanowiło Zalecenie, którego charakter prawny jest niewiążący. Skoro organ stojący na straży zapewnienia harmonizowania dyrektywy, a więc KE wydaje zalecenia i oponuje w trybie postępowania konsolidacyjnego przeciwko przyjmowaniu przez krajowe organy regulacyjne odmiennych reguł dotyczących obowiązków kosztowych niż te wynikające z Zalecenia, to konieczne jest uznanie, że nastąpiła zmiana otoczenia regulacyjnego, która pozwala uznać, iż w sprawie występuje szczególny przypadek uzasadniający zastosowanie art. 44 Pt. Fakt niezbędności zastosowania podejścia kosztowego, odwołującego się do modelu operatora efektywnego, był niezbędny dla realizowania celu spójnego regulowania rynków zakańczania połączeń oraz wspierania konkurencji poprzez zapewnienie, aby wszyscy użytkownicy czerpali maksymalne korzyści, jeśli chodzi o różnorodność, ceny i jakość usług (art. 8 ust. 2 i 3 dyrektywy ramowej). Dotychczasowe podejście regulacyjne, mimo że doprowadziło do stosunkowo znacznego obniżenia kosztów detalicznych na przestrzeni kilku lat, to jednak stawki tych opłat pozostawały na dość wysokim, nadmiernym poziomie, co stanowi główny problem w zakresie konkurencji. Dla zapewnienia właśnie maksymalnych korzyści użytkownikom końcowym konieczne więc stało się nałożenie obowiązku kosztowego, odwołującego się do wzorca operatora efektywnego. Przy tylko takim podejściu regulacyjnym, stosowanym docelowo na całym obszarze UE, zostanie zapewniona możliwość zrównoważonej i pełnoprawnej konkurencji na obszarze UE, gdyż tylko wtedy wysokość stawek za zakańczanie połączeń w ruchomej sieci telefonicznej będzie na podobnym poziomie. Świadczy to niewątpliwie, że tylko tożsamy, zgodny z Zaleceniem, sposób regulacji rynku zakańczania połączeń jest nieodzowny do osiągnięcia zasadniczych celów regulacji rynku telekomunikacyjnego, a środek zastosowany przez Prezesa UKE był w tych okolicznościach niezbędny.

Jeśli chodzi o zarzut dotyczący nieudostępnienia danych, w oparciu o które została wyliczona stawka za zakończenia połączenia, Sąd Okręgowy wskazał, że powodowi nie zostały udostępnione przez pozwanego dane pochodzące od pozostałych operatorów, które stanowiły podstawę wyliczenia stawki (...), co wynikało z faktu, iż przedsiębiorcy telekomunikacyjni przekazujący dane, które miały „zasilić” stworzony przez Prezesa UKE model obliczeniowy, wskazywali w trybie art. 9 Pt, że przekazywane dane stanowią tajemnice ich przedsiębiorstw. Podobnego zastrzeżenia dokonał powód, przekazując swoje dane regulatorowi. Konsekwencją takiego stanowiska operatorów i podzielenia

pozwanego poglądu, że dane te stanowią tajemnicę przedsiębiorstw, było dokonane na podstawie art. 207 ust. 1 Pt ograniczenie stronom możliwości wglądu do materiału dowodowego w zakresie tajemnic przedsiębiorstw innych podmiotów. Takie działanie Prezesa UKE ograniczyło się do koniecznego zabezpieczenia tajemnicy przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a organ w żaden sposób nie ograniczył wglądu do danych innych niż oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wobec tego, że wskazane dane zasilily model „hipotetycznego” operatora, to tak zasilony model także nie mógł być przekazany powodowi, bo zawierał chronione tajemnice przedsiębiorstw, skoro zawarte w modelu wyniki poszczególnych kalkulacji były rezultatem wykorzystania danych przekazanych przez operatorów. Znajomość rezultatów poszczególnych wyliczeń, a następnie ich odpowiednie przetworzenie przy wykorzystaniu wiedzy i danych własnych posiadanych przez operatora, mogłaby doprowadzić do poznania przez niego danych wsadowych, które stanowią tajemnice przedsiębiorstw innych operatorów, którzy przekazali dane Prezesowi UKE. Zatem Sąd Okręgowy uznał, że pozwany nie mógł przedstawić powodowi żądanych danych, ale nie pozbawiło to powoda prawa do obrony, gdyż miał on dostęp do wzorcowego modelu (formularza modelu załącznik nr 3 do decyzji) i opisu modelu kalkulacji kosztów według metodologii (...) (załącznik nr 2 do decyzji). Nadto konstrukcję i założenia modelu bottom-up pozwany prezentował operatorom telefonii komórkowej na zorganizowanych dla nich warsztatach oraz indywidualnych spotkaniach, podczas których mieli oni okazję nie tylko przedstawić swoje uwagi do budowy modelu, ale także otrzymać szczegółowe wyjaśnienia na temat sposobu kalkulacji (...). Wobec tego działania Prezesa UKE, ograniczające powodowi prawo wglądu do określonych danych wrażliwych, należy uznać za niezbędne minimum, mieszczące się w granicach prawa. Natomiast jeśli ten zarzut interpretować jako zarzut naruszenia przepisów postępowania administracyjnego w postępowaniu przed Prezesem UKE, to jest on nieskuteczny także z tego powodu, że celem postępowania sądowego nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa UKE. Ewentualne uchybienia popełnione w postępowaniu przed organem administracyjnym nie są przedmiotem postępowania sądowego, gdyż SOKiK na nowo rozpoznaje sprawę, co skutkuje brakiem możliwości uchylenia decyzji zaskarżonej do tego Sądu z uwagi na naruszenie przepisów postępowania administracyjnego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego ustalenia zaniżonych stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) i braku analizy szczegółowego zakresu uprawnień pozwanego, w tym braku uwzględnienia okoliczności, że do jego obowiązków należy zapewnienie użytkownikom osiągania maksymalnych korzyści, zapobieganie zniekształcaniu lub ograniczaniu konkurencji (na rynku telekomunikacyjnym), efektywne inwestowanie w dziedzinie infrastruktury oraz promocja technologii innowacyjnych, Sąd Okręgowy powołał się w zakresie odzyskiwania poniesionych kosztów przy stosowaniu metodologii (...) na argumentację w części odnoszącej się do oddalenia wniosku dowodowego powoda. Nadto wskazał, że środki regulacyjne zastosowane w decyzji uwzględniają wszystkie cele wymienione w art. 189 ust. 2 Pt i godzą ze sobą interes użytkowników końcowych i operatorów. Obniżka (...), jak na to wskazuje dotychczasowe doświadczenie związane z wcześniejszymi decyzjami regulacyjnymi obniżającymi te stawki, stwarza dla użytkowników końcowych perspektywę obniżki cen detalicznych a w konsekwencji wzrost zużycia oferowanych głównych kategorii usług telekomunikacyjnych (wzrost średnich rocznych wolumenów długości połączeń głosowych, wysyłanych SMS-ów, transmisji danych), co jest oczywistym zyskiem operatora. Interes operatora jest uwzględniony także w korelacji obniżki jego stawki (...) ze stawkami pozostałych operatorów działających na rynku, wobec których Prezes UKE zastosował symetryczną stawkę (...), jaką obciążył powoda. Nie może więc dojść do drastycznego pogorszenia sytuacji finansowej powoda z racji obciążenie obowiązkiem z punktu VI, gdyż analogiczny obowiązek pozostałych operatorów telekomunikacyjnych na polskim rynku skutkuje nie tylko tym, iż powód będzie miał niższe wpływy za ruch zakańczany w swojej sieci, ale równocześnie będzie ponosić mniejsze opłaty za ruch telekomunikacyjny generowany przez swoich klientów zakańczany w sieci innych operatorów.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niezapewnienia udziału Prezesa UOKiK w przeprowadzeniu analizy rynku, Sąd Okręgowy, powołując się na art. 16 dyrektywy ramowej, podkreślił, że to Prezesowi UKE pozostawiona jest ocena potrzeby przeprowadzenia analizy we współpracy z Prezesem UOKiK. Natomiast art. 25c pkt 1 Pt wymaga od pozwanego, aby przed wy-daniem rozstrzygnięcia na podstawie art. 23 ust. 1 albo art. 24 zasięgnął opinii Prezesa UOKiK, wydanej w formie postanowienia, co miało miejsce w niniejszej sprawie. Tym samym pozwany nie uchybił przepisom postępowania dotyczącego udziału Prezesa UOKiK w przeprowadzaniu analizy rynku. Poza tym

w tym przypadku analiza rynku zakańczania połączeń głosowych w sieci telefonii ruchomej powoda mogła być przeprowadzona w całości przez Prezesa UKE, skoro głos UOKiK – w świetle Wytycznych KE w sprawie analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej zgodnie z ramami regulacyjnymi UE dotyczącymi sieci i usług łączności elektronicznej – nie musiał mieć decydującego znaczenia. W punkcie 135 wskazano, że art. 16 ust. 1 dyrektywy ramowej wymaga od krajowych organów regulacyjnych włączenia krajowych organów ds. konkurencji do analiz rynku, tam gdzie jest to właściwe. Państwa członkowskie powinny wypracować konieczne procedury dla zagwarantowania, że analizy przeprowadzane zgodnie z art. 16 dyrektywy ramowej są przeprowadzane skutecznie. Ponieważ krajowe organy regulacyjne przeprowadzają swoje analizy rynku zgodnie z metodologiami prawa konkurencji, punkt widzenia krajowych organów ds. konkurencji w zakresie oceny konkurencji jest bardzo istotny. Współpraca pomiędzy krajowymi organami regulacyjnymi i krajowymi organami ds. konkurencji jest bardzo ważna, ale to krajowe organy regulacyjne pozostają prawnie odpowiedzialne za przeprowadzenie analizy. Tam gdzie zgodnie z prawem krajowym zadania przedstawione w art. 16 dyrektywy ramowej są realizowane przez dwa lub więcej organów regulacyjnych, Państwa Członkowskie powinny zapewnić jasny podział zadań i ustanowić procedury konsultacji i współpracy pomiędzy regulatorami dla zapewnienia spójnej analizy właściwych rynków.

Także zarzut dotyczący zaniechania przesłania projektu zaskarżonej decyzji wraz z uzasadnieniem organom regulacyjnym innych państw członkowskich oraz (...) Sąd Okręgowy uznał za niezasadny. W art. 18 Pt i art. 7 ust. 3 dyrektywy ramowej nie określono w jakiej formie ma nastąpić udostępnienie projektów rozstrzygnięć i środków innym krajowym organom regulacyjnym. Natomiast w świetle punktu 3 Zaleceń KE z dnia 15.10.2008 r. w sprawie notyfikacji, terminów i konsultacji przewidzianych w art. 7 dyrektywy ramowej, na stronie internetowej Komisji są publikowane ogłoszenia, które są przesyłane także drogą elektroniczną wszystkim krajowym organom regulacyjnym, a które dotyczą daty rejestracji notyfikacji, jej przedmiotu oraz otrzymanej dokumentacji uzupełniającej. W ocenie Sądu Okręgowego wystarczające jest skorzystanie z tej drogi notyfikacji dla wypełnienia omawianego obowiązku. Wobec tego, że KE potwierdziła zarejestrowanie notyfikacji w dniu 2.10.2012 r. pod nr (...), należy przyjąć, że poinformowała o tym wszystkie krajowe organa regulacyjne, a to z kolei zadośćuczyniło obowiązkowi notyfikacji projektu decyzji tym organom. Czyni to również zadość wymogom prawa krajowego, gdyż art. 18 Pt nie wymagał, aby Prezes UKE przekazywał projekt rozstrzygnięcia osobno KE i (...) oraz pozostałym krajowym organom regulacyjnym. Również przywoływany przez powoda art. 7 dyrektywy ramowej nie pozwala przyjąć poglądu powoda na sposób dokonywania notyfikacji. Tylko o ile zalecenia lub wytyczne przyjęte zgodnie z art. 7b nie stanowią inaczej, z chwilą zakończenia konsultacji, o których mowa w art. 6, w przypadku gdy krajowy organ regulacyjny zamierza podjąć środek, który jest objęty zakresem stosowania art. 15 lub art. 16 tej dyrektywy lub art. 5 lub art. 8 dyrektywy o dostępie oraz może oddziaływać na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi, udostępnia on projekt planowanego środka KE, (...) i krajowym organom regulacyjnym w innych państwach członkowskich, jednocześnie, wraz z uzasadnieniem tego środka, zgodnie z art. 5 ust. 3, oraz informuje o tym te podmioty, które mogą przedstawić swoje uwagi danemu krajowemu organowi regulacyjnemu wyłącznie w terminie jednego miesiąca. Termin ten nie może zostać przedłużony. Zatem reguła dotycząca trybu notyfikowania projektów rozstrzygnięć podlegających postępowaniu konsolidacyjnemu jest uszczegóławiana w Zaleceniu, które nie wymaga odrębnych notyfikacji dla każdego z organów konsultacyjnych i wystarczająca jest notyfikacja Komisji, za której pośrednictwem informacje o krajowych środkach regulacyjnych otrzymują pozostałe uprawnione organy.

Odnośnie do zarzutu dotyczącego nałożenia na powoda obowiązku regulacyjnego w postaci obowiązku stosowania opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w wysokości określonej we wskazanym przez pozwanego harmonogramie i wyliczonej w oparciu o stworzony przez niego model kalkulacji kosztów, bez określenia momentu, do którego obowiązywać mają stawki (...) mające wejść w życie w dniu 1.07.2013 r., co skutkować będzie stosowaniem tych stawek również w 2014 r. i latach późniejszych, pomimo że w zaskarżonej Decyzji uwzględniono wyłącznie wyniki analizy dla 2013 r., Sąd Okręgowy powołał się na art. 22 ust. 1 Pt, który wskazuje na częstotliwość, z jaką organ regulacyjny powinien przeprowadzać analizy poszczególnych rynków właściwych. Częstotliwość ta została określona jako nie rzadsza niż co 2 lata. Logiczne jest więc, że przyjęta w decyzji stawka (...) może obowiązywać do czasu następnej analizy rynku, a nie jest wymagane żadnym przepisem prawa oznaczenie daty końcowej jej obowiązywania. Faktem jest, że termin ten może być różny w zależności od stanu rynku, ale o ile analiza

dokonana ex ante, jak w niniejszej sprawie, okaże się trafna, a na rynku nie zajdą jakieś szczególne, nieprzewidziane okoliczności, to stawka ustalona w decyzji powinna obowiązywać do kolejnego przeglądu rynku, który będzie miał miejsce w ciągu 2 lat. Taka perspektywa wynikająca z obowiązujących norm prawnych pozwala przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu ekstrapolować działania biznesowe w dalszej perspektywie, z dużym prawdopodobieństwem co do trwałości obowiązku kosztowego w tak określonych maksymalnych ramach czasowych. Błędne jest zaś twierdzenie powoda, jakoby w decyzji uwzględniono wyłącznie wyniki analizy dla 2013 r. Analiza określa stan rynku na czas wydania decyzji, a regulacja opiera się na założeniu, że będzie również wystarczająco aktualna do ponownego przeglądu rynku, który nie ulegnie istotnym przeobrażeniom przez okres wyznaczony art. 22 ust. 1 Pt. Wynika to z faktu, że analiza, która jest dokonywana ex ante, odwołuje się do ustalenia, czy wystąpienie określonych zjawisk jest możliwe w przyszłości w oparciu o rozumowanie oparte na zasadach logiki i doświadczenia życiowego.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód (...), zarzucając naruszenie:

1) art. 44 Pt i art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie w zw. z art. 288 TFUE, poprzez utrzymanie nałożonego na powoda bez zgody KE obowiązku regulacyjnego stosowania opłat za zakończenie połączenia w jego ruchomej publicznej sieci telefonicznej w wysokości określonej we wskazanym przez Prezesa UKE harmonogramie i wyliczonej w oparciu o stworzony przez niego model kalkulacji kosztów;

2) art. 24 pkt 2 lit. a, art. 44 Pt., art. 13 ust. 1 i 2 dyrektywy o dostępie, art. 16 i art. 17 ust. KPP w zw. z art. 22 i art. 64 ust. 1-3 Konstytucji RP, poprzez utrzymanie nałożonego na powoda obowiązku nieproporcjonalnego i nieuzasadnionego w świetle stwierdzonych problemów i w świetle celów regulacji prawnych, uniemożliwiającego mu prowadzenie rentownej działalności gospodarczej na rynku właściwym, w wyniku oparcia obowiązku regulacyjnego o stworzony przez pozwanego model, który nie pozwala operatorowi na odzyskanie wszystkich uzasadnionych kosztów świadczenia usługi zakańczania połączeń, nawet jeżeli jest to operator efektywny (tzw. model (...)), w tym w szczególności kosztów niezbędnych dla świadczenia tej usługi, ale wspólnych dla kilku usług, a także kosztów niezależnych od ruchu w sieci, a jednocześnie nie zachodzi szczególny przypadek w rozumieniu art. 44 Pt. uzasadniający nałożenie na powoda obowiązku innego niż wymienione w art. 34-40 i 42 Pt;

3) art. 25a ust. 1 i 2 Pt poprzez przyjęcie, że powód zajmuje znaczącą pozycję rynkową na regulowanym rynku, w tym w szczególności, iż samodzielnie posiada pozycję rynkową odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa UE oraz art. 22 ust. 1 pkt 3 Pt poprzez ustalenie, że na rynku tym nie występuje skuteczna konkurencja, pomimo występowania na rynku równoważącej siły nabywczej, wynikającej z wzajemnego świadczenia sobie usług zakańczania połączeń pomiędzy powodem a innymi operatorami ruchomych i stacjonarnych sieci telefonicznych oraz usług dostępnych za pomocą szerokopasmowego Internetu;

4) art. 37 ust. 1 i 2 Pt poprzez błędne przyjęcie, że nałożenie w stosunku do powoda nieproporcjonalnych i nieadekwatnych obowiązków regulacyjnych oraz niewystarczające i nieprecyzyjne skonkretyzowanie nałożonych obowiązków winno zostać utrzymane z uwagi na stwierdzone problemy rynkowe;

5) art. 10 § 1 k.p.a. oraz art. 207 ust. 1 Pt w zw. z pkt 145 Wytycznych, art. 206 ust. 2 pkt 2 Pt w zw. z art. 4 ust. 1 dyrektywy ramowej, art. 24 pkt 2 lit. a i c Pt oraz art. 73 i 74 k.p.a. poprzez nieudostępnienie danych, w oparciu o które wyliczona została stawka za zakończenia połączeń w sieci powoda, a także poprzez ograniczenie powodowi prawa do obrony poprzez: ustalenie treści rozstrzygnięcia co do wysokości stawki zawartej w punkcie VI sentencji decyzji na podstawie danych uzyskanych od podmiotów, które nie są stronami postępowania zmierzającego do wydania decyzji, przy jednoczesnej odmowie zapewnienia stronie wglądu do tych danych, zarówno na etapie postępowania administracyjnego, jak i w chwili doręczenia decyzji, poprzez uniemożliwienie zweryfikowania kryteriów doboru danych do modelu zastosowanego przez Prezesa UKE i brak wyjaśnień, które dane pochodzące od operatorów telekomunikacyjnych posłużyły organowi do wyliczenia kosztów świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w sieci „hipotetycznego modelu operatora efektywnego”, co uniemożliwia stronie pełną merytoryczną ocenę tego modelu - nie pozbawia strony prawa do obrony.

Powołując się na powyższe powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku zgodnie z jego żądaniem i rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na apelację zainteresowany wniósł o jej oddalenie w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych. Dodatkowo na rozprawie apelacyjnej o oddalenie apelacji wniosła również strona powodowa.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda była zasadna jedynie w nieznacznej części.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji i przyjmuje je za swoje. Ustalenia te nie naruszały zasady oceny materiału dowodowego wynikającej z art. 233 § 1 k.p.c. Sprawia to, że nie zachodzi potrzeba powtarzania szczegółowych ustaleń faktycznych (zob. np. postanowienie SN z dnia 22.04.1997 r., II UKN 61/97, OSNAP 1998, nr 3, poz. 104, wyrok SN z dnia 8.10.1998 r., II CKN 923/97, OSNC 1999, nr 3, poz. 60).

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów zawartych w apelacji, w przeważającej mierze były one niezasadne, a podzielić należało wywody Sądu Okręgowego, które były bardzo szczegółowe i związane z istotą problemu, jaki zaistniał w niniejszej sprawie w związku z tzw. stawkami za zakańczanie połączeń w sieci (...).

Pierwsza kwestia podniesiona w apelacji dotyczyła naruszenia art. 44 Pt oraz art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie w zw. z art. 288 TFUE poprzez utrzymanie nałożonego na (...) bez zgody KE obowiązku regulacyjnego stosowania opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powoda w wysokości określonej we wskazanym przez Prezesa Urzędu harmonogramie i wyliczonej w oparciu o stworzony przez niego model kalkulacji kosztów. Tak naprawdę zagadnienie dotyczące zastosowanego przez pozwanego modelu było podstawowym problemem, na który zwracał uwagę skarżący w toku całego procesu, jak i wcześniej w postępowaniu administracyjnym. W szczególności sformułował on tezę, że obowiązek oparcia opłat na wynikach modelu (...) wykracza poza granice zakreślone w art. 13 dyrektywy o dostępie (s. 3 apelacji), aczkolwiek już w apelacji zostało zawarte zaprzeczenie tej tezie: „Ustanowienie stawek za zakańczanie połączeń w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora, jako że mieszczące się w art. 13 dyrektywie o dostępie, nie może być zaliczone do innych obowiązków, o których traktuje art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie. Obowiązek z art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie ma być bowiem inny niż ustanowiony w art. 9-13 niniejszej dyrektywy i dodatkowo nakładanym w wyjątkowych okolicznościach, z zachowaniem odpowiedniego trybu.” (s. 5 apelacji).

Sąd Okręgowy w oczywisty sposób ustalił, że powód ma monopol na świadczenie usługi zakańczania połączeń głosowych w swojej ruchomej sieci, a inni operatorzy, bez względu na wielkość ich sieci lub na liczbę klientów, nie mają wpływu na stosowane przez (...) stawki za zakańczanie połączeń. Prezes UKE, a za nim Sąd I instancji, prawidłowo opisał w decyzji (s. 10-11, 23) przedmiotową usługę oraz rynek właściwy, a także uzasadnił, że na rynku zakańczania połączeń w sieci (...), spółka ta jest naturalnym monopolistą i z istoty tego rynku nie ma żadnej technicznej możliwości doprowadzenia do powstania konkurencyjnego rynku. Jedynie operator, do którego sieci podłączeni są użytkownicy końcowi, może wykonać tę usługę – ma więc de facto monopol w tym zakresie. Ponieważ stawki opłat (...) lub (...) są ustalane przez operatora sieci, do której kierowane jest połączenie, to może on dyktować ceny i ostatecznie je także zawyżać. Taka sytuacja może wpłynąć na koszty ponoszone przez odbiorców końcowych. Jednocześnie mogłoby dojść do utrudniania innym operatorom dostępu do sieci telefonicznej powoda lub odmowy połączenia sieci tym przedsiębiorcom, którzy zamierzają uzyskać dla swoich użytkowników końcowych dostęp do sieci telefonicznej. Jak słusznie zauważył Sąd I instancji, utrudnianie dostępu do sieci może polegać także na kształtowaniu niekorzystnych warunków tego dostępu, a głównym motywem takiego działania operatora jest chęć eliminacji konkurencji, której pojawienie się stanowi realne zagrożenie dla dochodów przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (tu: powoda) osiągniętych na rynku detalicznym.

Zgodzić się należało z wywodami Sądu Okręgowego, że gdyby nie regulacyjna działalność organu regulacyjnego, która dotyczy przecież nie tylko powodowej spółki, ale również jej konkurentów, wszystkie stawki (...) byłyby znacznie wyższe. Jest to oczywista konsekwencja braku konkurencji na rynku. Nie była kwestionowana okoliczność, że w 2008 r., czyli zaledwie 4 lata przed wydaniem przez Prezesa UKE zaskarżonej decyzji, trzech największych operatorzy na polskim rynku telefonii komórkowej stosowali stawkę (...) w wysokości 40 gr/min, czyli blisko dziesięciokrotnie wyższą niż wskazana w decyzji (4,29 gr/min). Doświadczenie życiowe i zasady logicznego rozumowania nie pozostawiają wątpliwości, chociaż w tym przedmiocie nie zostały przedstawione wyliczenia, że wyższe stawki przekładają się na wyższe ceny (stawki) detaliczne, czyli stawki dla konsumentów. Pomimo tak wysokich stawek, gdzie logicznym byłoby konkutowanie przez operatorów właśnie stawkami, powód nawet nie podnosił, aby na rynkach zakańczania połączeń w mobilnych sieciach występowało zjawisko konkurencji, a w szczególności, aby na takim rynku (...) występował chociaż jeden operator, który stanowiłby konkurencję dla powodowej spółki. Przy tym bez znaczenia pozostają stosowane technologie (jak (...)), skoro żaden inny operator nie może świadczyć usługi zakańczania połączeń w sieci (...).

Z powyższego jednoznacznie wynika, że klienci powoda, chcący zakończyć połączenie w sieci (...), nie mogą nabyć tej usługi u dostawcy konkurencyjnego w stosunku do powodowej spółki. Zatem pozwany prawidłowo ustalił, że „chociaż (...) posiada klientów na analizowanym rynku, to klienci ci nie mają równoważącej siły nabywczej z uwagi na brak możliwości nabycia przedmiotowej usługi u innego przedsiębiorcy”. Tak więc niezasadny był zarzut zawarty w apelacji dotyczący naruszenia art. 25a ust. 1 i 2 Pt i przyjęcia, że powód zajmuje znaczącą pozycję rynkową na regulowanym rynku.

Jednocześnie nie ma przeszkód, abyprzyjąć, że problemem rynkowym, którego rozwiązaniu ma służyć nałożenie obowiązków regulacyjnych, może być samo realne ryzyko wystąpienia nieprawidłowości. W takiej sytuacji rozwiązanie problemu polega na likwidacji stanu zagrożenia. Z samej istoty regulacji ex ante, a takiej dotyczy ta sprawa, wynika, że ma ona służyć m.in. zapobieżeniu wystąpienia uszczerbku dla prawidłowego funkcjonowania rynku telekomunikacyjnego. Oczywistym jest, że zastosowanie środków regulacyjnych po wystąpieniu nieprawidłowości nie może zapobiec ich zaistnieniu.

Wymagało to więc nałożenia określonych obowiązków – w oparciu o art. 44 Pt, co mieści się w zakresie art. 13 dyrektywy o dostępie. Przy tym dla obowiązkiem sądów krajowych dokonywania wykładni prawa krajowego w celu zapewnienia jego zgodności z prawem wspólnotowym jest istotne, że pierwszeństwo ma prawo wspólnotowe, co oznacza, że w wypadku niezgodności między normą prawa krajowego a normą prawa wspólnotowego sąd krajowy państwa unijnego jest zobowiązany zastosować normę prawa wspólnotowego, a nie sprzeczną z nią normę prawa krajowego. Poza tym sąd krajowy powinien interpretować prawo wewnętrzne w świetle treści i celu dyrektywy. Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości UE (dalej: (...)) w wyroku z dnia 13.10.1990 r. (sprawa C-106/89 (...) S.A. v. (...) S.A.), wynikający z dyrektywy obowiązek państw członkowskich osiągnięcia przewidzianego w niej celu oraz obowiązek podjęcia wszelkich środków, zarówno ogólnych, jak i szczególnych, do zapewnienia realizacji tego obowiązku, wiąże wszystkie organy państwa członkowskiego, w tym sądy, w sprawach należących do ich jurysdykcji.

W tym kontekście nie można nie zwrócić uwagę na Zalecenie, na postanowieniach którego pozwany oparł swoją decyzję, a co było kwestionowane przez powoda. W wyroku z dnia 13.12.1989 r. (sprawa C-322/88 (...) TSUE wskazał, że choć zalecenia nie są aktami prawnymi, które mają wywołać skutki wiążące, to sądy krajowe są zobowiązane brać je pod uwagę przy rozstrzyganiu sporów im przedstawionych, w szczególności w sytuacji, gdy zalecenie może posłużyć wyjaśnieniu przepisów krajowych, które zostały przyjęte w celu jego realizacji, a także uzupełnieniu wiążących przepisów wspólnotowych. Jest to o tyle istotne, że Zalecenie, które przewiduje konieczność ustalenia stawek w oparciu o model operatora efektywnego, wprost odwołuje się do art. 13 dyrektywy o dostępie.

W tym Zaleceniu Komisja zmieniła dotychczasowe podejście do kwestii stawek za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych, stawek (...). W motywie (1) preambuły wskazano, że zgodnie z art. 8 ust. 3 dyrektywy 2002/21/WE krajowe organy regulacyjne wspierają rozwój rynku wewnętrznego, między innymi, współpracując ze sobą, jak również z KE, w sposób przejrzysty, w celu zapewnienia rozwoju spójnej praktyki regulacyjnej, co rozwinięto

w motywie (4). Komisja uznała, że stawka (...) powinna być ustalana w oparciu o koszty modelowe (a nie rzeczywiste) oraz że powinna być symetryczna. Zalecenie zezwalało krajowym organom regulacyjnym na odsunięcie w czasie wprowadzenia modelu operatora efektywnego na rzecz tymczasowego stosowania innych metod ustalania stawek za zakańczanie połączeń w sieciach operatorów, na co powoływał się powód. Jednak mogło to nastąpić w ściśle określonych sytuacjach. Pierwsza związana była z trudnościami danego krajowego organu regulacyjnego z terminowym przygotowaniem zalecanego modelu kalkulacji kosztów oraz wykazanie, że metoda inna niż model bottom-up (...) oparty na bieżących kosztach prowadzi do wyników zgodnych z Zaleceniem i analogicznych do wyników uzyskiwanych na rynku konkurencyjnym. Wówczas organ mógł uznać ustalanie tymczasowych cen na podstawie alternatywnego podejścia do dnia 1.07.2014 r. Druga dotyczyła operatora nowo wchodzącego na rynek, co w wypadku powoda nie miało zastosowania.

Chociaż było to „tylko” Zalecenie, to z jego punktu 13 wynikało, że nie później niż po upływie czterech lat od terminu rozpoczęcia jego stosowania Zalecenie miało zostać poddane przeglądowi. W motywie (21) preambuły jednoznacznie wskazano, że okres przejściowy do dnia 31.12.2012 r. powinien zostać uznany za wystarczający, aby krajowe organy regulacyjne mogły wprowadzić model obliczania kosztów, a operatorzy dostosowali odpowiednio swoje business plany przy jednoczesnym uwzględnieniu naglącej konieczności zapewnienia użytkownikom maksymalnych korzyści w postaci wydajnie określonych na podstawie kosztów stawek za zakańczanie połączeń. Innymi słowy, wszyscy operatorzy doskonale wiedzieli, że od początku 2013 r. będą zobowiązani do przejścia na wskazany model i stosować symetryczne stawki (...). To również oznacza, że kwestia tzw. praw nabytych nie miała tu w ogóle zastosowania. Słusznie Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, co również nie było kwestionowane przez stronę powodową, że decyzje (...) dla pozostałych operatorów były analogiczne i w tym kontekście nie sposób mówić o naruszeniu uprawnień (...) jako operatora.

Co więcej, (...) w wyroku z dnia 15.09.2016 r. (sprawa C-28/15 (...) i in. v. (...)) podkreślił, że w ramach kontroli sądowej decyzji krajowego organu regulacyjnego wydanej na podstawie art. 8 i 13 dyrektywy o dostępie sąd krajowy może przyjąć rozstrzygnięcie odbiegające od Zalecenia wyłącznie wtedy, gdy uzna, że wymagają tego względy związane z okolicznościami rozpatrywanej sprawy, w szczególności ze szczególnymi cechami rynku w danym państwie członkowskim (pkt 42). Znajduje to potwierdzenie w art. 19 dyrektywy ramowej, zgodnie z którym państwa członkowskie zapewniają, aby krajowe organy regulacyjne w jak największym stopniu uwzględniały zalecenia przy wypełnianiu swoich zadań. W przypadku, gdy krajowy organ regulacyjny postanowi nie stosować się do danego zalecenia, informuje o tym Komisję, uzasadniając swoje stanowisko.

Z powyższego wynika jednoznacznie, że pozwany miał tak naprawdę obowiązek zastosować się do Zalecenia, jako że nie zachodziła jakakolwiek wyjątkowa okoliczność, która uzasadniałaby odstępstwo od tego. Zresztą nawet strona powodowa nie podnosiła jakiegokolwiek szczególnej okoliczności, która uprawniałaby polski organ regulacyjny do odejścia od zasad określonych przez KE w Zaleceniu. Zatem niewątpliwie obowiązek stosowania opłat w oparciu o model operatora efektywnego mieści się w zakresie przedmiotowym art. 13 dyrektywy o dostępie. O ile słusznie Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na pewne niedostosowanie polskiego prawa do prawa unijnego, gdyż art. 39 i 40 Pt nie dają wprost możliwości nałożenia obowiązku opartego o taki model operatora efektywnego, to oczywistym jest, że przepisy te miały implementować do polskiego systemu prawnego postanowienia tej dyrektywy. Chociaż nie zostało to dokonane prawidłowo, krajowy organ regulacyjny oraz sądy krajowe wiąże – jak wskazano – obowiązek prounijnej wykładni przepisów prawa krajowego i stosowanie wprost tych przepisów unijnych, w stosunku do których przepisy krajowe pozostają w sprzeczności, co ma na celu m.in. osiągnięcie celu wynikającego z dyrektywy o dostępie, jak i z Zalecenia, czyli możliwość nałożenia obowiązku regulacyjnego w oparciu o model operatora efektywnego. Ponieważ jednak postanowienia dyrektywy (w przeciwieństwie do rozporządzenia) nie są bezpośrednio skuteczne, gdyż wymagają implementacji, to sąd krajowy powinien dokonać takiej wykładni przepisów prawa krajowego, aby była ona zgodna z normą unijną, czyli w tym wypadku – art. 13 dyrektywy o dostępie. Pozwoli to na zapewnienie zgodności prawa krajowego z prawem unijnym. Tak więc zarówno pozwany, jak i Sąd Okręgowy prawidłowo uznali, że jest to obowiązek regulacyjny inny niż wynikający z art. 39 i 40 Pt, w związku z czym nic nie stoi na przeszkodzie, aby go nałożyć przy zastosowaniu art. 44 Pt.

Poza tym zgodzić się należało ze stanowiskiem Sądu I instancji, że jest to obowiązek bardziej adekwatny i proporcjonalny do stwierdzonych problemów rynkowych. Warto bowiem zwrócić uwagę na motyw (10) Zalecenia, w którym wskazano, że: „Operatorzy, którzy otrzymują rekompensatę za rzeczywiste poniesione koszty za zakańczanie połączeń, nie są zachęceni do podnoszenia wydajności. Wprowadzenie modelu obliczeniowego typu bottom-up jest zgodne z koncepcją rozwijania sieci dla efektywnego operatora, zgodnie z którą ekonomiczny/inżynierski model wydajnej sieci jest budowany z wykorzystaniem bieżących kosztów. Odzwierciedla on raczej ilość sprzętu, który jest konieczny, a nie tego, który zapewniono, oraz nie uwzględnia on dotychczasowych kosztów.”. Skutkiem tego podejścia jest treść punktów 1 i 2 Zalecenia, w których wprost wskazano, że krajowe organy regulacyjne powinny ustanowić stawki za zakańczanie połączeń w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora, które będą również stawkami symetrycznymi, a szacowanie efektywnych kosztów powinno opierać się na bieżących kosztach oraz na modelu typu bottom-up, z wykorzystaniem modelu długookresowych kosztów przyrostowych ((...)), jako na odpowiedniej metodzie kalkulacji kosztów. Taki model stanowi jedną z metod kalkulacji kosztów, o których mowa w art. 13 ust. 3 dyrektywy o dostępie. Ponieważ w celu obliczenia kosztów skutecznego świadczenia danej usługi krajowe organy regulacyjne mogą zastosować metody księgowania kosztów inne od tych, które stosuje przedsiębiorstwo, pozwany miał możliwość stosowania innych metod księgowania kosztów niż metoda stosowana przez powoda, który jest operatorem o co najmniej znaczącej pozycji rynkowej.

W takiej sytuacji pozwany był uprawniony, zgodnie z art. 44 Pt, nałożyć na powoda, jako operatora o znaczącej pozycji rynkowej, inne obowiązki w zakresie dostępu telekomunikacyjnego niż wymienione w art. 34-40 i 42 ustawy. Podkreślić również trzeba, że ani w art. 44 Pt, ani w art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie nie sprecyzowano, jakie konkretnie „inne obowiązki” mogą być nałożone na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, aczkolwiek nie sposób ich rozpatrywać w oderwaniu od celów prawa telekomunikacyjnego, dyrektywy o dostępie i Zalecenia. Zatem sprecyzowanie tych obowiązków następuje dopiero w decyzji regulacyjnej. Skoro obowiązek stosowania przez powoda opłat wyliczonych w oparciu o model operatora efektywnego, jaki wynika z przepisów unijnych, nie mieści się w pojęciu obowiązku wynikającego z art. 39 Pt (w którym mowa jest o kosztach uzasadnionych) i z art. 40 Pt (w których mowa jest o kosztach ponoszonych), to niewątpliwie stanowi to inny obowiązek w rozumieniu wskazanego przepisu. Nie może ulegać wątpliwości, że w konsekwencji art. 44 Pt może stanowić podstawę kontroli wysokości stawek za zakańczanie połączeń. Jest to istotne również z tego względu, że oparcie się na kosztach, jakie miałby ponosić przedsiębiorca telekomunikacyjny, dawałoby możliwość podnoszenia stawek również z tego względu, iż koszty te mogłyby być zawyżane z uwagi na nieefektywność prowadzenia działalności przez operatora, w tym stawek, jakie wynegocjował z operatorem świadczącym mu usługę roamingu krajowego.

Słusznie również zwrócił uwagę Sąd Okręgowy, że KE nie miała żadnych istotnych zastrzeżeń odnośnie do zastosowania przez pozwanego art. 44 Pt i nałożenia na powoda określonych obowiązków. Jednocześnie wystarczające było przeprowadzenie jedynie konsolidacji projektu, a nie było konieczne uzyskanie zgody KE w drodze odrębnej procedury współpracy z nią, jako że art. 14 ust. 2 dyrektywy o dostępie jest kierowany do KE, a nie do pozwanego. Komisja nie musi w tym przedmiocie wydawać decyzji. Tak więc art. 44 Pt odnosi się do Prezesa UKE, który kreuje obowiązki przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, natomiast KE wyraża zgodę na zasadach przewidzianych w art. 18 i 19 Pt, czyli w ramach postępowania konsolidacyjnego, co miało miejsce w niniejszej sprawie.

Odnośnie do zarzutu naruszenie art. 24 pkt 2 lit. a i art. 44 Pt, art. 13 ust. 1 i 2 dyrektywy o dostępie, art. 16 i art. 17 ust. 1 KPP z zw. z art. 22 i 64 ust. 1-3 Konstytucji RP poprzez utrzymanie nałożonego na (...) obowiązku nieproporcjonalnego i nieuzasadnionego w świetle stwierdzonych problemów i w świetle celów regulacji prawnych, uniemożliwiającego (...) prowadzenie rentownej działalności gospodarczej na rynku właściwym, aktualne pozostają powyższe argumenty.

Dodać trzeba, że powołana przez powoda zasada proporcjonalności, zawarta również w Konstytucji RP, szczególnie naciska na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia (zob. wyrok TK z dnia 27.04.1999 r., P 7/98, OTK 1999, nr 4, poz. 72). Zgodnie z poglądami wyrażanymi w literaturze przedmiotu oznacza to, że spośród możliwych (i zarazem legalnych) środków oddziaływania należałoby wybierać środki skuteczne dla osiągnięcia celów założonych, a zarazem możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub

dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu (S. Wronkowska, Zarys koncepcji państwa prawnego w polskiej literaturze politycznej i prawnej w: S. Wronkowska, Polskie dyskusje o państwie prawa, Warszawa 1995, s. 74).

Trybunał Konstytucyjny stwierdził we wskazanym wyroku, że zasada proporcjonalności musi być uwzględniana przede wszystkim przy ingerencji prawodawcy w sferę praw i wolności jednostki. Rozpatrując zgodność zakwestionowanych przepisów z zasadą proporcjonalności należy rozstrzygnąć trzy istotne zagadnienia:

- 1) czy regulacja ta jest właściwa dla osiągnięcia zamierzonych celów,
- 2) czy jest ona niezbędna dla ochrony i realizacji interesu publicznego, z którym jest związana,
- 3) czy jej efekty pozostają w odpowiedniej proporcji do zakresu ciężarów nakładanych na obywatela.

Zasada proporcjonalności znajduje zastosowanie również na etapie stosowania prawa, a więc w procesie wykładni prawa nadawać normom taką treść, która jest zgodna ze wskazaną regułą. Także w świetle z art. 8 ust. 4 dyrektywy o dostępie obowiązki nakładane zgodnie z dyrektywą powinny być oparte na charakterze stwierdzonego problemu oraz proporcjonalne i uzasadnione w świetle celów zawartych w art. 8 dyrektywy. Innymi słowy, z uwagi również na to, że podejmowane środki ograniczają swobodę prowadzenia przez przedsiębiorcę działalności gospodarczej, nie powinny one stanowić zbyt inwazyjnej ingerencji w tę działalność, a jednocześnie powinny być odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów postawionych przed organem regulacyjnym stosownymi przepisami.

Przenosząc powyższe na realia niniejszej sprawy, trzeba w pierwszej kolejności powołać się na powyższe wywody dotyczące obowiązku zastosowania się przez pozwanego do Zalecenia oraz charakteru tego aktu prawnego. Jak wskazano, zalecenia Komisji, choć niewiążące prawnie, powinny być uwzględniane przy sądowej wykładni prawa krajowego przez sądy krajowe poszczególnych państw członkowskich w celu zapewnienia efektywności prawa unijnego. Innymi słowy, jak była o tym mowa, wykładnia musi być dokonywana z uwzględnieniem wszystkich przepisów prawa wspólnotowego, a takimi są również zalecenia Komisji.

Nie może ulegać wątpliwości, że pozwany, a następnie Sąd Okręgowy prawidłowo zastosowali prawo unijne, tj. art. 13 dyrektywy o dostępie oraz Zalecenie, w wyniku czego Prezes Urzędu ustalił stawkę (...) z wykorzystaniem metody, o jakiej mowa w tych przepisach. Zgodzić się należało ze stanowiskiem tego Sądu, że działanie Prezesa UKE w żaden sposób nie naruszało zasady proporcjonalności i art. 16 KPP. Jak wskazano, podnoszona przez powoda możliwość swobodnego kształtowania przez przedsiębiorcę cen za własne produktu lub usługi nie ma charakteru absolutnego, o czym świadczy treść art. 13 dyrektywy o dostępie, który w świetle powołanych postanowień Zalecenia powinien być podstawą do nałożenia obowiązków kosztowych z wykorzystaniem modelu efektywnego operatora.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na zatwierdzenie rozstrzygnięcia przez Komisję – decyzją z dnia 31.10.2012 r. nr C(2012) (...) finał [notyfikacja nr (...) „ Komisja z zadowoleniem przyjmuje zobowiązanie Prezesa UKE do ustalenia regulowanych stawek za zakończenie połączenia w sieciach łączności ruchomej w oparciu wyłącznie o model (...), na poziomie 1,04 eurocenta za minutę.” (s. 5). Zatem KE nie miała najmniejszych wątpliwości, że Prezes UKE prawidłowo zastosował omawianą metodę jako podstawową metodę wynikającą z przepisów prawa unijnego. Co więcej, jak wskazywał zainteresowany w odpowiedzi na odwołanie, a co nie było kwestionowane, KE często sprzeciwiała się stosowaniu innych niż metoda (...) metod ustalania kosztów za stawkę (...). Jest to oczywiste, skoro regułą przewidzianą dla krajowych organów regulacyjnych w krajach UE jest zastosowanie właśnie omawianego modelu. Oznacza to, że odejście od tej zasady, chociaż możliwe w świetle art. 19 ust. 2 dyrektywy ramowej i powołanego orzecznictwa TSUE, a więc zastosowanie innego modelu niż zalecany w świetle przepisów prawa unijnego, spotyka się z zastrzeżeniami KE, które prowadzą bądź do wycofania środka regulacyjnego, bądź jego zmiany zgodnie z zastrzeżeniami KE. Oznacza to, że Komisja konsekwentnie przestrzega realizacji przez organy regulacyjne Zalecenia w sprawie stawek. Świadczy o tym niekwestionowana okoliczność (pkt 19 odpowiedzi na odwołanie zainteresowanego), że zdecydowana większość krajów członkowskich zmierza do osiągnięcia jednolitej stawki na poziomie 1,04 eurocenta/min. Tej okoliczności Sąd Apelacyjny nie mógł pominąć, analizując problematykę objętą sprawą. Przedstawiona przez

zainteresowanego tabela przeczy głosownemu twierdzeniu powoda, jakoby stawki (...) w Polsce były jednymi z najniższych w UE, a taki stan miał utrzymywać się „aktualnie”, tj. na datę wniesienia apelacji.

Już tylko ta okoliczność, niezależnie od innych wywodów, świadczy o tym, że nałożony na powoda obowiązek regulacyjny nie był nieproporcjonalny, tym bardziej, że – jak wskazano – stawka, o której mowa w punkcie VI zaskarżonej decyzji, która miała zastosowanie od dnia 1.07.2013 r., odnosiła się do wszystkich operatorów w wydanych poszczególnych decyzjach ich dotyczących, analogicznych do decyzji z dnia 14.12.2012 r.

Co więcej, nawet gdyby przyjąć, co nie miało uzasadnienia, że faktycznie powinien być zastosowany model kosztowy, to powód, pomimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu (art. 6 k.c.), nie wykazał, aby przy zastosowaniu modelu opracowanego przez pozwanego doszło do nierentowności prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Twierdzenia strony w tym przedmiocie były całkowicie głosowne. W szczególności wnioszek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego został oddalony przez Sąd I instancji, a w apelacji nie zostały zaoficerowane dowody w tym przedmiocie. Jak słusznie podkreślił TSUE w powołanym wyroku z dnia 15.09.2016 r. (sprawa C-28/15), w ramach dokonywanej przez siebie kontroli sąd krajowy rozpoznający odwołanie od decyzji krajowego organu regulacyjnego opartej na zastosowaniu modelu (...) rekomendowanego w Zaleceniu, jak ma to miejsce w postępowaniu głównym, może zbadać, działając zgodnie z zasadami postępowania krajowego, czy skarżący przedstawili wystarczające informacje pozwalające wykazać, że zastosowanie wspomnianego modelu nie jest proporcjonalne w świetle celów określonych w art. 8 dyrektywy ramowej i w art. 13 dyrektywy o dostępie, przy uwzględnieniu, w razie potrzeby, szczególnych cech odnośnego rynku (pkt 52). Nadto sąd krajowy nie może, przy dokonywaniu sądowej kontroli decyzji krajowego organu regulacyjnego, wymagać od tego organu, aby wykazał, że wspomniany obowiązek faktycznie realizuje cele określone w art. 8 dyrektywy ramowej (pkt 61).

Niezależnie od tego trzeba również zwrócić uwagę na okoliczności podnoszone przez zainteresowanego w odpowiedzi na apelację, a dotyczące aukcji częstotliwości (...) i (...), w której jednym z uczestników jest właśnie (...). Jak wynika z ostatnich danych opublikowanych przez Prezesa UKE, łączna suma złożonych ofert była bliska kwocie 7 mld zł i ponad czterokrotnie przekraczała wartości wywoławcze licytowanych bloków. W kontekście obniżenia przez pozwanego wszystkim operatorom stawek (...) od dnia 1.07.2013 r. dokładnie tak samo, jak powodowi, nie sposób tej okoliczności ocenić inaczej jak to, że wbrew twierdzeniom przedsiębiorcy, wysokość aktualnie stosowanych stawek (...) (zgodnie z punktem VII decyzja podlegała natychmiastowemu wykonaniu) w żaden sposób nie uniemożliwia rozwoju (...), jak również innych operatorów. Niezależnie od powinności obniżenia kosztów działalności, o czym była mowa w Zaleceniu, spadek przychodów powodowej spółki był skorelowany ze spadkiem kosztów w związku z obniżeniem stawek z tytułu zakańczania połączeń w innych sieciach ruchomych.

Poza niniejszą sprawą pozostaje podnoszony przez powoda wątek dotyczący braku nałożenia obowiązków kosztowych w oparciu o metodę (...) także na operatorów sieci stacjonarnych. Ta sprawa tej kwestii w ogóle nie dotyczy. Poza tym w piśmie z dnia 25.06.2012 r. powód wskazał: „W ocenie (...) niska stawka (...) pogłębia/przyśpiesza zjawisko substytucji telefonii stacjonarnej telefonią ruchomą, z uwagi na pojawianie się coraz atrakcyjniejszych cenowo ofert usługi telefonii ruchomej względem usług telefonii stacjonarnej. (...) w oparciu o dane operacyjne z własnej działalności w obszarze sieci stacjonarnej możemy stwierdzić, iż identyfikujemy stały spadek liczby użytkowników telefonii stacjonarnej.” (k. 149 t. 1 akt adm.). Świadczy to niezbicie o tym, że rynek telefonii stacjonarnej jest rynkiem schyłkowym i trudno tu w ogóle mówić o konieczności regulacji ex ante. Poza tym, niekwestionowany był wywód zainteresowanego, że pomimo braku regulacji kosztowej (poza (...) S.A.) stawki za zakończenie połączeń w stacjonarnych sieciach w dalszym ciągu są niższe niż stawki (...) po nałożeniu obowiązków stosowania opłat obliczonych w oparciu o model operatora efektywnego, a wyjątkiem w tym zakresie jest sam (...), która stosuje stawki około dwukrotnie wyższe niż pozostali gracze na rynkach zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych (5 gr w obszarze obsługi poszczególnych punktów styku sieci (...) i 6 gr poza tymi obszarami). Niezasadny był więc argument powodowej spółki o „naturalnej konkurencji pomiędzy operatorami na rynkach zakańczania połączeń”. Oczywistym jest, że skoro każdy z operatorów na rynkach zakańczania połączeń w swojej sieci posiada pozycję dominującą, a w

zasadzie monopolistyczną, to nie sposób tu mówić o jakiegokolwiek konkurencji i że brak nałożenia obowiązków również pozwoli spełnić cele postawione przed prawem telekomunikacyjnym, w tym prawem unijnym.

Na marginesie tylko można wskazać, że powyższe pismo powoda potwierdza wniosek, że nałożenie omawianych obowiązków, w szczególności określonego w punkcie VI decyzji, było zasadne i proporcjonalne do problemów zidentyfikowanych przez Prezesa UKE, zgodnie z powołanymi postanowieniami Zalecenia. Takie działanie pozwanego wspiera zachowania nowatorskie i prokonsumenckie, gdyż pozwala m.in. na usunięcie z rynku usług o charakterze schyłkowym, a przynajmniej przyspiesza ten proces. Jest to jedna z wartości, których nie sposób pominąć przy ocenie materiału dowodowego zebranego w sprawie. Artykuł 5 ust. 1 dyrektywy o dostępie uściśla, że dla realizacji celów określonych w art. 8 dyrektywy ramowej krajowe organy regulacyjne powinny w szczególności wykonywać swoje zadania w taki sposób, aby promować wydajność gospodarczą, zrównoważoną konkurencję, efektywne inwestycje i innowacje oraz zapewnić maksymalne korzyści użytkownikom końcowym (pkt 57 wyroku TSUE z dnia 15.09.2016 r. w sprawie C-28/15).

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 10 § 1 k.p.a. oraz art. 207 ust. 1 Pt w zw. z pkt 145 Wytycznych, art. 206 ust. 2 pkt 2 Pt w zw. z art. 4 ust. 1 dyrektywy ramowej oraz art. 24 pkt 2 lit. a i c Pt oraz art. art. 73 i 74 k.p.a. poprzez nieudostępnienie danych, w oparciu o które wyliczona została stawka za zakończenia połączeń w (...), a także poprzez ograniczenie powodowi prawa do obrony, w pierwszej kolejności należy wskazać, że w orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że postępowanie z zakresu ochrony konsumentów ma charakter hybrydalny – łączący w sobie dominujące w nim elementy sądowego postępowania pierwszoinstancyjnego z pewnymi elementami drugoinstancyjnej kontroli decyzji administracyjnej. Wyrok SOKiK rozstrzyga bowiem o bycie prawnym zaskarżonej decyzji, eliminując ją z obrotu prawnego, bądź utrzymując w obrocie prawnym w dotychczasowej lub zmienionej postaci. Dopiero wniesienie odwołania powoduje wszczęcie postępowania sądowego na zasadach postępowania kontradyktoryjnego, bowiem poprzedzające je postępowanie administracyjne warunkuje jedynie dopuszczalność drogi sądowej. SOKiK powinien więc osądzić sprawę od początku, gdyż charakter postępowania administracyjnego wyklucza możliwość oparcia orzeczenia na ustaleniach organu administracyjnego. W konsekwencji, co do zasady, SOKiK jest władny usunąć wady decyzji organu antymonopolowego (zob. np. wyrok SN z dnia 29.05.1991 r., III CRN 120/91, OSNCP 1992, nr 5, poz. 87, z dnia 24.10.2002 r. I CKN 1465/00, Legalis nr 59279 i z dnia 24.01.2012 r., III SK 23/11, Lex nr 1129350; wyroki SA w Warszawie: z dnia 31.05.2011 r., VI ACa 1299/10, Legalis nr 393889 i z dnia 8.03.2012 r., VI ACa 1150/11, Legalis nr 532600). Zatem uchylenie decyzji organu powinno mieć miejsce w przypadku takich uchybień formalno-proceduralnych decyzji Prezesa Urzędu lub przeprowadzonego przez niego postępowania administracyjnego, które nie podlegają konwalidacji w toku postępowania sądowego z uwagi na odmienne ukształtowanie kompetencji Prezesa Urzędu i sądów oraz ich zadań w postępowaniu odwoławczym, a więc których SOKiK nie może skorygować. Merytoryczny charakter postępowania sądowego zainicjowanego wniesieniem odwołania od decyzji Prezesa Urzędu powoduje, że stwierdziwszy nieprawidłowości decyzji organu, sąd powinien wprowadzić stosowne zmiany, w granicach wyznaczonych odwołaniem i zgodnie z jego żądaniem (zob. wyroki SN: z dnia 18.05.2012 r., III SK 37/11, OSNAPiUS 2013, nr 11-12, poz. 143, z dnia 13.08.2013 r., III SK 57/12, OSNAPiUS 2014, nr 6, poz. 93, z dnia 6.11.2013 r., III SK 59/12, OSNAPiUS 2015, nr 2, poz. 30 i z dnia 5.11.2015 r., III SK 55/14, ZNSA 2016, nr 3, s. 120). W wyroku z dnia 19.08.2009 r. (III SK 5/09, OSNP 2011, nr 9-10, poz. 144) Sąd Najwyższy wskazał, że skoro SOKiK może – zmieniając odpowiednio decyzję Prezesa Urzędu – usunąć część ze stwierdzonych uchybień, uchylenie decyzji Prezesa Urzędu jest możliwe tylko w przypadkach takich uchybień, które nie mogą zostać sanowane w drodze zmiany decyzji Prezesa Urzędu na etapie postępowania sądowego. Dlatego sąd rozpoznający sprawę nie ma potrzeby szczegółowego ustosunkowania się za każdym razem do zarzutów powoda o charakterze proceduralnym, zwłaszcza wtedy, gdy odwołujący nie wykazuje, że uchybienia tego rodzaju istotnie wpłynęły na merytoryczną treść zaskarżonej decyzji.

Nie chodzi o to, że sąd rozpatrujący odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK nie rozważa kwestii związanych z postępowaniem administracyjnym, ale ewentualne błędy (uchybienia) poczynione w tym postępowaniu nie mają znaczenia dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli są to błędy tego rodzaju, które mogą być naprawione w toku postępowania sądowego. Dotyczy to w szczególności postępowania dowodowego, jako że w postępowaniu

sądowym strona może zgłosić stosowne wnioski dowodowe w trybie przewidzianym w kodeksie postępowania cywilnego. Jedynie uchybienia, których nie dotyczy kognicja sądu powszechnego, nie mogą być naprawione i tylko takie mogą stanowić podstawę uchylenia decyzji Prezesa Urzędu. Nie ma tu zastosowania art. 184 Konstytucji, jako że kontrola decyzji Prezesa UOKiK została przekazana do właściwości sądów powszechnych i, ewentualnie, Sądu Najwyższego (art. 479²⁸ § 1, art. 479³⁵ § 2 k.p.c.). Jednocześnie spełnia to zasadę prawa do sądu wynikającą z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, gdyż odwołujący się od decyzji ma prawo wykazania swoich racji przed niezależnym, bezstronnym i niezawisłym sądem.

Z takimi niedającymi się usunąć uchybieniami w postępowaniu administracyjnym nie mieliśmy do czynienia w niniejszej sprawie. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy, brak udostępnienia niektórych danych wynikał z faktu, że przedsiębiorcy, którzy przekazywali dane, które miały „zasilić” stworzony przez Prezesa UKE model obliczeniowy, wskazywali, iż przekazywane dane stanowią tajemnice ich przedsiębiorstw. Nie inaczej postąpił powód, czego wynikiem było postanowienia Prezesa UKE z dnia 8.08.2012 r. i 13.12.2012 r. Z jednej strony więc powód kwestionował wskazaną okoliczność, z drugiej sam skorzystał z ustawowej możliwości w tym zakresie. Innymi słowy powód nie kwestionował możliwości ograniczania wglądu do materiału dowodowego tak długo, jak długo możliwość ta nie dotyczyła jego samego. Takie zachowanie nie zasługuje w żadnym razie na prawną ochronę.

Niezależnie od tego trzeba podkreślić, że ograniczenie powodowi prawa wglądu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a więc do informacji, które mogły mieć wpływ na model zastosowany przez pozwanego, w żaden sposób nie ograniczyło prawa strony do obrony. W tym przedmiocie należało całkowicie zgodzić się z wywodami Sądu Okręgowego. Ponadto niewątpliwie powód mógł złożyć wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na stosowną okoliczność (związaną z ustaleniem modelu), czego jednak nie uczynił. Jak była o tym mowa, taki wniosek został złożony w odwołaniu, jednak został on oddalony przez Sąd Okręgowy na rozprawie w dniu 22.07.2015 r., zaś powód ani nie wniósł stosownego zastrzeżenia do protokołu (art. 162 k.p.c.), ani nie podniósł stosownego zarzutu we wniesionej apelacji. Jednocześnie brak było podstaw do działania w tym zakresie z urzędu (art. 232 zd. 2 k.p.c.). Całkowicie niezasadne było twierdzenie w apelacji, że „co prawda SOKiK oddalił wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, ale należy zauważyć, że w zasadzie nie mógł inaczej postąpić, gdyż Sąd, aby dopuścić taki dowód, musiałby udostępnić załącznik nr 3 biegłemu, a tym samym musiałby uzyskać zgodę pozostałych operatorów, których dane zostały użyte do budowy modelu na ujawnienie tajemnicy przedsiębiorcy (art. 479^{66a} w zw. z art. 479³³ k.p.c.)” (s. 19). Taki pogląd jest sprzeczny z zasadami postępowania cywilnego. W szczególności art. 479³³ § 2 k.p.c., przewidujący okoliczności, w których następuje ujawnienie stronie postępowania sądowego informacji chronionych w postępowaniu przed Prezesem Urzędu jako tajemnica przedsiębiorstwa drugiej strony, nie ma zastosowania do biegłego sądowego. Nie ulega również wątpliwości, że z uwagi na treść przepisów regulujących przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego, w tym np. art. 284 k.p.c., biegły może otrzymać dostęp do całych akt, w tym również objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Jest to oczywiste, gdyż w przeciwnym wypadku biegły sądowy nie byłby w stanie wykonać obowiązku, do którego został powołany.

Zatem Prezes UKE prawidłowo zastosował art. 207 ust. 1 Pt, w wyniku czego doszło do ograniczenia stronom możliwości wglądu do materiału dowodowego w zakresie tajemnic przedsiębiorstwa innych podmiotów. Powód nie skorzystał z przysługujących mu w tym przedmiocie środków zaskarżenia. Nawet jeżeli powód został nieprawidłowo pouczony o drodze wniesienia właściwego środka, nie miało to znaczenia dla uznania, czy taki środek mu przysługiwał. Prawidłowość wydania decyzji przez Prezesa UKE mogła być poddana sądowej kontroli, ale powód nie skorzystał z istniejących w tym zakresie procedur.

Co więcej, włączone do załączników części decyzji nie zawierały władczych rozstrzygnięć, dotyczących przedmiotu zaskarżonej decyzji. Te bowiem zostały zawarte w sentencji decyzji. Zauważyć też należy, że pozwany ograniczył powodowi prawo wglądu jedynie w zakresie niezbędnym dla realizacji celu publicznego i objęcia ochroną zasługujących na to interesów innych przedsiębiorców. Brak było podstaw do kwestionowania stwierdzenia Prezesa UKE, że kierując się potrzebą zapewnienia, jak największej transparentności swoich działań, zarówno w decyzji, jak i w załącznikach, szczegółowo wyjaśnił konstrukcję i założenia modelu bottom-up i w tym celu zorganizował dla

operatorów warsztaty oraz indywidualne spotkania, podczas których mieli oni okazję nie tylko przedstawić swoje uwagi do budowy modelu, ale także otrzymać szczegółowe wyjaśnienia na temat sposobu kalkulacji stawek (...).

Na marginesie tylko można wskazać, że powołane przez powoda przepisy są adresowane do organu administracji, zaś SOKiK – z oczywistych względów – tych przepisów dotyczących postępowania administracyjnego nie mógł zastosować. Natomiast Prezes UKE nie dopuścił się uchybień, które miałyby wpływ na wynik postępowania.

Niemniej słuszny był zarzut naruszenia art. 37 ust. 1 i 2 Pt, dotyczący kwestii obowiązku publikacji na stronie internetowej informacji, o których mowa w punkcie IV podpunkt 2. W tym względzie trzeba zwrócić uwagę na wcześniej opisaną zasadę proporcjonalności, co do której wywody pozostają w tym miejscu aktualne. W analizowanym zakresie przyjęcie, że tylko wskazany w decyzji sposób udostępniania danych spełni cele postawione przed tym środkiem, narusza zasadę proporcjonalności. Z art. 24 pkt 2 ppkt a Pt wynika, że Prezes UKE nakłada obowiązki regulacyjne, biorąc pod uwagę adekwatność i proporcjonalność danego obowiązku do problemów rynkowych. W niniejszej sprawie problem rynkowy sprowadza się do ograniczonej konkurencji na rynku usług zakańczania połączeń w sieci zakańczania połączeń w mobilnej sieci telefonicznej (...), a mianowicie do utrudnienia dostępu do tego rynku innym przedsiębiorcom ze względu na znaczącą pozycję rynkową powoda, a w zasadzie jego pozycję monopolistyczną. W związku z tym nałożony w punkcie IV podpunkt 2 obowiązek ma za zadanie przekazanie zainteresowanym podmiotom informacji, które są niezbędne w celu umożliwienia im dostępu telekomunikacyjnego w zakresie świadczenia usługi zakańczania połączeń w ww. sieci. Ma to pozwolić tym podmiotom na ewentualne podjęcie decyzji w celu wejścia na ten rynek. W związku z tym całkowicie wystarczające i zupełnie adekwatne do tego problemu rynkowego, jak również celu, jaki ma zostać w ten sposób osiągnięty, będzie zobowiązanie powodowej spółki do udzielania tych informacji nie każdemu podmiotowi, a więc również takiemu, który w ogóle nie jest zainteresowany uczestniczeniem w tym rynku, ale jedynie na rzecz podmiotów, które są rzeczywiście zainteresowane uzyskaniem takiego dostępu.

Z uwagi na omawianą zasadę, jak i wytyczne wynikające z powołanego przepisu za zbędne i nadmiernie uciążliwe dla powoda należy uznać zobowiązanie go do publikowania tych informacji na stronie internetowej, a więc w taki sposób, że każdy miałby do nich dostęp. Niewątpliwie nie każdy jest zainteresowany tymi informacjami, a w wypadku przyjęcia sposobu obowiązku opisanego w zaskarżonej decyzji, w ten sposób powód musiałby dzielić się wrażliwymi – z punktu widzenia swojej działalności gospodarczej – informacjami także z osobami, które nie są zainteresowane dostępem do sieci. Dla takich osób informacje mogłyby stanowić jedynie ciekawostkę lub mogłyby zostać przez nie wykorzystane w celu innym niż ich istota. Zmiana zaskarżonej decyzji w tym zakresie pozwoli ograniczyć – przynajmniej w pewnej części – zakres podmiotowy osób, które mogą uzyskiwać te informacje. Tak określony obowiązek niewątpliwie spełni postawione przed nim cele i będzie wystarczający.

Wbrew wywodom pozwanego i zainteresowanego, nie tylko w sytuacji opublikowania informacji na stronie internetowej operator chcący przyłączyć swoją sieć do sieci (...) ma pewność, że zaoferowane mu warunki są takie same, jak oferowane pozostałej części rynku. Trudno do takiego stwierdzenia nawet racjonalnie się odnieść, skoro powód swój obowiązek może zrealizować w inny sposób, mniej „inwazyjny” z jego punktu widzenia. To, że art. 9 dyrektywy o dostępie przewiduje możliwość opublikowania określonych informacji, np. informacji księgowych, specyfikacji technicznych, danych o sieci, zasad i warunków dostępu i użytkowania (obowiązek przejrzystości), nie oznacza a limine, że taki obowiązek musi zostać nałożony („Krajowe organy regulacyjne mogą, zgodnie z art. 8, nałożyć obowiązek przejrzystości...”). Trzeba tu mieć bowiem na względzie omawianą zasadę proporcjonalności, a ta w niniejszej sprawie sprzeciwia się takiemu rozwiązaniu.

Dodatkowo trzeba zauważyć, że skoro podstawową przesłanką nałożenia obowiązku informacyjnego jest jego konieczność, to powód nie musiał wykazywać, że nałożony na niego obowiązek narusza jego interes ekonomiczny lub godzi w interesy gospodarczo-obronne. Wystarczające było, że wykazał, iż obowiązek ten z punktu widzenia ochrony konkurencji jest zbędny.

Tak więc zaskarżony wyrok podlegał zmianie jedynie w zakresie sposobu udostępniania informacji. W pozostałym zakresie apelacja nie miała podstaw prawnych i faktycznych. Jak słusznie podkreślił TSUE w powołanym wyroku z dnia 15.09.2016 r. (sprawa C-28/15), krajowy organ regulacyjny powinien, w ramach postępowania w sprawie wydania decyzji w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym, wziąć pod uwagę interesy użytkowników końcowych i konsumentów, niezależnie od rynku, na którym nakładane są obowiązki regulacyjne. Ponadto, ponieważ z samej definicji użytkownicy końcowi i konsumenci nie są obecni na hurtowych rynkach zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych, niezbędne jest, by ich interesy mogły być brane pod uwagę i oceniane w kontekście badania skutku, jaki na rynku detalicznym powinien odnieść obowiązek taryfowy nałożony przez KOR na rynku hurtowym (pkt 54). Zaskarżona decyzja te wymogi spełniała, poza kwestią publikowania informacji na oficjalnej stronie internetowej powodowej spółki.

Zmiana wyroku w odniesieniu do żądania głównego (odwołania) na korzyść powoda nie oznaczała jednak konieczności zmiany rozstrzygnięcia w zakresie kosztów procesu pierwszoinstancyjnych, jako że zastosowanie znajdował art. 100 zd. 2 k.p.c., gdyż ostatecznie powód wygrał w niewielkiej tylko części, a więc jego – jako przegrywającego sprawę niemal w całości – należało obciążyć tymi kosztami.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 386 § 1 i art. 385 k.p.c., należało orzec jak w punktach I i II sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego, w odniesieniu do zainteresowanego, który ich zażądał, Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 100 zd. 2 k.p.c. w zw. z § 14 ust. 3 pkt 3 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 490 ze zm.). Sąd Apelacyjny miał na uwadze również art. 107 k.p.c., jako że jak powszechnie przyjmuje się, zainteresowanego, o którym mowa w art. 479⁶¹ k.p.c., należy traktować jako interwenienta ubocznego. W art. 107 k.p.c. zostały wskazane zasady, w oparciu o które rozstrzygane są koszty procesu z udziałem interwenienta ubocznego, do którego nie mają zastosowania przepisy o współuczestnictwie jednolitym.

(...)