

*Sygn. akt VII AGa 996/18*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 9 maja 2018 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:*

*Przewodniczący: SSA Jolanta de Heij-Kaplińska*

*Sędziowie: SA Marek Kolasiński (spr.)*

*SA Magdalena Sajur - Kordula*

*Protokolant: sekr. sądowy Izabela Sokołowska*

*po rozpoznaniu w dniu 9 maja 2018 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa (...) Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w P.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

*z udziałem zainteresowanego (...) S.A. w P.*

*o wydanie decyzji zmieniającej umowę*

*na skutek apelacji powoda*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*z dnia 12 października 2016 r., sygn. akt XVII AmT 25/16*

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od (...) Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w P. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i (...) w P. kwoty po 540 zł (pięćset czterdzieści złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

*Sygn. akt VII AGa 996/18*

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 27 czerwca 2014 r. nr (...) – (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, na podstawie art. 28 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 1 i art. 139 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 243) oraz art. 104 § 1 w zw. z art. 62 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 267) w zw. z art. 206 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, po rozpatrzeniu wniosku (...) S.A. z siedzibą w P. z dnia 30 stycznia 2014 r. o wydanie decyzji zmieniającej umowę z dnia 31 października 2000 r. zmienioną porozumieniem z dnia 18 stycznia 2006 r., porozumieniem z dnia 03 marca 2008 r. i porozumieniem z dnia 30 czerwca 2010 r. (zw. (...)) oraz umowę z dnia 23 października 2006 r., zmienioną porozumieniem z dnia 30 czerwca 2010 r., (zw. (...)) zawartymi pomiędzy (...) S.A. a (...) Spółdzielnią Mieszkaniową (...) z siedzibą w P. (zw. SM (...) lub Spółdzielnią) w zakresie terminów obowiązywania Umów:

I.1. zmienił § 1 ust. 2 Umowy I poprzez nadanie temu postanowieniu następującego brzmienia: „W związku ze zobowiązaniem (...) określonym w postanowieniach ustępu 1 mniejszego paragrafu, Spółdzielnia ustanawia na rzecz

(...) na okres do dnia 30 czerwca 2016 r. od dnia jej zawarcia, użytkowanie urządzeń i linii telekomunikacyjnych wchodzących w skład sieci stanowiących własność Spółdzielni, co w szczególności oznacza wyłączne prawo korzystania z pasma zwrotnego sieci oraz pasma dosyłowego do abonenta o szerokości 24 MHz.”

I.2. Pozostałe postanowienia Umowy I pozostawił bez zmian.

II.1. zmienił § 9 ust. 1 Umowy II poprzez nadanie temu postanowieniu następującego brzmienia:

„Umowa niniejsza zawarta jest do dnia 30 czerwca 2016 r.”.

II.2. Pozostałe postanowienia Umowy II pozostawił bez zmian.

III. Na podstawie art. 206 ust. 2aa w zw. z art. 206 ust. 2 pkt 5 Pt, Prezes UKE stwierdził, że Decyzja niniejsza podlega natychmiastowemu wykonaniu.

Przedmiotową Decyzję w całości zaskarżył powód – (...) Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) w P. z siedzibą w P..

Zaskarżonej Decyzji powód zarzucił:

1. naruszenie art. 108, 110 i 130 kpa w zw. z art. 479<sup>59</sup> § 2 k.p.c. oraz art. 162 k.p.a. i art. 35 § 3 k.p.a. – poprzez wydanie i nie uchylenie lub stwierdzenie wygaśnięcia zaskarżonej Decyzji pomimo bezprzedmiotowości tej Decyzji – w związku z wygaśnięciem umów będących przedmiotem Decyzji z dniem 30 czerwca br., tj. przed dniem zaistnienia skutku materialno – prawnego Decyzji w postaci zmiany umów (przedłużenia ich trwania).

2. rażące naruszenie art. 139 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego – poprzez wydanie Decyzji bez podstawy prawnej w przepisach prawa materialnego, tj. wydanie Decyzji z zakresu dostępu do materialnej infrastruktury należącej do powoda w sytuacji, gdy głównym przedmiotem zaskarżonej Decyzji (przedłużającej umowy cywilno – prawne z zainteresowanym) było korzystanie z określonego pasma częstotliwości oraz usług powoda, nie mieszczące się w zakresie zastosowania ww. przepisu; a ponadto wydanie Decyzji w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki wydania tego rodzaju Decyzji określone w przepisach Prawa telekomunikacyjnego.

Ponadto zaskarżonej Decyzji powód zarzucił:

3. naruszenie ww. przepisów poprzez wydanie Decyzji niewykonalnej z powodu:

- wadliwej podstawy prawnej decyzji, która obejmuje jedynie materialną infrastrukturę telekomunikacyjną, ale nie obejmuje istoty przedmiotu umów w postaci korzystania przez zainteresowanego z częstotliwości (kanałów transmisyjnych) udostępnianych przez powoda;

- nieistniejącej podstawy faktycznej Decyzji w dacie jej doręczenia powodowi w dniu 02 lipca 2014 r., albowiem w dniu 01 lipca 2014 r. powód wykorzystywał już 4 z 6 kanałów transmisyjnych, zajmowanych przez zainteresowanego do celów własnej działalności.

4. naruszenie art. 30 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego – poprzez wydanie Decyzji bez podstawy prawnej w przepisach prawa materialnego, tj. wydanie Decyzji z zakresu zagadnienia umownego (przedłużenia czasu trwania umowy), które zgodnie z obydwoma umowami nie podlegało zmianie i w związku z tym nie mieściło się w zakresie uprawnień Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

5. naruszenie art. 30 ust. 1 i art. 27 ust. 3 w zw. z art. 139 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego – poprzez wydanie Decyzji nie obejmującej wszystkich zagadnień spornych pomiędzy stronami oraz w oparciu o wnioski, do którego nie załączono projektu umowy wraz ze stanowiskami stron i z zaznaczeniem tych części umowy, co do których strony doszły do porozumienia, i to w sytuacji gdy strony nie doszły do porozumienia odnośnie do wszystkich postanowień umowy, a w szczególności w sprawach, które zawisły przed sądami powszechnymi.

6. naruszenie art. 15 pkt 3a i art. 16 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego w zw. z art. 10 § 1 k.p.a. – poprzez wydanie Decyzji po dokonaniu daleko idących i istotnych zmian projektu Decyzji, do których nie mogła ustosunkować się strona powodowa, a także przygotowanie pierwotnego projektu Decyzji w sposób uniemożliwiający merytoryczne ustosunkowanie się do szeregu kluczowych zagadnień stanowiących podstawę projektu Decyzji i Decyzji finalnej, w szczególności w zakresie dotyczącym:

- przesłanki braku wolnych zasobów powoda i w konsekwencji dalszego zajęcia jego zasobów przez zainteresowanego, w szczególności w postaci narażenia na zablokowanie rozwoju, znaczną szkodę majątkową oraz naruszanie interesów abonentów powoda;

- braku podstawy materialno – prawnej Decyzji;

- oraz zakresu zagadnień spornych pomiędzy stronami umów (powoda i zainteresowanego).

7. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, tj. w szczególności rażące naruszenie art. 7, 8, 10, 11 a także art. 40 § 2 k.p.a. – poprzez prowadzenie postępowania i dokonywanie ustaleń faktycznych w sposób sprzeczny z zasadą bezstronności, pogłębiania zaufania do władzy publicznej, a także zaniechanie obligatoryjnego przesyłania pism do pełnomocnika powoda – które to naruszenia znacznie ograniczały powodowi możliwości udziału w postępowaniu i obrony interesów powoda i jej abonentów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Ponadto zaskarżonej Decyzji powód zarzucił dokonanie błędnych ustaleń faktycznych oraz zaniechanie dokonania istotnych ustaleń faktycznych w zakresie dotyczącym przedmiotu umów łączących powoda i zainteresowanego (w tym częstotliwości i usług), braku wolnych zasobów powoda oraz skutków dalszego przejścia zasobów powoda przez zainteresowanego w postaci ograniczenia działalności własnej powoda, zablokowania dotychczasowego zrównoważonego rozwoju, znacznej szkody w postaci kosztów, które poniesie powód i ostatecznie jego abonenci w przypadku braku możliwości korzystania z zasobów (kanałów transmisyjnych) i konieczności zakupu niezbędnych dla dalszej działalności (set-top- box-ów).

Powołując się na powyższe zarzuty powód wniósł o:

1. wstrzymanie wykonania Decyzji z powodu jej bezprzedmiotowości i braku podstawy prawnej – ze względu na to, iż Decyzja doprowadzi do nieodwracalnych skutków oraz spowoduje znaczną szkodę, jaką poniesie powód w przypadku konieczności zmiany modelu rozwoju i konieczności zakupu urządzeń (set-top-boxów) umożliwiających dalsze prowadzenie działalności, co musi nastąpić, jeżeli wykonanie Decyzji nie zostanie wstrzymane przed wydaniem prawomocnego rozstrzygnięcia w sprawie;

2. uchylenie zaskarżonej Decyzji w całości;

3. ewentualnie o zmianę zaskarżonej Decyzji w całości i nie uwzględnienie wniosku zainteresowanego.

Jednocześnie powód wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów:

1) załączonej specjalistycznej opinii prawnej (dokumentu prywatnego) - na okoliczność bezprzedmiotowości Decyzji Prezesa UKE;

2) zwrotek przesyłek pocztowych poleconych na okoliczność dat i sposobu doręczeń pism Prezesa UKE, w tym zaskarżonej Decyzji, stronom postępowania;

ewentualnie - w przypadku nie uwzględnienia zarzutu bezprzedmiotowości Decyzji Prezesa UKE i kwestionowania okoliczności faktycznych przez strony -wniósł o przeprowadzenie także następujących dowodów:

3) z wniosku zainteresowanego z dnia 30.01.2014 r. oraz złożonych przez niego umów i porozumień zmieniających, z protokołu rozprawy administracyjnej z dnia 07.04.2014 r. oraz pism powoda wraz z załączonymi do nich dokumentami (z dnia 04.03.2014 r., 14.04.2014 r., 28.06.2014 r., 16.06.2014 r., 21.06.2014 r., z zastrzeżeniem poufności załącznika „Zasady rozwoju usług” do pisma z dnia 04.03.2014 r. oraz pisma z załącznikami z dnia 14.04.2014 r. stanowiącego odpowiedź na punkt 2 wezwania Prezesa UKE) oraz

4) przesłuchania powoda oraz z zeznań świadka w osobie kierownika jednostki organizacyjnej powoda W. Telewizji (...) (...) p. P. S. - na okoliczności:

a. nieistnienia podstawy faktycznej Decyzji w dacie doręczenia decyzji powodowi;

a. na okoliczności dotyczące faktycznego przedmiotu umów łączących powoda i zainteresowanego (w tym częstotliwości i usług), braku wolnych zasobów powoda, zakresu zagadnień spornych między stronami oraz skutków dalszego przejścia zasobów powoda przez zainteresowanego w postaci ograniczenia działalności własnej powoda, zablokowania dotychczasowego zrównoważonego rozwoju, groźby znacznej szkody w postaci kosztów, które będzie musiał ponieść powód i ostatecznie jego abonenci w przypadku braku możliwości korzystania z częstotliwości (zajętych kanałów transmisyjnych), a także na okoliczność braku doprowadzenia przez zainteresowanego własnej sieci do przyłączy i instalacji telekomunikacyjnych powoda;

5) dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu sieci telekomunikacyjnych - na ww. okoliczności wskazane w punkcie 4 lit. b.

W odpowiedzi na odwołanie, pozwany – Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniósł o jego oddalenie w całości, w tym wniosków dowodowych powoda, przeprowadzenie dowodów z dokumentów zawartych w aktach administracyjnych na okoliczność treści tych dokumentów oraz oświadczeń woli i wiedzy w nich złożonych oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 1080 zł z uwzględnieniem nakładu pracy radcy prawnego oraz charakteru i stopnia zawłości sprawy.

(...) Spółka Akcyjna z siedzibą w P., w odpowiedzi na odwołanie, wniósł natomiast o oddalenie odwołania, oddalenie wniosków dowodowych powoda, zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych z uwzględnieniem nakładu pracy pełnomocnika zainteresowanego oraz o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści złożonej odpowiedzi, tj. dowodu z opinii biegłego celem wykazania, że usługi powoda świadczone na podstawie Umów mają wyłącznie pasywny charakter, a sygnały telekomunikacyjne do abonentów (...) w pasmach dzierżawionych przez powoda są przesyłane i w całości kontrolowane przez (...) jako dostawcę usług na rzecz tych abonentów. Jednocześnie (...) w piśmie tym podniosła, iż jest skłonna przychylić się do wniosku dowodowego powoda, który dotyczy zbadania zajętości zasobów powoda z zastrzeżeniem, że opinia taka powinna również obejmować kwestię efektywności wykorzystania pasma przez powoda.

W piśmie z dnia 20 stycznia 2015 r., powód wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych przez strony, ze szczególnym uwzględnieniem dokumentów wskazanych przez niego, równocześnie cofając pozostałe wnioski dowodowe – z przesłuchania stron oraz świadka P. S. i z opinii biegłego, albowiem jak podał okoliczności, na które zostały powołane wynikają z powołanych w sprawie dokumentów. Wniósł zatem o oddalenie pozostałych wniosków dowodowych jako zbędnych do rozpoznania sprawy.

Wyrokiem z dnia 02 lutego 2015 r., sygn. akt XVII AmT 46/14 Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił zaskarżoną Decyzję w ten sposób, że oddalił wniosek (...) S.A. w P. o zmianę umów o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci i zasądził od Prezesa UKE na rzecz (...) Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w P. kwotę 460 zł tytułem zwrotu kosztów procesu. Sąd ten uznał, że Prezes UKE nie ustalił, że na powodzie ciąży publicznoprawny obowiązek zapewnienia zainteresowanemu dostępu telekomunikacyjnego, mimo, że był do tego obowiązany. Sąd ten przyjął, że nie można tego obowiązku domniemywać z faktu istnienia i wykonywania wcześniejszej umowy łączącej powoda z zainteresowanym. Sąd Okręgowy wywiódł, iż przepis

art. 139 Prawa telekomunikacyjnego nakazując udostępnienie infrastruktury odnosi się do niewykorzystywanych zasobów, za bezsporny uznał natomiast brak warunków technicznych do równoczesnego korzystania z sieci przez zainteresowanego i powoda w planowanym przez niego zakresie. Przy czym stwierdził, że nie można ignorować zamiaru wykorzystywania przez powoda infrastruktury w szerszym niż dotychczasowy zakresie po 30.06.2014 r. bez wykazania, że zamiar ten jest sprzeczny z prawem lub zasadami współżycia społecznego. Ponadto za bezzasadny Sąd uznał zarzut bezprzedmiotowości Decyzji ze względu na niedoręczenie jej powodowi przed 30.06.2014 r.

Od niniejszego wyroku apelację wniósł Prezes UKE oraz (...) S.A. w P..

Na skutek apelacji pozwanego i zainteresowanego wyrokiem z dnia 15 września 2015r. sygn. akt VI ACa 546/15 Sąd Apelacyjny w Warszawie uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Sądowi Okręgowemu w Warszawie- Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego. W motywach swego wyroku Sąd Apelacyjny wskazał na nierozpoznanie istoty sprawy i dokonanie przez Sąd Okręgowy szątkowych ustaleń faktycznych bez nawiązania do dowodów znajdujących się w aktach sprawy. Sąd Apelacyjny stwierdził, że Sąd Okręgowy nie podał w oparciu o jakie ustalenia faktyczne uznał, że w sprawie nie znajdzie zastosowania przepis art. 139 Prawa telekomunikacyjnego wskazany przez Prezesa UKE jako podstawa obowiązku powoda udostępnienia zainteresowanemu infrastrukturze telekomunikacyjnej zainstalowanej na osiedlach wymienionych w umowach. Sąd Apelacyjny podniósł, że nie znajduje potwierdzenia w aktach sprawy opinia Sądu Okręgowego co do bezsporności faktu technicznej niemożliwości dalszego wspólnego korzystania przez powoda i zainteresowanego z sieci telekomunikacyjnej, ponieważ na tym tle powstał spór między powodem a zainteresowanym, a Sąd nie poczynił na tą okoliczność żadnych ustaleń ani nie uzasadnił z jakich powodów dalsze wspólne korzystanie z kanałów transmisyjnych (pasm częstotliwości) nie jest technicznie możliwe, mimo, że kwestia ta miała być przedmiotem dowodu z opinii biegłego. Sąd Apelacyjny podkreślił, że Sąd Okręgowy nie rozważył co w istocie jest przedmiotem dostępu, który zgodnie z treścią umów zapewnić miał zainteresowanemu powód, czy przedmiotem obu umów było zapewnienie dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej, o której mowa w art. 139 Prawa telekomunikacyjnego, podczas gdy kwestia ta decydowała o kompetencji Prezesa do wydania decyzji zmieniającej umowę.

Sąd Apelacyjny wskazał, że przy ponownym rozpoznaniu sprawy rzeczą Sądu Okręgowego będzie poczynienie ustaleń oraz rozważenie kwestii dotyczących przedmiotu obu umów, w szczególności tego, czy nałożone nimi (w szczególności umową z 2006 r.) na powoda zobowiązania mieszczą się w pojęciu zapewnienia dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej, o którym mowa w przepisie art. 139 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 Pt (wskazanym przez Prezesa jako podstawa obowiązku dostępowego) oraz czy pod pojęciem infrastruktury telekomunikacyjnej można rozumieć także kanały transmisyjne (pasma częstotliwości) wykorzystywane przez zainteresowanego. W przypadku udzielenia pozytywnej odpowiedzi na powyższe pytania Sąd Okręgowy winien także w ocenie Sądu Apelacyjnego dokonać ustaleń faktycznych na potrzeby oceny zasadności twierdzeń odwołania co do braku technicznej możliwości dalszego współdzielenia przez powoda i zainteresowanego przydzielonych powodowi kanałów transmisyjnych, w razie potrzeby odwołując się do wnioskowanego przez powoda dowodu z opinii biegłego na powyższą okoliczność (z ewentualną korektą tezy dowodowej). Sąd Okręgowy winien nadto wypowiedzieć się też co do zasadności pozostałych wniosków dowodowych zgłoszonych w odwołaniu oraz w odpowiedzi na odwołanie, wydając w tym zakresie stosowne postanowienie dowodowe. Jak wskazał Sąd Apelacyjny, przedmiotem oceny Sądu Okręgowego powinno stać się także to, czy zachodzi przesłanka udostępnienia infrastruktury telekomunikacyjnej wskazana w art. 139 ust. 1 pkt 2 Pt, czy powielenie takiej infrastruktury byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe oraz czy wydanie decyzji w przedmiocie dostępu zmieniającej umowę stron będzie uzasadnione w świetle kryteriów określonych w art. 28 ust. 1 Pt. Sąd Okręgowy przy ponownym rozpoznaniu sprawy miał według Sądu Apelacyjnego zbadać również wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, podnoszonej już w postępowaniu administracyjnym, okoliczności posiadania przez zainteresowanego własnej sieci na jednym z osiedli objętych umową będącą przedmiotem wniosku, po uprzednim dokonaniu ustaleń na powyższą okoliczność.

Dodatkowo Sąd Apelacyjny zauważył, że Sąd Okręgowy prawidłowo ocenił, iż brak było podstaw do uznania za zasadne twierdzeń powoda o bezprzedmiotowości Decyzji Prezesa UKE z uwagi na wygaśnięcie obu umów z dniem 30 czerwca 2014 r., gdyż Decyzja Prezesa weszła do obrotu z dniem 27 czerwca 2014 r. jako natychmiast wykonalna.

Zainteresowany złożył zażalenie na uchylenie przez Sąd Apelacyjny wyroku Sądu I instancji i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, argumentując, że istniały podstawy do zmiany wyroku I instancji i oddalenia odwołania powoda.

Zażalenie zostało oddalone przez Sąd Najwyższy postanowieniem z dnia 25 stycznia 2016 r. o sygn. III SZ 7/15. Sąd Najwyższy zważył, że Sąd Okręgowy nie przeprowadził postępowania dowodowego w całości w rozumieniu art. 386 § 4 in fine k.p.c., toteż Sąd odwoławczy nabył uprawnienia kasatoryjne. Zachodziła zatem konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania z uwagi na konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy przez Sąd I instancji, na rozprawie w dniu 18 maja 2016 r., strona powodowa powtórzyła, iż rezygnuje z wniosku o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka wymienionego w pkt 4 odwołania, przesłuchania strony oraz opinii biegłego. Pełnomocnik pozwanego wniósł natomiast o zasądzenie kosztów w maksymalnej wysokości.

Wyrokiem z dnia 12 października 2016 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po ponownym rozpoznaniu sprawy, oddalił odwołanie (pkt 1), zasądził od (...) Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w P. z siedzibą w P. na rzecz Prezesa UKE kwotę 1.800 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego za I i II instancję (pkt 2), zasądził od (...) Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w P. z siedzibą w P. na rzecz (...) S.A. z siedzibą w P. kwotę 1.810 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego za I i II instancję (pkt 3) oraz nakazał pobrać od (...) Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w P. z siedzibą w P. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 100 zł tytułem opłaty stałej od apelacji, od uiszczenia której Prezes UKE był zwolniony z mocy prawa (pkt 4).

Podstawą rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego były następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

(...) Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) z siedzibą w P. ( SM (...)) zarządza zasobami mieszkaniowymi na osiedlach: (...), (...) W., (...), P. oraz ulicy (...) w P. (k. 296 akt adm.). Spółdzielnia posiada dwie sieci. Pierwsza służy do świadczenia usług w zakresie telewizji, druga do świadczenia usług telekomunikacyjnych: internetowych i telefonicznych (k. 162 akt adm., k. 543, 650 akt sąd.). Sieć Spółdzielni pokrywa też Osiedle na (...) zarządzane przez Spółdzielnię Mieszkaniową (...) (k. 542, 654 akt sąd.). Na 19.000 mieszkań ma ona 16.700 abonentów, czyli 2.300 abonentów nie korzysta z jej usług.

SM (...) w ramach własnej telewizji (...) nadaje programy w wersji analogowej i cyfrowej (k. 164 akt adm.). Dodatkowo Spółdzielnia zamierzała uruchamiać kolejne programy w obydwu wersjach (k. 650- 651 akt sąd.).

Na zasobach SM (...), ale w oparciu o własną sieć usługi świadczy (...) S.A., a (...) S.A. korzysta z sieci O. (k. 164 akt adm.).

W dniu 31 października 2000 r. (...) Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) z siedzibą w P. zawarła z Przedsiębiorstwem Usług (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P. (... (...)), Umowę I (k. 29- 32 akt adm.) dotyczącą świadczenia przez (...) (...) usługi transmisji danych, w oparciu o sieć telekomunikacyjną SM (...), na rzecz wszystkich podmiotów przyłączonych do tej sieci, zainteresowanych ich odbiorem (§ 1 ust. 1 Umowy I). W związku z powyższym Spółdzielnia ustanowiła na rzecz (...) (...) na okres 12 lat użytkowanie urządzeń i linii telekomunikacyjnych wchodzących w skład sieci stanowiących własność Spółdzielni, co w szczególności oznaczało korzystanie z pasma zwrotnego sieci oraz pasma dosyłowego do abonenta o szerokości 24MHz (§ 1 ust. 2 Umowy I). Spółdzielnia zobowiązała się także umożliwić (...) (...) dostęp do wszelkich pomieszczeń, w których znajdują się elementy sieci (§ 1 ust. 3 Umowy I). Przy czym wymieniono, że obszar

i budynki objęte siecią znajdują się na: Osiedlu (...) bud. 1- 28, Osiedlu (...) bud. 2- 36, Osiedlu (...) bud. 1- 15, Osiedlu (...) bud. 1- 23, Osiedlu na (...) bud. 3- 13, ulicy (...) (załącznik nr 1 do Umowy I).

W dniu 18 stycznia 2006 r. (...) (...), SM (...) oraz (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. (...), zawarły porozumienie w przedmiocie zmiany Umowy I. Na mocy ww. porozumienia (...) (...), za zgodą Spółdzielni, przeniosła na (...) wszystkie prawa i obowiązki wynikające z Umowy I. Zatem, z momentem zawarcia przedmiotowego porozumienia (...) stała się stroną Umowy I zawartej ze SM (...) w dniu 31 października 2000 r. (k. 33- 34 akt adm.).

W dniu 23 października 2006 r. została zawarta pomiędzy SM (...) a (...), Umowa II (k. 40- 45 akt adm.), na mocy której (...) uzyskała uprawnienie do świadczenia, za pomocą sieci telekomunikacyjnej Spółdzielni, usług transmisji w budynkach położonych na Osiedlu (...), znajdujących się w zasobie SM (...) (§ 2 ust. 1 Umowy II). Spółdzielnia zobowiązała się, w terminie do 15 listopada 2006 r., do udostępnienia dwóch kanałów transmisyjnych do abonenta o charakterystyce So4 i So5 (tj. częstotliwości od 134 MHz do 150 MHz) oraz pasma zwrotnego o charakterystyce od 26 MHz do 50 MHz; a także w terminie do 01 czerwca 2007 r. do przystosowania sieci pod względem technicznym umożliwiającym segmentację sieci i udostępnianie kolejnych kanałów transmisyjnych (§ 2 ust. 4 Umowy II). Na mocy § 4 ust. 2 Umowy II Spółdzielnia zezwoliła na zainstalowanie na sieci urządzeń stanowiących własność (...). Poza tym Spółdzielnia postanowiła sukcesywnie zwiększać szerokość udostępnionego na zasadzie wyłączności pasma dosyłowego do abonenta oraz pasma zwrotnego, aby umożliwić świadczenie usług wszystkim zainteresowanym podmiotom z zachowaniem odpowiedniej jakości usług w związku z czym zobowiązała się postawić do dyspozycji (...) sukcesywnie stosowną liczbę kanałów transmisyjnych (§ 5 ust. 1 Umowy II). Przy czym (...) miało zgłaszać zapotrzebowanie na kolejne kanały transmisyjne a Spółdzielnia zobowiązała się w terminie 3 miesięcy od otrzymania pisemnego zapotrzebowania do udostępniania kolejnej liczby kanałów transmisyjnych (§ 5 ust. 2 Umowy II). Pierwsze cztery kanały transmisyjne miały być udostępniane poprzez udostępnianie kolejnych kanałów telewizyjnych (§ 5 ust. 3 Umowy II).

W dniu 01 lutego 2008 r. Sąd Rejonowy (...) w P. VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego wpisał do Rejestru Przedsiębiorców połączenie spółek, dokonane na podstawie art. 492 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych poprzez przeniesienie całego majątku (...) (spółka przejmowana) na Telewizję (...) S.A. z siedzibą w P. (spółka przejmująca). Tym samym od dnia 01 lutego 2008 r. Telewizja (...) S.A. z siedzibą w P., na podstawie art. 494 ksh, wstąpiła we wszystkie prawa i obowiązki (...) (k. 35- 36 akt adm.).

W dniu 03 marca 2008 r. SM (...) SA. z siedzibą w P. podpisały porozumienie zmieniające Umowę I (k. 35- 36 akt adm.).

W dniu 02 stycznia 2009 r. Sąd Rejonowy (...) w P. VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego wpisał do Rejestru Przedsiębiorców zmianę nazwy spółki z Telewizja (...) S.A. na (...) SA.

W dniu 30 czerwca 2010 r. (...) SA. i SM (...) zawarły Porozumienie (k. 37- 38 akt adm.), na mocy którego zmieniły Umowę I i Umowę II. W § 4 ust. 1 Porozumienia postanowiły, że obydwie Umowy będą obowiązywać do dnia 30 czerwca 2014 r. Zgodnie z nowo wprowadzonym na podstawie Porozumienia zapisem § 5 ust. 4 Umowy (...) zobowiązała się, że łączna liczba udostępnionych przez Spółdzielnię kanałów transmisyjnych na Osiedlu (...) w kolejnych latach nie będzie większa niż: 8 kanałów transmisyjnych w 2010 r., 9 kanałów transmisyjnych w 2011 r., 14 kanałów transmisyjnych w 2012 r., 21 kanałów transmisyjnych w 2013 r. i 2014 r. (§ 4 ust. 2 Porozumienia z 30 czerwca 2010 r.). Natomiast w myśl zmodyfikowanego § 2 ust. 4 Porozumienia z dnia 18 stycznia 2006 r. w przedmiocie zmiany Umowy I liczba udostępnionych przez Spółdzielnię kanałów transmisyjnych na pozostałych osiedlach (...) w kolejnych latach nie miała być większa niż: 52 kanały transmisyjne w 2010 r., 72 kanały transmisyjne w latach 2011 – 2014 (§ 4 ust. 3 Porozumienia z 30 czerwca 2010 r.).

Faktycznie jednak (...) korzystała z 4 kanałów transmisyjnych, które stanowiły ok. 4% całej sieci Spółdzielni (k. 161 akt adm., k. 651, 652- 653 akt sąd.).

Ponadto w § 2 Porozumienia z 30 czerwca 2010 r., Spółdzielnia jako dysponent nieruchomości wyraziła wolę podpisania umowy na udostępnienie (...) Spółce (...), po spełnieniu przez (...) warunków określonych przepisami prawa oraz wymogów Spółdzielni w tym zakresie, celem wybudowania przez (...) na zasobach Spółdzielni własnej sieci telekomunikacyjnej.

Jednocześnie, 30 czerwca 2010 r. (...) S.A. i SM (...) złożyły oświadczenie (k. 39 akt adm.), że z dniem 01 lipca 2010 r. na terenie Osiedla (...) usługa telewizyjna będzie świadczona przez Spółdzielnię z uwagi na brak możliwości jej świadczenia przez dwóch operatorów na tej samej sieci. Dlatego Spółdzielnia zapewnić miała usługi dotychczasowym abonentom spółki (...). Ponadto podmioty poinformowały o podjęciu rozmów w celu podpisania umowy umożliwiającej wybudowanie przez (...) własnej sieci telekomunikacyjnej pozwalającej na niezależne świadczenie przez (...) wszystkich usług telekomunikacyjnych.

Umowa taka nie została jednak podpisana.

W dniu 12 października 2011 r. (...) wystąpiła do Spółdzielni o zawarcie umowy o udostępnienie nieruchomości na Osiedlu (...) w P. w celu rozpoczęcia budowy własnej sieci telekomunikacyjnej, ale nie uzyskała zgody Spółdzielni w terminie 30 dni, dlatego zwróciła się do Prezesa UKE we wniosku z 23 stycznia 2012 r. o wydanie decyzji zastępującej umowę (k. 3, 55 akt adm.).

W dniu 01 stycznia 2013 r. (...) wybudowała natomiast elementy własnej sieci na Osiedlu na (...), nie zarządzanym przez Spółdzielnię, aczkolwiek sieć ta nie była gotowa, aby zapewnić usługi wszystkim abonentom (k. 654, 657 akt sąd.)

Pismem z dnia 19 grudnia 2013 r. (k. 15- 22 akt adm.) (...) S.A. wystąpiła do Spółdzielni z wnioskiem o przedłużenie okresu obowiązywania Umowy I i Umowy II do dnia 30 czerwca 2016 r. ze względu na fakt, iż negocjacje w przedmiocie zawarcia umowy o udostępnienie nieruchomości pod budowę własnej sieci przez (...) nie powiodły się a Spółka dąży do zapewnienia swoim abonentom ciągłości świadczonych usług telekomunikacyjnych. Do wniosku (...) S.A. załączyła projekt porozumienia przedłużającego okres obowiązywania Umowy I oraz Umowy II.

Pismem z dnia 10 stycznia 2014 r. (k. 13 akt adm.) SM (...) odpowiedziała na ww. pismo (...) S.A., wskazując, że już w momencie akceptacji warunków Porozumienia z 30 czerwca 2010 r. w zakresie określenia terminu obowiązywania Umów do dnia 30 czerwca 2014 r., Spółdzielnia jednoznacznie oświadczyła, że ze względu na konieczność rozwoju i utrzymania wysokiego poziomu usług świadczonych przez W. Telewizję (...) termin ten jest terminem ostatecznym i dalsze korzystanie z sieci Spółdzielni przez (...) po tym terminie jest niemożliwe. SM (...) podała, że po 15 miesiącach od podpisania Porozumienia z 30 czerwca 2010 r. (...) wystosowała pismo w przedmiocie budowy własnej sieci, po której nastąpiła krótka wymiana korespondencji, nie wyraziła więc zgody na przedłużenie terminu obowiązywania Umów do dnia 30 czerwca 2016 r.

W związku z odmową podpisania przez SM (...) porozumienia zmieniającego Umowy w zakresie terminu ich obowiązywania, wnioskiem z dnia 24 stycznia 2014 r. (k. 1- 22 akt adm.) (...) S.A. wystąpiła do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej o wydanie, na podstawie art. 29 i art. 30 Prawa telekomunikacyjnego, decyzji zmieniającej treść Umowy I i Umowy II poprzez przedłużenie okresu ich obowiązywania do dnia 30 czerwca 2016 r. Jednocześnie, z uwagi na ważny interes abonentów i konieczność zapewnienia przez (...) S.A. ciągłości świadczenia usług telekomunikacyjnych, Spółka na podstawie art. 206 ust. 1 Pt w związku z art. 108 § 1 kpa, wniosła o nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. W uzasadnieniu przedmiotowego wniosku (...) S.A. wskazała, że Umowy w przeszłości doprowadziły do wdrożenia przez Spółkę w sieci Spółdzielni usług związanych z transmisją danych. Aktualnie zaś Umowy określają zasady współpracy w zakresie świadczenia przez (...) S.A. usług dostępu do sieci Internet oraz usług telefonii głosowej w oparciu o sieć H., będącą własnością Spółdzielni. (...) podniosła, że intencją stron umów wobec ograniczonego czasu ich trwania było zapewnienie ciągłości świadczenia usług abonentom Spółki w wyniku zagwarantowania budowy nowej sieci należącej do Spółki, ale z uwagi na brak zgody Spółdzielni a także na brak wydania decyzji przez Prezesa UKE dotyczącej udostępnienia Spółce nieruchomości Spółdzielni, (...) nie jest w stanie do dnia 30 czerwca 2014 r. wybudować własnej sieci w takim zakresie, który pozwoliłby na



świadczenie abonentom Spółki usług telekomunikacyjnych na warunkach dotychczasowych. Toteż zdaniem (...) wydłużenie okresu obowiązywania Umów pozwoliłoby na zapewnienie dotychczasowym abonentom, w liczbie ok. 4 000, ciągłości świadczonych usług telekomunikacyjnych po dniu 30 czerwca 2014 r. do momentu wykonania infrastruktury telekomunikacyjnej przez (...) S.A.

Pismem z dnia 17 lutego 2014 r. Prezes UKE zawiadomił więc obydwie podmioty o wszczęciu w dniu 30 stycznia 2014 r. postępowania administracyjnego w przedmiocie wydania przez Prezesa UKE decyzji w sprawie zmiany Umowy I oraz Umowy II w zakresie przedłużenia terminu obowiązywania Umów (k. 51-53 akt adm.). Ponadto Prezes zwrócił się do podmiotów o przedstawienie stanowiska w tej sprawie.

Pismem z dnia 05 marca 2014 r. (k. 53- 71 akt adm.) SM (...) poinformowała, że nie jest możliwe przedłużenie terminu obowiązywania Umów z uwagi na potrzebę odzyskania przez Spółdzielnię zasobów, które w ramach Umów zajmuje (...) S.A. Odzyskanie zajętych przez (...) S.A. zasobów pozwoli, jak wskazała SM (...), zwiększyć i uatrakcyjnić ofertę programową W. Telewizji (...), która jest wyodrębnioną jednostką organizacyjną Spółdzielni. Za jej pośrednictwem SM (...) świadczy usługi telekomunikacyjne. W ocenie Spółdzielni tylko takie działanie pozwoli SM (...) konkurować z innymi podmiotami, które świadczą usługi na regionalnym rynku usług telekomunikacyjnych. Spółdzielnia zauważyła, że przedłużenie terminu obowiązywania Umów odbije się negatywnie na 16.800 abonentach W. Telewizji (...) i członkach SM (...). W ocenie SM (...), (...) S.A. nie podejmowała też stosownych działań uwzględniających zamiar odzyskania przez Spółdzielnię pasm częstotliwości, gdyż do czasu złożenia wniosku wszczynającego przedmiotowe postępowanie administracyjne, (...) S.A. nie wystąpiła bowiem z wnioskiem do SM (...) o ustalenie warunków dostępu do budynków posadowionych na Osiedlu (...) pod L., Osiedlu (...). Jak podała, taki wniosek wpłynął do Spółdzielni dopiero w dniu 19 lutego 2014 r., kiedy to zgodnie z twierdzeniem (...) S.A. nie było już możliwości wybudowania infrastruktury telekomunikacyjnej wewnątrzbudynkowej w terminie do dnia 30 czerwca 2014 r. Ponadto SM (...) wskazała, że (...) S.A. nie wykonywała i nie wykonuje należycie zawartych Umów. W ocenie Spółdzielni, (...) S.A. działa w sposób nielojalny, narusza postanowienia Umów i przepisy prawa poprzez stosowanie nieuczciwych praktyk cenowych, nie wywiązuje się ze zobowiązań finansowych wynikających z Umów dotyczących korzystania z sieci SM (...). SM (...) podniosła, że w chwili obecnej rozwój oferty W. Telewizji (...) jest hamowany przez brak wolnych częstotliwości, zaś brak atrakcyjnej oferty może spowodować utratę abonentów. Na dowód powyższego Spółdzielnia załączyła „Opis zasad rozwoju usług SM (...)”.

Pismem z dnia 05 marca 2014 r., (...) wskazała liczbę abonentów, którzy utracą dostęp do usług świadczonych przez (...) w przypadku rozwiązania Umów (k. 73-75 t.I akt adm., t. III akt adm.- tajemnica przedsiębiorstwa).

W piśmie z dnia 19 marca 2014 r. (k. 80- 84 akt adm.), (...) podała, że w jej ocenie nie ma związku pomiędzy korzystaniem przez (...) z sieci SM (...) oraz poziomem obsługi abonentów Spółdzielni. Stąd zakończenie terminu obowiązywania Umów nie jest niezbędne dla zwiększenia i uatrakcyjnienia oferty programowej Spółdzielni, tym bardziej, że aktualna oferta programowa Spółdzielni nie odbiega od ofert innych operatorów telewizji kablowej na rynku, a jeżeli chodzi o usługi telewizji kablowej - na obszarze administrowanym przez Spółdzielnię jest ona ich dominującym dostawcą. Zgodnie z twierdzeniem (...) S.A. nie ma żadnych powodów, aby zakładać, że sieć Spółdzielni znacząco odbiega od standardu, co implikuje, że nie tylko nie powinna ona wykazywać wyczerpania się pasma, ale przeciwnie - powinna nadal posiadać rezerwę umożliwiającą rozwój usług zwłaszcza, że 4 kanały transmisyjne wykorzystywane przez Spółkę stanowią mniej niż 5% całego pasma częstotliwości sieci Spółdzielni. (...) S.A. zwróciła również uwagę na to, że przedłużenie terminu obowiązywania Umów jest w interesie abonentów SM (...), ponieważ część abonentów Spółdzielni jest również abonentami (...) S.A. Zakończenie obowiązywania Umów spowoduje więc odcięcie tych abonentów od dotychczas świadczonych im przez (...) S.A. usług dostępu do Internetu i usług głosowych co, zdaniem (...) S.A. w istotny sposób ograniczy korzyść abonentów, a tym samym członków SM (...), płynącą z dostępności różnorodnej, pod względem zakresu, ceny i jakości, oferty usług telekomunikacyjnych. (...) S.A. nie zmieni tego faktu świadczenia na obszarze administrowanym przez Spółdzielnię usług przez (...) S.A. czy (...) S.A. Dostępność konkurencyjnych wobec Spółdzielni czy Wnioskodawcy dostawców nie jest bowiem uzasadnieniem dla uniemożliwienia Spółce zapewnienia jej abonentom ciągłości świadczenia usług. Odnosząc się do wskazanej przez Spółdzielnię możliwości świadczenia przez (...) S.A. usług z wykorzystaniem innej technologii tj. bezprzewodowej,

(...) S.A. wskazała, że w swojej ofercie posiada usługę dostępu do Internetu w sieci bezprzewodowej (w tym mobilnej) i świadczy ją również na zasobach mieszkaniowych Spółdzielni, podkreśliła, że nie można ich wszelako uznać za zamienne. Funkcjonalność usług dostępu do sieci Internet (w szczególności prędkość i stabilność połączeń) różni się bowiem w zależności od technologii i ma to wpływ na decyzje użytkowników w zakresie wyboru usługi (bądź usług) i jej dostawcy. (...) zanegowała przy tym możliwość świadczenia przez nią usług o porównywalnych parametrach i jakości, jak usługa świadczona drogą kablową, z wykorzystaniem technologii innej niż kablowa. Ustosunkowując się do wskazanej przez SM (...) możliwości świadczenia usług przy wykorzystaniu łączy (...) SA., (...) SA. wskazała, że w zasobach Spółdzielni dostarcza usługi kablowego dostępu do Internetu w oparciu o standard transmisji (...), przewidziany dla sieci H. (optyczno - koncentrycznych). W tej technologii pracują urządzenia stacyjne, jak również wszystkie urządzenia abonenckie. (...) S.A. wykorzystuje zaś inny rodzaj kabli oraz inny rodzaj transmisji w warstwie optycznej, przez co nie ma możliwości zrealizowania usług oferowanych przez (...) S.A. w oparciu o łącza (...) S.A. Nie ma bowiem możliwości wykorzystania transmisji (...) w sieci wykorzystującej miedziane kable parowe.

W toku postępowania odbyła się rozprawa administracyjna (k. 159- 167 akt adm.), w trakcie której Spółdzielnia złożyła dwa pisma datowane na 07 kwietnia 2014 r. Przy jednym z nich (k. 105- 107 akt adm.) załączyła wykaz częstotliwości i sposób ich wykorzystania według stanu na 04.04.2014 r. (k. 108- 110 akt adm.), wykaz programów telewizyjnych rozprowadzanych w kanałach telewizyjnych będących w dyspozycji SM (...) według stanu na 02.04.2014 r. na Osiedlu (...) (k. 111- 113 akt adm.) i wykaz usług SM (...), których Spółdzielnia nie może uruchomić ze względu na brak wolnych kanałów (t. III akt adm. - tajemnica przedsiębiorstwa). Przy drugim z pism (k. 119- 122 akt adm.) Spółdzielnia załączyła wykaz zmian liczby abonentów wybranych pakietów (t. III akt adm.- tajemnica przedsiębiorstwa) oraz (...) 20 kanałów TV (k. 124 akt adm.). Z kolei (...) złożyła jedno pismo z datą 07 kwietnia 2014 r. (k. 98- 99 akt adm.).

Pismem z dnia 14 kwietnia 2014 r. (k. 198- 203 akt adm.- tajemnica przedsiębiorstwa), SM (...) odpowiedziała na pytanie, po co włącza kanały w wersji analogowej i w jaki sposób zamierza zyskać wolne zasoby po zagospodarowaniu tych, które (...) S.A. zwróci po zakończeniu Umów oraz po zagospodarowaniu wolnych częstotliwości, które jeszcze SM (...) posiada. SM (...) wskazała również czy kroki pozwalające jej na uzyskanie wolnych zasobów może wykonać teraz, tak aby (...) S.A. mogła zwrócić zajmowane zasoby w terminie późniejszym, niż do dnia 30 czerwca 2014 r. Informacje przedstawione w piśmie będące odpowiedzią na powyższe pytania stanowią zgodnie z zastrzeżeniem dokonany przez SM (...) jej tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniach od 02 maja 2014 r. do 02 czerwca 2014 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne umożliwiające zainteresowanym podmiotom wyrażenie na piśmie w określonym terminie stanowiska do projektu rozstrzygnięcia (k. 220- 249 akt adm.).

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w stanowisku z dnia 27 maja 2014 r. nie zgłosił zastrzeżeń do ww. projektu decyzji (k. 296- 297 akt adm.).

SM (...) swoje stanowisko co do projektu decyzji przedstawiła w piśmie z dnia 28 maja 2014 r. (k. 299- 312 akt adm.). SM (...) podniosła m.in., że obydwie Umowy dotyczą także dostępu do urządzeń nie stanowiących przyłączy i instalacji telekomunikacyjnych w rozumieniu art. 139 ust. 1 pkt 2 Prawa telekomunikacyjnego, w tym do stacji czołowej, sieci magistralnej, sieci dystrybucyjnej (k. 299- 312 akt adm.).

Do akt sprawy został załączony komunikat wydany przez SM (...) w przedmiocie planowanego uruchomienia programów od 01 lipca 2014 r. (k. 320 akt adm.).

Dodatkowo SM (...) złożyła pismo z dnia 16 czerwca 2014 r. (k. 326- 384 akt adm.).

Dnia 27 czerwca 2014 r. Prezes UKE wydał zaskarżoną Decyzję, którą przedłużył termin obowiązywania obydwu Umów łączących (...) i SM (...) do dnia 30 czerwca 2016 r. i nadał jej rygor natychmiastowej wykonalności.

W ocenie Sądu Okręgowego, odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Zdaniem Sądu I instancji zarzut naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne poprzez wydanie decyzji bez podstawy prawnej w przepisach prawa

materialnego tj. poprzez wydanie decyzji z zakresu dostępu do materialnej infrastruktury należącej do powódki w sytuacji, gdy głównym przedmiotem zaskarżonej decyzji było korzystanie z określonego pasma częstotliwości oraz usług powódki, nie mieszczące się w zakresie zastosowania wymienionego przepisu, należało uznać za niezasadny.

Sąd Okręgowy wskazał, że na podstawie art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, (...) Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) z siedzibą w P. występująca w roli przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w związku ze świadczeniem członkom spółdzielni i pozostałym mieszkańcom usług telekomunikacyjnych jest obowiązana do zapewnienia dostępu do nieruchomości, w tym do budynków oraz infrastruktury telekomunikacyjnej stanowiącej jej własność na rzecz innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych mających zamiar świadczyć usługi przy wykorzystaniu istniejącej infrastruktury, jeżeli powielenie takiej infrastruktury byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe. Z tym, że dostęp do istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku opiera się na regulacji wprowadzonej przez art. 139 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Natomiast dostęp do budynku i pozostałej infrastruktury telekomunikacyjnej objęty jest regulacją art. 139 ust. 1 tej ustawy, ponieważ z jego treści wynika ogólna zasada zapewnienia dostępu do nieruchomości i infrastruktury telekomunikacyjnej, który polegać ma w szczególności na dostępie wymienionym w punktach art. 139 ust. 1.

Sąd pierwszej instancji wskazał także, że przedmiotowy dostęp zainteresowany (...) S.A. uzyskał w ramach dwóch Umów zawartych z powodem - Umowy I z 31 października 2000 r. i Umowy II z 23 października 2006 r., które były przez te podmioty zmieniane. Na mocy (...) S.A. uzyskała możliwość użytkowania urządzeń i linii telekomunikacyjnych wchodzących w skład sieci stanowiących własność Spółdzielni, co w szczególności oznaczało korzystanie z pasma zwrotnego sieci oraz pasma dosyłowego do abonenta o szerokości 24MHz (§ 1 ust. 2 Umowy I), jak też dostęp do wszelkich pomieszczeń, w których znajdują się elementy sieci (§ 1 ust. 3 Umowy I) na: Osiedlu (...) bud. 1- 28, Osiedlu (...) bud. 2- 36, Osiedlu (...) bud. 1- 15, Osiedlu (...) bud. 1- 23, Osiedlu na (...) bud. 3- 13, ulicy (...) (załącznik nr 1 do Umowy I). Natomiast na podstawie (...) S.A. została udostępniona sieć telekomunikacyjna obejmująca Osiedle (...) (§ 2 ust. 1 Umowy II), kanały transmisyjne do abonenta oraz pasmo zwrotne (§ 2 ust. 4 Umowy II), umożliwiony został również dostęp do sieci operatora, czyli SM (...) i pomieszczeń, w których znajdują się urządzenia operatora jak i zainteresowanego (§ 7 Umowy II).

Ponadto, Sąd Okręgowy, zaznaczył, że jak podał sam powód w piśmie z dnia 28 maja 2014 r. (k. 304 akt adm.), w ramach dostępu do infrastruktury Spółdzielnia udzieliła (...) S.A. dostępu do: przyłącza telekomunikacyjnego, instalacji telekomunikacyjnej, jak też stacji czołowej (nadajników optycznych, odbiorników kanału zwrotnego, wzmacniaczy, sprzęgaczy, rozgałęźników), sieci magistralnej a w jej ramach do kabli światłowodowych i koncentrycznych, odbiorników optycznych wyposażonych w nadajniki kanału zwrotnego, wzmacniaczy magistralnych oraz sieci dystrybucyjnej i w tym zakresie do kabli koncentrycznych, wzmacniaczy dystrybucyjnych. Wobec tego, jak wskazał Sąd Okręgowy, obydwie Umowy wprowadzają na rzecz (...) S.A. dostęp do nieruchomości, budynków znajdujących się w zasobach Spółdzielni, jak też szeroko pojętej infrastruktury telekomunikacyjnej, do udzielenia którego obowiązana jest Spółdzielnia w art. 139 ust. 1 i art. 139 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji, wiadomym celem i konsekwencją otwarcia dla zainteresowanego przedsiębiorcy ww. infrastruktury w sensie fizycznym, materialnym, przykładowo takiej jak kable, nadajniki, czy odbiorniki, jest używanie ich przez tego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego do celów transmisji i świadczenia usług własnym klientom będącym lub nie będącym członkami Spółdzielni. Użytkowanie bowiem infrastruktury telekomunikacyjnej bez możliwości prowadzenia przez nią przesyłu byłoby bezprzedmiotowe i pozbawione sensu. Z tych względów Sąd Okręgowy przyjął, że z materialnym dostępem wiąże się również możliwość korzystania z udostępnionych urządzeń, przez które prowadzony jest sygnał, polegająca na prowadzeniu tego sygnału, tym bardziej, że jak w niniejszym przypadku odbywa się ono bez zaangażowania operatora jakim jest Spółdzielnia, ponieważ to (...) kieruje i odpowiada za rozprowadzanie sygnału w kanałach. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że w myśl art. 2 pkt 8 ustawy Prawo telekomunikacyjne na infrastrukturę telekomunikacyjną składają się urządzenia telekomunikacyjne, oprócz telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, oraz w szczególności linie, kanalizacje kablowe, słupy, wieże, maszty, kable, przewody oraz osprzęt, wykorzystywane do zapewnienia telekomunikacji (czyli elementy, przez

które prowadzony jest sygnał). Z definicji tej wynika, że elementy te służą zapewnieniu telekomunikacji, tak więc są wykorzystywane do świadczenia usług telekomunikacyjnych, które sprowadzają się do przekazywania sygnałów w sieci telekomunikacyjnej. Udostępnienie tych elementów łączyć się zatem będzie z prowadzeniem za ich pomocą transmisji przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, któremu je udostępniono na potrzeby świadczenia usług telekomunikacyjnych. Tym samym, w ocenie Sądu pierwszej instancji, racjonalnym było przyznanie przez Spółdzielnię przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu (...) S.A. w zawartych Umowach pasm dosyłowych, kanałów transmisyjnych do abonenta oraz pasm zwrotnych, skoro (...) S.A. na tych pasmach, za pomocą infrastruktury Spółdzielni, miała świadczyć usługi transmisji danych, telekomunikacyjne abonentom. Ponadto, jak wskazał Sąd Okręgowy w § 1 ust. 2 Umowy I Spółdzielnia ustanowiła na rzecz zainteresowanego użytkowanie urządzeń i linii telekomunikacyjnych wchodzących w skład sieci, co jak stwierdziła w Umowie I oznacza wyłączne prawo korzystania z pasma zwrotnego sieci oraz pasma dosyłowego do abonenta o szerokości 24 MHz. Zdaniem Sądu jest to w rzeczywistości potwierdzenie stanowiska, że udostępnienie infrastruktury telekomunikacyjnej oznacza jednocześnie udostępnienie kanałów transmisyjnych. Sąd pierwszej instancji podkreślił, że pełnomocnik powodowej SM (...) oświadczył na rozprawie w dniu 28 września 2016 r., że Spółka (...) korzystała z całej sieci i całej infrastruktury, oraz że w umowie Spółdzielnia zobowiązała się udostępnić wszystkie budynki i pomieszczenia, gdzie znajduje się instalacja umożliwiająca Spółce (...) świadczenie usług telekomunikacyjnych. Pełnomocnik powoda stwierdził też, że kanały transmisyjne udostępnione (...) mieściły się w sieci telekomunikacyjnej Spółdzielni. W tej sytuacji, w ocenie Sądu dostęp do kanałów transmisyjnych oznacza dostęp do infrastruktury materialnej. Wobec tego, jak wskazał Sąd Okręgowy, przedmiotowa Decyzja była niewątpliwie decyzją z zakresu dostępu do materialnej infrastruktury, znajdującą uzasadnienie w przepisie art. 139 Prawa telekomunikacyjnego prawidłowo zastosowanego w ustalonym stanie faktycznym sprawy.

Dlatego, zdaniem Sądu, Prezes UKE miał prawo rozstrzygnięcia niniejszej sprawy z wniosku (...) S.A., która zwróciła się o utrzymanie istniejącego dostępu posiadanego na podstawie Umów z terminem obowiązywania do 30 czerwca 2014 r. Zgodnie bowiem z art. 139 ust. 4 zd. 1 Prawa telekomunikacyjnego do zapewnienia dostępu, o którym mowa w ust. 1, stosuje się przepisy art. 27-30, art. 31 ust. 1 oraz art. 33. Na podstawie zaś art. 28 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego Prezes UKE ma prawo do zmiany umowy o dostępie telekomunikacyjnym na wniosek strony negocjacji o zmianę takiej umowy. Wobec tego, zdaniem Sądu Okręgowego, skoro strony łączyły umowy o dostępie telekomunikacyjnym, zaś Prezes UKE jest uprawniony do podjęcia decyzji o dostępie telekomunikacyjnym, która zastępuje umowę stron, to tym bardziej może dokonać zmiany jej postanowień, np. zmianę terminu jej obowiązywania.

Z kolei, jak zauważył Sąd Okręgowy, (...) S.A. była uprawniona do wystąpienia z przedmiotowym wnioskiem o przedłużenie terminu obowiązywania Umów do dnia 30 czerwca 2016 r., ponieważ z uwagi na brak zgody ze strony Spółdzielni na budowę przez (...) S.A. własnej sieci nie miała możliwości w inny sposób, jak przez dalsze korzystanie z sieci powoda, kontynuować świadczenia usług obsługiwanym do tej pory klientom. Sąd pierwszej instancji zwrócił uwagę, że wprawdzie obydwie podmioty złożyły w dniu 30 czerwca 2010 r. oświadczenie o podjęciu rozmów w celu podpisania umowy dotyczącej wybudowania przez (...) S.A. osobnej sieci telekomunikacyjnej pozwalającej na niezależne świadczenie przez (...) S.A. wszystkich usług telekomunikacyjnych, jednakże ostatecznie po wystąpieniu Spółki 12 października 2011 r. z wnioskiem o udostępnienie nieruchomości na Osiedlu (...) w P. w celu rozpoczęcia budowy, Spółdzielnia nie udzieliła zgody w ustawowym terminie przez co Spółka zwróciła się do Prezesa UKE 23 stycznia 2012 r. o wydanie decyzji zastępującej umowę (k. 3 akt adm.). Natomiast, jak zauważył Sąd Okręgowy, wyrażenie zgody przez Spółdzielnię gwarantowałoby wybudowanie odrębnej sieci w związku z dużym zapasem czasu do końca terminu obowiązywania Umów i uwolniło od korzystania przez Spółkę z obcej infrastruktury Spółdzielni.

W tym miejscu Sąd pierwszej instancji wskazał, że jak wynika z art. 139 ust. 1 pkt 3 Prawa telekomunikacyjnego doprowadzenie przyłącza telekomunikacyjnego lub wykonanie w budynku instalacji telekomunikacyjnej budynku powinno zostać przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu zapewnione, o ile nie jest możliwe wykorzystanie istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku lub do budynku nie jest doprowadzone takie przyłącze lub budynek nie jest wyposażony w taką instalację. W pierwszej zatem kolejności

udostępnieniu podlega istniejąca instalacja telekomunikacyjna, a jak zauważył Sąd, Spółdzielnia takową posiada na osiedlach, na których udostępniła ją do 30 czerwca 2014 r.

Sąd Okręgowy podkreślił jednak, że SM (...) utrzymuje, że nie jest możliwe dalsze wykorzystanie przez (...) S.A. istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynków wobec tego, że Spółdzielnia potrzebuje odzyskać udostępnione Spółce do tej pory kanały transmisyjne na własne potrzeby. Oceny wymagała zatem w niniejszej sprawie zasadność utrzymania dostępu dla (...) S.A. na czas kiedy Spółka nie posiada własnej sieci.

Sąd pierwszej instancji wskazał, iż Prezes UKE zdecydował, że konieczne jest przedłużenie obowiązywania Umów o dostępie do dnia 30 czerwca 2016 r., tj. o 2 lata, uznając, że jest to czas wystarczający do wybudowania przez (...) S.A. samodzielnej sieci, którą Spółka będzie mogła eksploatować bez ograniczeń. Tym samym pozwany nie uznał argumentów Spółdzielni odnośnie niemożności dalszego udostępniania zasobów zainteresowanemu.

Sąd zważył, że przedmiotem Umów było przyznanie - w ramach dostępu do infrastruktury - pasm dosyłowych, czyli kanałów transmisyjnych i pasm zwrotnych o określonej częstotliwości i szerokości, na których (...) świadczyła swoje usługi abonentom, co świadczy, zdaniem Sądu, o wolnych zasobach z uwagi na możliwość ich udostępnienia. Wobec tego, w ocenie Sądu, niepotrzebne stało się badanie, czy Spółdzielnia takie wolne kanały posiada, co podlegałoby ocenie przy wydawaniu decyzji o dostępie telekomunikacyjnym, gdyż te kwestie zostały przez strony uregulowane w zawartych przez nie umowach. Sąd Okręgowy zaznaczył także, że ze względu na to, iż Spółdzielnia podniosła brak możliwości dalszego udostępniania kanałów ze względu na zamiar zagospodarowania wolnych zasobów wynikający z planów rozwoju własnej telewizji (...), należało poddać tą okoliczność analizie.

Ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła jednak Sąd do przekonania zbieżnego z poglądem Prezesa UKE.

Przede wszystkim Sąd zauważył, że (...) zajmuje tylko 4 kanały transmisyjne, co ostatecznie przyznał sam powód. Wielkość zasobów udostępnianych zainteresowanemu stanowi zatem zaledwie 4 %, podczas gdy reszta jest użytkowana przez Spółdzielnię. Spółdzielnia wskazuje jednak, że konieczność odebrania tych kilku kanałów zainteresowanemu jest podyktowana zamiarem nadawania nowych programów w telewizji kablowej w związku z uatrakcyjnianiem oferty programowej, aby była konkurencyjna. Odnosząc się do powyższego, Sąd Okręgowy podkreślił, że Spółdzielnia jako przedsiębiorca świadczący usługi telekomunikacyjne w rzeczywistości dominuje na terenie zasobów Spółdzielni, gdyż na 19.000 mieszkań ma 16.700 abonentów, czyli 2.300 abonentów nie korzysta z jej usług. Argumenty powodowej Spółdzielni o braku możliwości rozwoju w świetle powyższego zdaniem Sądu nie są zasadne. Poza tym, na terenie Spółdzielni w oparciu o własną sieć usługi świadczy O., a N. świadczy je korzystając z sieci O.. Toteż pozycja Spółdzielni nie jest zagrożona w przeciwieństwie do bytu (...) na rynku wyznaczonym przez zasoby Spółdzielni.

Sąd pierwszej instancji zauważył także, że nie ma przeciwwskazań do tego, aby Spółdzielnia efektywnie wykorzystwała posiadane zasoby, ponieważ obecnie dubluje programy wyświetlając je w wersji analogowej i cyfrowej, co jest okolicznością bezsporną. Wprawdzie Spółdzielnia twierdziła, że takie podejście jest prospołeczne, bo nie wymusza na abonencie wymiany odbiorników telewizyjnych i umożliwia odbiór programów telewizyjnych w dotychczasowej formie, aczkolwiek Spółdzielnia w dłuższej perspektywie czasowej powinna, w ocenie Sądu, dążyć do wprowadzenia innowacji z uwagi na wypieranie technologii wyświetlania programów w wersji analogowej stającej się przeżytkiem. Zwłaszcza, że jak podniosła (...) w toku rozprawy administracyjnej kanał transmisyjny równa się jednemu kanałowi analogowemu, 5 kanałom HD i do 10 kanałom SD (telewizyjnych). Zdaniem Sądu Okręgowego zagospodarowanie kanałów przy wykorzystaniu nowszej technologii jest bardziej wydajne i pozwoliłoby na zwiększenie liczby nadawanych programów. Dzięki cyfrowej kompresji obrazu i dźwięku (w systemie (...)2 oraz (...)4) umożliwia przesłanie od 4 do 16 razy więcej programów telewizyjnych, niż w przypadku telewizji analogowej przy wykorzystaniu podobnego pasma ( (...) /Telewizja\_cyfrowa). Co więcej zgodnie z treścią art. 3 ustawy z dnia 30 czerwca 2011 r. o wdrożeniu naziemnej telewizji cyfrowej (Dz.U. z 2016 r., poz. 649 j.t.) wdrożenie naziemnej telewizji cyfrowej polegające na:

1) równoczesnym rozpowszechnianiu, w okresie przejściowym, programów telewizyjnych w sposób analogowy i cyfrowy drogą rozszewcą naziemną;

2) zakończeniu rozpowszechniania programów telewizyjnych w sposób analogowy drogą rozszewcą naziemną przez nadawców, o których mowa w art. 4 ust. 1,

dokonuje się na poszczególnych obszarach terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zgodnie z terminami określonymi przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nie później niż do dnia 31 lipca 2013 r. Dlatego też zdaniem Sądu Okręgowego SM (...) powinna planować rozwój W. Telewizji (...) biorąc pod uwagę wyłączenie telewizji analogowej i uruchomienie nowych programów w wersji cyfrowej na zwolnionych kanałach. Jak twierdzi Sąd pierwszej instancji, powyższe działanie pozwoliłoby na realizację założeń programowych tej telewizji kablowej. Dodatkowo, zdaniem Sądu, Spółdzielnia mogła rozważyć odpowiednie zagospodarowanie kanału F. i M.- testowy. Działanie przeciwne, jakie prezentuje powód należy zatem, w ocenie Sądu, zakwalifikować jako dążenie do uzyskania pozycji monopolisty poprzez eliminację podmiotu konkurencyjnego, któremu na podstawie art. 139 ust. 1 i art. 139 ust. 1 pkt 2 Prawa telekomunikacyjnego był obowiązany zapewnić dostęp. Przy czym, jak wynika nawet z twierdzeń samej Spółdzielni Spółka została wykluczona ze świadczenia usług telewizyjnych na Osiedlu (...), podczas gdy na podstawie Umów Spółdzielnia zobowiązywała się wręcz do zwiększenia liczby przyznanych Spółce kanałów. Nadto wybudowanie własnej sieci przez (...) możliwe stało się tylko na terenie Spółdzielni Mieszkaniowej (...), ponieważ SM (...) nie pozwoliła na budowę samodzielnej sieci na obszarze jej zasobów, w oparciu o którą (...) mogłaby zostać rywalizującym dostawcą usług.

Jednocześnie Sąd Okręgowy wskazał, że kwestia zapewnienia dostępu dla (...) była badana przez pryzmat kryteriów określonych w art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego. Wzięta została zatem pod uwagę kwestia sporna w postaci terminu obowiązywania umów, jak i obowiązków nałożonych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych na mocy art. 139 Prawa telekomunikacyjnego. Jeśli chodzi o przesłankę z art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c Pt, czyli zapewnienie rozwoju konkurencyjnych usług telekomunikacyjnych to Sąd Okręgowy wskazał, że przejście przez Spółdzielnię abonentów (...) w liczbie około 4.000 stwarzałoby realne zagrożenie dla rozwoju konkurencyjnych usług telekomunikacyjnych. Zdaniem Sądu pierwszej instancji w świetle stanowiska Prezesa UOKiK, wyrażonego w odniesieniu do konsultowanego projektu decyzji, zachowanie choćby obecnej struktury rynku telekomunikacyjnego zasobów mieszkaniowych SM (...) poprzez przedłużenie terminów obowiązywania Umów jest sytuacją korzystniejszą z punktu widzenia konkurencji niż sytuacja, w której na rynku tym zaprzestanie świadczyć usługi telekomunikacyjne jeden ze stosunkowo niewielu konkurentów Spółdzielni. Sąd Okręgowy zaznaczył, że bardziej konkurencyjna struktura rynku telekomunikacyjnego zasobów mieszkaniowych Spółdzielni możliwa przy większej liczbie przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających na tymże rynku powinna przyczynić się do poprawy sytuacji konsumentów, którzy będą mogli czerpać z zapewnienia większego wyboru, lepszej jakości usług, niższych cen, zwiększonej innowacyjności i szerszej oferty rynkowej. Natomiast kontynuowanie korzystania z usług (...) pozwoli na dalsze odnoszenie korzyści przez użytkowników, którzy wybrali ofertę (...), uznając ją za lepszą. Za utrzymaniem istniejącego dostępu do nieruchomości, budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej Spółdzielni na rzecz (...) w zakresie objętym przedmiotem zawartych między stronami umów, zdaniem Sądu, przemawia również przesłanka z art. 28 ust. 1 pkt 1 Prawa telekomunikacyjnego w postaci interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych. Jednocześnie, jak wskazał Sąd, większa liczba przedsiębiorców telekomunikacyjnych świadczących usługi telekomunikacyjne na danym rynku telekomunikacyjnym, wpłynie też na optymalne wykorzystanie dostępnych zasobów oraz promocję nowoczesnych usług.

Ponadto, Sąd Okręgowy podkreślił, że Prezes UOKiK już w obecnym stanie faktycznym, widzi zagrożenie dla zachowania konkurencji na lokalnym rynku zasobów mieszkaniowych SM (...). W ocenie bowiem Prezesa UOKiK, istnieją już teraz podstawy do przyjęcia, że SM (...) posiada pozycję dominującą w rozumieniu art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów na lokalnym rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych należących do SM (...). Poza działalnością na lokalnym rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych celem świadczenia usług telekomunikacyjnych jako zarządca nieruchomości, SM (...) działa także na rynku powiązanim tj. rynku świadczenia

usług telekomunikacyjnych. W ocenie Prezesa UOKiK, SM (...) może wykorzystywać swoją pozycję dominującą na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych ograniczając dostęp do rynku powiązanego, na którym SM (...) prowadzi swoją działalność telekomunikacyjną. Sąd pierwszej instancji uznał, że wsparcie dla równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych jest niezbędne, zwłaszcza, że stanowi ono cel polityki regulacyjnej określony w art. 1 ust. 2 pkt 1 Prawa telekomunikacyjnego, podobnie jak zapewnienie użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych (art. 1 ust. 2 pkt 4 Prawa telekomunikacyjnego). Toteż interesy użytkowników końcowych należy poddać ochronie, bo leży ona w interesie publicznym (art. 28 ust. 1 pkt 7 Pt).

Odnosząc się natomiast do zarzutu Spółdzielni dotyczącego braku uwzględnienia przez Prezesa UKE interesu abonentów SM (...), Sąd Okręgowy podkreślił, że abonenci (...) ponieśliby dotkliwszą stratę w razie nieprzedłużenia terminu obowiązywania Umów. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, na skutek nieoczekiwanego zaprzestania świadczenia usług przez (...) zostaliby zmuszeni do zmiany dostawcy usług telekomunikacyjnych, niezależnie od ich preferencji. Przy czym, jak wskazał Sąd, kluczowym jest, iż zarówno abonenci (...), jak również korzystający z usług SM (...) mieliby dostęp do mniejszej liczby ofert usług świadczonych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Nastąpiłoby bowiem ograniczenie liczby przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy na zasobach mieszkaniowych SM (...) będą świadczyć usługi telekomunikacyjne. Natomiast zaskarżona Decyzja umożliwiła kontynuowanie użytkownikom (...) S.A. korzystanie z usług oferowanych przez tego przedsiębiorcę, różniących się ofertowo od usług świadczonych przez innych przedsiębiorców.

W sytuacji zatem, gdy rynek telekomunikacyjny wyznaczony przez zasoby mieszkaniowe SM (...) charakteryzuje się wysokim stopniem koncentracji oraz poważnymi barierami wejścia powyższe, zdaniem Sądu Okręgowego, przemawia za utrzymaniem dostępu przyznanego (...) na podstawie Umów, poprzez przedłużenie terminu ich obowiązywania do dnia 30 czerwca 2016 r. Sąd pierwszej instancji wskazał także, iż w jego ocenie Prezes UKE słusznie uznał, iż nieuwzględnienie wniosku (...) S.A. będzie miało negatywny wpływ na lokalnym rynku telekomunikacyjnym, co w efekcie przełoży się na mniej korzystną sytuację abonentów z powodów wyżej wskazanych.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy stwierdził, iż Prezes UKE ocenił szeroko kryteria wymienione w art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego w aspekcie złożonego wniosku (...) S.A. i okoliczności faktycznych sprawy. Sąd ocenił zaskarżoną Decyzję jako prawidłową i nienaruszającą przepisów prawa materialnego wskazanych jako podstawę jej wydania.

Sąd Okręgowy oddalił wnioski dowodowe o dopuszczenie dowodów z dokumentów powołanych w piśmie procesowym powoda z dnia 20 stycznia 2015 r. pod poz. od 7 do 13, albowiem dotyczyły one faktów nie mających istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy ( art. 227 k.p.c.). Wnioski dowodowe co do dokumentów złożonych na rozprawie w dniu 28 września 2016 r. Sąd oddalił jako spóźnione na podstawie art. 217 § 2 i 3 k.p.c.

Z tych podanych wyżej względów, Sąd Okręgowy nie znajdując podstaw do uwzględnienia odwołania, oddalił je na podstawie art. 479<sup>64</sup> § 1 k.p.c.

O kosztach postępowania za I i II instancję orzeczono stosownie do treści art. 98 i 99 k.p.c., przy czym jeśli chodzi o opłatę od apelacji, której pozwany nie miał obowiązku uiścić wobec treści art. 94 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Sąd nakazał jej pobranie od przegrywającego powoda na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie na podstawie art. 113 ust. 1 w. wym. ustawy, ponieważ na mocy art. 100 tejże ustawy obciążała ona tymczasowo Skarb Państwa.

Od powyższego wyroku powódka wniosła apelację, zaskarżając go w całości.

Zaskarżonemu wyrokowi powódka zarzuciła:

I. naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez ich błędną wykładnię tj.

1) naruszenie art. 139 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne (dalej określanej w skrócie jako (...)) w związku z art. 12 ust. 1 i 3 Dyrektywy ramowej - poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, że w zakresie zastosowania tego przepisu znajduje się całość istniejącej infrastruktury Powódki, w tym m. in. stacja czołowa Powódki i inne elementy jej sieci, pomimo, że przepis ten umożliwia - po stwierdzeniu spełnienia warunków określonych w tym przepisie - „wykorzystanie istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku”, tj. tylko tych elementów infrastruktury, a poza tym tylko elementów pomocniczych infrastruktury;

2) naruszenie art. 12 ust. 1 i 3 Dyrektywy ramowej - poprzez dokonanie wykładni art. 139 PT w sposób niezgodny z ww. przepisem prawa wspólnotowego (implementowanego przez 139 ust. 1 PT), ewentualnie poprzez pominięcie i nie zastosowanie tego przepisu prawa wspólnotowego, i przyjęcie że, przepis prawa krajowego (art. 139 PT) umożliwia nałożenie przez państwo na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego obowiązku udostępnienia całego fizycznego zakresu swojej infrastruktury do wykorzystywania przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, podczas gdy Dyrektywa ramowa zezwala tylko na zobowiązanie do udostępnienia ściśle określonych części infrastruktury, tj. elementów pomocniczych infrastruktury (art. 12 ust. 1 Dyrektywy ramowej) oraz „okablowania na odcinku do pierwszego punktu koncentracji lub dystrybucji, jeżeli znajduje się on poza budynkiem” (art. 12 ust. 3 Dyrektywy ramowej);

3) naruszenie art. 139 ust. 1 PT poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że w zakresie zastosowania tego przepisu znajdują się pasma częstotliwości (sygnały przesyłane w infrastrukturze Powódki), które były jednym z przedmiotów umów stron (Powódki i Zainteresowanej) - pomimo, że wszystkie części przepisu art. 139 PT odnoszą się tylko do fizycznych części materialnej infrastruktury, a nie do gospodarki (niematerialnymi) częstotliwościami w infrastrukturze;

4) naruszenie art. 139 ust. 1 pkt 2 ustawy PT i art. 12 ust. 3 Dyrektywy ramowej poprzez ich błędną wykładnię (lub ew. nie zastosowanie), poprzez przyjęcie, że inny przedsiębiorca telekomunikacyjny może uzyskać dostęp do przyłącza do budynku i instalacji wewnątrzbudynkowej budynku („okablowania wewnątrz budynków lub okablowania na odcinku do pierwszego punktu koncentracji lub dystrybucji, jeżeli znajduje się on poza budynkiem”) - pomimo, że przedsiębiorca ten fizycznie nie doprowadził swojej sieci do tych przyłączy i instalacji, aby móc korzystać z tych przyłączy lub instalacji;

5) naruszenie art. 139 ust. 1 PT w związku z art. 22 Konstytucji RP poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że organ państwa jest uprawniony do ingerencji w wolność prowadzenia działalności gospodarczej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w zakresie sposobu gospodarowania przez niego własnymi zasobami częstotliwości we własnej sieci i dla własnych abonentów, w szczególności poprzez formułowanie wytycznych, ocen lub nakazów odnośnie do zakresu i czasu udostępnienia abonentom programów telewizji analogowej oraz sposobu, w tym tempa, przechodzenia na telewizję cyfrową i wyłączania abonentom programów analogowych - i to w interesie prywatnym innego przedsiębiorcy (tj. niezgodnie z art. 22 K. R.);

6) w związku z powyższym zaskarżonemu wyrokowi powódka zarzuciła także:

- dokonanie wykładni rozszerzającej przepisu o charakterze kompetencyjnym, w sytuacji gdy dopuszczalna jest wyłącznie ścisła wykładnia językowa; a w konsekwencji dokonanie wykładni niekonstytucyjnej, w szczególności w zakresie art. 22 Konstytucji RP, a także w zakresie art. 2, art. 20, art. 21 ust. 1-2, art. 31 ust. 1-3 Konstytucji RP (poprzez zaniechanie ścisłej wykładni przepisów ingerujących w prawo własności, a nadto w prawo i wolność prowadzenia działalności gospodarczej); a także naruszenie w tym zakresie art. 9 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, określającego ściśle ustawowe podstawy i granice ingerencji organu państwa w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej;

- dokonanie wykładni niezgodnej z obowiązującymi zasadami prawa wspólnotowego, w tym z zasadą pierwszeństwa prawa wspólnotowego oraz zasadą bezpośredniego skutku prawa wspólnotowego.

II. Naruszenie prawa materialnego poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj.



1) naruszenie art. 139 ust. 1 pkt 2 PT (a także art. 12 ust. 3 Dyrektywy ramowej) poprzez jego zastosowanie do przedmiotów umów, pomimo nie spełnienia określonego w tym przepisie warunku wykorzystania elementów infrastruktury innego przedsiębiorcy, tj. jeżeli „powielenie takiej infrastruktury byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe” (art. 139 ust. 1 pkt PT i podobnie art. 12 ust. 3 Dyrektywy ramowej), w sytuacji gdy w materiale sprawy nie ma dowodów, który wykazywałyby, że ta przesłanka zaistniała, a nadto w materiale są dowody przeciwne, wykazujące, że przesłanka ta nie zaistniała (m. in. że Zainteresowana zamierzała budować własną infrastrukturę oraz że wybudowała ją na jednym z osiedli);

2) naruszenie art. 139 ust. 1 pkt 2 ustawy PT (a także art. 12 ust. 1 i ust. 3 Dyrektywy ramowej) poprzez jego zastosowanie do przedmiotów umów stron w zakresie usług świadczonych przez Powódkę na rzecz Zainteresowanej (tj. pomimo, że żadna część przepisu art. 139 ust. 1 PT nie odnosi się do świadczenia tego rodzaju usług, lecz do udostępniania rzeczy);

3) naruszenie art. 139 ust. 1 ustawy PT (a także z art. 12 ust. 3 Dyrektywy ramowej) poprzez jego zastosowanie do przedmiotów umów stron w zakresie dostępu do nieruchomości położonych na Os. (...) w P., które nie były własnością, ani w dyspozycji lub w zarządzie Powódki;

4) naruszenie art. 139 ust. 1 pkt 2 ustawy PT (a także art. 12 ust. 3 Dyrektywy ramowej) poprzez rozdysponowanie zasobami częstotliwości w sieci Powódki, pomimo, że nie były to wolne zasoby Powódki (w szczególności nie były to zasoby rezerwowe, niezagospodarowane, możliwe do oddania bez negatywnego wpływu na własną działalność gospodarczą Powódki);

5) pominięcie i nie zastosowanie przepisów powołanych w zarzutach odwołania Powódki, nie rozpoznanych przez Sąd Okręgowy.

III. Naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

1) naruszenie art. 479<sup>57</sup> pkt 1 k.p.c. w zw. z art. 479<sup>60</sup> i 479<sup>64</sup> § 1 k.p.c. oraz w związku z art. 2 k.p.c. oraz art. 45 ust. 1 i art. 176 ust. 1 Konstytucji RP poprzez rozpoznanie tylko części zarzutów Powódki (dotyczących jednego aspektu naruszenia art. 139 ust. 1 PT oraz zarzutu nie uwzględnienia interesów abonentów Powódki) i całkowicie pominięcie i nie rozpoznanie szeregu istotnych zarzutów odwołania;

2) w związku z powyższym powódka zrzuciła wyrokowi Sądu Okręgowego naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak uzasadnienia i brak wyjaśnień ww. zakresie, a także naruszenie art. 386 § 6 k.p.c., poprzez nie wypełnienie wytycznych wyroku Sądu Apelacyjnego w tym zakresie; a także brak wyjaśnień w zakresie pominiętych przez Sąd Okręgowy istotnych elementów materiału dowodowego, zaniechania dokonania istotnych ustaleń faktycznych i nie ustosunkowania się do dowodów przeciwnych;

3) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie swobodnej oceny dowodów, w szczególności przyjmowanie twierdzeń sprzecznych z materiałem sprawy oraz zasadami logiki i doświadczenia życiowego, a także poprzez przyjmowanie twierdzeń nie mających oparcia w materiale sprawy, w szczególności:

- przyjęcie, że Powódka posiadała wolne zasoby bez uwzględniania okoliczności temu przeczącym, dokonywanie błędnych merytorycznie ocen z zakresu wiedzy specjalistycznej lub z pominięciem wyjaśnień Powódki;

- efektywne pominięcie faktu wybudowania własnej sieci przez Zainteresowaną na os. (...) oraz dążenia do wybudowania własnej sieci na pozostałym obszarze, tj. pominięcie faktu technicznej możliwości i ekonomiczniej opłacalności budowy własnej sieci (w rozumieniu art. 139 ust. 1 pkt 2 PT);

- efektywne pominięcie faktu, że nieruchomości na os. (...), będące przedmiotem umów stron i decyzji Prezesa UKE, nie stanowiły własności i nie były w dyspozycji Powódki;

co w konsekwencji doprowadziło do błędnej rekonstrukcji podstawy faktycznej wyroku, dokonania błędnych ocen materiału sprawy i wadliwego stosowania przepisów prawa materialnego;

4) naruszenie art. 217 § 2 k.p.c. oraz art. 212 § 1 w związku z art. 227 k.p.c. i art. 232 k.p.c. - poprzez oddalenie dowodów Powódki (z dokumentów) powołanych na istotne okoliczności faktyczne sprawy (w tym także w zakresie okoliczności następnie odmiennie ustalonych przez Sąd Okręgowy w uzasadnieniu wyroku), w szczególności załączonych do apelacji, albowiem dowody te mają istotne znaczenie w sprawie;

5) naruszenie art. 479<sup>64</sup> § 1 i § 2 k.p.c. poprzez oddalenie odwołania Powódki pomimo braku dostatecznego zbadania, czy były podstawy do uwzględnienia odwołania.

IV. Dokonanie błędnych ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę wyroku i mających wpływ na jego treść - poprzez: przyjęcie, że Powódka posiadała wolne zasoby (pasma częstotliwości) oraz pominięcie ujawnionych w postępowaniu dowodowym okoliczności cudzej własności nieruchomości na os. (...), a także pominięcie technicznej możliwości i ekonomiczniej opłacalności budowy własnej sieci przez Zainteresowaną (w rozumieniu art. 139 ust. 1 pkt 2 PT), jak i pominięcie istniejących kwestii spornych pomiędzy stronami (w tym będących przedmiotem sporów sądowych).

Biorąc powyższe zarzuty pod uwagę, powódka wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, tj. w związku z nie rozpoznaniem przez Sąd Okręgowy istoty sprawy, w tym w szczególności w związku z nie rozpoznaniem większości zarzutów odwołania i nie ustosunkowaniem się do nich w uzasadnieniu wyroku (oraz w związku z nie wypełnieniem wytycznych Sądu Apelacyjnego), co w konsekwencji ogranicza prawo Powódki do rozpoznania jej sprawy w postępowaniu dwuinstancyjnym. Ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższego, powódka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i uwzględnienie żądania odwołania Powódki w całości. Jednocześnie, w każdym z wyżej wymienionych wypadków wniosła o zasądzenie od Pozwanego i Zainteresowanej na rzecz Powódki zwrotu kosztów postępowania sądowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w obydwu instancjach wg norm przepisanych. Ponadto wniosła także o przeprowadzenie dowodów oddalonych przez Sąd Okręgowy, a w szczególności z dokumentów załączonych do niniejszej apelacji na okoliczność świadczenia przez operatorów usług telewizji kablowej i rynkowego zapotrzebowania na te usługi, a tym samym błędnej oceny i błędnych ustaleń Sądu Okręgowego dotyczących istnienia wolnych zasobów Powódki, a zawierających merytoryczną krytykę świadczenia także usług telewizji analogowej przez Powódkę.

W odpowiedzi na apelację zainteresowana (...) S.A. wniosła o jej oddalenie oraz o oddalenie wniosków dowodowych wskazanych w apelacji i o zasądzenie od powódki na jej rzecz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

#### **Sąd Apelacyjny ustalił i zważył co następuje.**

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie. Sąd I instancji prawidłowo ustalił stan faktyczny, a jego ustalenia Sąd Apelacyjny przyjął za własne.

Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie nie dostrzega przekonujących argumentów przemawiających za trafnością twierdzeń powoda zmierzających do wykazania, iż Prezes Urzędu zbyt szeroko ujął zakres infrastruktury, objętej relewantnym obowiązkiem udostępnienia.

Art. 139 Pt stanowi podstawę obowiązku udostępnienia infrastruktury telekomunikacyjnej, w takim rozumieniu, które zostało jej przypisane w art. 2 pkt 8 Pt. Zgodnie z tym przepisem pojęcie infrastruktury telekomunikacyjnej obejmuje - urządzenia telekomunikacyjne, oprócz telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, oraz w szczególności linie, kanalizacje kablowe, słupy, wieże, maszty, kable, przewody oraz osprzęt, wykorzystywane do zapewnienia telekomunikacji. Nie ma podstaw do przyjęcia, że Prezes Urzędu, wydając zaskarżoną decyzję, rozciągnął obowiązek udostępnienia infrastruktury poza granice wynikające z przytoczonych przepisów. Argumentów przemawiających za słusnością stanowiska przeciwnego nie dostarcza analiza art. 12 Dyrektywy ramowej. Zgodnie z jego ust. 1, w przypadku gdy na podstawie przepisów prawa krajowego przedsiębiorstwo udostępniające sieci łączności

elektronicznej ma prawo instalowania urządzeń na, nad lub pod własnością publiczną lub prywatną, lub jeżeli może ono korzystać z procedury wywłaszczenia lub z użytkowania nieruchomości, krajowe organy regulacyjne, uwzględniając w pełni zasadę proporcjonalności, mogą narzucić współużytkowanie tych urządzeń lub tej nieruchomości, w tym budynków, wejść do budynków, okablowania budynków, masztów, anten, wież i innych konstrukcji nośnych, kanałów, przewodów, studzienek, szafek.

Z przepisu tego wyraźnie wynika, że podstawą do nałożenia relewantnych obowiązków są unormowania krajowe, a zakres wynikających z niego wymagań wobec prawa krajowego ogranicza się do respektowania zasady proporcjonalności i wprowadzenia do krajowych porządków prawnych możliwości narzucenia współużytkowania relewantnych urządzeń i nieruchomości. Znajdujący się w badanym przepisie katalog ma charakter przykładowy, na co wskazuje posłużenie się przez unijnego prawodawcę zwrotem „w tym”.

Art. 12 ust. 3 Dyrektywy stanowi, że Państwa Członkowskie gwarantują, że organy krajowe, po odpowiednim okresie konsultacji publicznych, w czasie którego wszystkim zainteresowanym stronom daje się możliwość przedstawienia swoich stanowisk, są również uprawnione do nałożenia obowiązku związanego z udostępnianiem okablowania wewnątrz budynków lub okablowania na odcinku do pierwszego punktu koncentracji lub dystrybucji, jeżeli znajduje się on poza budynkiem, na posiadacza praw, o których mowa w ust. 1, lub na właściciela takiego okablowania, jeżeli jest to uzasadnione na tej podstawie, że powielanie takiej infrastruktury byłoby niewydajne ekonomicznie lub fizycznie niewykonalne. Tego typu ustalenia dotyczące współużytkowania lub koordynacji mogą obejmować przepisy dotyczące rozkładania kosztów współużytkowania urządzeń lub nieruchomości dostosowane w razie potrzeby do stopnia ryzyka.

Wskazany przepis konstytuuje obowiązek wyposażenia przez Państwo Członkowskie jego organu w określone kompetencje. Nie wprowadza on natomiast zakazu wyposażenia go w kompetencje szersze, o ile tylko zachowane są wskazane w nim wymagania proceduralne (obowiązek przeprowadzenia konsultacji). Z istoty tej regulacji wynika zatem, że nie może stanowić ona podstawy dla postulatu zawężenia zakresu relewantnego obowiązku do granic wskazywanych przez powoda.

Nie ma podstaw do stwierdzenia, iż treść Dyrektywy przemawia za zawężeniem sposobu rozumienia art. 139 PT w sposób sugerowany przez powoda, czy też do stwierdzenia, iż polski ustawodawca nieprawidłowo implementował przedmiotowe postanowienia Dyrektywy.

Podsumowując wnioski wypływające z przedstawionych dotychczas wywodów, Sąd Apelacyjny stwierdza, że nietrafne okazały się zarzuty oznaczone w apelacji numerami I.1, i I.2.

SOKiK słusznie stanął na stanowisku, że „dostęp do kanałów transmisyjnych oznacza dostęp do infrastruktury materialnej” (k. 689). Na podstawie zaskarżonej decyzji udostępnieniu podlega materialna infrastruktura, a odwołanie się do zakresu częstotliwości służy jedynie określeniu zakresu dostępu do niej. Nie ulega wątpliwości, że w pewnych sytuacjach dopuszczalne byłoby nawet zobowiązanie właściciela okablowania do udostępnienia przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu jego całości. Przyznanie mu uprawnienia do żądania udostępnienia jego części, określonej przy pomocy wskazania zakresu częstotliwości, nie jest zatem nieprawidłowością. Chybiony jest więc zarzut oznaczony w apelacji nr I.3.

Udostępnienie materialnej infrastruktury konkurentowi zazwyczaj wymaga współdziałania ze strony jej właściciela. Współdziałanie to może przybierać postać świadczenia pewnych usług. Chybiony jest więc zarzut oznaczony w apelacji nr II.2.

Chybiony jest też zarzut oznaczony w apelacji nr I.4, w którym wskazano, iż do naruszenia art. 139 ust. 1 pkt 2 Pt i art. 12 ust. 3 Dyrektywy doszło dlatego, że zainteresowany „nie doprowadził swojej sieci do tych przyłączy i instalacji, aby móc korzystać z tych przyłączy i instalacji”. Żaden ze wskazanych przepisów nie traktuje doprowadzenia własnej sieci do przyłączy jako przesłanki, od spełnienia której uzależniona jest dopuszczalność nałożenia analizowanego obowiązku.

Twierdzenia powoda, iż na wadliwość zaskarżonej decyzji wskazuje to, że jak podnosi, część nieruchomości objętych decyzją nie stanowi jego własności są niezasadne. Nie ulega bowiem wątpliwości, że nie jest kwestionowane jego prawo do władania szeroko rozumianą, przedmiotową infrastrukturą, co czyni za dość wymaganiom określonym w art. 139 ust. 1 Pt. Wniosku tego nie zmienia wzięcie pod uwagę prounijnej wykładni prawa krajowego. Trafnie zainteresowany podnosi, że „gdyby Powód nie władał udostępnionymi pomieszczeniami, wówczas nie mógłby zobowiązać się do zapewnienia do nich dostępu, co jednak uczynił w zawartej z (...) umowie” (k. 756). Chybiony jest więc zarzut apelacji oznaczony nr II.3.

Do zmiany zaskarżonej decyzji nie mogło też prowadzić rozważenie zarzutu apelacji oznaczonego nr II.1. SOKiK słusznie wskazał, iż wysiłki zainteresowanej zmieniające do wybudowania alternatywnej infrastruktury spotykały się z przeciwdziałaniem powódki (k. 690) oraz na fakt, iż z art. 139 Pt wynika, że w pierwszej „kolejności udostępnieniu podlega istniejąca instalacja telekomunikacyjna” (k. 690).

Szczególnie newralgiczną w tej sferze była kwestia wybudowania przez zainteresowaną własnej sieci na „Osiedlu na (...)”. Przekonywujące są twierdzenia zainteresowanej, że „w momencie wydania decyzji, (...) S.A. była w trakcie budowania sieci na Osiedlu na (...), a jednocześnie korzystała z sieci Spółdzielni” (k. 657). Powódka nie przedstawiła przekonujących dowodów dla obrony stanowiska przeciwnego. Wskazuje ona w prawdzie, że „z komunikatu umieszczonego na stronie internetowej W. i akt sprawy” wynika, że zainteresowana wybudowała własną sieć 1 stycznia 2013 r., ale zwrócić należy uwagę, iż art. 139 Pt ust. 1 pkt 2 operuje pojęciem „powielenie infrastruktury telekomunikacyjnej byłoby ekonomicznie nieopłacalne”. Przesłankę tę należy wyklądać z uwzględnieniem kryteriów funkcjonalnych. Jeżeli zainteresowana nie miała realnej możliwości rozpoczęcia wykorzystywania własnej infrastruktury „Na osiedlu na (...)” w dniu wydania decyzji, to sam fakt, że prowadziła w tym okresie prace zmierzające do uzyskania możliwości zastąpienia dostępu do infrastruktury kontrolowanej przez powódkę możliwością korzystania z własnej infrastruktury nie przesądza z błędności decyzji. Na wiarygodność oświadczenia zainteresowanej wskazuje to, że nie miałyby ona żadnego powodu by angażować się w spór z powódką na analizowanej płaszczyźnie oraz ponosić koszty i ryzyko korzystania z przedmiotowej infrastruktury powódki na podstawie zaskarżonej decyzji, gdyby mogła korzystać z alternatywnej własnej infrastruktury.

Nie można także zasadnie uznać za trafne zarzutów oznaczonych w apelacji nr I.5 i I.6. Ze przyczyn szczegółowo wskazanych w innych częściach niniejszego uzasadnienia, Sąd Apelacyjny, stoi na stanowisku, iż nie istnieje jakiegokolwiek napięcie pomiędzy treścią zaskarżonej decyzji, rozwiązaniami normatywnymi przewidzianymi w prawie polskim i standardami unijnymi. Przedstawione wcześniej analizy, wskazują również, że SOKiK na żadnej płaszczyźnie nie zastosował wykładni rozszerzającej przepisów kompetencyjnych i nie ograniczył w nadmierny sposób swobody działalności gospodarczej powódki ani jej prawa własności. Prawa te nie mają charakteru absolutnego. Ich ograniczenie przez ustawodawcę, w sposób określony w art. 139 Pt było dopuszczalne, a zaskarżona decyzja, z przyczyn szczegółowo omówionych we wcześniejszych częściach uzasadnienia, znajduje oparcie w treści tego unormowania.

Poprawności ustalenia, że ingerencja w konstytucyjnie chronione prawa przedsiębiorcy znajduje oparcie w interesie publicznym nie wyłącza też to, że przyjęte rozwiązanie regulacyjne odpowiada interesowi zainteresowanej. Elementem analiz dotyczących przesłanek zastosowania konkretnych rozwiązań regulacyjnych może być ocena sposobu wykorzystania infrastruktury przedsiębiorcy. Nawet na gruncie prawa konkurencji, które przewiduje znacznie bardziej ograniczony zakres obowiązku udostępnienia węzłowej infrastruktury, wskazuje się, że przedsiębiorca kontrolujący dobra o węzłowym znaczeniu gospodarczym nie może zwolnić się z antymonopolowego obowiązku ich udostępnienia konkurentowi powołując się na to, że są one w pełni wykorzystywane, jeżeli racjonalna reorganizacja sposobu korzystania z nich umożliwiłaby udostępnienie tych dóbr rywalowi, bez konieczności zmniejszenia zakresu własnej działalności. Stanowisko takie wyraziła Komisja Europejska w decyzji w sprawie port of Rødby, OJ L 55/52 (1994). Znajduje ono również oparcie w wypowiedziach uznanych przedstawicieli doktryny [por. John Temple Lang, *Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities*, 18 *Fordham Int'l L.J.* 437 (1994), s. 494].

Podkreślić należy, iż skutkiem badanej decyzji nie było powstanie konieczności ograniczenia wcześniejszej działalności powódki, a jedynie ograniczenie możliwości realizacji jej deklaracji dotyczących planów rozwojowych. Jest to łagodniejsza postać interwencji publicznoprawnej w konstytucyjnie chronione prawa przedsiębiorcy niż ta, która została zaaprobowana przez Komisję Europejską we wskazanej decyzji.

SOKiK prawidłowo ocenił też deklaracje zamierzeń businessowych powódki. Stosując zasadę proporcjonalności na tej płaszczyźnie, podnieść należy, iż jak ustalił SOKiK, (...) korzysta z 4 kanałów transmisyjnych, które stanowiły ok. 4% całej sieci Spółdzielni” (k. 68o). Ograniczenie możliwości realizacji deklarowanych zamierzeń rozwojowych powódki było więc niewielkie, a uszczerbek, który poniosłaby zainteresowana i jej abonenci byłby bardzo duży. Uwzględnienie żądań powódki byłoby niekorzystne nawet dla jej własnych abonentów, gdyż zmniejszyłoby oddziałującą na nią presję konkurencyjną, ułatwiając tym samym obniżenie atrakcyjności jej oferty dla odbiorców np. poprzez podniesienie opłat.

Uwzględniając ten kontekst, uznać należy, że zamierzonego przez powódkę skutku odnieść nie mogły podnoszone przez nią argumenty dotyczące programów nadawanych analogowo. SOKiK słusznie wskazał na nieefektywność tej technologii i rozwiązania przewidziane przez Ustawę w wdrażaniu naziemnej telewizji cyfrowej, a także zasadnie zwrócił uwagę na możliwość bardziej efektywnego zagospodarowania kanałów F. i M.. Ze wskazanych względów, zarzut oznaczony w apelacji nr II.4 został uznany za chybiony.

Sąd Apelacyjny nie dostrzega też potrzeby uwzględnienia w analizach prawnych żadnych innych niż zbadane przez SOKiK unormowań, które mogłyby wpłynąć na treść rozstrzygnięcia. Formułując zarzut II.5 powód nie przedstawił w istocie żadnej argumentacji i nie zindywidualizował rzekomych uchybień SOKiK, co uniemożliwia bardziej precyzyjne odniesienie się do przedmiotowego zarzutu przez Sąd Apelacyjny.

W zarzucie III.1 apelacji znajduje się stwierdzenie, że, że SOKiK całkowicie pominął i nie rozpoznał szeregu istotnych zarzutów odwołania. Powód doprecyzował swoje stanowisko w punkcie 3 uzasadnienia apelacji. Jego twierdzenia, na tej płaszczyźnie, są całkowicie nieuprawnione. Do kwestii wskazanych przez niego w uzasadnieniu, w punkcie 3 tiret:

- 1 – SOKiK odniósł się na s. 19 uzasadnienia wyroku;

- 2 – SOKiK odniósł się na s. 18 i 19 uzasadnienia wyroku;

- 3 – SOKiK odniósł się na s. 19, 22 uzasadnienia wyroku;

- 4 – SOKiK odniósł się na s. 22, 23 uzasadnienia wyroku. W tym kontekście za wskazać należy również, że trafne jest stanowisko zainteresowanego, iż „to przedsiębiorca telekomunikacyjny składający wniosek o wydanie decyzji zmieniającej umowę sam wyznacza zakres prowadzonego następnie postępowania administracyjnego” (k. 758). Zakres postępowania administracyjnego determinuje zakres rozważań, do przeprowadzenia których zobowiązany był Sąd. Prezes Urzędu nie popełnił błędu przyjmując, iż kwestią sporną w niniejszej sprawie było „przedłużenie terminu obowiązywania Umów” (k. 24) oraz wskazując, że nie ma kompetencji do „rozstrzygnięcia kwestii niewywiązywania się Stron z warunków umowy” (k. 24), a także podnosząc, iż „wniosek (...) S.A. dotyczył jedynie terminu obowiązywania Umów i tylko w tym zakresie (mógł) być rozpatrzony przez Prezesa” (k. 24, 24v.);

- 5- SOKiK odniósł się na s. 19 uzasadnienia wyroku;

- 6- s 20 i n SOKiK odniósł się na s. 20 uzasadnienia wyroku.

Sam fakt, że SOKiK uznał argumenty powoda za chybione w żaden sposób nie uzasadnia twierdzenia, że nie zostały one rozpoznane. Ze wskazanych względów zarzuty apelacji oznaczone nr III.1 i III.2 są chybione

Z protokołu rozprawy przed SOKiK wynika, że pełnomocnik powoda wyjaśnił, po oddaleniu wniosków dowodowych jego mocodawcy, a przed zgłoszeniem zastrzeżenia do protokołu, iż „dokumenty, które złożył były na okoliczność tego, iż operatorzy kablowi korzystają z telewizji analogowej i świadczą te usługi na rzecz abonentów ponieważ

jest na nie zapotrzebowanie” (k. 660). Analogiczne stanowisko przedstawione zostało w uzasadnieniu apelacji (k. 722, 723). SOKiK nie popełnił błędu uznając, że przedmiotowe wnioski dowodowe były spóźnione, ale nawet ich uwzględnienie nie doprowadziłoby do wniosków odmiennych od przyjętych przez Sąd I instancji. Podkreślić należy, iż na błędność wskazanej decyzji nie wskazywałoby ustalenie, iż powódka mogła zagospodarować całość swojej infrastruktury w sposób, który byłby dla niej korzystny i zgodny z jej długofalową strategią rozwojową. Okoliczność, że istniało, a nawet, iż istnieje zapotrzebowanie na usługi telewizji analogowej nie podważa oceny proporcjonalności ograniczeń praw powódki przewidzianych decyzją, ani zgodności decyzji z celami interwencji publicznoprawnej na rynku telekomunikacyjnym. W apelacji nie przedstawiono natomiast argumentów wskazujących na bezzasadność uznania przez SOKiK innych wniosków dowodowych powoda za dotyczące faktów pozbawionych znaczenia dla sprawy. Podobnie w samym wniosku, nie wskazano związku tez dowodowych z przedmiotem sprawy. Przypuszczać można jedynie, że intencją powoda było wzmocnienie jego argumentacji dotyczącej tego, że przedmiotem decyzji było świadczenie usług i dostęp do kanałów transmisyjnych, a także tego, że powódka już na wcześniejszych etapach sporu twierdziła, że nie posiada wolnych zasobów kanałów. Elementy te nie wnoszą nic do sprawy. Wiążące się z nimi okoliczności stanowiły przedmiot analiz SOKiK w takim samym zakresie, w jakim miałyby to miejsce w razie uwzględnienia tych wniosków. Z analogicznych względów nie istnieje potrzeba przeprowadzania przedmiotowych dowodów na etapie postępowania apelacyjnego. Ze wskazanych względów zarzut apelacji oznaczony nr II.4 uznać należało za chybiony.

Argumenty wskazujące na to, że SOKiK nie dopuścił się naruszenia art. 233 § 1 kpc zostały już przedstawione. Przesądżają one również o bezzasadności zarzutu oznaczonego w apelacji nr III.3. We wcześniejszych częściach uzasadnienia przedstawiono również względy, które skłoniły Sąd Apelacyjny do uznania za chybione zarzutu dokonania przez SOKiK błędnych ustaleń faktycznych, na płaszczyznach określonych w pkt IV apelacji, a także przemawiające za uznaniem, iż bezpodstawne jest twierdzenie, że SOKiK oddalił odwołanie pomimo braku dostatecznego zbadania „czy były podstawy do uwzględnienia odwołania” (zarzut III.5 apelacji).

Zwrócić należy również uwagę, że zaskarżona decyzja została wydana 27 czerwca 2014 r., czyli przed wygaśnięciem przedłużonej nią umowy, a został jej nadany rygor natychmiastowej wykonalności. Badana decyzja doprowadził zatem skutecznie do przedłużenia przedmiotowego stosunku zobowiązaniowego.

Sąd Apelacyjny podkreśla, że w rozważaniach SOKiK nie występują luki, których uzupełnienie byłoby niemożliwe na etapie postępowania apelacyjnego. Nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, iż uzasadnione byłoby wydanie przez Sąd Apelacyjny wyroku kasatoryjnego.

Ze wskazanych wyżej względów apelacja podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c. Orzeczenie o kosztach oparto na podstawie art. 98 k.p.c. oraz § 14 ust. 2 pkt 3 i § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych z dnia 22 października 2015.