

Sygn. akt *XVII AmT 72/13*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 maja 2015 r.

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

Przewodniczący:	<i>SSO Dariusz Dąbrowski</i>
Protokolant:	Sekretarz sądowy Wioleta Żochowska

po rozpoznaniu w dniu 20 kwietnia 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) *Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.*

przeciwko *Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

przy udziale zainteresowanego *Krajowej Izby (...)*

**o ustalenie znaczącej pozycji rynkowej przedsiębiorcy i nałożenie obowiązków regulacyjnych**

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z dnia 14 grudnia 2012 roku nr (...)

### **orzeka:**

1. uchyła decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 14 grudnia 2012 roku nr (...) w punkcie VI, IX i X,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 1377 zł (jeden tysiąc trzysta siedemdziesiąt siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu,
4. zasądza od zainteresowanego Krajowej Izby (...) na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Dariusz Dąbrowski

Sygn. akt *XVII AmT 72/13*

## UZASADNIENIE

Decyzją z 14 grudnia 2012 roku nr (...) 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 prawo telekomunikacyjne (dalej również „UPT” lub „PT”) oraz art. 104 § 1 k.p.a., w związku z art. 206 ust. 1 ustawy prawo telekomunikacyjne Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwanym dalej także „Prezesem UKE” lub „Prezesem Urzędu”):

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

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

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

IV. utrzymał określone w decyzji nr (...) z 29 września 2009 roku 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 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 (...) sp. z o.o.;

- informacje należy ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia niniejszej decyzji; w przypadku zmiany zakresu bądź treści publikowanej informacji należy ją ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 tygodnia od dnia wprowadzenia zmiany;

V. zmienił określone decyzją nr (...) z dnia 29 września 2009 roku 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) (...) sp. o.o. w szczególności poprzez:

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

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

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

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

- 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 (...) sp. z o.o. 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 (...) sp. z o.o. w wysokości określonej w zamieszczonym poniżej harmonogramie (dalej także: glide path), wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej także: „Prezes UKE”, „Regulator”) model operatora efektywnego.

VII. Prezes UKE na podstawie art. 206 ust. 2aa w zw. z art. 206 ust. 2 pkt 5 Pt nałożył na przedmiotową decyzję rygor natychmiastowego wykonania

VIII. Załącznik nr 1 do przedmiotowej decyzji, zawierający dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowi integralną część przedmiotowej decyzji.

IX. Załącznik nr 2 do przedmiotowej decyzji, zawierający opis modelu kalkulacji kosztów według metodologii P. (...), stanowi integralną część przedmiotowej decyzji.

X. Załącznik nr 3 do przedmiotowej decyzji, zawierający stosowany przez Prezesa UKE model kalkulacji kosztów operatora efektywnego w formie pliku xls., zapisany na płycie CD, stanowi integralną część przedmiotowej decyzji.

XI. Załącznik nr 4 do przedmiotowej decyzji zawierający komentarz Prezesa UKE do stanowisk zgłoszonych przez uczestników postępowania konsultacyjnego, jakie zostało przeprowadzone w dniach od 3 sierpnia 2012 roku do 3 września 2012 roku., stanowi integralną część przedmiotowej decyzji.

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł powód (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (zwany dalej również jako (...)) zaskarżając decyzję w całości i wnosząc o:

1. jej uchylenie w całości,

lub - na wypadek nieuwzględnienia żądania określonego w pkt 1:

2. uchylenie pkt VI sentencji Decyzji w całości oraz Załączników nr 2 oraz 3 do Decyzji - obu w całości,

lub - na wypadek nieuwzględnienia żądania określonego w pkt 2:

3. uchylenie pkt VI sentencji Decyzji w części obejmującej stawkę 0,0429 PLN/min oraz Załączników nr 2 oraz 3 do Decyzji - obu w całości,

lub - na wypadek nieuwzględnienia żądania określonego w pkt 3:

4. uchylenie w całości Załączników nr 2 oraz 3 do Decyzji oraz zmianę Decyzji w pkt VI sentencji Decyzji poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „nakładam obowiązek polegający na stosowaniu opłat z tytułu zakończenia połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) sp. z o. o. z siedzibą w W. w wysokości [pkt 1

załącznika zawierającego informacje zastrzeżone] PLN/min od dnia 1 stycznia 2013 r.” tj. poprzez przyjęcie stawki MTR w wysokości wynikającej z podstawienia danych kosztowych dotyczących spółki (...) do modelu bottom-up, przygotowanego przez Prezesa UKE, jednocześnie zaznaczając, iż do chwili rozstrzygnięcia sprawy przez Sąd zgodnie z niniejszym pkt 4 petitum odwołania - wysokość tej stawki MTR stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (...), w związku z czym została określona w odrębnym załączniku i została objęta wnioskiem (...) o ograniczenie Krajowej Izbie (...) wglądu do odwołania w tym zakresie,

5. w każdym przypadku uwzględnienia odwołania, oprócz żądania określonego w pkt 1, wnoszę o zmianę Decyzji, poprzez uchylenie pkt IV ppkt 1 oraz dodanie do pkt V ppkt 3 o następującym brzmieniu: „obowiązek, o którym mowa w art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne, nadając mu następujące brzmienie: obowiązek polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach”;

6. w każdym przypadku uwzględnienia odwołania, oprócz żądania określonego w pkt 1, wnoszę o zmianę Decyzji, poprzez zmianę pkt V ppkt 1 sentencji Decyzji, polegającą na uchyleniu tiretu drugiego, czwartego oraz siódmego tego podpunktu.

oraz (w każdym przypadku)

7. zasądzenie na rzecz Powoda od Pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według obowiązujących przepisów prawa.

Powód zarzucił zaskarżonej decyzji:

I. naruszenie art. 44 ustawy prawo telekomunikacyjne (dalej również „upt”):

a. w zw. z art. 8 ust. 3 akapit 2 dyrektywy o dostępie w zw. z art. 24 pkt 2 lit. a) oraz c) upt oraz art. 7 kpa, poprzez błędną wykładnię pojęcia „w szczególnych przypadkach”, co doprowadziło do nałożenia na Powoda obowiązku regulacyjnego na podstawie art. 44 upt, pomimo niewystąpienia „szczególnego przypadku”, o którym mowa w tym przepisie prawa,

b. w zw. z art. 8 ust. 3 akapit 2 oraz art. 13 dyrektywy o dostępie, poprzez błędne zastosowanie, polegające na nałożeniu na Powoda na podstawie art. 44 upt (który stanowi implementację do polskiego prawa art. 8 ust. 3 akapit 2 dyrektywy o dostępie) tzw. „nienazwanego” obowiązku regulacyjnego kosztowej kontroli cen, podczas gdy implementowany przepis prawa wspólnotowego sprzeciwia się temu - co oznacza, że Decyzja w zakresie pkt VI sentencji została wydana bez podstawy prawnej;

c. w zw. z art. 8 ust. 3 akapit 2, art. 14 ust. 2 dyrektywy o dostępie oraz art. 3 decyzji Rady ustanawiającej warunki wykonywania uprawnień wykonawczych przyznanych Komisji (1999/468/WE) w zw. z art. 18 i 19 upt, poprzez błędne zastosowanie, polegające na przeprowadzeniu jedynie konsolidacji projektu Decyzji (skutkującej wydaniem przez Komisję Europejską niewiążącej opinii co do projektu Decyzji), podczas gdy nałożenie obowiązku regulacyjnego na podstawie art. 44 upt wymaga, oprócz skonsolidowania projektu decyzji, uzyskania zgody Komisji Europejskiej na zastosowanie „nienazwanego” obowiązku regulacyjnego (co stanowi odrębną od konsolidacji projektu Decyzji procedurę współpracy z Komisją Europejską),

d. w zw. z art. 21-22 upt oraz art. 24 pkt 2 upt w zw. z pkt 120 in fine Wytocznych, poprzez błędne uznanie, że w ramach analizy rynku właściwego, która może zakończyć się nałożeniem, utrzymaniem lub zmianą (uchyleniem) obowiązków regulacyjnych, Prezes UKE może, rozstrzygając o sytuacji prawnej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, opierać się na zdarzeniach, które nie wystąpiły na analizowanym rynku właściwym i nie stanowią czynnika kształtującego stwierdzony podczas analizy problem rynkowy (tu: oparcie rozstrzygnięcia o nałożeniu obowiązku regulacyjnego i uchyleniu obowiązku regulacyjnego ze względu na okoliczności rzekomej zmiany „otoczenia regulacyjnego”);

e. oraz art. 24 pkt 2 upt i art. 8 ust. 3 akapit 2 w zw. z art. 13 dyrektywy o dostępie, poprzez wdrożenie wobec Powoda obowiązku regulacyjnego kosztowej kontroli cen (pkt VI sentencji Decyzji) z pominięciem weryfikacji tego obowiązku

w oparciu o kryteria określone w art. 13 dyrektywy o dostępie i w sposób uniemożliwiający jednoznaczne ustalenie, czy Prezes UKE w ramach pkt VI sentencji Decyzji utrzymał, dokonał zmiany albo uchylenia obowiązku kosztowego kontroli cen, o którym mowa w pkt V ppkt 2 sentencji Decyzji (wynikającego z Decyzji SMP 2009), co świadczy o wybiórczym zastosowaniu powyższych przepisów prawa krajowego i wspólnotowego;

f. oraz art. 8 ust. 3 akapit 2 w zw. z art. 13 dyrektywy o dostępie i pkt 1 Zalecenia, poprzez błędną wykładnię, polegającą na uznaniu, że model kosztowy „efektywnego operatora”, którego istotą jest narzędzie analityczne bottom-up, może stanowić podstawę obowiązku regulacyjnego nałożonego w oparciu o art. 44 upt, o którym mowa w pkt VI sentencji Decyzji;

g. w zw. z art. 24 pkt 2 lit. a) oraz c) upt w zw. z art. 7 kpa, poprzez uchylenie obowiązku regulacyjnego, o którym mowa w pkt V ppkt 2 sentencji Decyzji i nałożenie obowiązku regulacyjnego określonego w pkt VI sentencji Decyzji, pomimo braku różnic pomiędzy problemem rynkowym i warunkami rynkowymi stwierdzonymi w poprzedniej decyzji SMP (Decyzji SMP 2009) oraz problemem rynkowym i warunkami rynkowymi stwierdzonymi na gruncie Decyzji;

h. oraz art. 22 ust. 2 oraz art. 24 pkt 2 upt i art. 19 ust. 1 dyrektywy ramowej w zw. z art. 288 § 5 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, poprzez błędne uznanie, że Zalecenie może stanowić źródło uprawnień Prezesa UKE w zakresie uchylenia, zmiany lub nałożenia obowiązku regulacyjnego, pomimo niewiążącego charakteru tego środka wspólnotowego;

II. art. 24 pkt 2 lit. a) i c) upt w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1-2 oraz 4 upt oraz art. 44 upt w zw. z art. 39 i 40 upt, art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. a) i c) upt, pkt 118 i 119 Wytycznych, art. 8 ust. 5 lit. d) dyrektywy ramowej, poprzez nałożenie na Powoda obowiązku regulacyjnego stosowania stawek rozliczeniowych opartych o kosztowy model „operatora efektywnego”, który jest obowiązkiem nieadekwatnym i nieproporcjonalnym wobec stwierdzonego problemu rynkowego, a w szczególności prowadzącym do niemożności odzyskania zwrotu kosztów świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych przez Powoda, co ponadto:

a. prowadzi do zahamowania inwestycji w modernizację i tworzenie nowej infrastruktury telekomunikacyjnej,

b. nie wspiera równoprawnej i skutecznej konkurencji, bo w warunkach rynkowych przedsiębiorca telekomunikacyjny nie świadczy usługi poniżej kosztów jej wykonania'

c. może doprowadzić do przerzucenia na użytkowników końcowych ciężaru zwrotu kosztów świadczenia tej usługi oraz do ograniczenia inwestycji w technologie pozwalające na świadczenie użytkownikom innowacyjnych usług, co jest sprzeczne z wymogiem zapewnienia użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych;

III. art. 10 § 1 kpa oraz art. 207 ust. 1 upt w zw. z pkt 145 Wytycznych, art. 206 ust. 2 pkt 2 upt w zw. z art. 4 ust. 1 dyrektywy ramowej oraz art. 24 pkt 2 lit. a) i c) upt, poprzez ograniczenie Powodowi prawa do obrony przed nałożeniem na spółkę nieadekwatnego i nieproporcjonalnego obowiązku regulacyjnego w zakresie kontroli cen (pkt VI sentencji Decyzji), co nastąpiło wskutek:

a. ustalenia treści rozstrzygnięcia (konkretyzacji sytuacji prawnej spółki), tj. stawki MTR zawartej w pkt VI sentencji Decyzji, na podstawie danych uzyskanych od podmiotów, które nie są stronami postępowania zmierzającego do wydania Decyzji, przy jednoczesnej odmowie zapewnienia stronie wglądu do tych danych, zarówno na etapie postępowania administracyjnego, jak i w chwili doręczenia Decyzji;

b. ograniczenie stronie prawa do weryfikacji założeń modelu-bottom up oraz kryteriów selekcji danych, które po zasileniu nimi modelu bottom-up doprowadziły organ do uzyskania stawki MTR zawartej w pkt VI sentencji Decyzji, tzn. zamknięcie możliwości zweryfikowania kryteriów doboru danych do modelu bottom-up;

c. niekompletności Decyzji w zakresie uzasadnienia faktycznego i prawnego rozstrzygnięcia zawartego w pkt VI sentencji Decyzji - tj. braku wyjaśnień, które dane pochodzące od operatorów telekomunikacyjnych posłużyły

organowi do wyliczenia kosztów świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w sieci „hipotetycznego modelu operatora efektywnego”, co uniemożliwia stronie pełną merytoryczną ocenę tego modelu,

co stanowi m.in. (ale nie wyłącznie) efekt wydania obarczonych wadami prawnymi postanowień organu z dnia 8 oraz 10 sierpnia 2012 roku w przedmiocie ograniczenia (...) prawa wglądu do akt „w zakresie w jakim zawierają w swej treści informacje (...) pozwalające na uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.”.

IV. art. 24 pkt 2 lit. a) i c) upt w zw. z art. 1 oraz 9 Zalecenia, motywami 11, 12, 16 preambuły Zalecenia oraz art. 8 ust. 5 lit. a dyrektywy ramowej, art. 44 upt, poprzez zbudowanie modelu obliczeniowego regulacyjnej stawki MTR (modelu bottom-up), określonej w pkt VI sentencji Decyzji, poprzez wybiórcze wdrożenie wskazówek co do budowy tego rodzaju modelu obliczeniowego zawartych w Zaleceniach (nieuwzględnienie żadnej z wymienionych w Zaleceniu okoliczności, które prowadzą do wyliczenia stawki regulacyjnej MTR na poziomie korzystniejszym niż zawarty w pkt VI sentencji Decyzji);

V. art. 21 upt, art. 22 ust. 1 upt, art. 24 pkt 2 lit. a) i c) upt, art. 44 upt, art. 13 dyrektywy o dostępie, motywu 11, 16 preambuły Zalecenia, pkt 8 i 9 Zalecenia, poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że model obliczeniowy stawki regulacyjnej MTR (model bottom-up) może być zasilany, w celu obliczenia tej stawki, danymi kosztowymi pochodzącymi od innych operatorów telekomunikacyjnych niż ten, który działa na poddanym analizie rynku właściwym, co prowadzi także do naruszenia art. 7 kpa;

VI. art. 24 pkt 2 lit. a) i c) upt i art. 1 ust. 2 pkt 1-2 upt, art. 44 upt w zw. z pkt 118 i 119 Wytocznych, art. 13 ust. 1-2 dyrektywy o dostępie, art. 8 ust. 5 lit. c)-d) dyrektywy ramowej, poprzez nałożenie na Powoda w pkt VI sentencji Decyzji obowiązku regulacyjnego naruszającego wymóg proporcjonalności, polegającego na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci (...) sp. z o.o. w wysokości „wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego”, która:

a. nie umożliwia Powodowi zwrotu pełnych kosztów świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w sieci ruchomej (...) sp. z o.o.,

b. nie bierze pod uwagę dokonanych przez Powoda inwestycji, a także nie promuje efektywnych inwestycji i innowacji w zakresie nowej i rozszerzonej infrastruktury,

c. nie umożliwia uzyskania zwrotu stosownej części zainwestowanego kapitału,

d. nie promuje wydajności oraz zrównoważonej konkurencji i maksymalizacji korzyści konsumenta,

co nastąpiło wskutek wyliczenia regulacyjnej stawki MTR z wykorzystaniem do tego celu obciążonego wieloma wadami metodologicznymi narzędzia obliczeniowego bottom-up oraz wskutek zasilania tego modelu niewłaściwymi danymi;

VII. art. 10 § 1 kpa w zw. z art. 75 § 1 kpa w zw. z art. 4 ustawy z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim poprzez dopuszczenie przez Prezesa UKE jako dowodu w postępowaniu dokumentu sporządzonego w języku obcym w braku jego tłumaczenia w języku polskim - co uniemożliwiło (...) wypowiedzenie się w tym zakresie co do zebranych dowodów przed wydaniem Decyzji, a tym samym ograniczyło jego udział w tym stadium postępowania;

VIII. art. 104 § 1 w zw. z art. 107 § 1 i w zw. z art. 14 § 1 i w zw. z art. 39(1) § 1 kpa poprzez:

a. nieopatrzenie Załącznika nr 2 oraz Załącznika nr 3 podpisem osoby upoważnionej do wydania Decyzji (organu) oraz nieoznaczenia decyzji, której integralną część stanowią te załączniki, oraz

b. załatwienie sprawy przez wydanie Decyzji częściowo w formie pisemnej i częściowo jako materiał elektroniczny, pomimo iż powyższe przepisy tego nie dopuszczają, a wydanie decyzji w formie elektronicznej może mieć miejsce

wyłącznie w razie jej doręczenia za pomocą środków komunikacji elektronicznej, czego (...) nie zażądał, ani na co nie wyraził zgody oraz opatrzonej wyłącznie kwalifikowanym podpisem elektronicznym (którego brak).

IX. art. 36 upt w zw. z art. 10 ust. 2 Dyrektywy o dostępie w zw. z art. 24 pkt 2 lit. a) upt w zw. z art. 8 ust. 4 Dyrektywy o dostępie, a także art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. b) upt w zw. z art. 3 ust. 3 i art. 8 ust. 5 lit. a) Dyrektywy ramowej - poprzez nałożenie obowiązku niedyskryminacji nieadekwatnego do zamierzonego celu przez to, iż zakłada on:

a. porównywanie rynków, które nie powinny podlegać porównaniu;

b. porównywanie usług w braku ich tożsamości rodzajowej;

c. ingerencję w sferę cen za usługi detaliczne w sytuacji, gdy Decyzja reguluje obowiązki (...) związane z usługą hurtową oraz poprzez sformułowanie tego obowiązku w sposób nieprzejrzysty i wprowadzający istotną niepewność co do właściwej jego interpretacji

X. art. 34 ust. 1 i 2 upt w zw. z art. 24 pkt 2 lit. a) upt oraz art. 12 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 4 Dyrektywy o dostępie oraz § 3 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 21 lipca 2008 r. w sprawie szczegółowych wymagań dla zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w zw. z art. 2 pkt 6 upt poprzez określenie przez Prezesa UKE zakresu obowiązku zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w sposób nieadekwatny do zamierzonego celu oraz z przekroczeniem swoich ustawowych kompetencji;

XI. art. 7,8i 9 kpa oraz 189 ust. 2 pkt. 1 lit. a), b) i c) w zw. z art. 24 pkt 2 upt poprzez niewyjaśnienie relacji pomiędzy decyzją Prezesa UKE z dnia 25 maja 2011 roku, znak: (...) (tzw. „Decyzja Inwestycyjną”) a zaskarżoną Decyzją co do skutków w zakresie obowiązującej (...) stawki MTR, a także niezbadanie tych okoliczności oraz poprzez sprzeczne z celami polityki regulacyjnej Prezesa UKE oraz z przesłanką proporcjonalności obowiązków regulacyjnych pominięcie wniosku (...) z dnia 12 grudnia 2012 roku o wydanie decyzji w sprawie zatwierdzenia szczegółowych warunków regulacyjnych;

XII. art. 7 w zw. z art. 77 § 1 i art. 11 kpa w zw. z art. 24 w zw. z art. 22 ust. 1 upt poprzez podjęcie przez Prezesa UKE rozstrzygnięcia w dużej mierze z opierającego się na gołosłownych, niepopartych żadnymi dowodami tezach stawianych przez organ.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniósł o oddalenie odwołania powoda w całości w przedmiocie zaskarżenia Decyzji, odrzucenie odwołania w części dotyczącej odrębnego przedmiotu zaskarżenia postanowień Prezesa UKE o ograniczeniu prawa wglądu do materiału dowodowego oraz postanowienia Prezesa UOKiK, oddalenia wniosków dowodowych powoda, oddalenie wniosku powoda o wstrzymanie wykonalności decyzji, przeprowadzenie dowodu z dokumentów akt administracyjnych oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na odwołanie zainteresowany Krajowa Izba (...) (dalej również jako (...)) wniósł o oddalenie odwołania oraz wniosku o wstrzymanie wykonania decyzji, a także o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W dalszych pismach procesowych strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

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

W dniu 17 czerwca 2011 roku Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zwrócił się do (...) sp. z o. o. z siedzibą w W., na podstawie art. 6 ust. 1 PT, o przekazanie danych do analizy rynku zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...).

W piśmie z dnia 15 lipca 2011 roku (...) przedstawiła dane żądane przez Prezesa UKE zastrzegając jednocześnie, że dane zawarte w Załącznikach 1-3 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 29 lipca 2011 roku Prezes UKE zawiadomił (...) o wszczęciu postępowania w sprawie: określenia rynku właściwego, ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą obowiązków regulacyjnych oraz utrzymania, zmiany albo uchylecia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku.

W dniu 12 sierpnia 2011 roku Prezes UKE powiadomił Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o rozpoczęciu postępowania konsultacyjnego dotyczącego projektu niniejszej decyzji.

W dniu 17 sierpnia 2011 roku do Prezesa UKE wpłynął wniosek Krajowej Izby (...) o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w charakterze strony.

W dniu 12 września 2011 roku do Prezesa UKE wpłynęło stanowisko konsultacyjne (...) i (...) do projektu niniejszej decyzji.

Pismem z dnia 12 września 2011 roku Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przedstawił swoje uwagi w przedmiocie konsultowanego projektu decyzji.

W dniu 21 września 2011 roku Prezes UKE wydał postanowienie, w którym dopuścił (...) do udziału w postępowaniu w charakterze strony.

W dniu 30 września 2011 roku na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej został opublikowany komentarz Prezesa UKE do nadesłanych w toku postępowania stanowisk konsultacyjnych.

W dniu 4 października 2011 roku Prezes UKE notyfikował Komisji Europejskiej projekt przedmiotowej decyzji. Pismem z dnia 4 października 2011 roku KE wystosowała do Prezesa UKE potwierdzenie otrzymania powiadomienia na podstawie art. 7 Dyrektywy 2002/21/WE.

W dniu 11 października 2011 roku KE wystosowała do Prezesa UKE zapytania w przedmiocie niniejszej decyzji. Pismem z dnia 19 października 2011 roku Prezes UKE udzielił odpowiedzi na pytania wystosowane przez KE. Pismem z dnia 27 października 2011 r, Prezes UKE udzielił KE dodatkowych wyjaśnień.

W dniu 4 listopada 2011 roku KE wydała decyzję (...), w której przekazała Prezesowi UKE swoje wątpliwości co do notyfikowanego projektu niniejszej decyzji.

W dniu 8 grudnia 2012 roku Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej BEREC (zwany dalej „BEREC”) wydał opinię popierającą wątpliwości KE wyrażone w decyzji (...)

W dniu 11 stycznia 2012 roku Prezes UKE spotkał się z przedstawicielami KE oraz BEREC. Efektem przedmiotowego spotkania było wspólne oświadczenie dotyczące regulacji rynku, które zostało opublikowane na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej<sup>(1)</sup>

W dniu 12 stycznia 2012 roku Prezes UKE wycofał notyfikowany projekt niniejszej decyzji.

W dniu 24 stycznia 2012 roku Prezes UKE zwrócił się do (...), na podstawie art. 6 ust. 1 -3 PT, o przekazanie dodatkowych danych do analizy rynku zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...).



W piśmie z dnia 22 lutego 2012 roku (...) przedstawiła dane żądane przez Prezesa UKE pismem z dnia 24 stycznia 2012 roku zastrzegając jednocześnie, że dane te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 28 marca 2012 roku Prezes UKE spotkał się z przedstawicielami operatorów telefonii komórkowej celem omówienia sytuacji na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w sieciach ruchomych oraz przedstawienia harmonogramu dalszych działań regulacyjnych.

Pismem z dnia 3 sierpnia 2012 roku Prezes UKE powiadomił Prezesa UOKiK o rozpoczęciu postępowania konsultacyjnego dotyczącego projektu przedmiotowej decyzji.

W dniach od 3 sierpnia 2012 roku do 3 września 2012 roku przeprowadzone zostało postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu niniejszej decyzji. W wyznaczonym terminie stanowiska konsultacyjne złożyły: (...) sp. z o.o., Krajowa Izba (...), (...) sp. z o.o., (...) Izba (...), (...) S.A. oraz (...). Stanowiska konsultacyjne wraz z komentarzem zostały opublikowane na stronie internetowej urzędu w dniu 2 października 2012 roku

Pismami z dnia 8 sierpnia 2012 roku Prezes UKE poinformował strony postępowania o włączeniu do akt sprawy stosowanego przez Prezesa UKE modelu kalkulacji kosztów operatora efektywnego oraz opisu modelu kalkulacji kosztów według metodologii (...) dokumentacji modelu bottom-up (...)

W dniu 8 sierpnia 2012 roku Prezes UKE wydał postanowienia ograniczające stronom prawo wglądu do stosowanego przez Prezesa UKE modelu kalkulacji kosztów operatora efektywnego w zakresie w jakim zawiera w swej treści informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. operatorów telekomunikacyjnych, którzy przedstawili zastrzeżone dane na potrzeby stworzenia modelu.

Pismami z dnia 10 sierpnia 2012 roku Prezes UKE zawiadomił strony o dołączeniu do akt sprawy korespondencji Prezesa UKE z operatorami telefonii ruchomej mającej na celu zgromadzenie danych niezbędnych do zasilenia modelu kalkulacji kosztów bottom-up.

W dniu 10 sierpnia 2012 roku Prezes UKE wydał postanowienia o ograniczeniu prawa wglądu do korespondencji Prezesa UKE z operatorami telefonii ruchomej mającej na celu zgromadzenie danych niezbędnych do zasilenia modelu kalkulacji kosztów bottom-up, w zakresie w jakim stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. zawiera zastrzeżone dane przedstawione przez operatorów telekomunikacyjnych.

Pismem z dnia 13 sierpnia 2012 roku (...) zwróciła się do Prezesa UKE o wgląd do akt sprawy w zakresie stosowanego przez Prezesa UKE modelu uzupełnionego o dane wykorzystane do kalkulacji MTR w zakresie nieobjętym tajemnicą przedsiębiorstwa oraz dane (...).

Pismem z dnia 28 września 2012 roku Prezes UKE notyfikował Komisji Europejskiej projekt niniejszej decyzji. W dniu 2 października 2012 roku KE poinformowała Prezesa UKE o zarejestrowaniu notyfikacji projektu niniejszej decyzji.

W dniu 8 października 2012 roku KE nadesłała do Prezesa UKE prośbę o udzielenie dodatkowych wyjaśnień w przedmiocie notyfikowanego projektu decyzji. W dniu 11 października 2012 roku Prezes UKE udzielił odpowiedzi na pytania postawione przez KE.

W dniu 31 października 2012 roku KE przekazała Prezesowi UKE uwagi do notyfikowanego projektu decyzji.

W dniu 8 listopada 2012 roku Prezes UKE przekazał projekt niniejszej decyzji Prezesowi UOKiK celem zajęcia przez ten organ stanowisko w myśl art. 106 § 1 k.p.a. informując o tym strony postępowania administracyjnego.

W dniu 13 listopada 2012 roku (...) wniósł wgląd do akt sprawy w zakresie stosowanego przez Prezesa UKE modelu uzupełnionego o dane wykorzystane do kalkulacji MTR w zakresie nieobjętym tajemnicą przedsiębiorstwa oraz dane (...), oraz o wskazanie których operatorów dane zostały wykorzystane w poszczególnych komórkach formularza .xls.

W dniu 15 listopada 2012 roku do Prezesa UKE wpłynęło stanowisko (...) w przedmiocie toczącego się postępowania.

W dniu 23 listopada 2012 roku Prezes UOKiK wydał, na podstawie art. 106 § 5 k.p.a. postanowienie uznające za zasadne proponowane przez Prezesa UKE rozstrzygnięcie zawarte w niniejszej decyzji.

W dniu 28 listopada 2012 roku Prezes UKE powiadomił Strony o włączeniu dokumentów do akt sprawy oraz wyznaczył stronie termin na wypowiedzenie się co do zebranych materiałów i dowodów.

W dniu 5 grudnia 2012 roku do Prezesa UKE wpłynęło pismo (...), w którym Spółka zastrzega sobie dłuższy termin na przedstawienie stanowiska w sprawie.

Dnia 11 grudnia 2012 roku Prezes UKE otrzymał w niniejszej sprawie stanowisko (...) z dnia 5 grudnia 2012 roku. Do stanowiska dołączona została również płyta CD, na której zawarte były dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (...), do których Spółka wniosła o ograniczenie wglądu pozostałym stronom postępowania.

W dniu 13 grudnia 2012 roku Prezes UKE wydał postanowienie ograniczające (...) wgląd do danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zamieszczonych w załączniku nr 1 do pisma (...) z 5 grudnia 2012 roku.

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

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

Odwołanie powoda zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Stosownie do treści art. 24 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 22 ust. 1, Prezes UKE, w przypadku ustalenia, że na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, wydaje decyzję, w której:

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

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

Fakt posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej oznacza posiadanie pozycji ekonomicznej odpowiadającej dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego, a więc tak silną pozycję ekonomiczną, że uprawnia go ona do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów. Powód nie kwestionuje, że posiadając 100% udział w rynku właściwym posiada

taką właśnie znaczącą pozycję rynkową, co oznacza, że ma on potencjalną możliwość do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów.

Z istoty rzeczy, w regulacji *ex ante* Prezes UKE nie dokonuje ustaleń faktycznych dotyczących występowania 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). Poza sporem w przedmiotowej sprawie jest fakt możliwości wystąpienia tego typu zjawisk, co prowadzi do ustalenia, że Prezes Urzędu miał podstawy do wszczęcia postępowania i wydania przedmiotowej decyzji.

W pierwszej kolejności Sąd odniesie się do zarzutów dotyczących innych części decyzji niż zawartych w punkcie VI, IX i X.

I tak w zarzucie I.G powód podniósł, że Urząd naruszył art. 44 *upt* w zw. z art. 24 pkt 2 lit a) i c) *upt* poprzez uchylene obowiązku regulacyjnego i nałożenie nowego obowiązku mimo braku różnic pomiędzy problemami rynkowymi i warunkami rynkowymi stwierdzonymi w decyzji SMP 2009 i 2012. Sąd nie podziela zapatrywania przedstawionego w odwołaniu. Rzeczywiście zaistniała taka sytuacja, że problemy rynkowe występujące w warunkach obu decyzji są bardzo podobne, a w większości tożsame. Sąd podziela jednakże argumentację Prezesa UKE, że nie oznacza to, iż regulator nie może korzystać z bardziej adekwatnych i proporcjonalnych środków regulacyjnych w celu przewyciężenia problemów, mając na uwadze aktualnie panujące warunki na rynku właściwym. Treść art. 24 pkt 2 lit c) uprawnia do zmiany lub uchylenia obowiązków, jeżeli nastąpiła zmiana warunków panujących na rynku właściwym, nawet jeżeli problemy rynkowe się nie zmieniły. Prezes Urzędu wskazał zmiany otoczenia rynkowego jakie miały miejsce w okresie pomiędzy obiema decyzjami SMP (strona 55 i następne uzasadnienia). Jest to wystarczające, aby otworzyć regulatorowi możliwość dokonania zmiany nałożonych obowiązków. Stąd brak podstaw do uchylenia lub zmiany decyzji w punkcie V. Organ ustalając, że warunki panujące na rynku właściwym się zmieniły, miał pełne prawo zmienić obowiązki regulacyjne o których mowa w art. 34 ust. 1 i 2 *upt*, a także uchylić obowiązek wynikający z art. 40 *upt*, uznając, że nowe obowiązki będą bardziej adekwatne i proporcjonalne. Pozwany działa tu w granicach uznania administracyjnego, a powód nie wykazał, aby zostało ono w zakresie zmiany obowiązków wynikających z treści art. 34 *upt* przekroczone.

Zarzut IX dotyczy sformułowania obowiązku określonego w pkt IV ppkt 1 w sposób nieprzejrzysty i wprowadzający istotną niepewność co do właściwej jego interpretacji. Zdaniem Sądu nie jest on prawidłowy. Jego podstawa jest sformułowana w art. 36 *upt* i jest niewątpliwie zgodny z dyspozycją przepisu. Zgodnie z treścią art. 36 *upt* 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. Skarżony zapis jest w zasadzie tożsamy, brak jest więc podstaw do jakiegokolwiek twierdzenia, że nałożenie tego obowiązku jest dyskryminujące dla przedsiębiorcy lub, że brak jest podstaw do nałożenia takiego obowiązku na operatora. Poza tym obowiązek ten został nałożony na powoda tylko i wyłącznie na ustalonym rynku właściwym i nie ma wpływu na rynki usług detalicznych.

Zarzut X – dotyczący obowiązku nałożonego w pkt V ppkt 1 decyzji - także jest zdaniem Sądu nieprawidłowy. Zdaniem powoda Prezes UKE w sposób nieadekwatny określił zakres obowiązku zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego. Prezes UKE szczegółowo odniósł się do powyższego na stronie 72 i 73 decyzji i argumenty tam przedstawione sąd w pełni podziela. Niewątpliwie usługi sieci wirtualnych i inteligentnych są oferowane przez operatorów sieci telefonii ruchomej, a usługi te zostały objęte przedmiotową decyzją w definicji rynku właściwego. Tym samym musiały zostać objęte obowiązkiem zapewnienia dostępu zgodnie z treścią art. 34 *upt*. W tym miejscu należy przypomnieć, że decyzja SMP jest decyzją o charakterze *ex ante*, a więc musi oddziaływać na sytuacje, które mogą wystąpić na określonym rynku właściwym. Jeżeli zdaniem Prezesa UKE po dokonaniu analizy rynku dostrzegł on coraz szersze możliwości rynku, a także skalę postępu w dziedzinie telekomunikacji, to musiał on odpowiednio zareagować na rozwój dostępu do usług sieci wirtualnych i inteligentnych, co znalazło odzwierciedlenie w wydanej

decyzji. Wszak obowiązek z art. 34 upr ma zadanie przeciwdziałaniu problemom rynkowym związanym z dostępem do sieci przedsiębiorcy na rynku właściwym i powinny przeciwdziałać stwierdzonym istniejącym i potencjalnym problemom rynkowym. Nie można też tym samym zgodzić się z zarzutem naruszenia art. 2 pkt 6 upr oraz §3 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 21.07.2008 roku w sprawie szczegółowych wymagań dla zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego. Prezes UKE w swojej decyzji nie ograniczył formy możliwości składania wniosków o dostęp. Prezes UKE ma możliwość w ramach uznania administracyjnego i w granicach art. 34 upr doprecyzowania obowiązków dostępowych wobec określonego przedsiębiorcy, mając na uwadze również ogół konkurencyjnego rynku detalicznego i interes użytkowników końcowych. Powód nie wskazał w jaki sposób pozwany przekroczył granice uznania administracyjnego.

Pozostałe zarzuty podnoszone przez powoda dotyczą naruszenia obowiązujących przepisów przy wydawaniu punktu VI, IX i X decyzji. Sąd uznał, że zarzuty w części są zasadne, a w części z uwagi na nieprawidłowości związane z wydaniem decyzji nie poddają się ocenie.

W punkcie VI decyzji Prezes UKE nałożył na powoda na podstawie art. 44 upr obowiązek kosztowy wraz z określeniem stawek MTR, który ma stosować przedsiębiorca. Szczegółowy model kalkulacji kosztów określonych w punkcie VI decyzji Organ zawarł w zgodzie z treścią pkt IX decyzji w załączniku nr 2, który to stanowi integralną część przedmiotowej decyzji, natomiast szczegółowy model kalkulacji kosztów operatora efektywnego, zgodnie z treścią pkt X decyzji, został określony w załączniku nr 3, który także stanowi integralną część przedmiotowej decyzji. Załącznik nr 3 – stanowiący integralną część decyzji – został doręczony powodowi w formie odmiennej niż decyzja wydana przez pozwanego i przedstawiona Sądowi wraz odwołaniem. Załącznik ten został przekazany Sądowi jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie mógł więc zostać ujawniony powodowi, bez zgody innych operatorów, których dane tam zamieszczono.

Zgodnie z treścią art. 207 ust. 1 upr w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy Prezes UKE, w drodze postanowienia, może ograniczyć pozostałym stronom prawo wglądu do materiału dowodowego, jeżeli udostępnienie tego materiału grozi ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa lub innych tajemnic prawnie chronionych. Prezes Urzędu przepis ten wskazał jako podstawę ograniczenia powodowi prawa wglądu do części decyzji jego dotyczącej. Zdaniem Sądu jest to postępowanie nieprawidłowe, nie znajdujące podstawy we wskazanym przepisie. Przepis ten jednoznacznie dotyczy bowiem materiału dowodowego, a nie decyzji administracyjnej. Brak jest jakiegokolwiek przepisu, który umożliwia Organowi wyłączenie jawności – dla strony, której decyzja dotyczy – treści decyzji, chociażby w części, lub umieszczonej w załącznikach do niej. Sąd w pełni podziela wywód zawarty w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3.10.2013 roku wydanego w sprawie III SK 67/12 (publ. OSNP 2014/5/79), zgodnie z którym: „Przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego także nie pozwalają na wyłączenie jawności - dla strony - treści decyzji. Zgodnie zaś z utrwalonym orzecznictwem sądów administracyjnych załącznik do decyzji stanowi jej integralną część. Brak zatem podstaw dla uznania za dopuszczalne doręczenia powodowi decyzji, której uzasadnienie odwołuje się do załącznika, którego powód nie otrzymał. Prezes Urzędu, powołując się w uzasadnieniu decyzji na informacje, które są chronione tajemnicą przedsiębiorstwa i do których dostęp został stronie ograniczony na podstawie art. 62 uokik z 2000 r., powinien więc poprzestać na odesłaniu do odpowiednich kart akt postępowania administracyjnego.” Przepis art. 62 uokik odpowiada treścią art. 207 ust. 1 upr wobec czego powyższe zapytywanie Sądu Najwyższego ma odniesienie do przedmiotowego postępowania. Nie można zgodzić się pozwanym, który podnosił, że cytowany wyrok odnosił się do sprawy, w której na przedsiębiorcę nałożono karę pieniężną, wobec czego na Prezesie Organu Regulacyjnego ciążyą większe standardy niż przy wydawaniu decyzji SMP. Decyzja SMP ma kardynalne znaczenie dla funkcjonowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, a związane z nią przepływy środków finansowych są najczęściej nieporównywalne z jakąkolwiek karą pieniężną nałożoną przez któregokolwiek z regulatorów. Nadto Organ powinien każdą decyzję wydawać zgodnie z obowiązującym prawem, bez względu na to czego ona dotyczy. W świetle powyższego Prezes UKE naruszył zasadę jawności decyzji administracyjnej, co doprowadziło do ograniczenia prawa do obrony powoda, który nie mogąc się zapoznać z całością decyzji, a szczególnie z załącznikiem, który swą treścią obejmował model kalkulacji kosztów operatora efektywnego, miał utrudnioną możliwość prowadzenia sporu z pozwanym co do treści nałożonego w pkt VI decyzji obowiązku.

Zgodnie, bowiem z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem (vide: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 roku sygn. akt III CRN 120/91 OSNC 1992 Nr 5, poz. 87; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998 roku sygn. akt I CKN 265/98 OSP 2000 Nr 5 poz. 68; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 1999 roku sygn. akt 351/99 OSNC 2000 Nr 3 poz. 47; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2001 roku sygn. akt I CKN 1036/98 LEX Nr 52708; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2005 roku, sygn. akt III SZP 2/05 OSNP 2006/19-20/312) Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie może ograniczyć sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. Celem postępowania nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu. Postępowanie sądowe przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem kontradiktoryjnym, w którym uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym, co nie pozbawia jednak stron możliwości zgłoszenia nowych twierdzeń faktycznych i nowych dowodów, według zasad obowiązujących w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych. Sąd antymonopolowy jest sądem cywilnym i prowadzi sprawę cywilną, wszczętą w wyniku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, w tym wypadku Urzędu Komunikacji Elektronicznej, według reguł kontradiktoryjnego postępowania cywilnego, a nie sądem legalności decyzji administracyjnej, jak to czynią sądy administracyjne w postępowaniu sądowo-administracyjnym. Tylko takie odczytanie relacji pomiędzy postępowaniem administracyjnym i postępowaniem sądowym może uzasadniać dokonany przez racjonalnego ustawodawcę wybór między drogą postępowania cywilnego i drogą postępowania sądowo-administracyjnego dla wyjaśnienia istoty sprawy.

Tym samym pozbawienie powoda wglądu do części decyzji, a załącznik zgodnie z punktem X decyzji był jej integralną częścią, a nie tylko częścią jej uzasadnienia, powodowało, że nie mógł on faktycznie przytaczać argumentacji, która wykazywałaby nieprawidłowe stworzenie przez Organ modelu kalkulacji kosztów operatora efektywnego. Co więcej ograniczało to Sąd w możliwości przeprowadzenia postępowania dowodowego, w szczególności przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego. Sąd, aby dopuścić taki dowód, musiałby udostępnić załącznik nr 3 biegłemu, a tym samym musiałby uzyskać zgodę pozostałych operatorów, których dane zostały użyte do budowy modelu na ujawnienie tajemnicy przedsiębiorcy (art. 479<sup>66a</sup> k.p.c. w zw. z art. 479<sup>33</sup> k.p.c.). Tego typu ograniczanie Sądu w możliwości przeprowadzenia postępowania dowodowego jest ze wszech miar niedopuszczalne, naruszając nie tylko przepisy kodeksu postępowania cywilnego, ale również Konstytucji. Co charakterystyczne pełnomocnik pozwanego wnosząc na rozprawie o oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, wskazał, że nie będzie on miał danych do wykonania opinii z uwagi na wyłączenie ich jawności. Tak więc pozwany musiał sobie zdawać sprawę wydając decyzję, że jest ona w części nieweryfikowalna na drodze postępowania sądowego. Jest to oczywiste naruszenie prawa do obrony, co daje podstawy do jej częściowego uchylecia.

Powyższe rozważania w części odnoszą się do danych zawartych w załączniku nr 2 – zawierającego opis modelu kalkulacji kosztów według metodologii (...). Pozwany w zasadzie nie potrafił wskazać na jakiej zasadzie model ten został zbudowany, jakie dane do jego budowy zostały użyte przez Prezesa UKE. Wątpliwości w sprawie budowy tego modelu nie rozwiewa pismo procesowe pozwanego z dnia 20 lutego 2015 roku. Sąd w pełni zgadza się z zarzutami powoda, że Prezes UKE zawarł jedynie ogólnikowe informacje dotyczące budowy modelu i zasilania go danymi, w żaden sposób nie przedstawiając metodologii budowy systemu. Prezes UKE nie wyjaśnił ani w decyzji, ani w późniejszych pismach procesowych jakie czynniki zadecydowały o uwzględnieniu tych a nie innych komponentów i w jaki sposób te komponenty były włączone do modelu: czy pobrane od wszystkich operatorów i uśrednione, czy poszczególne komponenty wzięte od części, a jeżeli tak to od jakiej, a jeżeli tylko od jednego z przedsiębiorców to dlaczego właśnie od tego, a nie innego. Nie zostało także wyjaśnione sądowi jaka jest relacja między poszczególnymi składnikami znajdującymi się w załączniku nr 2. Jak wskazuje pozwany „po wstępnej weryfikacji danych przez Prezesa UKE dla każdego elementu wykorzystującego dane wejściowe zostały wyznaczone dane uśrednione lub wyznaczone metodami eksperckimi”. Brak jest jednak wyjaśnienia w jaki sposób odbyła się wstępna weryfikacja i co miała na celu, czy była to jedyna weryfikacja danych, czy a jeżeli tak to jakie dane inne niż „wejściowe” użyto w modelu, jakie dane były uśredniane i na jakiej zasadzie, czym wreszcie jest metoda ekspercka, na podstawie której, jak wynika z

oświadczenia Organu, przyjęto przynajmniej część danych. Nasuwa się też pytanie kim byli i w jakim charakterze uczestniczyli w tworzeniu decyzji owi eksperci, czy byli biegłymi, brak jest w aktach informacji o dopuszczeniu takiego dowodu w postępowaniu administracyjnym, czy byli to pracownicy UKE. Te tylko uwagi prowadzą do wniosku, że model opisany w załączniku nr 2 – integralnej części skarżonej decyzji – jest praktycznie nieweryfikowalny w kontradiktoryjnym postępowaniu sądowym. Nawet gdyby sąd dopuścił dowód z opinii biegłego, na okoliczność czy model został stworzony prawidłowo, to zdaniem sądu, biegły nie mógłby wydać opinii, z uwagi na brak danych i możliwość zweryfikowania systemu stworzenia modelu przez pozwanego. Jest to zdaniem sądu naruszenie prawa do obrony, albowiem powód został pozbawiony możliwości zgłoszenia dowodu na obronę prezentowanych przez siebie twierdzeń.

Wobec powyższego Sąd nie jest w stanie odnieść się do większości zarzutów zgłoszonych przez powoda, albowiem nie jest w stanie zweryfikować danych podawanych przez Prezesa UKE w decyzji, a z których to końcowym wynikiem zawartym w punkcie VI decyzji przedsiębiorca się nie zgadza. W odwołaniu powód zamieszcza własne wyliczenia wysokości stawek MTR, ale sąd nie może w prowadzonym sporze pomiędzy Powodem a Pozwanym dokonać ich weryfikacji z powodów szczegółowo przedstawionych powyżej.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał decyzję Prezesa UKE z dnia 14 grudnia 2012 roku nr (...) w zakresie pkt VI, IX i X za nieprawidłową i na podstawie art. 479<sup>(64)</sup> § 2 k.p.c. uchylił orzekając jak w sentencji.

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

SSO Dariusz Dąbrowski