

Sygn. akt *XVII AmT 14/12*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 maja 2014 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w składzie:

Przewodniczący:	<i>SSO Dariusz Dąbrowski</i>
Protokolant:	Protokolant sądowy – stażysta – Anastazja Chojnacka

po rozpoznaniu w dniu 26 maja 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) *Spółki Akcyjnej w W.*

przeciwko *Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

przy udziale zainteresowanego (...) *Spółki Akcyjnej w W.*

### **o zmianę umowy**

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z dnia 9 sierpnia 2011 roku nr (...)

### **orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. zasądza od powoda (...) *Spółki Akcyjnej w W.* na rzecz pozwanego Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego,
3. zasądza od powoda (...) *Spółki Akcyjnej w W.* na rzecz zainteresowanego (...) *Spółki Akcyjnej w W.* kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego

SSO Dariusz Dąbrowski

Sygn. akt *XVII AmT 14/12*

## UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej na podstawie art. 28 ust. 1 w zw. z art. 30 ustawy prawo telekomunikacyjne i art. 104 § 1 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 ustawy prawo telekomunikacyjne po rozpatrzeniu wniosku (...) S.A. z siedzibą w W., obecnie (...) S.A. z siedzibą w W. z dnia 21 sierpnia 2009 roku o wydanie decyzji zmieniającej Umowę o połączeniu sieci z dnia 8 listopada 2007 roku zawartą pomiędzy (...) S.A. z siedzibą w W. i (...) w zakresie zmiany wysokości opłat za zakańczanie połączeń głosowych w sieci (...) (zwaną dalej „stawką MTR”), w dniu 9 sierpnia 2011 roku wydał Decyzje nr (...), w której zmienił postanowienia Umowy w następujący sposób:

1. W Części Finansowej w art. 5 Umowy „Opłaty za ruch międzynarodowy” dodaje się ust. 7a w następującym brzmieniu:

„7a) Opłaty należne (...) za Usługi zakończenia połączenia w Sieci (...):

Opłata należna (...) za Usługi zakończenia połączenia w Sieci (...) wynosi 100% opłaty, jaką zobowiązana jest pobierać (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (zwana dalej (...)), (...) sp. z o.o. z siedziba w W. (zwana dalej (...)), za usługę Zakończenia połączenia w sieci ruchomej, odpowiednio: (...), (...), (...).

W przypadku zmiany wysokości opłat za zakańczanie połączeń w sieci ruchomej (...), (...), (...), zobowiązuje się Strony do dokonania odpowiedniej zmiany obowiązujących stawek za zakańczanie połączeń w Sieci (...), nie później niż w dniu wprowadzenia w tych stawek w życie, bez konieczność i zmiany niniejszej Decyzji lub Umowy.”

2. W Części Finansowej w art. 5 Umowy „Opłaty za ruch międzysieciowy” po ust. 7 dodaje się ust. 7b w następującym brzmieniu:

„7b) Nie stosuje się opłat określonych w ust. 7 (Usługi zakończenia w sieci (...)), o których mowa w Tabeli nr 16. Jeżeli jakiegokolwiek postanowienia Umowy odnoszą się do opłat określonych w ust. 7 (Usługi zakończenia w sieci (...)), o których mowa w Tabeli nr 16, postanowienia te należy odnosić wyłącznie do odpowiednich opłat określonych w ust. 7a (Opłaty należne (...) za Usługi zakończenia połączenia w Sieci (...))”.

pozostałe postanowienia Umowy pozostawiając bez zmian oraz wskazując, że decyzja na podstawie art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 5 ustawy prawo telekomunikacyjne podlega natychmiastowemu wykonaniu.

Odwołanie od powyższej decyzji złożył powód – (...) S.A. z siedzibą w W. zaskarżając ją w całości i wnosząc o jej uchylenie, ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia wniosku o uchylenie wnosząc o zmianę zaskarżonej Decyzji poprzez nadanie punktowi I Decyzji następującego brzmienia:

„I. Zmieniam postanowienia Umowy w następujący sposób:

1. W Części Finansowej w art. 5 Umowy „Opłaty za ruch międzysieciowy” po ust. 7 dodaje się ust. 7a w następującym brzmieniu:

7a) Opłaty należne (...) za Usługi zakończenia połączenia w sieci (...):

Opłata należna (...) za Usługi zakończenia połączenia w Sieci (...) wynosi, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, 0,36119 zł/min.

2. W Części Finansowej w art. 5 Umowy „Opłaty za ruch międzysieciowy” po ust. 7 dodaje się ust. 7b w następującym brzmieniu:

7b) Nie stosuje się opłat określonych w ust. 7 (Usługi zakończenia w sieci (...)), o których mowa w Tabeli nr 16. Jeżeli jakiegokolwiek postanowienia Umowy odnoszą się do opłat określonych w ust. 7 (Usługi zakończenia w sieci (...)), o których mowa w Tabeli 16, postanowienia te należy odnosić wyłącznie do odpowiednich opłat określonych w ust. 7a (Opłaty należne (...) za Usługi zakończenia połączenia w Sieci (...)).”.

Ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższych wniosków powód wniósł o zmianę zaskarżonej Decyzji poprzez nadanie punktowi I Decyzji następującego brzmienia:

„I. Zmieniam postanowienia Umowy w następujący sposób:

1. W Części Finansowej w art. 5 Umowy „Opłaty za ruch międzysieciowy” po ust. 7 dodaje się ust. 7a w następującym brzmieniu:

7a) Opłaty należne (...) za Usługi zakończenia połączenia w sieci (...):

Opłata należna (...) za Usługi zakończenia połączenia w Sieci (...) wynosi, niezależnie od okresu taryfikacyjnego:

- do 31 grudnia 2011 roku – 0,2721 zł/min

- od 1 stycznia 2012 roku do 30 czerwca 2012 roku – 0,2478 zł/min

- od 1 lipca 2012 roku do 31 grudnia 2012 roku – 0,1798 zł/min

- od 1 stycznia 2013 roku – 100% średniej opłaty, jaką (...) zobowiązany jest uiszczać w danym czasie na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W. (zwana dalej (...)), (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (zwana dalej (...)), (...) S.A. z siedzibą w W. (zwana dalej (...)) za usługę Zakończenia połączenia w sieci ruchomej, odpowiednio: (...), (...), (...).

W przypadku zmiany wysokości średniej wartości opłat za zakańczanie połączeń w sieci ruchomej (...), (...), (...), zobowiązuje się Strony do dokonania odpowiedniej zmiany obowiązujących stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...), nie później niż w dniu wprowadzenia tych stawek w życie, bez konieczności zmiany niniejszej Decyzji lub Umowy.

2. W Części Finansowej w art. 5 Umowy „Opłaty za ruch międzysieciowy” po ust. 7 dodaje się ust. 7b w następującym brzmieniu:

7b) Nie stosuje się opłat określonych w ust. 7 (Usługi zakończenia w sieci (...)), o których mowa w Tabeli nr 16. Jeżeli jakiegokolwiek postanowienia Umowy odnoszą się do opłat określonych w ust. 7 (Usługi zakończenia w sieci (...)), o których mowa w Tabeli 16, postanowienia te należy odnosić wyłącznie do odpowiednich opłat określonych w ust. 7a (Opłaty należne (...) za Usługi zakończenia połączenia w Sieci (...)).”.

Ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższych wniosków powód wniósł o zmianę zaskarżonej Decyzji poprzez nadanie punktowi I Decyzji następującego brzmienia:

„I. Zmieniam postanowienia Umowy w następujący sposób:

1. W Części Finansowej w art. 5 Umowy „Opłaty za ruch międzysieciowy” po ust. 7 dodaje się ust. 7a w następującym brzmieniu:

7a) Opłaty należne (...) za Usługi zakończenia połączenia w sieci (...):

Opłata należna (...) za Usługi zakończenia połączenia w Sieci (...) wynosi, niezależnie od okresu taryfikacyjnego:

- do 31 grudnia 2011 roku – 0,2800 zł/min

- od 1 stycznia 2012 roku do 30 czerwca 2012 roku – 0,1800 zł/min

- od 1 lipca 2012 roku do 31 grudnia 2012 roku – 0,1400 zł/min

- od 1 stycznia 2013 roku – 100% średniej opłaty, jaką (...) zobowiązany jest uiszczać w danym czasie na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W. (zwana dalej (...)), (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (zwana dalej (...)), (...) S.A. z siedzibą w W. (zwana dalej (...)) za usługę Zakończenia połączenia w sieci ruchomej, odpowiednio: (...), (...), (...).

W przypadku zmiany wysokości średniej wartości opłat za zakańczanie połączeń w sieci ruchomej (...), (...), (...), zobowiązuje się Strony do dokonania odpowiedniej zmiany obowiązujących stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...), nie później niż w dniu wprowadzenia tych stawek w życie, bez konieczności zmiany niniejszej Decyzji lub Umowy.

2. W Części Finansowej w art. 5 Umowy „Opłaty za ruch międzysieciowy” po ust. 7 dodaje się ust. 7b w następującym brzmieniu:

7b) Nie stosuje się opłat określonych w ust. 7 (Usługi zakończenia w sieci (...)), o których mowa w Tabeli nr 16. Jeżeli jakiegokolwiek postanowienia Umowy odnoszą się do opłat określonych w ust. 7 (Usługi zakończenia w sieci (...)), o których mowa w Tabeli 16, postanowienia te należy odnosić wyłącznie do odpowiednich opłat określonych w ust. 7a (Opłaty należne (...) za Usługi zakończenia połączenia w Sieci (...)).”

Nadto powód wniósł o wstrzymanie wykonania do czasu rozstrzygnięcia sprawy, zasądzenie od pozwanego na rzecz powódki kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, przeprowadzenie przez Sąd dowodów z dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy administracyjnej oraz załączonych do odwołania na okoliczności w nim powołane oraz ograniczenie (...) prawa wglądu do wskazanych w odwołaniu dokumentów.

(...) zarzucił Prezesowi UKE, że przedmiotowa decyzja:

I. naruszenie art. 2 Konstytucji RP oraz art. 28 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo telekomunikacyjne (zwanej dalej „ustawą Pt”) w zw. z art. 30 ustawy Pt, tj złamanie konstytucyjnej zasady proporcjonalności i wynikającego z niej zakazu nadmiernej ingerencji oraz nieuwzględnienie obowiązków regulacyjnych ciążyących na stronach oraz zasiedziały MNO, poprzez ustalenie wadliwej i nieproporcjonalnie uciążliwej dla powoda stawki MTR (...) w relacji z (...);

II. naruszenie art. 32 Konstytucji RP, art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 30 ustawy Pt oraz art. 28 ust. 1 pkt 6 ustawy Pt w zw. z art. 30 ustawy Pt poprzez zmianę Decyzją warunków dostępu telekomunikacyjnego w sposób dyskryminujący dla (...), nieuwzględniający różnic w pozycjach rynkowych stron;

III. naruszenie art. 1 ust. 2 pkt 1 ustawy prawo telekomunikacyjne oraz art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c) ustawy Pt w zw. z art. 30 ustawy Pt poprzez zmianę Decyzją warunków dostępu telekomunikacyjnego w sposób niezapewniający skutecznej konkurencji oraz rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych;

IV. naruszenie art. 1 ust. 2 pkt 4 ustawy prawo telekomunikacyjne oraz art. 28 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pt w zw. z art. 30 ustawy Pt poprzez zmianę Decyzją warunków dostępu telekomunikacyjnego w sposób nieuzasadniony potrzebą zapewnienia ochrony interesów użytkowników końcowych oraz prowadzący do naruszenia tego interesu;

V. naruszenie art. 7, art. 8, art. 11, art. 77 § 1 oraz art. 107 § 1 i § 3 k.p.a. poprzez oparcie rozstrzygnięcia na niepopartych dowodami, gołosłownych twierdzeniach, powołanych wybiórczo okolicznościach z pominięciem innych, istotnych w sprawie okoliczności, mających znaczenie dla prawidłowego rozstrzygnięcia.

W odpowiedzi na odwołanie (...), pozwany – Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniósł o oddalenie odwołania w całości, zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych z uwzględnieniem nakładu pracy radcy prawnego, stopnia zawilości sprawy jej obszerności, oddalenie wniosku o wstrzymanie wykonalności zaskarżonej decyzji, przeprowadzenie dowodu z akt administracyjnych, przeprowadzenie dowodu z decyzji Prezesa UKE z dnia 19 kwietnia 2011 roku nr (...) na okoliczność jej treści i obowiązków regulacyjnych nałożonych na powoda oraz przeprowadzenie dowodu z komunikatu znajdującego się na stronie internetowej UKE w sprawie Zaleceń Komisji Europejskiej w sprawie stawek MTR I FTR na okoliczność wskazaną w odpowiedzi pozwanego na przedmiotowe odwołanie.

W odpowiedzi na odwołanie (...), zainteresowany – (...) S.A. z siedzibą w W. wniósł o oddalenie odwołania w całości, oddalenie wniosku (...) o wstrzymanie wykonania Decyzji, przeprowadzenie dowodu z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odpowiedzi zainteresowanego oraz zasądzenie na rzecz (...) kosztów procesu według norm przepisanych.

Pismem procesowym z dnia 28 czerwca 2013 roku powód wskazał na nową istotną okoliczność mającą w jego ocenie znaczenie zarówno dla kwestii rozstrzygnięcia odwołania jak i wniosku o wstrzymanie wykonalności zaskarżonej decyzji wnosząc przy tym o niezwłoczne rozpoznanie wniosku (...) o wstrzymanie wykonalności zaskarżonej Decyzji.

Powód wskazał na wydane w dniu 14 czerwca 2013 roku przez Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie o sygnaturze akt XVII AmT 34/11 postanowienie o wstrzymaniu wykonalności decyzji Prezesa UKE z dnia 19 kwietnia 2011 roku

nr (...) w zakresie pkt V ppkt 2, z którego wynika obowiązek polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. z siedzibą w W.. Podniósł, że Sąd wydając powyższe postanowienie podzielił argumentację (...), wskazującą na grożące (...) niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody lub spowodowania trudnych do odwrócenia skutków, podkreślając, że ryzyko, które występuje w sprawie XVII AmT 34/11 jest jeszcze bardziej aktualne w przedmiotowym postępowaniu.

Pismem procesowym z dnia 12 lipca 2013 roku zainteresowany wniósł o oddalenie wniosku powoda o wstrzymanie wykonalności zaskarżonej Decyzji. (...) podniósł, że wstrzymanie wykonania Decyzji zgodnie z wnioskiem (...) skutkować będzie przyznaniem nieuzasadnionych preferencji cenowych na rzecz (...), prowadząc do poważnego zakłócenia warunków konkurencji na poziomie hurtowym jak i detalicznym oraz powstaniem poważnej szkody nie tylko po stronie (...), ale przede wszystkim abonentów kończących połączenia u abonentów (...) za pośrednictwem (...). Zainteresowany wskazał nadto, że zgodnie z art. 479<sup>(59)</sup> k.p.c. warunkiem koniecznym do wstrzymania natychmiastowego wykonania Decyzji jest bardzo wysokie prawdopodobieństwo wadliwości Decyzji, czego powód ani w odwołaniu ani we wniosku z dnia 28 czerwca 2013 roku w żaden sposób nie wykazał. Ponadto zainteresowany podtrzymał swoje stanowisko w sprawie przytaczając wykazane wcześniej argumenty i okoliczności dotyczące konieczności zrównania stawek (...) za stawkami MNO zasiedziały.

Pismem z dnia 30 lipca 2013 roku powód podtrzymał swoje stanowisko w sprawie podnosząc przy tym, że argumentacja (...) odnosząca się do obowiązku niedyskryminacji jest całkowicie chybiona.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2013 roku zainteresowany celem wyjaśnienia i zobrazowania sytuacji (...) działającego w modelu MVNO, który to model zdaniem (...) ma istotny wpływ na bezpodstawność żądania przez (...) stawek wyższych niż pobierane przez operatorów MNO, odniósł się do najistotniejszych kwestii podniesionych przez powoda w piśmie procesowym z dnia 30 lipca 2013 roku.

W piśmie procesowym z dnia 30 sierpnia 2013 roku powód przedstawił swoje stanowisko odnośnie twierdzeń zainteresowanego zawartych w piśmie procesowym z dnia 12 sierpnia 2013 roku.

### ***Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:***

Powód - (...) S.A w W. jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnymi w rozumieniu art. 2 pkt 27 ustawy Pt posiadającym znaczącą pozycję na rynku hurtowego zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (MTR).

W dniu 16 grudnia 2008 roku Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej opublikował na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej stanowisko w sprawie asymetrii stawek na rynku zakańczania połączeń głosowych w publicznych telefonicznych sieciach ruchomych

W dniu 11 marca 2009 roku Prezes UKE wydał decyzję nr (...), w której ustalił, iż na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) nie występuje skuteczna konkurencja, wyznaczył (...) jako przedsiębiorcę zajmującego znaczącą pozycję na rynku Świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) oraz nałożył na (...) obowiązki regulacyjne, w tym obowiązek, o którym mowa w art. 44 ustawy Pt, polegający na zakazie stosowania przez (...) zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...).

W dniu 23 czerwca 2009 roku, na podstawie art. 26 ust. 1 i 2 w związku z art. 30 ustawy Pt, (...) S.A. wystąpiła do (...) z wnioskiem o rozpoczęcie negocjacji zmiany Umowy w zakresie opłat za zakańczanie połączeń w sieci (...), zgodnie z załączonym do wniosku projektem aneksu.

W dniu 22 lipca 2009 roku na podstawie art. 27 ust. 1 ustawy Pt, (...) złożyła do Prezesa UKE wnioski o określenie terminu zakończenia negocjacji z (...), wszczętych na wniosek (...). W dniu 23 czerwca 2009 roku, w zakresie zmiany wysokości stawki za zakańczanie połączeń w Sieci (...).

Postanowieniem z dnia 14 sierpnia 2009 roku, nr (...) Prezes UKE Skreślił termin zakończenia negocjacji w przedmiocie wniosku (...) na dzień 21 sierpnia 2009 roku W związku z bezskutecznym upływem tego terminu, (...) pismem z dnia 21 sierpnia 2009 roku wystąpiła do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji zmieniającej łączącą strony Umowę, poprzez zmianę wysokości stawki za zakańczanie połączeń w sieci (...), tak aby była ona taka sama, jak wysokość stawek występujących w Umowach zawartych z operatorami pozostałych sieci mobilnych.

Prezes UKE, wypełniając dyspozycję art. 61 § 4 k.p.a., pismem z dnia 31 sierpnia 2009 roku zawiadomił Strony o wszczęciu, w dniu 27 sierpnia 2009 roku na wniosek (...) postępowania administracyjnego o wydanie decyzji zmieniającej Umowę w zakresie zmiany wysokości Opłat za zakańczanie połączeń w sieci (...), zgodnie z wnioskiem (...) oraz zwrócił się na podstawie art. 27 ust. 4 ustawy Pt do (...) o przedstawienie stanowiska w przedmiotowej sprawie w terminie 14 dni od dnia otrzymania niniejszego zawiadomienia.

W odpowiedzi na zawiadomienie Prezesa UKE o wszczęciu postępowania, (...) pismem z dnia 14 września 2009 roku przedstawiła stanowisko w sprawie.

Pismem z dnia 7 października 2009 roku. (...) ustosunkowała się do argumentów przedstawionych przez (...) w stanowisku z dnia 14 września 2009 roku.

W dniach od 30 listopada 2009 roku do 30 grudnia 2009 roku Prezes UKE, na podstawie art. 15 ust. 3 ustawy Pt, przeprowadził postępowanie konsultacyjne odnośnie projektu decyzji zmieniającej Umowę, w zakresie zmiany wysokości opłat za zakańczanie połączeń głosowych w sieci (...). W ramach przedmiotowego postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęła opinia złożona przez (...).

W dniu 10 listopada 2010 roku Prezes UKE opublikował Stanowisko Prezesa UKE dotyczące wysokości stawek za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych nowych operatorów.

W dniu 19 kwietnia 2011 roku Prezes UKE wydał decyzję nr (...) (20), w której ustalił, iż na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) nie występuje skuteczna konkurencja, wyznaczył (...) jako przedsiębiorcę zajmującego znaczącą pozycję na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) oraz zmienił nałożony na (...), Decyzją (...), obowiązek regulacyjny z art. 44 ustawy Pt.

W dniach od 28 kwietnia 2011 roku do 28 maja 2011 roku Prezes UKE przeprowadził ponownie postępowanie konsultacyjne odnośnie projektu rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

W dniu 28 kwietnia 2011 roku Prezes UKE notyfikował Komisji Europejskiej projekt rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie, a w dniu 28 kwietnia 2011 roku KE zarejestrowała pod numerem (...) notyfikację Prezesa UKE z dnia 28 kwietnia 2011 roku.

KE pismem z dnia 16 maja 2011 roku znak (...) przedstawiła swoje stanowisko w przedmiotowej sprawie. W swoim stanowisku KE przedstawiła uwagi do projektów decyzji, przekazanych przez Prezesa UKE w procesie konsolidacji.

W ramach postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęło w dniu 27 maja 2011 roku stanowisko konsultacyjne (...), złożone pismem z dnia 27 maja 2011 roku oraz stanowisko (...) SA., złożone pismem z dnia 27 maja 2011 roku.

Pismem z dnia 19 lipca 2011 roku Prezes UKE zawiadomił Strony, iż zgodnie z art. 10 § 1 k.p.a., mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań w terminie trzech dni od dnia otrzymania zawiadomienia.

W dniu 9 sierpnia 2011 roku Prezes UKE wydał decyzje nr (...), którą zmienił postanowienia umowy o połączeniu sieci z dnia 8 listopada 2007 roku zawartą pomiędzy (...) i (...) w zakresie zmiany opłat za zakańczanie połączeń głosowych w sieci (...). Od powyższej decyzji powód wniósł odwołanie zaskarżając ją w całości.

Z dniem 31 grudnia 2013 roku nastąpiło połączenie w trybie art. 492 § 1 pkt 1 ksh poprzez przeniesienie całego majątku spółek (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. na spółkę (...) S.A. jako jedyne go wspólnika przejmowanych spółek oraz dokonana została zmiana firmy (...) S.A. z siedzibą w W. na (...) S.A. z siedzibą w W.. Tym samym (...) S.A. z siedzibą w W. wstąpiła we wszystkie prawa i obowiązki spółek przejmowanych i stała się stroną niniejszego postępowania.

Powyższe fakty pozostają bezsporne i zostały ustalone na podstawie dokumentów załączonych przez strony do pism procesowych oraz znajdujących się w aktach administracyjnych.

***W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy zważył, co następuje:***

Odwołanie powoda należało oddalić.

Na wstępie należy zauważyć, że ustawa Prawo telekomunikacyjne nakłada na Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kompetencję regulowanie rynku telekomunikacyjnego. Dobór środków regulacyjnych jak i również ich kształt należy do sfery tzw. uznania administracyjnego ograniczonego ramami przepisów ustawy.

W zakresie podejmowanych decyzji o dostępie telekomunikacyjnym, Prezes UKE obowiązany jest, stosownie do art.28 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, brać pod uwagę następujące kryteria: interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych; obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych; rozwój nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej, w tym promowanie efektywnego inwestowania w dziedzinie infrastruktury oraz technologii innowacyjnych; promocję nowoczesnych usług telekomunikacyjnych; charakter zaistniałych kwestii spornych oraz praktyczną możliwość wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, zarówno zaproponowanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych będących stronami negocjacji, jak też mogących stanowić rozwiązania alternatywne; zapewnienie: integralności sieci oraz interoperacyjności usług, niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego, rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych; pozycje rynkowe przedsiębiorców telekomunikacyjnych, których sieci są łączone; interes publiczny, w tym ochronę środowiska oraz utrzymanie ciągłości świadczenia usługi powszechnej.

Należy podkreślić, że wymienione kryteria mogą być wzajemnie przeciwstawne (np. ekonomiczny interes użytkowników i potrzeba środków na rozwój nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej). Rolą Prezesa UKE jako regulatora jest właściwe wyważenie poszczególnych kryteriów przy podejmowaniu decyzji o dostępie telekomunikacyjnym.

Odnosząc powyższe do poszczególnych zarzutów powoda, wskazać należy, że zarzut naruszenia konstytucyjnej zasady proporcjonalności i wynikającego z niej zakazu nadmiernej ingerencji (art. 2 Konstytucji), nieuwzględnienia obowiązków regulacyjnych ciążących na stronach należy wskazać, iż zgodnie z art. 28 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pt Prezes UKE wydając decyzję ma obowiązek wziąć pod uwagę obowiązki regulacyjne nałożone na strony postępowania. Jak wyżej wskazano kryteria, które ma zastosować regulator są przeciwstawne w swej treści, stąd zarzut naruszenia konstytucyjnej zasady proporcjonalności nie jest zasadny.

Zgodnie z decyzją Prezesa UKE z dnia 11 marca 2009 roku nr (...), na powoda nałożone zostały obowiązki regulacyjne, w tym obowiązek, o którym mowa w art. 44 ustawy Pt, polegający na zakazie stosowania przez przedsiębiorcę zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...), który to został zmieniony decyzją Prezesa UKE z dnia 19 kwietnia 2011 roku nr (...), poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „obowiązek polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. z siedzibą w W.. Przez stosowanie zawyżonych

stawek MTR rozumie się ustalanie przez (...) S.A. stawek MTR wyższych niż stawki MTR zasiedzialego operatora MNO".

Tym samym, skoro przepis art. 28 ust. 1 pkt 2 ustawy Pt. obliguje Prezesa Urzędu do uwzględnienia obowiązków regulacyjnych nałożonych na strony postępowania, przy podejmowaniu decyzji o dostępie, należy uznać, iż brak jest podstaw do uznania zarzutu naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 2 i idącego za tym złamania zasady proporcjonalności, gdyż przy wydaniu przedmiotowej decyzji pozwany wziął pod uwagę obowiązki jakie zostały nałożone na powoda ww. decyzjami. Należy przy tym podkreślić, iż Przedsiębiorca nie przedstawił żadnych argumentów wskazujących na nie uwzględnienie przez Prezesa UKE obowiązków regulacyjnych, podważając jedynie słuszność nałożenia na powoda obowiązku regulacyjnego polegającego na zakazie stosowania zawyżonych stawek MTR, co zostało dokonane zupełnie inną decyzją administracyjną nie będącą przedmiotem odwołania powoda rozpatrywanego w niniejszej sprawie. Rozstrzygnięcie zawarte w zaskarżonej decyzji nie nakłada na powoda żadnych obowiązków regulacyjnych, lecz uwzględnia nałożony na powoda obowiązek regulacyjny stosowania niezawyżonych stawek MTR, czyli stawek nie wyższych niż stawki MTR stosowane w sieci operatorów MNO - (...), (...) oraz (...).

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż zarzuty powoda dotyczące złamania konstytucyjnej zasady proporcjonalności i wynikającego z niej zakazu nadmiernej ingerencji, nieuwzględnienia obowiązków regulacyjnych ciążących na stronach oraz nieuwzględnienie różnic w pozycjach rynkowych stron, nie odnoszą się do zaskarżonej w niniejszym postępowaniu decyzji Prezesa UKE z dnia 9 sierpnia 2011 roku nr (...), zmieniającej postanowienia Umowy, lecz mogłyby dotyczyć wcześniej wydanych przez Prezesa Urzędu decyzji administracyjnych, które to nakładają obowiązki stosowania stawek MTR w sieci (...) w określonej wysokości.

Kwestionując zaskarżoną Decyzję powód powołuje się na następujące okoliczności faktyczne:

- w wyniku zmiany opłat za połączenia powód w okresie od 10 sierpnia do 31 grudnia 2011 r. w relacji do zainteresowanego straci około 176 tysięcy złotych;
- (...) S.A. jest tzw. operatorem zasiedziałym;
- (...) S.A. ma znacznie większy udział w rynku.

Okoliczności te nie uzasadniają w sposób dostateczny zarzutu nieproporcjonalności, a tym bardziej dyskryminacji. Zainteresowany jest bowiem właścicielem sieci, zaś powód operatorem wirtualnym. Wyższe przychody operatora fizycznej sieci zwiększając środki inwestycyjne niewątpliwie sprzyjają rozwojowi nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej, w tym promowaniu efektywnego inwestowania w dziedzinie infrastruktury oraz technologii innowacyjnych, promocji nowoczesnych usług telekomunikacyjnych co odpowiada interesom użytkowników końcowych.

Ponadto należy podnieść, iż (...) S.A. jako przedsiębiorca telekomunikacyjny działa w modelu full MVNO, a tym samym posiada własną infrastrukturę telekomunikacyjną z wyjątkiem podsystemu radiowego, a także własne punkty styku sieci z innymi operatorami, przez co jego działalność różni się od tych dotyczących rynku zakańczania połączeń głosowych w innych ruchomych publicznych sieciach telefonicznych. Nie można zatem uznać, iż powód prowadząc działalność w model full MVNO ponosi koszty związane z rozbudową sieci dostępowej, której to wysokie koszty wpływałyby na odmienny sposób kształtowania stawek niż symetryczny dla nowego operatora, zwłaszcza, że jako operator MVNO w przypadku wysokich kosztów usługi roamingu krajowego posiada możliwość swobodnej zmiany dostawcy takich usług, tak aby oferowane mu warunki były dla niego bardziej preferencyjne. Takiej sytuacji nie posiadają operatorzy MNO, którzy posiadają infrastrukturę telekomunikacyjną wraz z siecią dostępową i którzy ponoszą dodatkowe koszty związane właśnie z inwestycjami w rozwój infrastruktury dostępowej. Same koszty przyrostowe nie mogą być podstawą do przyznania operatorowi MVNO jakim jest powód stawki wyższej niż stawka symetryczna w stosunku do operatorów MNO, przez co wprowadzenie w rozliczeniach między Przedsiębiorcami, będącymi stronami niniejszego postępowania stawek za zakańczania połączeń w sieci powoda symetrycznych w



stosunku do analogicznych stawek stosowanych przez MNO jest całkowicie uzasadnione i w żaden sposób nie narusza zasady proporcjonalności.

Z powyższych względów nietrafny jest również zarzut powoda, iż pozwany naruszył zasadę niedyskryminacji w stosunku do powoda ustalając stawki MTR w inny sposób niż dla pozostałych nowych operatorów, gdyż jak zostało to już wykazane wyżej powód prowadzi swoją działalność telekomunikacyjną w zupełnie innym modelu niż wskazani przez niego w odwołaniu operatorzy telefonii komórkowej. Dodać należy, że powód nie przedstawił przekonującej argumentacji zarzutu naruszenia konstytucyjnej zasady równości w odniesieniu do stanu istniejącego przed wydaniem zaskarżonej Decyzji, a w szczególności, że istniejąca wcześniej asymetria stawek MTR pomiędzy powodem i zainteresowanym, skutkująca tym, że połączenia telefoniczne z sieci zainteresowanego do sieci powoda była droższe niż do sieci operatorów zasiedziały, odpowiadały zasadzie równości, zaś stan wynikający z zaskarżonej decyzji a skutkujący symetrią stawek i równymi cenami połączeń do tych sieci, zasadę równości narusza. Asymetryczna stawka ewidentnie uprzywilejowywała powoda w stosunkach z zainteresowanym i innymi operatorami. Likwidacja tego uprzywilejowania nie może być uznana za dyskryminację.

Sąd nie zgodził się również z twierdzeniem powoda jakoby wydając zaskarżoną decyzję Prezes UKE nie zapewnił skutecznej konkurencji oraz rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych naruszając tym art. 1 ust. 2 pkt 1 oraz art. 28 ust 1 pkt 5 lit c) ustawy Pt, gdyż zdaniem Sądu symetria stawek w sieciach ruchomych za zakańczanie połączeń w perspektywie długoterminowej będzie sprzyjać inwestycjom, innowacjom i pewności regulacyjnej, a co za tym idzie skutecznej konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych. To właśnie powolne odchodzenie od asymetrii na rynku prowadzi do rozwoju konkurencyjności. Okres, w którym stosowano opłaty asymetryczne powinien pozwolić na dostateczny rozwój sieci operatora alternatywnego, który powinien działać na rynku o normalnej a nie zachwianej konkurencji.

Za bezzasadny należało również uznać zarzut dokonania zmiany warunków dostępu telekomunikacyjnego w sposób nieuzasadniony potrzebą ochrony interesów użytkowników końcowych. Sąd w tej mierze podziela stanowisko pozwanego, że wyższe hurtowe stawki zakańczania połączeń w sieci powoda skutkują wyższymi stawkami detalicznym połączeń kończonych w tej sieci, co nie ma żadnego ekonomicznego uzasadnienia. Symetria stawek wyeliminuje problem wysokich cen połączeń do sieci powoda, co odpowiada interesom użytkowników końcowych. Zmiana warunków dostępu telekomunikacyjnego był więc uzasadniony potrzebą ochrony interesów użytkowników końcowych.

Odnosząc się zaś do zarzutu powoda naruszenia przez pozwanego prawa administracyjnego poprzez oparcie zaskarżonego rozstrzygnięcia na niepopartych dowodami twierdzeniach oraz okolicznościach z pominięciem innych istotnych w sprawie okoliczności. Ewentualne naruszenie przepisów postępowania administracyjnego nie jest przedmiotem postępowania sądowego i nie stanowi samoistnej podstawy uchylenia decyzji w tym postępowaniu. Wniesienie do Sądu odwołania od decyzji administracyjnej wszczyna dopiero cywilne, pierwszoinstancyjne postępowanie sądowe, w którym Sąd dokonuje własnych ustaleń, rozważając całokształt materiału dowodowego, na co wielokrotnie wskazywał tak Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jak też Sąd Apelacyjny oraz Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach (np.: wyrok Sądu Najwyższy z dnia 29 maja 1991 roku, sygn. akt III CRN 120/91, wyroku z dnia 19 stycznia 2001 roku sygn. akt I CKN 1036/98, wyrok SOKiK z dnia 18 lutego 2004 roku o sygnaturze akt XVII AmT 2/03). Celem postępowania nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu. Postępowanie sądowe przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem kontradiktoryjnym, w którym uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym, co nie pozbawia jednak stron możliwości zgłoszenia nowych twierdzeń faktycznych i nowych dowodów, według zasad obowiązujących w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych. Sąd antymonopolowy jest sądem cywilnym i prowadzi sprawę cywilną, wszczętą w wyniku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, w tym wypadku Urzędu Regulacji Energetyki, według reguł kontradiktoryjnego postępowania cywilnego, a nie sądem legalności decyzji administracyjnej, jak to czynią sądy administracyjne w postępowaniu sądowno-administracyjnym. Tylko takie odczytanie relacji pomiędzy postępowaniem administracyjnym i postępowaniem sądowym może uzasadniać

dokonany przez racjonalnego ustawodawcę wybór między drogą postępowania cywilnego i drogą postępowania sądowno-administracyjnego dla wyjaśnienia istoty sprawy.

Dodać należy, że Sąd uznał, że nawet gdyby przyjąć, że w postępowaniu administracyjnym doszło do uchybień proceduralnych w tym zakresie to nie mogą one być przedmiotem postępowania sądowego mającego na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sporu, bowiem Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu ciężaru dowodu i obowiązku stron w postępowaniu dowodowym.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał za zasadne oddalić odwołanie powoda na podstawie art. 479<sup>64</sup> § 1 k.p.c. orzekając jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu w oparciu o art. 98 kpc, w zw. z § 14 ust. 3 pkt. 2 w zw. z § 2 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu ustalając wysokość wynagrodzenie pełnomocników w stawce minimalnej 360 zł.

SSO Dariusz Dąbrowski