

Sygn. akt *XVII AmT 68/13*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 marca 2015 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie-Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Hanna Kulesza

Protokolant: Sekretarz sądowa Jadwiga Skrzyńska

po rozpoznaniu w dniu 18 lutego 2015 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) **spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej**

o nałożenie obowiązków regulacyjnych

na skutek odwołania (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr (...)(...) z dnia 14 grudnia 2012 r.

1. oddała odwołanie;
2. zasądza od powoda (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. na rzecz pozwanego Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 360 (trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Hanna Kulesza

Sygn.akt XVII AmT 68/13

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 14 grudnia 2012r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: „Prezes UKE”, „pozwany”) na podstawie art. 24 pkt 1 i pkt 2 lit. a, lit. b i lit. c w związku z art. 21 oraz art. 22 ust. 1 i ust. 2, art. 34 ust. 1 i ust. 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i ust. 2, art. 44 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2004 r., Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.) – dalej (...) - oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.), zwanej dalej „kpa”, w związku z art. 206 ust. 1 Pt:

I. określił jako rynek właściwy rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (zwanej dalej również „Spółką”, „(...)” lub „Operatorem”);

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

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

IV. utrzymał określone w decyzji nr (...) z dnia 18 grudnia 2008 r. następujące obowiązki regulacyjne:

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

W punkcie V zmienił określone decyzją nr (...) z dnia 18 grudnia 2008 r. następujące obowiązki regulacyjne:

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

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

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

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

- publikacja wskazanych powyżej informacji nastąpi w formie elektronicznej na oficjalnej stronie internetowej (...) sp. z o.o.
- informacje należy ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia niniejszej decyzji, w przypadku zmiany zakresu bądź treści publikowanej informacji należy ją ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 tygodnia od dnia wprowadzenia zmiany.

3. Obowiązek, nałożony na podstawie art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na zakazie stosowania przez (...) Sp. z o.o. zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) sp. z o.o. poprzez jego uchylene.

W punkcie **VI** nałożył, na podstawie art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, obowiązek polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) sp. z o.o. w wysokości określonej w zamieszczonym poniżej harmonogramie (dalej także: glide path), wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej model operatora efektywnego przez określenie stawek od 01 stycznia 2013r. do 30 czerwca 2013r. na poziomie 0,0826 PLN/min, od 01 lipca 2013r. na poziomie 0,0429 PLN/min.

W punkcie **VII** na podstawie art. 206 ust. 2a w związku z art. 206 ust. 2 pkt 1 pkt 2 Pt nadał decyzji rygor natychmiastowej wykonalności .

Załączone do Decyzji Załączniki:

Załącznik nr 1 – zawierający dane stanowiące tajemnicę;

Załącznik nr 2 – opis modelu kalkulacji kosztów według metodologii uwzględniającej „czyste” długookresowe koszty przyrostowe;

Załącznik nr 3 – stosowanych przez Prezesa UKE model kalkulacji kosztów operatora efektywnego w formie pliku xls., zapisany na płycie CD;

Załącznik nr 4 – komentarz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej do stanowisk zgłoszonych przez uczestników postępowania konsultacyjnego, jakie zostało przeprowadzone w dniach od 3 sierpnia 2012r. do 3 września 2012.r.

(decyzja, k. 7-43 akt sądowych).

Odwołanie od powyższej decyzji w dniu 31 grudnia 2012 r. wniósł powód - (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. zaskarżając tę decyzję w zakresie objętym punktem IV, V ppkt 3 oraz punktem VI .

Decyzji zarzucono:

1. naruszenie art. 21, 22 i 24 i pkt 2 Pt w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 i pkt 4 Pt oraz w związku z art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. b Pt poprzez niewystarczającą i niepełną analizę badanego rynku właściwego oraz błędną ocenę sytuacji rynkowej (...) prowadzącą w efekcie do niewłaściwego określenia zakresu obowiązków (...), które nie są adekwatne i proporcjonalne do zdiagnozowanych problemów, a także prowadzą do naruszenia równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych w publicznych ruchomych sieciach telefonicznych, oraz do pozbawienia użytkowników możliwości osiągnięcia maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych, w tym w szczególności poprzez zaniechania zebrania stosownych dowodów, a następnie ustalenia na ich podstawie odpowiednich obowiązków regulacyjnych w odniesieniu do (...), z uwzględnieniem zasady proporcjonalności oraz przesłanki adekwatności tych obowiązków do problemów rynkowych,
2. art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 24 pkt 2 lit.a i lit.c Pt w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 Pt i art. 189 ust. 2 pkt 2 lit.c Pt i w zw. z art. 44 Pt poprzez nałożenie na (...) w okresie przejściowych (do dnia 30.06.2013r.) obowiązku stosowania symetrycznej stawki w wysokości skalkulowanej z zastosowaniem średniej arytmetycznej ze

stawki wyliczonej na podstawie modelu bottom up i obecnie obowiązującej stawki MTR operatorów zasiedziałych, co narusza obowiązek równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych i prowadzi do dyskryminacji (...) na tle operatorów zasiedziałych, pomimo faktu, iż (...) ponosi wyższe koszty jednostkowe;

3. art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 8 ust. 4 Dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dalej jako „Dyrektywa o Dostępie”) oraz art. 24 pkt 2 lit.a w zw. z art. 44 Pt poprzez nałożenie na (...) nowego obowiązku regulacyjnego z naruszeniem konstytucyjnej i wspólnotowej zasady proporcjonalności oraz bez uwzględnienia i uzasadnienia przesłanki adekwatności tego obowiązku do problemów rynkowych;

4. art. 24 pkt 2 lit.b Pt w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 Pt i art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. b Pt w zw. z art. 44 Pt poprzez zaniechanie utrzymania w odniesieniu do (...) obowiązku regulacyjnego w postaci zakazu stosowania zawyżonych stawek, pomimo iż obowiązek ten jest adekwatny i proporcjonalny do zidentyfikowanych problemów oraz została uprzednio nałożony w Decyzji Prezesa UKE z dnia 18 grudnia 2008r. Nr (...);

5. art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 24 pkt 2 pt w zw. z art. 163 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 1960r, Nr 30 poz. 168 ze zm.) (dalej jak: „KPA”) w zw. z art. 206 ust. 1 Pt poprzez pozbawienie (...) nabytego przez nią prawa pomimo braku istnienia po temu podstaw prawnych i faktycznych;

6. naruszenie art. 7 art. 8 art. 11 art. 77 § 1, 78 § 1 oraz art. 107 § 1 i § 3 KPA poprzez oparcie rozstrzygnięcia na niepopartych dowodami, głośłownych twierdzeniach, powołanych wybranych (wybiórczo) okolicznościach z pominięciem innych, istotnych w sprawie okoliczności, mających znaczenie dla prawidłowego rozstrzygnięcia oraz poprzez brak udostępnienia (...) i uniemożliwieniach weryfikacji danych źródłowych zastosowanych przez Prezesa UKE w modelu bottom-up, co skutkowało pozbawieniem (...) możliwości prowadzenia rzeczowej polemiki oraz wykazywania inicjatywy dowodowej w prowadzonym postępowaniu.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty powód wniósł o zmianę decyzji przez :

- dodanie w punkcie IV ppkt 2 w następującym brzmieniu:

„IV. utrzymuję nałożone na (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego decyzją nr (...) z dnia 18 grudnia 2008 r. następujące obowiązki regulacyjne: (...)

2. obowiązek, nałożony na podstawie art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na zakazie stosowania przez (...) Sp. z o.o. zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej sieci telefonicznej (...) Sp. z o.o., przy czym obowiązek ten będzie stosowany do dnia 31 grudnia 2013 r."

- wykreślenie w punkcie V ppkt 3 ;

- nadanie punktowi VI Decyzji następującego brzmienia:

„VI. nakładam, na podstawie art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, obowiązek polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) sp. z o.o. od dnia 1 stycznia 2014 r. w wysokości 0,0429 PLN/min, wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej także: „Prezes UKE", „Regulator") model operatora efektywnego."

Ewentualnie wniósł o zmianę zaskarżonej decyzji przez:

- dodanie w punkcie IV ppkt 2 w następującym brzmieniu:

„IV. utrzymuję nałożone na (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego decyzją nr (...) z dnia 18 grudnia 2008 r. następujące obowiązki regulacyjne: (...)

2. obowiązek, nałożony na podstawie art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na zakazie stosowania przez (...) Sp. z o.o. zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej sieci telefonicznej (...) Sp. z o.o., przy czym obowiązek ten będzie stosowany do dnia 30 czerwca 2013 r."

- wykreślenie w punkcie V ppkt 3,

- nadanie punktowi VI Decyzji następującego brzmienia:

„VI. nakładam, na podstawie art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, obowiązek polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) sp. z o.o. od dnia 1 lipca 2013 r. w wysokości 0,0429 PLN/min, wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej także: „Prezes UKE”, „Regulator”) model operatora efektywnego.”

Ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia wniosku (...) o zmianę decyzji w sposób wskazany w punkcie powyżej wniosła o uchylnie zaskarżonej decyzji w części objętej punktami IV V ppkt 3 oraz VI.

(odwołanie k. 47-420 akt sądowych).

W odpowiedzi na odwołanie pozwany Prezes UKE (dalej: pozwany) wniósł o odrzucenie odwołanie z powodu braku formalnego, ewentualnie o jego oddalenie w całości i zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych, z uwzględnieniem nakładu pracy radcy prawnego, stopnia zawiłości sprawy i jej obszerności w wysokości 2160 zł.

(odpowiedź na odwołanie, k. 437-460 akt sądowych).

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

(...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej: (...) sp. z o.o.) prowadzi działalność na rynku hurtowego i detalicznego zakańczania połączeń głosowych w ruchomej i stacjonarnej sieci telefonicznej (...) sp. z o.o. na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych od marca 2007r.

(okoliczność bezsporna).

Prezes UKE przeprowadził analizę rynku świadczenia usług zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. (dalej: (...) sp. z o.o.) za okres 1 stycznia 2009r. do 30 czerwca 2011r.

(dowód: pismo Prezesa UKE z dnia 17 czerwca 2011r. k. 1-8 akt administracyjnych, przekazane przez przedsiębiorcę dane - tajemnica przedsiębiorstwa k. 8a-8r tomu VI akt administracyjnych).

Pismem z dnia 15 marca 2012 r. Prezes UKE zawiadomił (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. o wszczęciu postępowania w sprawie:

- a. określenia rynku właściwego,
- b. ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą,
- c. wyznaczenie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą obowiązków regulacyjnych,

d. utrzymania, zmiany albo uchylecia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku.

(dowód: zawiadomienie Prezesa UKE k. 9 akt administracyjnych)

W dniach od 12 sierpnia 2011 r. do 12 września 2011 r. Prezes UKE prowadził postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu zaskarżonej decyzji. W wyznaczonym terminie stanowisko konsultacyjne przedłożył (...) sp. z o.o. oraz Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Stanowiska konsultacyjne wraz z komentarzem zostały opublikowane na stronie internetowej pozwanego w dniu 30 września 2011 r.

W dniu 4 października 2011 r. Prezes UKE notyfikował Komisji Europejskiej projekt decyzji, która w dniu 4 listopada 2011 roku przekazała pozwanemu uwagi do notyfikowanego projektu decyzji odnoszące się do sposobu zobowiązania (...) sp. z o.o. do stosowania stawki zakończenia połączenia wyliczonej w oparciu o koszty przyrostowe dla operatora efektywnego.

(dowód: notyfikacja k. 229 akt administracyjnych, stanowisko Komisji Europejskiej k. 240 -247 akt administracyjnych).

Pismem z 12 stycznia 2012r. Prezes UKE wycofał notyfikowany projekt decyzji.

(dowód: notyfikacja k. 256 akt administracyjnych)

Pismem z dnia 24 stycznia 2012r. (...) sp. z o.o. został zobowiązany przez Prezesa UKE do przedłożenia informacji dotyczących rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) sp. z o.o. z okres od lipca 2011r. do 31 grudnia 2011r. , które zostały Prezesowi UKE przedłożone w dniu 16 lutego 2012.r.

(dowód: pismo Prezesa UKE k. 264 akt administracyjnych, pismo przedsiębiorcy k. 264-265, k. 273-282 akt administracyjnych).

Pismem z 20 czerwca 2012r. (...) sp. z o.o. w ramach prowadzonego postępowania administracyjnego o wyznaczeniu (...) sp. z o.o. jak przedsiębiorcę zajmującego znaczącą pozycję na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w jego sieci, zmianę, utrzymanie i nałożenie obowiązków regulacyjnych wniósł o załączenie w poczet materiału dowodowego postępowania administracyjnych wymienionych w nim dalszych pism odnoszących się do opracowywanego przez Prezesa UKE modelu operatora efektywnego (bottom up Pure Lric) .

(dowód: pismo przedsiębiorcy z 20 czerwca 2012r. k. 282b-c akt administracyjnych)

W dniach od 3 sierpnia 2012r. do 3 września 2012r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjnego projektu zaskarżonej decyzji. Stanowiska konsultacyjne zostały złożone przez: (...) sp. z o.o., (...), (...) sp. z o.o. oraz (...) S.A. Stanowiska zostały opublikowane na stronie internetowej urzędu w dniu 2 października 2012r.

Zawiadomieniem z dnia 8 sierpnia 2012r. Prezes UKE udostępnił (...) sp. z o.o. - jako materiał dowodowy - stosowany przez Prezesa UKE model kalkulacji kosztów operatora efektywnego, oraz opis modelu kalkulacji kosztów według metodologii PureLric. Następnie postanowieniem z dnia 8 sierpnia 2012r. ograniczył prawo wglądu (...) sp. z o.o. do stosowanego modelu kalkulacji kosztów operatora efektywnego w zakresie jakim zawiera w swej treści informacje, określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

(dowód zawiadomienie Prezesa UKE k. 322 akt administracyjnych, postanowienia Prezesa UKE k. 324 akt administracyjnych).

Pismem z 10 sierpnia 2012r. Prezesa UKE poinformował (...) sp. z o.o. o włączeniu do postępowania administracyjnego dokumentów w tym piśmie wymienionych. Następnie postanowieniem z dnia 10 sierpnia 2012 ograniczył prawo wglądu (...) sp. z o.o. do wymienionych tym postanowieniem pism w zakresie jakim zawierają w swej treści informacje, które spełniają przesłanki z art. 11ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

(dowód: pismo Prezesa k. 326-333 akt administracyjnych, postanowienie Prezesa K. 330-331 akt administracyjnych).

W dniu 2 października 2012 r. Prezes UKE notyfikował Komisji Europejskiej projekt decyzji, która w dniu 31 października 2012 roku przekazał Prezesowi UKE uwagi do notyfikowanego projektu decyzji.

(dowód: powiadomienie 1282 akt administracyjnych, k.1291-1294 akt administracyjnych)

Prezes UKE pismem 8 listopada 2012r. przedłożył Prezesowi UOKiK projekt rozstrzygnięcia po rozważeniu stanowisk otrzymanych w ramach postępowania konsultacyjnego w trybie art. 106 § 6 kpa – o czym poinformował (...) sp. z o.o. pismem z 8 listopada 2012r. Prezes UOKiK przedstawił stanowisko 23 listopada 2012r.

(dowód: pismo Prezesa UKE k. 1303 akt administracyjnych , k 1322 akta administracyjnych, stanowisko Prezesa UOKiK k. 1493-1499).

(...) sp. z o.o. 28 listopada 2012r. została poinformowana przez Prezesa UKE o włączeniu w poczet prowadzonego postępowania dokumentów w tym piśmie wymienionych.

(dowód: pismo Prezesa UKE z 28 listopada 2012r. k. 1542 – 1544 akt administracyjnych).

Po przeprowadzeniu ww. postępowania pozwany wydał decyzję będącą przedmiotem niniejszej sprawy.

Powyższe fakty są bezsporne pomiędzy stronami postępowania. Na podstawie posiadanych dokumentów nie budzą one wątpliwości Sądu. W związku z powyższym stan faktyczny w sprawie został ustalony jak wyżej.

Sąd Okręgowy w Warszawie- Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Istota sporu między stronami sprowadza się do oceny zasadności dokonanej zaskarżoną decyzją zmiany nałożonego poprzednią decyzją nr (...) z dnia 18 grudnia 2008r , wyznaczającą (...) jako podmiot posiadający znaczącą pozycję rynkową na rynku zakańczania połączeń głosowych we własnej sieci (dalej Decyzja (...) 2008), obowiązku regulacyjnego nałożonego na podstawie art. 44 PT polegającego na zakazie stosowania przez (...) Sp. z o.o. zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) . Prezes UKE dokonał zaskarżoną decyzją zmiany powyższego obowiązku poprzez jego uchylenie i zastąpienie od dnia 01.01.2013r. obowiązkiem , nałożonym również na podstawie art. 44 PT , polegającym na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) sp. z o.o. w wysokości wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego ((...)) , określonej według harmonogramu stworzonego przez Prezesa, według którego w okresie od 01.01.2013r. do 30.06.2013r. miała obowiązywać MTR w wysokości 0,0826 a od 01.07.2013r. MTR w wysokości 0,0429.

Powód zastrzegł , że co do zasady nie występuje przeciwko przejściu na proponowany model ustalania opłat za zakańczanie połączeń głosowych w jego sieci ((...)), jednak wnosił o pozostanie przy pierwotnym terminarzu jego wdrożenia , zgodnie z którym miało to nastąpić od 1 stycznia 2014 r. , a zatem rok później. W szczególności powód sprzeciwiał się wprowadzeniu symetrycznej stawki 0,0826 PLN/min w okresie przejściowym do dnia 30.06.2013r., która to stawka nie wynika z modelu operatora efektywnego , nie ma podstaw w przepisach prawa i aktualnej sytuacji na rynku , a także pozbawia (...) przyznanych jej uprzednio praw.

Stosownie do treści art. 24. ustawy Pt po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 22 ust. 1, Prezes UKE, w przypadku ustalenia, że na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, wydaje decyzję, w której:

- 1) określa rynek właściwy w sposób określony w art. 22 ust. 1 pkt 1;
- 2) wyznacza przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą oraz;
 - a) nakłada obowiązki regulacyjne, biorąc pod uwagę adekwatność i proporcjonalność danego obowiązku do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji celów określonych w art. 1 ust. 2, lub
 - b) utrzymuje nałożone obowiązki regulacyjne, jeżeli przedsiębiorca telekomunikacyjny lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie utracili tej pozycji, lub
 - c) zmienia lub uchyla nałożone obowiązki regulacyjne, jeżeli przedsiębiorca telekomunikacyjny lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie utracili tej pozycji, ale warunki na rynku właściwym uzasadniają zmianę lub uchylenie tych obowiązków.

Wydana w tym trybie decyzja służy regulacji rynku ex ante, której celem jest zapobieżenie zagrożeniom dla rynku wynikającym z faktu posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej.

Fakt posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej oznacza posiadanie pozycji ekonomicznej odpowiadającej dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego, a więc tak silną pozycję ekonomiczną, że uprawnia go ona do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów.

Z istoty rzeczy, w regulacji ex ante Prezes UKE nie dokonuje ustaleń faktycznych dotyczących występowania już określonych niepożądanych dla rozwoju rynku zjawisk lecz jedynie ustala czy wystąpienie takich zjawisk jest możliwe w przyszłości.

Przyjęta zasada rozliczeń międzyoperatorskich, stanowiąca iż koszty zakończenia każdej minuty połączenia pokrywa operator, którego abonent inicjuje połączenie oraz wynikający z niej brak presji konkurencyjnej na obniżenie stawek, powoduje potrzebę ciągłej interwencji regulacyjnej na rynku zakańczania połączeń, aby neutralizować brak dążenia tego rynku w kierunku efektywnej konkurencji. Sposób rozliczenia oparty na zasadzie CPP „płaci sieć strony rozpoczynającej połączenie” prowadzi do zagrożenia zawyżania cen i subsydiowania skrośnego, co nie jest czymś nowym na rynku telekomunikacyjnym. Już Zalecenie Komisji (2009/396/WE) zaakcentowało te zagrożenia podkreślając istotną rolę organów regulacyjnych przy ich rozwiązywaniu dla zapewnienia skutecznej i równoprawnej konkurencji.

Należy mieć na uwadze, że zadania postawione przed organem regulacyjnym wymagają pozostawienia mu szerokiego marginesu swobodnego uznania, jednak zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 24 pkt 2 lit a PT na Prezesie UKE spoczywa obowiązek, by w procesie nakładania, utrzymywania, zmiany lub znoszenia obowiązków regulacyjnych brał pod uwagę adekwatność danego obowiązku do zidentyfikowanego problemu, proporcjonalność oraz cele ustawy, nie naruszając przy tym przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W przedmiotowej sprawie po przeprowadzeniu analizy rynku Prezes UKE, prowadząc działalność regulacyjną ex ante uznał, iż zachodzi szczególnie przypadek, uzasadniający nałożenie obowiązku regulacyjnego na podstawie art. 44 PT.

Zmiany podejścia regulacyjnego w zakresie MTR w związku z wydanym przez Komisję Europejską Zaleceniem z dnia 07.05.2009r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych, polegającym na wprowadzeniu stawek za zakańczanie połączeń w sieciach telefonii ruchomej na symetrycznym poziomie, wyliczonych w oparciu o model efektywnego operatora i konieczność zapewnienia zgodności

krajowej polityki regulacyjnej z zaleceniem KE spowodowały, że konieczna stała się zmiana nałożonego w toku poprzednich postępowań obowiązku kosztowego. Z zalecenia Komisji Europejskiej, które Prezes UKE powinien uwzględnić w najszerszym możliwym zakresie, wynikał obowiązek obniżenia wysokości stawek za zakańczanie połączeń do poziomu kosztów efektywnego operatora. Prezes UKE po przeprowadzeniu konsultacji z operatorami opracował model efektywnego operatora. W 2010 r. Prezes UKE wydał Stanowisko odnoszące się do zalecenia Komisji i wskazał 2012r, w którym zostanie opracowany model.

W ocenie Sądu dla (...) i innych operatorów korzystne było wprowadzenie harmonogramu dochodzenia do symetrii MTR. Wprowadzając okres przejściowy Prezes wykazał, że kierował się sytuacją na rynkach zagranicznych partnerów, gdzie niejednolicie czasowo wprowadzono symetryczne stawki MTR na podstawie modelu efektywnego operatora.

Wbrew zarzutom powoda nie doszło do jego dyskryminacji, ponieważ w stosunku do innych operatorów telefonii ruchomej nałożono te same stawki, wprowadzono ten sam okres przejściowy i ten sam okres dochodzenia do symetrii. (...) jako nowowchodzący na rynek w 2007 roku operator korzystająca z uprzywilejowanych asymetrycznych stawek jednakże sytuacja rynkowa spółki zmieniła się, wzrosły udziały w rynku i przychód.

Przechodząc do zarzutów powoda odnoszących do naruszenia art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej i art. 24 pkt 2 lit. a i lit. c Pt w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 Pt i art. 189 ust. 2 pkt 2 lit. c Pt w zw. z art. 44 Pt przez nałożenie obowiązku na powoda stosowania w okresie przejściowym (do 30 czerwca 2013r.) symetrycznej stawki w wysokości skalkulowanej z zastosowaniem średniej arytmetycznej ze stawki wyliczonej na podstawie modelu bottom up i obecnie obowiązującej stawki MTR operatorów zasiedziały, co w ocenie powoda prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania w tym dyskryminacji, pomimo że powód ponosi wyższe koszty jednostkowe.

W pierwszej kolejności Sąd stwierdza, że deklarowanym celem Komisji Europejskiej jest obniżanie stawek MTR jako mających istotny wpływ na stawki detaliczne w tym także na stawki roamingowe. Komisja Europejska zaleceniem z dnia 7 maja 2009r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (2009/396/WE) deklarowała wspólne podejście oparte na standardzie efektywności kosztowej a symetria stawek wspiera efektywność oraz zrównoważoną konkurencję i daje największe korzyści konsumentom. Zalecenie dopuszcza stosowanie okresu przejściowego nie dłuższego niż 4 lata od wejścia na rynek dla nowo wchodzących operatorów. Według postanowień Zalecenia regulatorzy krajowi powinni zapewnić by do końca 2012r. wprowadzono stawki za zakańczanie połączeń na poziomie efektywnym kosztowo i symetrycznie a w wyjątkowych sytuacjach - regulatorzy krajowi nie mający dostatecznych środków do przygotowania tego modelu - mogą do 1 lipca 2014r. ustalać tymczasowe stawki MTR.

Powód nie kwestionuje przyjętej w Zaleceniu zasady, dojścia na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych do stosowania stawki symetrycznej w oparciu o model bottom up operatora efektywnego (z wykorzystaniem długookresowych kosztów przyrostowych), ale wcześniejszą niż wykazana tym Zaleceniem datę jego wprowadzenia, w sytuacji gdy powód ponosi wyższe koszty jednostkowe w stosunku do operatorów zasiedziały.

Wypada zauważyć, że Zalecenie odnośnie dopuszczalnej asymetrii zostało zastosowane po analizie rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE.

Zalecenie Komisji z 7 maja 2009 r. wymaga dla zastosowania asymetrii zgodnie z pkt 10 udowodnienia, że:

- nowy podmiot na rynku połączeń ruchomych działa poniżej minimalnej skali efektywności,
- ponosi wyższe jednostkowe koszty przyrostowe,
- stwierdzone są na rynku detalicznym bariery wejścia.

Tylko w takich warunkach organ regulacyjny może

- zezwolić na odzyskanie tych wyższych kosztów w okresie przejściowym poprzez uregulowanie stawki za zakańczanie połączeń,
- okres przejściowy nie powinien przekraczać 4 lat od wejścia operatora na rynek.

Każde odchylenie od jednolitego poziomu efektywności kosztowej należy uzasadnić obiektywnymi różnicami kosztów, które pozostają poza kontrolą operatorów. Wszelka asymetria dopuszczona dla operatorów dopiero wchodzących na rynek, powinna zostać stopniowo usunięta w rozsądnym terminie pozwalającym tym operatorom na osiągnięcie minimalnej skali efektywności. Tymczasem powód sam przyznaje, że nadal jest operatorem działającym na rynku telekomunikacyjnym poniżej minimalnej skali efektywności, ale nie wskazał, aby ponosił jakiegokolwiek wyższe koszty, które uzasadniałyby utrzymanie dalszej asymetrii w stosunku do niego. Zakres postępowania dowodowego zarówno co do okoliczności wymagających dowodzenia jak i co do środków dowodowych, jest przede wszystkim określony inicjatywą dowodową stron, co wynika wprost z art. 232 k.p.c – na odwołującym się od decyzji powodzie spoczywa ciężar dowodu zmierzającego od obalenia ustaleń faktycznych zawartych w zaskarżonej decyzji.

Bezzasadny jest zarzut naruszenia art.189 ust.2 pkt 2 ppkt c ustawy Prawo telekomunikacyjne poprzez dokonanie ustaleń faktycznych i prawnych w oderwaniu od rzeczywistej sytuacji rynkowej, z pokrzywdzeniem powoda.

Należy zauważyć, że powód działa na rynku od 2007 r., a więc w ocenie Sądu, dostatecznie długo by mógł uzyskać stabilną pozycję na rynku, właściwą podmiotom „zasiedziałym”.

Nie zasługują również na uwzględnienie zarzuty odnoszące się do postępowania administracyjnego poprzedzającego wydanie decyzji, bowiem zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem (vide: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 roku sygn. akt III CRN 120/91 OSNC 1992 Nr 5, poz. 87; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998 roku sygn. akt I CKN 265/98 OSP 2000 Nr 5 poz. 68; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 1999 roku sygn. akt 351/99 OSNC 2000 Nr 3 poz. 47; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2001 roku sygn. akt I CKN 1036/98 LEX Nr 52708; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2005 roku, sygn. akt III SZP 2/05 OSNP 2006/19-20/312) Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie może ograniczyć rozpoznania sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. 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 Komunikacji Elektronicznej, według reguł kontradiktoryjnego postępowania cywilnego, a nie sądem legalności decyzji administracyjnej, jak to czynią sądy administracyjne w postępowaniu sądowo-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 sądowo-administracyjnego dla wyjaśnienia istoty sprawy.

Z uwagi na wskazany wyżej pierwszo instancyjny charakter postępowania przed Sądem ochrony konkurencji i konsumentów za bezprzedmiotowe należało zarzuty w zakresie naruszenia art. 7, 8 art. 11, art. 77 § 1 i 78 § 1 oraz art. 107 § 1 i 3 kpa.

Podkreślić przy tym należy, że powód w odwołaniu ogranicza się do kontestacji uzasadnienia zaskarżonej decyzji, uznając twierdzenia pozwanego za gołosłowne lub nieprzekonujące, lub też nie mające w jego ocenie uzasadnienia w stanie faktycznym, nie przedstawiając dowodów na poparcie swojego merytorycznego stanowiska.

Z tych względów odwołanie należało oddalić wobec braku podstaw do jego uwzględnienia (art.479⁶⁴ § 1 k.p.c.).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu, zasądzając na rzecz pozwanego koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych (art.98 k.p.c.)

SSO Hanna Kulesza