

Sygn. akt *XVII AmT 70/13*

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 lipca 2015 r.

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

Przewodniczący:	SSO Małgorzata Perdion-Kalicka
Protokolant:	sekretarz sądowy Jadwiga Skrzyńska

po rozpoznaniu w dniu 22 lipca 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania **(...) S.A. w W.** (dawniej: (...)

(...) Sp. z o. o. w W.)

przeciwko **Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej**

z udziałem **Krajowej Izby Gospodarczej (...) w W.**

o **określenie warunków regulacyjnych**

na skutek odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 14 grudnia 2012 r. znak (...)

I. oddala odwołanie;

II. zasądza od (...) S.A. w W. (dawniej: (...) Sp. z o. o. w W.) na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;

III. zasądza od (...) S.A. w W. (dawniej: (...) Sp. z o. o. w W.) na rzecz Krajowej Izby Gospodarczej (...) kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka

Sygn. akt *XVII AmT 70/13*

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej decyzją z dnia 14 grudnia 2012 r. o numerze (...) 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. 40 ust. 1 oraz art. 44 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2004 r., Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Prawo telekomunikacyjne” lub „PT”, 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 rynek właściwy, jako rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) S.A. z siedzibą w W.

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

III. wyznaczył (...) S.A. 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) (...) S.A. z siedzibą w W.

IV. utrzymał określone w decyzji nr (...) z dnia 29 września 2009 r. następujące obowiązki regulacyjne:

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

2. obowiązek, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, 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 (...) S.A.;

V. zmienił określone w decyzji nr (...) z dnia 29 września 2009 r. następujące obowiązki regulacyjne:

1. obowiązek, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i ust. 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) (...) S.A. w szczególności poprzez:

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

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

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

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

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

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

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

2. obowiązek, o którym mowa w art. 40 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty przez (...) S.A., poprzez jego uchylenie;

VI. nałożył, na podstawie art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, obowiązek polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. w wysokości wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej także: „Prezes UKE”, (...)) model operatora efektywnego a mianowicie

- od 1 stycznia 2013r do 30 czerwca 2013 na poziomie w stawce 0,0826 zł/min

- od 1 lipca 2013 na poziomie 0,0429 zł/min;

Załączniki do decyzji stanowiły: dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, opis modelu kalkulacji kosztów wg metodologii (...); model kalkulacji kosztów operatora efektywnego w formie pliku xls oraz komentarz Prezesa UKE o stanowisk konsultacyjnych.

Od powyższej decyzji odwołanie wniosła (...) S.A z siedzibą w W.. Odwołująca zaskarżając decyzję wniosła o uchylenie jej w całości;

względnie o:

zmianę zaskarżonej Decyzji w części, tj. w pkt. II - XI poprzez zastąpienie ich pkt II, III i IV i nadanie im brzmienia:

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

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

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

ewentualnie o:

zmianę zaskarżonej Decyzji w części, tj. w pkt. IV - XI poprzez zastąpienie ich pkt. IV-VIII i nadanie im brzmienia:

„IV. Nakładam następujące obowiązki regulacyjne:

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

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

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

- udostępnianie wskazanych powyżej informacji nastąpi na wniosek uprawnionego podmiotu;

obowiązek, o którym mowa w art. 40 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty przez (...) S.A.;

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) (...) S.A. w szczególności poprzez:

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

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

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

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

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

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

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

ewentualnie o:

zmianę zaskarżonej Decyzji w części, tj. w pkt VI poprzez nadanie mu brzmienia:

„nakładam, na podstawie art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, obowiązek polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. w wysokości 0,0812 PLN/min”.

Nadto strona powodowa wniosła o skierowanie, w trybie art. 267 TFUE, następujących pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej:

1. „Czy art. 16 i art. 17 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 13 ust. 1 i ust. 2 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie) dopuszczają nałożenie przez krajowy organ regulacyjny, na operatora, obowiązku stosowania opłat za zakańczanie połączeń w jego sieci w oparciu o model, który nie pozwala operatorowi na odzyskanie wszystkich uzasadnionych kosztów świadczenia usługi zakańczania połączeń, nawet, jeżeli jest to operator efektywny (tzw. model (...)), a w szczególności kosztów niezbędnych dla świadczenia tej usługi, ale wspólnych dla kilku usług, a także kosztów niezależnych od ruchu w sieci oraz czy nałożenie takiego obowiązku może być uznane za zmierzające do promowania wydajności oraz zrównoważonej konkurencji i maksymalizacji korzyści konsumenta w rozumieniu art. 13 ust. 2 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego

i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie)".

„Czy decyzja Komisji zezwalająca krajowemu organowi regulacyjnemu na nałożenie na operatora posiadającego znaczącą pozycję rynkową, obowiązków w zakresie dostępu czy wzajemnych połączeń innych niż te, które zostały wymienione w art. 9-13 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie), może być dorozumiana i wynikać z faktu, że Komisja nie zakwestionowała sposobu określenia obowiązku regulacyjnego przedstawionego jej w projekcie decyzji krajowego organu regulacyjnego, a jedynie poleciła rozważenie wprowadzenia w tym zakresie stosownych zmian.”

„Czy nałożenie obowiązku regulacyjnego w zakresie usługi zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (do świadczenia, której (...) jest zobowiązana) stosowania opłaty w oparciu o wyniki kalkulacji kosztów zgodnej z metodologią (...) określonej w Zaleceniu Komisji Europejskiej, która nie pozwala na uwzględnienie kosztów związanych ze świadczeniem usługi, których poniesienie jest nieuniknione w przypadku świadczenia danej usługi:

- wykracza poza zakres obowiązku związanego z oparciem cen o koszty, określonego w art. 13 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie),

- narusza zasadę proporcjonalności określoną w art. 8.4 dyrektywy o dostępie, zgodnie, z którym obowiązki nakładane zgodnie z dyrektywą powinny być oparte na naturze stwierdzonego problemu, proporcjonalne i uzasadnione w świetle celów zawartych w art. 8 dyrektywy ramowej.”

Ponadto powód wniósł o:

przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego ds. organizacji zarządzania i ekonomiki przedsiębiorstw celem oceny:

- czy model wyliczeń stawki (...), zastosowany względem (...), pokrywa wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego działania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego

- prawidłowości wyliczeń stawki (...) wprowadzonej przez Prezesa UKE

zasądzenie od Prezesa UKE na rzecz (...) kosztów postępowania, w tym kosztów

Zaskarżonej decyzji powód zarzucił:

1. naruszenie art. 44 Pt. oraz art. 8 ust 3 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 dyrektywa o dostępie) w zw. z art. 288 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej (...)) poprzez nałożenie na (...) bez zgody (...) obowiązku regulacyjnego stosowania opłat za zakańczanie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w wysokości określonej we wskazanym przez Prezesa UKE harmonogramie i wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model kalkulacji kosztów;

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

3. naruszenie art. 15 pkt 1 Pt. w zw. z art. 15 pkt 2 Pt. w zw. z art. 18 Pt. oraz art. 7 ust. 3 i ust. 5 Dyrektywy ramowej poprzez zaniechanie poddania ostatecznego kształtu zaskarżonej Decyzji postępowaniu konsultacyjnemu oraz postępowaniu konsolidacyjnemu oraz niedopuszczalne ograniczenie przewidzianych w Dyrektywie ramowej kompetencji Komisji Europejskiej, Organu Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (dalej: (...)) oraz organów regulacyjnych innych państw członkowskich, a tym samym pominięcie przy wydawaniu zaskarżonej Decyzji stanowiska (...) oraz organów regulacyjnych innych państw członkowskich, w sytuacji, gdy uzasadnienie zaskarżonej Decyzji różniło się istotnie od uzasadnienia jej projektu, który był przedmiotem postępowania konsultacyjnego oraz został przesłany Komisji Europejskiej, a to odnośnie do następujących okoliczności:

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

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

4. naruszenie art. 24 pkt 2 lit. b) i c) Pt. w zw. z art. 34 ust. 1 i ust. 2 Pt., art. 36 Pt., art. 37 ust. 1 i ust. 2 Pt. i art. 40 ust. 1 Pt., poprzez utrzymanie, względnie zmianę w zaskarżonej Decyzji obowiązków regulacyjnych (...) wynikających ze sprzecznej z obowiązującym porządkiem prawnym decyzji Prezesa UKE z dnia 29 września 2009 roku, (...), uchylonej (nieprawomocnym) wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie, Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) z dnia 2 października 2012 r. (sygn. akt: XVII AmT 225/09);

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

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

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

8. naruszenie art. 9 k.p.a. i art. 73 § 1 k.p.a. poprzez nieudostępnienie danych, w oparciu, o które wyliczona została stawka za zakończenia połączenia w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) naruszenie art. 1 ust. 2 pkt 1 i 4 Pt. w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. a) Pt. poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji ustalenie zaniżonych stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) oraz brak analizy szczegółowego zakresu uprawnień Prezesa UKE,

w tym brak uwzględnienia okoliczności, że do obowiązków Prezesa UKE należy zapewnienie użytkownikom, (...), osiągania maksymalnych korzyści, w zakresie cen oraz różnorodności i jakości usług, zapobieganie zniekształcaniu lub ograniczaniu konkurencji (na rynku telekomunikacyjnym), efektywne inwestowanie w dziedzinie infrastruktury oraz promocję technologii innowacyjnych;

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

10. naruszenie art. 16 ust. 1 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dalej: Dyrektywy ramowej) - poprzez niezapewnienie udziału Prezesa Urzędu Ochrony Konsumentów i Konkurencji (dalej: Prezes UOKiK) w przeprowadzeniu analizy rynku;

11. naruszenia art. 18 Pt. oraz art. 7 ust. 3 Dyrektywy ramowej poprzez zaniechanie przesłania projektu Zaskarżonej Decyzji wraz z uzasadnieniem organom regulacyjnym innych państw członkowskich oraz (...);

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

Pozwany Prezes UKE w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i zasądzenie od powoda kosztów procesu.

Strona Zainteresowana wniosła o:

- oddalenie odwołania, wniosku o wstrzymanie wykonania decyzji oraz wniosku o skierowanie pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

- o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych

- wniósł o oddalenie wniosków dowodowych Powoda

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

(...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (aktualnie w wyniku przekształceń (...) SA, jednak w dalszej części uzasadnienie Sąd będzie posługiwał się dotychczasową firmą powoda w celu zachowania jednolitości z oznaczeniem powoda zawartym w decyzji) prowadzi od 1996r 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 pod nr(...)Udział powoda w liczbie użytkowników i przychodach z sieci telefonii ruchomej w P. wg stanu na dzień 31.12.2011 wynosił ok(...). Spółka jest operatorem samodzielnie działającym na rynku, który jest niezależny infrastrukturalnie od innych operatorów.

W odniesieniu do powoda w wyniku przeprowadzenia analizy rynku zakańczania połączeń głosowych w sieci powoda Prezes UKE wydał decyzję (...) z dnia 29 września 2009r w której ustalił, że powód posiada znaczącą pozycję rynkową na tym rynku i nałożył określone obowiązki regulacyjne. Prezes UKE w stosunku do powoda wydawał także decyzję (...), w których na podstawie art. 40 ust 1 Pt a następnie art. 43a Pt ustalał wysokość hurtowych opłat za

zakańczanie połączeń głosowych w sieci powoda (stawk (...)) na poziomie od 0.40 zł/min poprzez kolejno 0.3387 zł/min, 0.2162 zł/min, 0,1677 zł/min, aż do 0,1223 zł/min. Stawki te powód musiał stosować w jednakowej wysokości dla wszystkich operatorów telefonii ruchomej i stacjonarnej zakańczających w sieci (...) połączenia inicjowane w sieciach tych operatorów. Tożsame stawki (...) jak dla powoda zostały ustalone w odniesieniu do pozostałych 2 operatorów zasiedziałych tj (...) i (...). Pozostali operatorzy działający na rynku (mi.in (...), (...) i M.) korzystali z wyższych preferencyjnych stawek (...) z uwagi na wprowadzoną na ich korzyść zasadę asymetrii stawek podyktowaną późniejszym wejściem na rynek telefonii.

(okoliczność bezsporna).

Prezes UKE w toku postępowania poprzedzonego wydaniem zaskarżonej decyzji przeprowadził analizę rynku świadczenia usług zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...).

Pismem z dnia 29 lipca 2012 r. Prezes UKE zawiadomił powoda 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.

W dniach od 12 sierpnia 2011 r. do 16 września 2011 r. Prezes UKE prowadził postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu zaskarżonej decyzji. W wyznaczonym terminie stanowisko konsultacyjne przedłożył powód a także zainteresowany 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. (...) wydał opinię popierającą wątpliwości KE.

W dniu 11 stycznia 2012r odbyło się spotkanie Prezesa UKE z przedstawicielami KE oraz (...), które zakończyło się wydanie wspólnego oświadczenia dotyczącego regulacji rynku zakańczania połączeń głosowych, które zostało opublikowane na stronie internetowej pozwanego

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

Pismem z dnia 24 stycznia 2012r. powód został zobowiązany przez Prezesa UKE do przedłożenia dodatkowych danych do analizy rynku, które zostały przekazane Prezesowi UKE w dniu 22 lutego 2012.r.

W dniu 28 marca 2012 r Prezes UKE spotkał się z przedstawicielami operatorów telefonii komórkowej celem omówienia sytuacji na regulowanym rynku oraz przedstawienia harmonogramu dalszych działań regulacyjnych.

W dniach od 3 sierpnia 2012r. do 3 września 2012r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjnego projektu zaskarżonej decyzji. Stanowiska konsultacyjne zostały złożone m.in. przez: powoda, Krajową Izbę

Gospodarczą (...), (...) 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 powodowi - jako materiał dowodowy - stosowany przez Prezesa UKE model kalkulacji kosztów operatora efektywnego, oraz opis modelu kalkulacji kosztów według metodologii (...). Następnie postanowieniem z dnia 8 sierpnia 2012r. ograniczył prawo wglądu powodowi 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.

Pismem z 10 sierpnia 2012r. Prezesa UKE poinformował powoda o włączeniu do postępowania administracyjnego dokumentów w tym piśmie wymienionych a postanowieniem z dnia 10 sierpnia 2012 ograniczył prawo wglądu powodowi 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.

W dniu 28 września 2012 r. Prezes UKE notyfikował Komisji Europejskiej projekt decyzji, która w dniu 31 października 2012 roku przekazał Prezesowi UKE uwagi do notyfikowanego projektu decyzji. W swojej Decyzji nr (...) finał [notyfikacja nr (...) KE stwierdziła w niej [s. 5]:

„Komisja z zadowoleniem przyjmuje zobowiązanie Prezesa UKE do ustalenia regulowanych stawek za zakończenie połączenia w sieciach łączności ruchomej w oparciu wyłącznie o model (...), na poziomie 1,04 eurocenta za minutę.”

Prezes UKE 8 listopada 2012r. przedłożył Prezesowi UOKiK projekt rozstrzygnięcia po rozważeniu stanowisk otrzymanych w ramach postępowania konsultacyjnego w trybie art. 106 § 6 k.p.a. Prezes UOKiK postanowieniem z dnia 23 listopada 2012 r. wydał opinię w sprawie proponowanego przez Prezesa UKE rozstrzygnięcia. Prezes UOKiK uznał prawidłowość określenia rynku właściwego, ustalenia istnienia przedsiębiorcy o pozycji znaczącej na analizowanym rynku, wyznaczenia (...) jako przedsiębiorcy zajmującego znaczącą pozycję na analizowanym rynku oraz stwierdził prawidłowość proponowanych przez Prezesa UKE środków regulacyjnych.

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

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

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o dowody z dokumentów zgromadzone w toku postępowania administracyjnego i sądowego, które nie były kwestionowane przez strony procesu a których wiarygodność nie budziła wątpliwości Sądu.

Sąd nie uwzględnił wniosku powoda o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego ds. organizacji zarządzania i ekonomiki przedsiębiorstw celem oceny:

- czy model wyliczeń stawki (...), zastosowany względem (...), pokrywa wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego działania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego

- prawidłowości wyliczeń stawki (...) wprowadzonej przez Prezesa UKE,

gdyż zdaniem Sądu dowody te nie były przydatne dla rozstrzygnięcia sprawy. Zasadnicze znaczenie w tym aspekcie miała treść Zalecenia KE z 7 maja 2009r w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (2009/396/WE, dalej jako Zalecenie), które Sąd winien wziąć pod uwagę w celu zapewnienia spójnej praktyki regulacyjnej na obszarze UE jak tego wymaga art. 8 ust 3 dyrektywy ramowej. Zalecenia te wskazywały jako preferowane na obszarze UE te środki kontroli cen w odniesieniu do hurtowych zakończeń połączeń, które nie tyle gwarantują rekompensatę za rzeczywiście poniesione koszty, ale które mogą być rekompensowane na poziomie hipotetycznym, z odwołaniem się do ekonomiczno-inżynierskiego modelu operatora efektywnego (kalkulacja kosztów według metody (...)). Tak więc nawet rzeczywiste ponoszenie wyższych kosztów przez operatora

nie musi być pokrywane przez opłatę za regulowane hurtowe zakańczanie połączeń. Koszty te, które opłata za zakańczanie połączeń rekompensuje, ograniczone są w założeniu do pokrycia tzw. kosztów przyrostowych tj. kosztów tylko wydajnie poniesionych, a więc tych, które nie byłyby ponoszone gdyby usługa hurtowego zakańczania połączeń nie byłaby świadczona stronom trzecim (zaprzestano by jej świadczenia). Oznacza to, że możliwymi do uniknięcia kosztami istotnymi dla hurtowego zakańczania połączeń są tylko te związane z natężeniem połączeń, przy czym i tak należy takie koszty przypisywać najpierw do innych usług (np. rozpoczynania połączeń, SMS, MMS, szerokiego pasma itp.). Tylko wtedy koszty przypisane hurtowej usłudze zakańczania połączeń są równe tylko dodatkowym kosztom poniesionym w celu świadczenia tej usługi. Celem takiego podejścia regulacyjnego wspólnego dla całej UE jest wspieranie efektywności, zrównoważonej konkurencji oraz zmaksymalizowanie korzyści dla konsumenta w zakresie oferowanych cen i usług. Cel ten może być osiągnięty tylko poprzez obniżenie stawek za zakańczanie połączeń do poziomu kosztów efektywnego operatora.

W związku z powyższym podejściem regulacyjnym, które Sąd miał na względzie rozstrzygając spór między stronami, zbędne było prowadzenie dowodu na okoliczność czy model wyliczeń stawki (...), zastosowany względem (...), pokrywa wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego działania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, gdyż z założenia model ten nie musi pokrywać wszystkich kosztów operatora jeśli nie jest on operatorem efektywnym, w szczególności także stawka (...) nie musi uwzględniać kosztów niezbędnych dla prawidłowego działania operatora, skoro odnosi się li tylko do kosztów związanych z zakańczaniem połączeń a nie całkowitych kosztów operatora (nawet efektywnego).

Sąd zważył, co następuje:

Odwołanie powoda jest niezasadne a przyjęte w decyzji rozwiązania prawne znajdują uzasadnienie w przepisach prawnych i są adekwatne do zidentyfikowanych na rynku problemów.

Stosownie do treści art. 24.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 a nie jest reakcja na występowanie problemów rynkowych. Dlatego z istoty rzeczy, w regulacji ex ante Prezes UKE nie dokonuje ustaleń faktycznych dotyczących występowania określonych niepożądanych dla rozwoju rynku zjawisk lecz jedynie ustala czy wystąpienie takich zjawisk jest możliwe w przyszłości w oparciu o rozumowanie oparte na zasadach logiki i doświadczenia życiowego (domniemanie faktyczne).

Prawidłowo ustalony przez Prezesa UKE w sprawie niniejszej fakt posiadania przez powoda będącego przedsiębiorcą telekomunikacyjnym znaczącej pozycji rynkowej (o czym w dalszej części uzasadnienie) oznacza, że posiadana pozycja ekonomiczna powoda uprawnia go do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów,

klientów i ostatecznych konsumentów. Dlatego rynek zakańczania połączeń w sieci powoda wymagał regulacji o jakiej mowa w art. 24 Pt i nałożenia na niego obowiązków regulacyjnych.

Zasadniczym przedmiotem sporu między stronami była ocena zasadności nałożonego na powoda zaskarżoną decyzją obowiązku regulacyjnego polegającego na stosowaniu opłat za zakańczanie połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w wysokości wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego. Stawka ta docelowo od 1 lipca 2013r miała wynieść 0,0429 zł (stawka (...)).

W szczególności przedmiotem zarzutu (1) ze strony powoda było naruszenie art. 44 Pt, który to przepis stał się podstawą wydania zaskarżonej decyzji w odniesieniu do tego obowiązku oraz art. 8 ust. 3 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (Dyrektywa o dostępie) w zw. z art. 288 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE).

Zdaniem powoda błędne było nałożenie na niego powyższego obowiązku regulacyjnego bez zgody Komisji Europejskiej, gdyż nałożenie na operatora telekomunikacyjnego innego obowiązku niż określony w art. 9-13 Dyrektywy o dostępie wymaga zastosowania specjalnej procedury opisanej w art 8 ust 3 dyrektywy o dostępie tzn. wydania przez Komisję Europejską (dalej KE) decyzji po wcześniejszym uzyskaniu opinii Komitetu ds. Łączności w ramach procedury doradczej (zgodnie z art. 4 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 182/2011 z dnia 16 lutego 2011 ustanawiającego przepisy i zasady ogólne dotyczące trybu kontroli przez państwa członkowskie wykonywania uprawnień wykonawczych przez Komisje - dalej Rozporządzenie).

Jednocześnie zdaniem powoda obowiązek regulacyjny nałożony w zaskarżonej Decyzji polegający na zastosowaniu wyniku kalkulacji kosztów według metody Pure BULRIC nie może być zastosowany w ramach art. 13 dyrektywy o dostępie jak wskazywał na to organ regulacyjny, gdyż nie uwzględnia on kosztów wspólnych i ogólnych operatora oraz pomija koszty funkcjonowania operatora tzw. zasięg sieci radiowej. Powyższe oznacza zdaniem powoda, iż Prezes UKE przy nałożeniu tego obowiązku winien zastosować opisaną w art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie szczególną procedurę czego w ocenie Powoda nie uczynił.

Rozważając powyższy zarzut konieczne stało się ustalenie, czy podstawę do nałożenia na powoda obowiązku kosztowego, jak w zaskarżonej decyzji, mógł stanowić przepis art. 44 Pt, który legł u podstaw wydania decyzji, ale także czy przepis ten umożliwia nałożenie obowiązku o którym mowa w art. 13 dyrektywy o dostępie, a w dalszej kolejności czy nałożenie takiego obowiązku wymagało zastosowania szczególnej procedury odmiennej od konsolidacji, przewidzianej w art. 18 Pt tj czy konieczna była decyzja KE w tej kwestii.

Zgodnie z art. 44 Pt (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej Decyzji) Prezes UKE może, po uzyskaniu zgody KE w trybie art. 18 i art. 19 Pt, w drodze decyzji, nałożyć na operatorów o znaczącej pozycji rynkowej inne obowiązki w zakresie dostępu telekomunikacyjnego niż wymienione w art. 34-40 Pt i art. 42 Pt.

Z kolei art. 13 Dyrektywy o dostępie mówi o uprawnieniach krajowych organów regulacyjnych, które mogą w świetle tego przepisu nałożyć na operatorów obowiązki związane ze zwrotem kosztów oraz kontrolą cen, w tym obowiązki związane z oparciem cen o koszty oraz z systemami księgowania kosztów. Implementację powyższego przepisu dotyczącego obowiązków kosztowych z pewnością stanowią w polskim prawie telekomunikacyjnym przepisy art. 39 i 40, regulujące: obowiązek kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego (39 ust 1 pkt 1), obowiązek stosowania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora (39 ust 1 pkt 2), obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty (art. 40 ust 1).

Jednak przepisy art. 39 i 40 Pt w ocenie Sądu nie transponują w pełni art. 13 Dyrektywy o dostępie do polskiego porządku prawnego.

Zdaniem Sądu, jak słusznie podnosił pozwany Prezes UKE, z literalnego brzmienia przepisu art. 13 dyrektywy wynika, że dotyczy on nie tylko obowiązków polegających na ścisłym powiązaniu cen z ponoszonymi kosztami (tak jak to zostało transponowane do przepisów art. 39 i 40 Pt) ale także odnosi się on do obowiązków związanych z kontrolą cen bez odniesienia ich wprost do kosztów regulowanego operatora. W tym sensie możliwe jest więc także odniesienie owych kosztów do modelu operatora efektywnego (tak jak to się stało w zaskarżonej Decyzji). Na prawidłowość powyższej interpretacji wskazują organy UE tj w szczególności KE, która w ust. 1 Zaleceń wprost wskazała, że „podczas nakładania kontroli kosztów i obowiązków w zakresie księgowania kosztów zgodnie z art. 13 dyrektywy o dostępie na operatorów wyznaczonych przez krajowe organy regulacyjne ((...)) ze względu na ich znaczącą pozycję rynkową na rynkach hurtowego zakańczania połączeń głosowych w poszczególnych publicznych sieciach telefonicznych (zwanych dalej "rynkami zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych") w wyniku analizy rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 dyrektywy ramowej krajowe organy regulacyjne powinny ustanowić stawki za zakańczanie połączeń w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora. Oznacza to, że stawki te będą również symetryczne. W celu realizacji tego zadania krajowe organy regulacyjne powinny działać w sposób określony poniżej."

Prawidłowe było więc stanowisko pozwanego Prezesa UKE, że także motyw 20 Preambuły Dyrektywy o dostępie stanowiący, że „Metoda zwrotu kosztów powinna być stosowna w zależności od okoliczności, zważywszy na potrzebę zapewnienia efektywnej i zrównoważonej konkurencji oraz zwiększenia korzyści dla konsumenta” nie ogranicza możliwości ustalenia stawek za zakańczanie połączeń na podstawie art. 13 dyrektywy jedynie do ustalenia tych opłat wyłącznie w oparciu o ponoszone koszty ale możliwym jest ustalanie opłat z uwzględnieniem takich przesłanek jak zapewnienie efektywnej i zrównoważonej konkurencji oraz zwiększenia korzyści dla konsumenta.

Dalsza część motywu preambuły wyraźnie wskazuje, że „Kontrola cen może okazać się niezbędna, jeżeli analiza rynkowa przeprowadzona w odniesieniu do poszczególnego rynku wykaże nieefektywną konkurencję. Interwencja ustawodawcy może być tu stosunkowo niewielka, może np. polegać na wprowadzeniu obowiązku, by ceny selekcji operatora były rozsądne w rozumieniu przepisów dyrektywy 97/33/WE, albo znacznie większa, np. w razie wprowadzenia wymogu, zgodnie z którym ceny powinny odzwierciedlać ponoszone koszty, tak, aby uzasadniało to poniesienie tychże kosztów, w sytuacji gdy konkurencja nie jest wystarczająco silna, by zapobiec narzucaniu wygórowanych cen. W szczególności operatorzy ze znaczącą pozycją rynkową powinni unikać wymuszania cen, gdy różnica pomiędzy ich ceną detaliczną a ceną wzajemnych połączeń narzuconą konkurentom, którzy świadczą podobne usługi detaliczne, nie pozwala na utrzymanie zrównoważonej konkurencji. Jeżeli krajowy organ regulacyjny obliczy koszty poniesione przy wdrażaniu usługi, której świadczenie jest obowiązkowe na mocy niniejszej dyrektywy, należy umożliwić dokonanie uzasadnionego zwrotu wniesionego kapitału, w tym kosztów siły roboczej i kosztów montażowych, wraz z wartością kapitału, jeżeli jest to niezbędne dla odzwierciedlenia bieżącej wartości aktywów i wydajności operacji. Metoda zwrotu kosztów powinna być stosowna w zależności od okoliczności, zważywszy na potrzebę zapewnienia efektywnej i zrównoważonej konkurencji oraz zwiększenia korzyści dla konsumenta ”.

Jak wynika z powyższego, wspomniana dyrektywa nie zapewnia w każdych warunkach zwrotu wszystkich kosztów ponoszonych, ale tylko wówczas gdy jest to niezbędne dla odzwierciedlenia bieżącej wartości aktywów i wydajności operacji.

Powyższa analiza przepisu art. 13 dyrektywy nie może, wbrew twierdzeniom powoda, doprowadzić do odmiennej wykładni przepisów prawa krajowego i uznania, że na gruncie prawa polskiego brak jest podstawy prawnej do nałożenia obowiązku regulacyjnego sprecyzowanego w Zaleceniach a wynikającego także z treści art. 13 dyrektywy tj ustalenia stawki za zakańczanie połączeń w oparciu o koszty efektywnego operatora. Taką podstawę prawną w krajowym systemie prawa stanowić może tylko przepis art. 44 Pt. Taka interpretacja konieczna jest także z uwagi na obowiązek organów krajowych, w tym także sądów, dokonywania pro unijnej wykładni norm krajowych tj interpretacji ich w sposób możliwie najbardziej adekwatny i paralelny do realizacji celu jakiemu miała służyć regulacja na poziomie europejskim.

Tak więc prawidłowa wykładnia art. 44 Pt prowadzi do wniosku, że jakkolwiek stanowi on implementację art. 8 ust 3 zd 2 Dyrektywy dostępowej a odnoszącego się do nakładania obowiązków regulacyjnych innych niż te przewidziane w art. 8-13 dyrektywy dostępowej - to w krajowym porządku prawnym także stanowi (musi stanowić) podstawę do nakładania obowiązków kosztowych przewidzianych wprawdzie w art. 13 powołanej dyrektywy, ale które nie zostały w prawie krajowym uregulowane w żadnym innym przepisie tj ani w art.39 ani w art. 40 Pt.

Reasumując, należy jednoznacznie stwierdzić, że nałożony na powoda obowiązek kosztowy polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w wysokości określonej w harmonogramie, wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego - jest obowiązkiem określonym w art. 13 dyrektywy o dostępie i mógł być nałożony na podstawie art. 44 Pt, skoro nie został zaimplementowany żadnym innym przepisem prawa krajowego.

Skoro więc przepis art. 44 stanowi podstawę do nałożenia także obowiązku kosztowego innego niż wynikający z art. 39 i 40 Pt a nałożony obowiązek kosztowy oparty o model operatora efektywnego mieści się w ramach obowiązków dla których podstawę stanowi art. 13 dyrektywy o dostępie (o czym wyżej) to dla nałożenia takiego obowiązku na operatora nie jest wymagany szczególnie tryb i nie zachodzi konieczność przeprowadzenia przez KE procedury doradczej o jakiej mowa w art. 8 ust 3 zd 2 dyrektywy o dostępie z tej racji, że tryb ten ma zastosowanie li tylko do obowiązków innych niż wynikające z art. 9-13 dyrektywy o dostępie.

Dlatego szczególnego przypadku jaki ma być asumptem do wydania decyzji w trybie art. 44 Pt nie należy zawsze utożsamiać z wyjątkowymi okolicznościami o jakich mowa w art. 8 ust 3 zd 2 dyrektywy o dostępie, gdyż te ostatnie odnoszą się do innych obowiązków niż uregulowane w art. 9-13 dyrektywy o dostępie. Z tej przyczyny należało uznać, że możliwym i dopuszczalnym było odwołanie się jako do szczególnego przypadku, jak to uczynił Prezes UKE, do celów, jakim ma służyć obowiązek w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, co w tym przypadku oznacza, że rekomendowany w Unii Europejskiej model regulacji (...) ma zachęcić do podnoszenia wydajności i przyczynić się do rozwoju sieci w sposób jak najbardziej efektywny kosztowo dla operatora a tym samym zapewnić efektywną i zrównoważoną konkurencję oraz zwiększenie korzyści dla konsumenta ale także ma zapewnić spójność wprowadzanej regulacji na poziomie całej UE.

Skoro więc w toku postępowania administracyjnego zakończonym wydaniem zaskarżonej Decyzji Prezes UKE prawidłowo notyfikował projekt zaskarżonej Decyzji KE w ramach postępowania konsolidacyjnego o jakim mowa w art. 18 i 19 Pt, co także jest zgodne z treścią art. 44 Pt, to został zachowany właściwy tok postępowania, adekwatny do obowiązków wynikających z art. 13 dyrektywy o dostępie. W szczególności dla tego typu obowiązku jak nałożony w decyzji nie był wymagany tryb szczególnie o jakim mowa w art. 8 ust 3 dyrektywy o dostępie, w szczególności także nie było konieczne uzyskanie zgody Komisji Europejskiej. Przy czym należy zgodzić się z zainteresowanym, że nawet ta szczególna procedura przewidziana w art. 8 ust 3 Dyrektywy odnosi się nie do wydania przez KE aktu decyzji, jako formalnego sposobu rozstrzygnięcia, ale odnosi się do czynności wyrażenia zgody lub braku zgody na zastosowanie innego środka regulacyjnego.

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

Odnosząc się do powyższego zarzutu po pierwsze należy wskazać, że art. 13 dyrektywy o dostępie nie gwarantuje nałożenia tylko takich obowiązków kosztowych, które zawsze pozwolą na odzyskanie wszystkich kosztów świadczenia usługi zakańczania połączeń, o czym Sąd czynił rozważania wyżej.

Jednocześnie organ regulacyjny wykazał w szczegółowym uzasadnieniu, że zastosowany środek regulacyjny wprowadzający stawki za zakańczanie połączeń w sieciach telefonii ruchomej na symetrycznym poziomie wyliczone w oparciu o metodologię (...) jest najodpowiedniejszy do zastosowania w ustalonej sytuacji rynkowej. Sąd podzielając tą argumentację wskazuje na dogłębną analizę przez Prezesa UKE problemów w rozwoju konkurencji na rynku zakańczania połączeń w sieci powoda.

Uzupełniająco można dodać, że nie jest prawdą że nałożony w oparciu o art. 44 Pt obowiązek kosztowy nie jest powiązany ze zidentyfikowanymi na badanym rynku problemami a jedyną przesłanką do jego zastosowania było Zalecenie w sprawie (...) i (...).

Wskazać należy, iż każdy obowiązek nałożony, utrzymany lub zmieniony przez krajowe organy regulacyjne musi być proporcjonalny w stosunku do problemu (stwierzonego lub potencjalnego), któremu ma zaradzić. Art. 7 ust. 2 dyrektywy ramowej stanowi, iż „Krajowe organy regulacyjne przyczyniają się do rozwoju rynku wewnętrznego poprzez przejrzystą współpracę między sobą z Komisją i z (...), tak, aby zapewnić jednolite stosowanie przepisów niniejszej dyrektywy i dyrektyw szczegółowych we wszystkich państwach członkowskich. W tym celu krajowe organy regulacyjne w szczególności współpracują z Komisją i (...) przy określaniu rodzajów instrumentów i środków naprawczych najodpowiedniejszych do zastosowania w określonych sytuacjach rynkowych”. Powyższe wymusza na krajowych organach regulacyjnych precyzyjne przedstawienie uzasadnienia wyjaśniającego podstawy, na których opierają się poszczególne proponowane środki. Dlatego poza analizą rynku pozwalającą na ustalenie znaczącej pozycji rynkowej, krajowe organy regulacyjne powinny przedstawić w swej decyzji uzasadnienie proponowanych środków w świetle celów podanych w art. 8 dyrektywy ramowej, a także wyjaśnienie, dlaczego uważają proponowane środki zaradcze za proporcjonalne.

Przy nakładaniu powyższego obowiązku została także zachowana zasada proporcjonalności wyrażona w art. 8 dyrektywy ramowej, której odpowiednikiem w krajowym porządku prawnym jest art. 24 pkt 2 Pt która wymaga, by środki użyte do osiągnięcia określonego celu nie wykraczały poza to, co właściwe i niezbędne do osiągnięcia tego celu. Dla ustalenia, czy proponowany środek jest zgodny z zasadą proporcjonalności, działanie, które ma być podjęte, musi zmierzać do uzasadnionego celu, a zaangażowane do osiągnięcia celu środki muszą być zarówno niezbędne, jak i najmniej kłopotliwe tzn. musi to być niezbędne minimum dla osiągnięcia celu czyli adekwatne.

Prezes UKE zidentyfikował na rynku zakańczania połączeń w sieci (...) dwa problemy w rozwoju konkurencji:

- możliwość antykonkurencyjnego zawyżania stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...).

- możliwość utrudniania operatorom dostępu do sieci (...) (lub możliwość odmowy połączenia sieci).

Odnosnie tego pierwszego problemu to oczywistym jest, że powód ma monopol na świadczenie usługi zakańczania połączeń głosowych w swojej ruchomej sieci, a inni operatorzy, bez względu na wielkość ich sieci lub na liczbę klientów, nie mają wpływu na stosowane przez powoda stawki za zakańczanie połączeń. Wynika to ze specyfiki usługi zakańczania połączeń zarówno w sieciach stacjonarnych jak i ruchomych, gdyż tylko operator do którego sieci podłączeni są użytkownicy końcowi może wykonać tę usługę – ma więc monopol. Biorąc też pod uwagę fakt, że obowiązujący w UE system pobierania opłat za połączenia opiera się na zasadzie „płaci sieć strony rozpoczynającej połączenie” a stawkę opłaty ((...) lub (...)) ustalana jest przez operatora sieci do której kierowane jest połączenie, to może to ewidentnie prowadzić do sytuacji, w której posiadający monopol operator sieci do której kierowane jest połączenie może mieć możliwość zawyżania stawek (...). Z kolei z osiąganych w ten sposób przychodów może finansować inne swoje usługi np. detaliczne - tzw. subsydiowanie skośne, przy czym użytkownicy końcowi, do których wykonywane są połączenia, nie płacąc za tą usługę nie mają wpływu na cenę zakańczania połączeń ustaloną przez operatora, z którym związani są kontraktem.

Drugi problem utrudniania operatorom dostępu do sieci telefonicznej powoda lub możliwość odmowy połączenia sieci, jak słusznie zauważa organ regulacyjny dotyczy wszystkich przedsiębiorców, którzy zamierzają uzyskać dla

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

Naturalnym i koniecznym rozwiązaniem obu zidentyfikowanych problemów jest nałożenie, na operatora obowiązków raz dotyczących dostępu a dwa kosztowych, które ograniczą możliwości utrudniania realizacji dostępu między innymi poprzez proponowanie w toku negocjacji niekorzystnych stawek (...). Rozwiązanie przyjęte w decyzji w szczególności odnoszące się do obowiązku kosztowego ustalającego konkretne stawki (...) uniemożliwi swobodne, antykonkurencyjne pobieranie od innych operatorów stawek na zawyżonym poziomie oraz stworzy warunki dla wspierania równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych a także zapewni użytkownikom maksymalne korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych. Zastosowany środek regulacyjny dotyczący kosztów zdaje się być bardziej adekwatny i proporcjonalny niż stosowany dotychczas obowiązek oparty na art. 40 Pt, a nadto będzie on środkiem zarówno użytecznym do osiągnięcia założonego celu a także pozwoli w bardziej skuteczny sposób osiągnąć założone cele. W szczególności także realizując wspólne podejście regulacyjne na poziomie europejskim pozwoli osiągnąć symetrię wynikającą z Zalecenia komisji z 7 maja 2009 w sprawie (...) i (...) zarówno na rynku krajowym jak i na europejskim. Dlatego prawidłowym było zastosowanie zaprezentowanego w Zaleceniach podejścia do ustalenia stawki za zakańczanie połączeń w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego i wprowadzenie stawek symetrycznych.

Zgodzić się należy z Prezesem UKE, że stosowanie stawek symetrycznych stanowi dla operatorów naturalną motywację do podnoszenia wydajności, a to ma bezpośrednie przełożenie na obniżenie kosztów i w dalszej perspektywie na poprawienie, jakości usług i obniżenie cen dla użytkowników końcowych. Brak tej symetrii może bowiem prowadzić do powstania zjawiska subsydiowania skrośnego, tj. sytuacji, gdy operator korzystający z wyższych stawek pokrywa z tego źródła nie tylko swoje wyższe koszty jednostkowe, ale również finansuje działalność detaliczną, co może promować operatorów nieefektywnych. Wprowadzenie symetrii stawek pozwala również uniknąć negatywnego zjawiska polegającego na dyskryminacji cenowej dla połączeń do sieci operatorów korzystających z wyższych stawek. Istotne jest także i to, że obniżka stawek (...) do poziomu kosztów operatora efektywnego doprowadzi jednocześnie do zmniejszenia kosztów funkcjonowania wszystkich operatorów, gdyż w wyniku spadku opłat jakie będą zmuszeni ponosić za zakańczanie połączeń, będą oni ponosić niższe koszty działalności, co powinno z kolei zrównoważyć obniżenie poziomu przychodów. Tym samym prawidłowe jest założenie pozwanego, że poziom osiąganych zysków powinien w skali całego rynku telefonii ruchomej pozostać na zbliżonym poziomie. W tym stanie rzeczy nie są także uzasadnione obawy powoda, że obniżka stawki (...) zahamuje możliwość inwestycji w rozwój infrastruktury, skoro z perspektywy kilku lat (od 1 lipca 2013 do daty wyroku) stosowania tej stawki w oparciu o zaskarżoną decyzję, która była natychmiast wykonalna - oczywistym jest, że powód nie tylko, że nie wstrzymał rozpoczętych inwestycji, ale nadal czyni inwestycje w nowoczesne technologie i to na znacznym poziomie (na co wskazywał Zainteresowany zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie 22 lipca 2015r).

Należy także zwrócić uwagę, że wprowadzenie regulacji (...) w oparciu o model operatora efektywnego jest pochodną informacji uzyskanych od przedsiębiorców telekomunikacyjnych dotyczących zarówno kosztów tej działalności jak i jej rozmiarów, chociaż faktem jest, że stawka ustalona w oparciu o wynik modelu (...) abstrahuje od faktycznych kosztów ponoszonych przez danego operatora czy też skali prowadzonej przez niego działalności. Dlatego ustalenie stawki (...) z odwołaniem się do kosztów operatora efektywnego prowadzić musi do podwyższenia efektywności operatorów mniej efektywnych, w celu zachowania przez nich udziałów w rynku na dotychczasowym poziomie. Model ten powinien się też przyczynić do rozwoju sieci w sposób jak najbardziej efektywny kosztowo dla operatora, gdyż opiera się ona na założeniu, iż w konkurencyjnym otoczeniu rynkowym operatorzy konkurowałiby na podstawie bieżących kosztów i nie otrzymywaliby rekompensaty za wszelkie nieefektywności.

Zastosowanie tego modelu zgodnie z przewidywaniami regulatora rynku opartymi na dotychczasowych doświadczeniach związanych z obniżaniem stawek (...) powinno doprowadzić, co potwierdza także doświadczenie

życiowe, w niedalekiej perspektywie do obniżenia cen detalicznych za korzystanie z usług głosowych w telefonii stacjonarnej i ruchomej.

Podsumowując powyższe rozważania wskazać należy, iż nałożony w pkt VI decyzji obowiązek jest adekwatny i proporcjonalny do stwierdzonych w toku analizy problemów rynkowych, zapewniając jednocześnie spójność wprowadzanej regulacji z tą stosowaną na poziomie całej UE, a wynikającą z podejścia rekomendowanego w Zaleceniu KE.

Warto w tym miejscu wskazać, że jakkolwiek Zalecenia KE nie są wiążące prawnie, to jednak nie sposób przyjąć jak to czyni powód, że nie mają w ogóle żadnego znaczenia. Zgodzić się należy w tej kwestii z Zainteresowanym, że sądy krajowe i organy administracji są zobowiązane brać je pod uwagę przy rozstrzyganiu sporów im przedstawionych, w szczególności w sytuacji, gdy zalecenie może posłużyć wyjaśnieniu przepisów krajowych, czy wspólnotowych. Powołane przez zainteresowanego orzecznictwo (m.in. orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 grudnia 1989 r., Salvatore Grimaldi v. Fonds des maladies professionnelles - C-322/88; orzeczenie ETS z dnia 18 marca 2010 r.- C-317/08. Alassini v. Telecom Italia SpA oraz Califano v. Wind SpA oraz Iacono v. Telecom Italia SpA oraz Multiservice Srl v. Telecom Italia SpA, pkt 10,), jednoznacznie dowodzi, że organy krajowe powinny uwzględniać zalecenia gdy rzucają światło na interpretację przepisów krajowych lub gdy są przeznaczone do uzupełnienia przepisów wspólnotowych

Taki też użytek z Zaleceń KE z 7 maja 2009r uczyniły organy regulacyjne innych państw członkowskich, które nakładając obowiązki kosztowe na krajowych operatorów oparły się na modelu efektywnego operatora zaproponowanym w Zaleceniach, co w konsekwencji doprowadziło do ustalenia w tych krajach stawki (...) na poziomie zbliżonym do tej ustalonej przez Prezesa UKE w niniejszej decyzji (aktualny poziom stawek na styczeń 2015 r k. 569) w oparciu o model operatora efektywnego. Próba podjęcia przez regulatorów innych działań regulacyjnych spotykała się z zastrzeżeniami, KE, które prowadziły bądź do wycofania środka regulacyjnego (jak w przypadku Polski pierwszego projektu decyzji), bądź jego zmiany zgodnie z zastrzeżeniami KE (np. regulator holenderski , chronologia regulacji szczegółowo została przedstawiona przez Zainteresowanego).

W kolejnym zarzucie (3) powód wskazywał, na naruszenie przez Prezesa UKE art. 15 pkt 1 Pt. w zw. z art. 15 pkt 2 Pt. w zw. z art. 18 Pt. oraz art. 7 ust. 3 i ust. 5 Dyrektywy ramowej poprzez zaniechanie poddania ostatecznego kształtu zaskarżonej Decyzji postępowaniu konsultacyjnemu oraz postępowaniu konsolidacyjnemu oraz niedopuszczalne ograniczenie przewidzianych w Dyrektywie ramowej kompetencji Komisji Europejskiej, Organu Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (dalej: (...)) oraz organów regulacyjnych innych państw członkowskich, a tym samym pominięcie przy wydawaniu zaskarżonej Decyzji stanowiska (...) oraz organów regulacyjnych innych państw członkowskich, w sytuacji, gdy uzasadnienie zaskarżonej Decyzji różniło się istotnie od uzasadnienia jej projektu , który był przedmiotem postępowania konsultacyjnego oraz został przesłany Komisji Europejskiej, a to odnośnie do następujących okoliczności:

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

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

Fakt zaistnienia powyższych różnic w ostatecznej decyzji w stosunku do jej projektu przedstawionego KE nie był kwestionowany przez pozwanego, jednak zdaniem Sądu okoliczność ta nie może stanowić podstawy do uchylecia lub zmiany decyzji. W szczególności należy podkreślić, że ponowne postępowanie konsultacyjne i konsolidacyjne jest niezbędne wówczas, gdy wydana decyzja w zasadniczym kształcie jest różna od tej która była poddana postępowaniu konsolidacyjnemu. Istotą tego postępowania jest umożliwienie określonym podmiotom zajęcia stanowiska wobec proponowanego rozstrzygnięcia. Skoro więc rozstrzygnięcie jest dokładnie takie samo, a różni się ono jedynie w zasadniczo mało istotnym aspekcie uzasadnienia, to zgodzić się należy z Prezesem UKE, że oczekiwanie poddania

takiej decyzji ponownej konsultacji wypaczałoby cel regulacji jakim jest umożliwienie określonym podmiotom zajęcia stanowiska i prowadziłoby w gruncie rzeczy do przyznania im prawa do współdecydowania przy podjęciu decyzji przez Prezesa UKE.

Jeśli więc w ostatecznej decyzji dokonane zostały przedstawione powyżej zmiany w stosunku do jej projektu poddanemu postępowaniu konsultacyjnemu i konsolidacyjnemu, lecz te zmiany nie obejmowały treści rozstrzygnięcia, szczególnie w zakresie obowiązków regulacyjnych, to decyzja nie podlegała ponownej konsultacji i konsolidacji. Tym bardziej jest to oczywiste, że jak dowiódł pozwany różnice w odniesieniu do wskaźnika (...) miały w istocie charakter korekty omyłki pisarskiej (w wypadku (...) była to zmiana kolejności cyferek, w wypadku (...) wpisanie liczby po przecinku takiej jak we wskaźniku (...) dla operatora efektywnego) a różnice w zakresie przesłanek „szczególnego przypadku” wynikały jedynie z rozbudowania i rozwinięcia uzasadnienia przyczyn jakimi kierował się Prezes UKE przy wydawaniu decyzji.

Reasumując należy stwierdzić, że proponowany środek regulacyjny został prawidłowo poddany postępowaniu konsolidacyjnemu stosownie do treści art. 18 Pt i art. 7 ust 3 dyrektywy ramowej a dokonana zmiana w treści uzasadnienia nie wymagała dokonania ponownej notyfikacji.

Kolejny zarzut (4) powoda odnosił się do naruszenie art. 24 pkt 2 lit. b) i c) Pt. w zw. z art. 34 ust. 1 i ust. 2 Pt, art. 36 Pt., art. 37 ust. 1 i ust. 2 Pt. i art. 40 ust. 1 Pt., poprzez utrzymanie, względnie zmianę w zaskarżonej Decyzji obowiązków regulacyjnych (...) wynikających ze sprzecznej z obowiązującym porządkiem prawnym decyzji Prezesa UKE z dnia 29 września 2009 roku, (...), uchylonej (nieprawomocnym) wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie, Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: (...)) z dnia 2 października 2012 r. (sygn. akt: XVII AmT 225/09);

Istotnie należy zgodzić się z powodem, że zaskarżona w niniejszej sprawie decyzja odwołuje się do obowiązków nałożonych wcześniejszą decyzją Prezesa UKE z 29 września 2009r (decyzja (...) z 2009). Niemniej jednak aktualny stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy, a który Sąd musi wziąć od uwagę w myśl art. 316 k.p.c.§1 k.p.c., jest taki, że decyzja ta pozostaje w obrocie prawnym, gdyż wyrokiem w sprawie III SK 31/14 z dnia 5 marca 2015 r. Sąd Najwyższy uchylił zarówno wyrok (...) uchylający ta decyzję (wydany w sprawie XVII AmT 225/09) jak i utrzymujący go wyrok Sądu Apelacyjnego (VI ACa 68/13).

Skoro więc zawarte w powołanej decyzji rozstrzygnięcia, również w zakresie obowiązków regulacyjnych są nadal w pełni ważne i skuteczne, to zarzuty odwołania w tym zakresie są niedopuszczalne a dalsze rozważania mające charakter li tylko hipotetycznym zbędne. W tej sytuacji, nie można uznać za błędne przywołanie ich w sentencji zaskarżonej Decyzji. Warto jedynie zaznaczyć, że podstawę do ukształtowania treści decyzji poprzez odwołanie się do wcześniejszych obowiązków regulacyjnych stanowi wprost przepis art. 24 pkt 2 lit. b) Pt, w myśl którego Prezes UKE po przeprowadzeniu postępowania w celu określenia rynku właściwego, wyznaczeniu podmiotu o pozycji dominującej i nałożenia obowiązków regulacyjnych 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:

-określa rynek właściwy w sposób określony w art. 22 ust. 1 pkt 1;

-wyznacza przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą oraz:

-utrzymuje nałożone obowiązki regulacyjne, jeżeli przedsiębiorca telekomunikacyjny lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie utracili tej pozycji, lub

Skoro więc Prezes UKE utrzymywał wcześniej nałożone obowiązki regulacyjne, to taka formuła jak przyjętą w zaskarżonej decyzji była jedynie możliwą i dopuszczalną.

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

Zasadnicze argumenty do tego zarzutu zostały przez Sąd przedstawione w rozważaniach do zarzutu 2 dotyczących zagrożeń wynikających z naturalnego braku konkurencji na rynku zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powoda, gdzie zostało wywiedzione, że powód posiada znaczącą pozycję na tym rynku.

Zgodzić się należy z pozwanym, że rynek ten stanowi przykład tzw. monopolu naturalnego, ze wszystkimi tego negatywnymi konsekwencjami i wynikającą w związku z tym koniecznością przeciwdziałania im poprzez stosowanie środków regulacyjnych. W szczególności także nie występuje taka równoważąca siła nabywcza, która miałaby możliwości zmiany dostawcy usług na analizowanym rynku, gdyż to tylko powód może przyjmować połączenia w swojej sieci i tylko on tą sieć może udostępniać. Zbędne jest więc prowadzenia postępowania dowodowego w tym kierunku aby ustalić, czy możliwym jest wybudowania alternatywnej sieci, w której możliwe byłoby zakańczanie połączeń kierowanych do użytkowników końcowych powoda lub czy inny operator chcąc umożliwić połączenie swojego użytkownika końcowego z użytkownikiem końcowym powoda musi zakończyć to połączenie w sieci telekomunikacyjnej powoda, gdyż jest to fakt oczywisty, że nikt oprócz (...) nie zbuduje sieci, w której możliwym byłoby zakańczanie połączeń w sieci (...) i tak samo żaden operator nie umożliwi swoim klientom zakańczania połączeń w sieci (...) bez korzystania z sieci (...). Z całą stanowczością należy stwierdzić, że klienci (...), chcący zakończyć połączenie w sieci (...) nie mogą nabyć tej usługi u konkurencyjnego dostawcy.

Warto w tym miejscu także wskazać, że o ile zarzuty powoda odnoszą się do nieprawidłowego zebrania materiału dowodowego przez Prezesa UKE na etapie postępowania administracyjnego, to także nie mogą one odnieść skutku, gdyż wniesienie do Sądu odwołania od decyzji administracyjnej wszczyna dopiero cywilne, pierwszoinstancyjne postępowanie sądowe, w którym Sąd dokonuje własnych ustaleń, rozważając całokształt materiału dowodowego (takie stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29.05.1991 roku, sygn. akt III CRN 120/91, postanowieniu z dnia 11.08.1999 roku sygn. akt I CKN 351/99, wyroku z dnia 19.01.2001 roku sygn. akt I CKN 1036/98). Z tego powodu podnoszenie zarzutów naruszenia postępowania administracyjnego nie może być podnoszone przed (...), który jako sąd powszechny rozpatruje sprawę od nowa, co skutkuje brakiem skutecznego zarzucenia naruszenia przepisów postępowania administracyjnego (tak Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 grudnia 2006 r., sygn. akt VI ACa 620/06).

Co się zaś tyczy uwag powoda do braku podstaw do nakładania na niego obowiązków regulacyjnych z tej racji, że dotychczas nie odmawiał innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostępu, oraz że brak jest podstaw do przyjęcie, że będzie kształtował niekorzystne warunki dostępu, to wskazać należy, że pozycja monopolistyczna na rynku właściwym „rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) zawsze wiąże się z poważnym ryzykiem, że operator może nadużywać znaczącej pozycji rynkowej. Jak słusznie zauważa zainteresowany sam powód dobrowolnie nie dokonywał na przestrzeni ostatnich lat obniżki stawki (...), te ostatnie zawsze wynikały z decyzji regulacyjnych Prezesa UKE. Natomiast fakt, że powód nie odmawiał dotychczas dostępu telekomunikacyjnego innym operatorom, nie stanowi wystarczającego uzasadnienia do odstąpienia od stosowania obowiązku dostępu, tym bardziej, że na powodzie ciążył obowiązek dostępu, a co zatem idzie nie można jednoznacznie uznać, że fakt ten był wynikiem prokonkurencyjnych zachowań rynkowych a nie wynikał z istniejącego obowiązku regulacyjnego.

Zważywszy więc, że charakter regulacji stosowanej przez Prezesa UKE ma charakter ex ante, a zatem musi uwzględniać przyszłe potencjalne zagrożenia i ryzyka, a nie stanowi odpowiedzi na stwierdzone uprzednio nieprawidłowości w postępowaniu operatora polegające w szczególności na nadużywaniu pozycji na rynku i ma na celu kreowanie bodźców, które imitowałyby konkurencję na tych obszarach, na których reguły rynkowe nie mają szans zaistnieć.

– prawidłowe jest stosowanie określonych w decyzji obowiązków aby wyeliminować ryzyko takich zachowań ze strony powoda, szczególnie wobec operatorów posiadających mniejsze udziały w rynku detalicznym, jak też wobec operatorów dopiero wchodzących na rynek.

Powyższą argumentację wspiera także stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 8 czerwca 2011 r. sygn. III SK 51/10, w którym Sąd ten wskazał: „W ramach ukształtowanej w ustawie zasady i zakresu regulacji szczegółowej dla rynków właściwych, na których nie występuje skuteczna konkurencja, nie została przewidziana możliwość wyłączenia z zakresu tej regulacji powierzonej Prezesowi UKE przedsiębiorstwa telekomunikacyjnego, które pomimo zajmowania znaczącej pozycji rynkowej wykazałoby, że nie dopuszczało się praktyk antykonkurencyjnych. Oczywiście stan rzeczy, w którym dominujący na rynku przedsiębiorca nie podejmuje zachowań negatywnych z punktu widzenia praw rynku i z punktu widzenia uzasadnionych oczekiwań użytkowników jest bardzo pożądanym. Są to okoliczności, które mogą mieć znaczenie dla wyboru obowiązków regulacyjnych przewidzianych w ustawie i zakresu ich zastosowania według kryteriów adekwatności do zidentyfikowanego problemu, proporcjonalności oraz celów Prawa telekomunikacyjnego.”

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

W uzasadnieniu tego zarzutu powód sugerował brak proporcjonalności nałożonych obowiązków regulacyjnych na podstawie powołanych przepisów, jednak Sąd nie znalazł argumentów, które pozwalałyby przyjąć, że przy zdiagnozowanych problemach konkurencyjnych, zastosowane środki nie były konieczne lub by były nadmierne.

W szczególności utrzymanie obowiązku z art. 36 Pt dotyczącego oferowania usług na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunku z podmiotami zależnymi nie oznacza, że Prezes (...)w istocie reguluje ceny detaliczne za połączenia on-net” (w ramach własnej sieci (...)).

Art. 36 Pt stanowi, iż „Prezes UKE może, zgodnie z przesłankami, o których mowa w art. 24 pkt 2 lit. a, w drodze decyzji, nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowanie usług oraz udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa, lub w stosunkach z podmiotami zależnymi”.

Obowiązek nałożony w decyzji wiernie odwzorowuje obowiązek wykreowany w powołanym przepisie prawnym a jego sens zmierza do oferowanie przez powoda takich warunków hurtowych, które umożliwią stworzenie konkurencyjnej oferty detalicznej w zakresie możliwości kierowania połączeń do abonentów (...). Jak słusznie wskazał Zainteresowany chodzi o zapobieżenie takiej sytuacji, gdy powód będący monopolistą na rynku zakańczania połączeń we własnej sieci oferowałby własnym abonentom takie warunki cenowe, że pozostali operatorzy, przy uwzględnieniu kosztów zakończenia połączenia w sieci (...), nie mogliby stworzyć konkurencyjnej oferty. Powyższe oznacza, że regulacja nie jest ani nadmierna ani też nie zmierza do „regulowania cen detalicznych za połączenia w ramach własnej sieci (...).

Odnosnie obowiązku określonego w oparciu o przepis art. 37 Pt, to powód nieproporcjonalność obowiązku upatrywał w konieczności ogłaszania specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych oraz charakterystyki sieci, gdyż zdaniem powoda dane te z uwagi na ich wartość winny być objęte trybem udostępniania a nie ogłaszania.

Źródłem nałożonego obowiązku jest przepis 37 Pt, który podobnie jak przepis art. 9 dyrektywy o dostępie przewiduje możliwość nałożenia na przedsiębiorstwo o znaczącej pozycji rynkowej obowiązków dotyczących udostępniania informacji na życzenie lub jej publikowania. Są to obowiązki dotyczące przejrzystości i mają urzeczywistnić realizację

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

Słusznie przyjmuje się w doktrynie, że dostęp do informacji ułatwia prowadzenie negocjacji, sprzyja unikaniu sporów i daje możliwość wyprzedzającej oceny warunków, na jakich można korzystać z usług dostępowych (tak S. P. Prawo telekomunikacyjne). Trudno się w tej sytuacji zgodzić z powodem, że obowiązek prowadzi do zbyt szerokiego ujawnienia informacji o sieci (...), skoro informacje te są udostępniane tylko w zakresie niezbędnym do wystąpienia z wnioskiem o zapewnienie dostępu i służą realizacji innych obowiązków tj zapewnienia dostępu do sieci i zakazu dyskryminacji.

Obowiązek nałożony na powoda, a wskazujący na konieczność „publikacji” danych na stronie internetowej, stawia na pełniejszą przejrzystość niż alternatywne możliwe rozwiązanie polegające tylko na „udostępnianiu” tych informacji na wniosek uprawnionego, co jednak zdaniem Sądu nie świadczy o nieproporcjonalności obowiązku. Zdaniem Sądu powód nie wykazał, że dane które ma obowiązek publikować są danymi wrażliwymi, których ujawnienie do publicznej wiadomości zagraża bezpieczeństwu sieci powoda. Gdyby istotnie dane niezbędnych do złożenia wniosku o dostęp telekomunikacyjny były tak wrażliwe jak wskazuje powód, to postanowienie art. 9 dyrektywy o dostępie i przepisy krajowe będące implementacją tego przepisu byłyby przepisami martwymi. Warto także odnotować, że powód z mocy prawa ma obowiązek udostępniać bardziej szczegółowe informacje zawarte w umowach o połączeniu sieci, gdyż zgodnie z art. 33 ust. 2 Pt treść umów o dostępie telekomunikacyjnym, w których zawarte są także kwestie techniczne, jest powszechnie dostępna.

Należy także zwrócić uwagę, że publikacja warunków jest na rynku telekomunikacyjnym standardem i takie same obowiązki zostały nałożone na wszystkich przedsiębiorców mających pozycję (...) na różnych rynkach telekomunikacyjnych. Gdyby więc Sąd zmienił ten obowiązek w stosunku tylko do jednego z operatorów telekomunikacyjny, to spowodowałoby to niezasadny dysonans na rynku i w sposób niepożądany stawiałoby powoda w lepszej pozycji niż pozostałych przedsiębiorców a także stwarzałoby zbędną barierę dla podmiotów chcących uzyskać dostęp telekomunikacyjny do sieci powoda, większą niż u konkurentów powoda na rynku. Dlatego o zmianie takiego rozwiązania dotyczącego obowiązku przejrzystości winien rozstrzygnąć krajowy organ regulacyjny i ewentualnie przy kolejnym badaniu rynku rozważyć zmianę podejścia regulacyjnego do tego zagadnienia w odniesieniu do wszystkich operatorów działających na rynku.

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

Rozważając powyższy zarzut powoda należy odwołać się do wyrażonego wyżej poglądu Sądu, że przepis art. 44 Pt nie zawsze służy nałożeniu obowiązków nadzwyczajnych innych niż wymienione w art. 9-13 dyrektywy o dostępie i innych niż wymienione w art. 39 i 40 Pt. Zatem wymóg zaistnienia szczególnego przypadku, jaki jest stawiany jedynie dla nałożenia innych obowiązków niż te z art. 9-13 dyrektywy nie może być utożsamiany z wyjątkowymi okolicznościami o jakich mowa w art. 8 ust 3 dyrektywy o dostępie. Niemniej jednak możliwym jest przyjęcie, że ustawodawca krajowy także dla innych niż zdefiniowane w prawie telekomunikacyjnym obowiązków stawia wymóg „szczególności przypadku”. Brak w ustawie zamkniętego katalogu przesłanek kiedy takie obowiązki mogą być nałożone pozostawia

organowi regulacyjnemu dużą swobodę regulacyjną i stwarza możliwość elastycznego stosowania regulacji prawnej. Zgodzić się należy także z poglądami wyrażanymi w doktrynie, że „szczególne okoliczności” determinuje „analiza przez Prezesa UKE celów, jakim ma służyć inny obowiązek w zakresie dostępu telekomunikacyjnego” (Kawałek Krzysztof, Rogalski Maciej, Komentarz LEX 2010, Komentarz do art. 44 ustawy - Prawo telekomunikacyjne).

Dlatego prawidłowym było uznanie przez Prezesa UKE, że zmiany, jakie zaszły w otoczeniu regulacyjnym w Unii Europejskiej tj. zmiana podejścia regulacyjnego w zakresie (...) w państwach członkowskich związana z wydaniem Zalecenia w sprawie (...) i (...) stanowi taki szczególny przypadek, który uzasadnia nałożenie innego obowiązku kosztowego.

Zalecenie to jasno określiło rekomendowany model regulacji (...) w Unii Europejskiej, który powinny stosować organy regulacyjne państw członkowskich, w tym także Prezes UKE. Skoro więc przeprowadzona przez Prezesa UKE analiza rynków właściwych zakańczania połączeń głosowych w sieciach operatorów telefonii ruchomej wykazała, że istnieje potrzeba nałożenie obowiązków regulacyjnych dotyczących kontroli kosztów, to oczywistym było, że obowiązki kosztowe powinny uwzględniać Zalecenia KE w sprawie (...) i (...). A wobec tego, że przepisy krajowe dotyczące wprost obowiązków kosztowych tj art. 39 i 40 Pt nie odpowiadały stwierdzonym potrzebom rynku oraz nie były adekwatne i proporcjonalne do stwierdzonych problemów rynkowych w nowym, zmienionym podejściu regulacyjnym na poziomie europejskim, to konieczne stało się oparcie obowiązku kosztowego odwołującego się do modelu operatora efektywnego na przepisie art. 44 Pt.

Warto także wskazać, podobnie jak uczynił to zainteresowany, że szczególne okoliczności nie muszą się odnosić do tych jakie stanowią podstawę do nałożenia obowiązków regulacyjnych w oparciu o przepisy art. 34, 36, 37 38, 39, 40 oraz 42 Pt., gdyż art. 44 Pt nie odwołuje się w przeciwieństwie do powołanych przepisów do przesłanek regulacji o których mowa w art. 24 pkt 2 lit, a, Pt. Brak odniesienia w art. 44 Pt do przesłanek zdefiniowanych w art. 24 Pt daje organowi regulacyjnemu znacznie szerszą władzę w zakresie nakładania obowiązków regulacyjnych, pozostawiając mu pewną wolność w definiowaniu „szczęólnego przypadku”, co oznacza, że nie tylko zdefiniowane problemy rynkowe i warunki występujące na danym rynku, ale także zmiana otoczenia regulacyjnego może być w ten sposób traktowana.

Zważywszy, więc że z Zalecenia KE w sprawie stawek, jasno wynika, że wprowadzenie modelu efektywnego operatora w odniesieniu do obowiązku kosztowego stanowi jedno z nadrzędnych zadań dla organów regulacyjnych celem usunięcia zakłóceń konkurencji występujących na rynku zakończeń połączeń, zapewnienia rozwoju rynku wewnętrznego oraz maksymalizacji korzyści dla obywateli UE, to konieczne stało się zastosowanie obowiązku kosztowego opartego o ten model. Tym bardziej, że wdrożenie takich samych narzędzi regulacyjnych na wszystkich rynkach krajowych ma zapewnić harmonizację w podejmowanych działaniach regulacyjnych na obszarze UE i doprowadzić do symetrii stawek, co z kolei zapewni możliwość zrównoważonej konkurencji na obszarze UE

Bez znaczenia jest przy tym, że podstawę zmiany otoczenia regulacyjnego stanowiło Zalecenie KE, których charakter prawny jest niewiążący. Niemniej jednak skoro organ stojący na straży zapewnienia harmonicznego stosowania dyrektywy a więc Komisja Europejska wydaje zalecenia, i oponuje w trybie postępowania konsolidacyjnego przeciwko przyjmowaniu przez krajowe organy regulacyjne odmiennych reguł dotyczących obowiązków kosztowych niż te wynikające z Zalecenia KE, to konieczne jest uznanie, że nastąpiła zmiana otoczenia regulacyjnego, która pozwala uznać, iż w sprawie występuje szczególny przypadek uzasadniający zastosowanie art. 44 Pt.

Powódka podniosła w odwołaniu, iż w zaskarżonej Decyzji Prezes UKE nałożył na Powódkę obowiązek regulacyjny stosowania stawek (...) w oparciu o model (...) P. (...), który zdaniem (...) nie był niezbędny.

W tym względzie także nie sposób się zgodzić z powodem, gdyż fakt niezbędności zastosowania podejścia kosztowego odwołującego się do modelu operatora efektywnego był niezbędny dla realizowania raz celu spójnego regulowania rynków zakańczania połączeń (zgodnie z art. 8 ust 3 dyrektywy ramowej), dwa wspierania konkurencji poprzez zapewnienie by wszyscy użytkownicy czerpali maksymalne korzyści, jeśli chodzi o różnorodność, ceny i jakość usług (art. 8 ust 2 dyrektywy ramowej). Wobec tego, że jak zostało stwierdzone dotychczasowe podejście regulacyjne pomimo, że doprowadziło do stosunkowo znacznego obniżenia kosztów detalicznych na przestrzeni kilku lat, to

jednak stawki tych opłat pozostawały na dość wysokim, nadmiernym poziomie, co stanowi główny problem w zakresie konkurencji, konieczne stało się dla zapewnienia właśnie maksymalnych korzyści użytkownikom końcowym, nałożenie obowiązku kosztowego odwołującego się do wzorca operatora efektywnego. Przy tylko takim podejściu regulacyjnym, stosowanym docelowo na całym obszarze UE, zostanie zapewniona możliwość zrównoważonej i pełnoprawnej konkurencji na obszarze UE, gdyż tylko wtedy wysokość stawek za zakańczanie połączeń w ruchomej sieci telefonicznej będzie na podobnym poziomie. Świadczy to niewątpliwie, że tylko tożsamy, zgodny z Zaleceniem, sposób regulacji rynku zakańczania połączeń jest nieodzowny do osiągnięcia zasadniczych celów regulacji rynku telekomunikacyjnego a środek zastosowany przez Prezesa UKE był w tych okolicznościach niezbędny.

Nie sposób także zgodzić się z kolejnym (8) zarzutem powoda, w którym wskazywał on na naruszenie art. 9 k.p.a. i art. 73 § 1 k.p.a. poprzez nieudostępnienie danych, w oparciu, o które wyliczona została stawka za zakończenia połączenia w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...).

Istotnie powodowi nie zostały udostępnione przez Prezesa UKE dane pochodzące od pozostałych operatorów, które stanowiły podstawę wyliczenia stawki (...).

Brak udostępnienia wynikał z faktu, iż przedsiębiorcy telekomunikacyjni przekazujący dane, które miały „zasilić” stworzony przez Prezesa UKE model obliczeniowy, wskazywali w trybie art. 9 Pt., iż przekazywane dane stanowią tajemnice ich przedsiębiorstw. Podobnego zastrzeżenia dokonał także powód przekazując swoje dane regulatorowi. Konsekwencją takiego stanowiska operatorów i podzielenia przez Prezesa UKE poglądu, że dane te stanowią tajemnicę przedsiębiorstw było dokonanie na podstawie art. 207 ust. 1 Pt ograniczenie stronom możliwości wglądu do materiału dowodowego w zakresie tajemnic przedsiębiorstwa innych podmiotów. Zgodzić się należy, że takie działanie Prezesa UKE ograniczyło się do koniecznego zabezpieczenia tajemnicy przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a organ w żaden sposób nie ograniczył wglądu do danych innych niż oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa

Wobec tego, że realne dane objęte powyższą tajemnicą zasiliły model „hipotetycznego” operatora, to tak zasilony model także nie mógł być przekazany powodowi, bo zawierał chronione tajemnice przedsiębiorstwa. Zawarte w modelu wyniki poszczególnych kalkulacji, były rezultatem wykorzystania danych przekazanych przez operatorów. Znajomość rezultatów poszczególnych wyliczeń a następnie ich odpowiednie przetworzenie przy wykorzystaniu wiedzy i danych własnych posiadanych przez operatora mogłaby doprowadzić do poznania przez niego danych wsadowych, które stanowią tajemnice przedsiębiorstwa innych operatorów, którzy przekazali dane Prezesowi UKE.

W tym stanie rzeczy Sąd doszedł do przekonania, że Prezes UKE nie mógł przedstawić powodowi żądanych danych. Przy czym nie ujawnienie mu tych informacji nie pozbawiło powoda prawa do obrony, gdyż miał on dostęp do wzorcowego modelu (formularza modelu załącznik nr 3 do decyzji) i opisu modelu kalkulacji kosztów według metodologii (...) (załącznik nr 2 do decyzji). Co istotne konstrukcję i założenia modelu (...). Prezes UKE prezentował operatorom telefonii komórkowej na zorganizowanych dla operatorów warsztatach oraz indywidualnych spotkaniach, podczas których mieli oni okazję nie tylko przedstawić swoje uwagi do budowy modelu, ale także otrzymać szczegółowe wyjaśnienia na temat sposobu kalkulacji (...).

Wobec powyższego działania Prezesa UKE ograniczające powodowi prawo wglądu do określonych danych wrażliwych należy uznać za niezbędne minimum, mieszczące się w granicach prawa.

Jeśli natomiast zarzut podniesiony w pkt 8 odwołania interpretować jako zarzut naruszenia przepisów postępowania administracyjnego w postępowaniu przed Prezesem UKE, to jest on nieskuteczny także z tego powodu, że celem postępowania sądowego nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa UKE. Wniesienie do Sądu odwołania od decyzji administracyjnej wszczyna od początku cywilne, rozpoznawcze i pierwszoinstancyjne postępowanie sądowe, w którym (...), przeprowadza własne postępowanie dowodowe na zasadach cywilnego postępowania kontradyktoryjnego, w razie potrzeby dokonuje własnych ustaleń niezależnie od ustaleń organu administracyjnego oraz władny jest wydać orzeczenie merytoryczne, treściowo odpowiadające decyzji administracyjnej (tak: wyrok SN z dnia 29 maja 1991 r., sygn. akt III CRN 120/91, publ. OSNC

1992, nr 5, poz. 87, postanowienie SN z dnia 7 października 1998 r., sygn. akt I CKN 265/98, publ. OSP 2000, nr 5, poz. 68, postanowienie SN z dnia 11 sierpnia 1999 r., sygn. akt I CKN 351/99, publ. OSNC 2000, Nr 3, poz. 47, wyrok SN z dnia 19 stycznia 2001 r., sygn. akt I CKN 1036/98, publ. LEX nr 52708, postanowienie SN z dnia 28 czerwca 2002 r., sygn. akt I CKN 753/00, niepubl., wyrok Sądu OKiK z dnia 18 lutego 2004 r., sygn. akt XVII Amt 2/03, niepubl.).

Oznacza to, że ewentualne uchybienia popełnione w postępowaniu przed organem administracyjnym nie są przedmiotem postępowania sądowego, gdyż Sąd na nowo rozpoznaje sprawę co skutkuje brakiem możliwości uchylenia decyzji zaskarżonej do tego sądu z uwagi na naruszenie przepisów postępowania administracyjnego (tak SN w wyroku z dnia 29 maja 1991 r. sygn. akt III CRN 120/91, Lex 3724).

Kolejny z zarzutów (9) powoda wskazywał, na naruszenie art. 1 ust. 2 pkt 1 i 4 Pt. w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. a) Pt. poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji ustalenie zaniżonych stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) oraz brak analizy szczegółowego zakresu uprawnień Prezesa UKE, w tym brak uwzględnienia okoliczności, że do obowiązków Prezesa UKE należy zapewnienie użytkownikom, (...), osiągnięcia maksymalnych korzyści, w zakresie cen oraz różnorodności i jakości usług, zapobieganie zniekształcaniu lub ograniczaniu konkurencji (na rynku telekomunikacyjnym), efektywne inwestowanie w dziedzinie infrastruktury oraz promocję technologii innowacyjnych.

W uzasadnieniu zarzut powód skupił się głównie na dowiedzeniu, że ustalenie obowiązku ustalania opłat w oparciu o model efektywnego operatora nie jest motywowane przesłankami natury ekonomicznej a jedynie niewiążącym zaleceniem komisji Europejskiej oraz, że nie pozwoli mu ona odzyskać z ustalonych stawek opłat wszystkich uzasadnionych kosztów świadczenia usługi.

Odnosząc się do tego zarzutu po pierwsze należy wskazać, że co do zakresu odzyskiwania poniesionych kosztów przy stosowaniu metodologii (...) Sąd przedstawił argumentację w części odnoszącej się do oddalenia wniosku dowodowego powoda, podobnie jak wyjaśnił przyczyny dla których wziął pod uwagę Zalecenie KE, dlatego nie jest konieczne powielanie tych wywodów.

Uzupełniająco można tylko wskazać, że środki regulacyjne zastosowane w decyzji uwzględniają wszystkie cele wymienione w przepisie art. 189 ust. 2 Pt i godzą ze sobą zarówno interes użytkowników końcowych, jak i operatorów. Obniżka (...), jak na to wskazuje dotychczasowe doświadczenie związane z wcześniejszymi decyzjami regulacyjnymi obniżającymi te stawki, stwarza dla użytkowników końcowych perspektywę obniżki cen detalicznych a w konsekwencji wzrost zużycia oferowanych głównych kategorii usług telekomunikacyjnych (wzrost średnich rocznych wolumenów długości połączeń głosowych, wysyłanych sms-ów, transmisji danych), co jest oczywistym zyskiem operatora.

Interes operatora jest uwzględniony także w fakcie korelacji obniżki jego stawki (...) ze stawkami pozostałych operatorów działających na rynku, wobec których Prezes UKE w ramach regulacji rynków zakończeń połączeń głosowych zastosował symetryczną stawkę (...) do tej jaką obciążył powoda. Oznacza to, że nie może dojść do drastycznego pogorszenia sytuacji finansowej powoda z racji obciążenie obowiązkiem z pkt VI, gdyż analogiczny obowiązek pozostałych operatorów telekomunikacyjnych na polskim rynku skutkuje nie tylko tym, iż powód będzie miał niższe wpływy za ruch zakańczany w swojej sieci ale równocześnie będzie ponosić mniejsze opłaty za ruch telekomunikacyjny generowany przez swoich klientów zakańczany w sieci innych operatorów (będzie ponosić niższe koszty z tego tytułu).

W kolejnym zarzucie (10) powód wskazywał na naruszenie art. 16 ust. 1 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (**dy**rektywy ramowej) - poprzez niezapewnienie udziału Prezesa Urzędu Ochrony Konsumentów i Konkurencji (dalej: Prezes UOKiK) w przeprowadzeniu analizy rynku.

Powołany przez powoda artykuł 16 Dyrektywy ramowej, stawia wymóg zapewnienia, aby analiza odnośnych rynków przeprowadzona została przez organ regulacyjny w miarę potrzeby we współpracy z krajowymi organami odpowiedzialnymi za ochronę konkurencji.

Oznacza to, że to Prezesowi UKE pozostawiona jest ocena potrzeby przeprowadzenia analizy we współpracy z Prezesem UOKiK. Natomiast art. 25c pkt 1 Pt wymaga od Prezesa UKE, by ten przed wydaniem rozstrzygnięcia na podstawie art. 23 ust. 1 albo art. 24 zasięgnął opinii Prezesa UOKiK, wydanej w formie postanowienia.

W sprawie niniejszej Prezes UOKiK postanowieniem z dnia 23 listopada 2012 r. wydał opinię w sprawie proponowanego przez Prezesa UKE rozstrzygnięcia. Prezes UOKiK uznał prawidłowość określenia rynku właściwego, ustalenia istnienia przedsiębiorcy o pozycji znaczącej na analizowanym rynku, wyznaczenia (...) jako przedsiębiorcy zajmującego znaczącą pozycję na analizowanym rynku oraz stwierdził prawidłowość proponowanych przez Prezesa UKE środków regulacyjnych.

Tym samym należy stwierdzić, że Prezes UKE nie uchybił przepisom postępowania dotyczącego udziału Prezesa UOKiK w przeprowadzaniu analizy rynku.

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

Także zarzut (11) powoda naruszenia art. 18 Pt. oraz art. 7 ust. 3 Dyrektywy ramowej poprzez zaniechanie przesłania projektu zaskarżonej decyzji wraz z uzasadnieniem organom regulacyjnym innych państw członkowskich oraz (...) okazał się niezasadny.

W tej kwestii należy zgodzić się z Prezesem UKE, że art. 18 Pt oraz art. 7 ust 3 dyrektywy ramowej nie określają w jakiej formie ma nastąpić udostępnienie projektów rozstrzygnięć i środków innym krajowym organom regulacyjnym. Natomiast w świetle zaleceń Komisji Europejskiej z dnia 15 października 2008r (pkt 3) w sprawie notyfikacji, terminów i konsultacji przewidzianych w art. 7 dyrektywy ramowej, w myśl której na stronie internetowej Komisji są publikowane ogłoszenia, które są przesyłane także drogą elektroniczną wszystkim krajowym organom regulacyjnym, a które dotyczą daty rejestracji notyfikacji, jej przedmiotu oraz otrzymanej dokumentacji uzupełniającej – w ocenie Sądu wystarczające jest skorzystanie z tej drogi notyfikacji dla wypełnienia obowiązku o jakim mowa w art. 18 Pt i 7 ust 3 i ust 5 dyrektywy ramowej. Wobec tego, że Komisja Europejska potwierdziła zarejestrowanie notyfikacji pod nr (...)dnia 2 października 2012 r., to należy przyjąć, że w myśl zaleceń poinformowała o tym wszystkie krajowe organa regulacyjne, a to z kolei zadośćczyniło obowiązkowi notyfikacji projektu decyzji tym organom.

Zdaniem Sądu powyższe czyni zadość także wymogom prawa krajowego, gdyż przepis art. 18 Pt w brzmieniu aktualnym na dzień wydania decyzji nie wymagał aby Prezes UKE przekazywał projekt rozstrzygnięcia osobno Komisji Europejskiej i osobno (...) oraz pozostałym krajowym organom regulacyjnym.

Również przywoływany przez powoda art. 7 Dyrektywy Ramowej nie pozwala na przyjęcie optyki (...) na sposób dokonywania notyfikacji. W myśl bowiem art. 7 ust 3 powołanej dyrektywy tylko „o ile zalecenia lub wytyczne przyjęte zgodnie z art. 7b nie stanowią inaczej, z chwilą zakończenia konsultacji, o których mowa w art. 6, w przypadku gdy krajowy organ regulacyjny zamierza podjąć środek, który:

jest objęty zakresem stosowania art. 15 lub art. 16 niniejszej dyrektywy lub art. 5 lub art. 8 dyrektywy 2002/19/WE (dyrektywa o dostępie); oraz

może oddziaływać na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi,

- udostępnia on projekt planowanego środka Komisji, (...) i krajowym organom regulacyjnym w innych państwach członkowskich, jednocześnie, wraz z uzasadnieniem tego środka, zgodnie z art. 5 ust. 3, oraz informuje o tym Komisję, (...) i inne krajowe organy regulacyjne. Krajowe organy regulacyjne, (...) i Komisja mogą przedstawić swoje uwagi danemu krajowemu organowi regulacyjnemu wyłącznie w terminie jednego miesiąca. Termin jednomiesięczny nie może zostać przedłużony”.

Zatem reguła dotycząca trybu notyfikowania projektów rozstrzygnięć podlegających postępowaniu konsolidacyjnemu jest uszczegóławiana w zaleceniu Komisji Europejskiej, a te jak wskazał Sąd wyżej nie wymagają odrębnych notyfikacji dla każdego z organów konsultacyjnych i wystarczająca jest notyfikacja Komisji Europejskiej, za której pośrednictwem informacje o krajowych środkach regulacyjnych otrzymują pozostałe uprawnione organy.

Ostatni z zarzutów (12) powoda wskazywał na naruszenie art. 24 pkt 2 lit. a) Pt. w zw. z art. 1 ust. 2 Pt. oraz art. 44 Pt., poprzez nałożenie na (...) obowiązku regulacyjnego w postaci obowiązku stosowania opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w wysokości określonej we wskazanym przez Prezesa UKE harmonogramie i wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model kalkulacji kosztów, bez określenia momentu, do którego obowiązywać mają stawki (...) mające wejść w życie w dniu 1 lipca 2013 r., co skutkować będzie stosowaniem tych stawek również w roku 2014 i latach późniejszych, pomimo że w zaskarżonej Decyzji uwzględniono wyłącznie wyniki analizy dla roku 2013;

Rozpoznając powyższy zarzut należy w pierwszej kolejności wskazać, że przepis art. 22 ust 1 wskazuje na częstotliwość z jaką organ regulacyjny powinien przeprowadzać analizy poszczególnych rynków właściwych. Częstotliwość ta została w nim określona jako nie rzadsza niż co 2 lata. Logiczne jest więc, że przyjęta w decyzji stawka (...) może obowiązywać do czasu następnej analizy rynku a nie jest także wymagane żadnym przepisem prawa oznaczenie daty końcowej jej obowiązywania. Faktem jest, że termin ten może być różny w zależności od stanu rynku, ale o ile analiza dokonana ex ante jak w niniejszej sprawie okaże się trafna a na rynku nie zajdą jakieś szczególne nieprzewidziane okoliczności to stawka ustalona w decyzji powinna obowiązywać do kolejnego przeglądu rynku, który będzie miał miejsce w ciągu 2 lat. Taka perspektywa wynikająca z obowiązujących norm prawnych pozwala przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu ekstrapolować działania biznesowe w dalszej perspektywie z dużym prawdopodobieństwem co do trwałości obowiązku kosztowego w tak określonych maksymalnych ramach czasowych.

Błędne jest natomiast twierdzenie (...), jakoby „w decyzji uwzględniono wyłącznie wyniki analizy dla roku 2013”. Jak słusznie wskazał Prezes UKE analiza określa stan rynku na czas wydania decyzji, a regulacja opiera się na założeniu, iż będzie również wystarczająco aktualna do ponownego przeglądu rynku, który nie ulegnie istotnym przeobrażeniom przez okres wyznaczony przepisem art. 22 ust. 1 Pt. Wynika to z faktu, że analiza która jest dokonywana ex ante odwołuje się do ustalenia czy wystąpienie określonych zjawisk jest możliwe w przyszłości w oparciu o rozumowanie oparte na zasadach logiki i doświadczenia życiowego.

W świetle powyższych rozważań Sąd doszedł do przekonania, że zaskarżona decyzja odpowiada prawu a odwołanie podlega oddaleniu na podstawie art.479⁶⁴ § 1 k.p.c. z uwagi na brak podstaw do jego uwzględnienia.

Jednocześnie Sąd nie znalazł podstaw do skierowania, w trybie art. 267 TFUE, pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wnioskowanych przez powoda, głównie z tej przyczyny, że Sąd nie miał wątpliwości

co do kwestii wykładni przepisów, które miały być przedmiotem interpretacji TSUE. Między innymi w ocenie Sądu przepis art. 13 dyrektywy o dostępie nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych co wyżej zostało dowiedzione.

O kosztach postępowania orzeczono w oparciu o przepis art.98 k.p.c. zasądzając, stosownie do wyniku sporu, od powoda, który proces przegrał, na rzecz pozwanego oraz zainteresowanego koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka