

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 14 grudnia 2012 r. znak: (...) (...) na podstawie art. 24 pkt 1 i 2 lit. a, lit. b i lit. c w zw. z art. 21 oraz art. 22 ust. 1 i ust. 2, art. 34 ust. 1 i ust. 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i ust. 2, art. 44 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (dalej: PT) oraz art. 104 § 1 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 PT, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej:

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.;

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 (...) (11) z dnia 28 lutego 2011 r. następujące obowiązki regulacyjne:

1. obowiązek, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i 2 PT, polegający na uwzględnieniu uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkownika elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. 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;

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

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

2. obowiązek, o którym mowa w art. 36 PT, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego do świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., 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;

3. obowiązek, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i 2 PT, polegający na ogłaszaniu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystanie 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. z siedzibą w W.,

- 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 zamiany;

V. zmienił nałożony przez Prezesa UKE na (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. w decyzji nr (...) (11) z dnia 28 lutego 2011 r. na podstawie art. 44 PT, obowiązek polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych (dalej także (...)) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., poprzez jego uchylenie;

VI. nałożył na podstawie art. 44 PT, obowiązek polegający na stosowaniu opłat za zakończenie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) sp. z o.o. w wysokości określonej w zamieszczonym w decyzji harmonogramie, wyliczonej w oparciu o stworzony przez Prezesa UKE model operatora efektywnego;

VII. orzekł, że na podstawie art. 206 ust. 2aa w zw. z art. 206 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 PT decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu;

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

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

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

XI. orzekł, że Załącznik nr 4 do decyzji zawierający schemat grupy spółek kontrolowanych przez Z. Ż., stanowi integralną część decyzji.

XII. orzekł, że Załącznik nr 5 do 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 decyzji.

(decyzja, k. 5 -115).

Odwołanie od powyższej decyzji w dniu 31 grudnia 2012 r. wniosła (...) sp. z o.o., zaskarżając decyzję w całości oraz wnosząc o orzeczenie przez Sąd co do istoty poprzez:

I. uchylenie decyzji w całości;

albo, w przypadku uznania przez Sąd, iż brak jest podstaw do uchylenia decyzji w całości,

II. zmianę decyzji w następujący sposób:

1) w pkt VI – poprzez zastąpienie dotychczasowej treści tego podpunktu następującą treścią:

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 określonej w zamieszczonym poniżej harmonogramie.

Tabela 1. Harmonogram zastosowania (...) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej M.

	od 1 stycznia 2013 r.	od 1 lipca 2013 r.
wysokość stawki za zakańczanie połączeń w ruchomej sieci telefonicznej (...) sp. z o.o. w PLN/min.	0,137	symetria

2) w pkt IX – poprzez wykreślenie całego punktu i Załącznika nr 2;

3) w pkt X - poprzez wykreślenie całego punktu i Załącznika nr 3;

4) w pkt XI - poprzez wykreślenie całego punktu i Załącznika nr 4;

5) w pkt XII - poprzez wykreślenie całego punktu i Załącznika nr 5.

Ponadto strona odwołująca wniosła o:

- przeprowadzenie postępowania dowodowego z dokumentów zgromadzonych w aktach administracyjnych sprawy oraz z treści dokumentów wskazanych w odwołaniu;

- zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Przedmiotowej decyzji zarzucono:

1. naruszenie art. 24 pkt 2 ppkt a), b) i c) PT w zw. z art. 21 i art. 22 PT oraz art. 34 ust. 1 i 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i 2 i art. 44 PT poprzez:

a) błędne ustalenie istnienia problemów rynkowych, w szczególności problemu w postaci możliwości nieuzasadnionego i antykonkurencyjnego zawyżania stawek za zakańczanie połączeń głosowych, i nałożenie obowiązków regulacyjnych w odniesieniu do tak ustalonych problemów, a w konsekwencji nałożenie obowiązków regulacyjnych bez zachowania adekwatności i proporcjonalności danego obowiązku do problemów rynkowych,

b) błędne przyjęcie, iż doszło do zmiany warunków rynkowych, uzasadniające zmianę nałożonych uprzednio obowiązków regulacyjnych określonych w pkt V decyzji poprzez ich wykreślenie, a następnie nałożenie obowiązku określonego w pkt VI decyzji;

2. naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 2 ppkt c) PT poprzez wydanie decyzji dyskryminującej Spółkę w stosunku do innych podmiotów działających na rynku telekomunikacyjnym, w szczególności poprzez dokonanie ustaleń faktycznych i prawnych w oderwaniu od rzeczywistej sytuacji rynkowej Spółki, z jej pokrzywdzeniem;

3. naruszenie art. 206 ust. 1 PT w zw. z art. 104 § 1 i art. 107 § 1 i 2 k.p.a. poprzez wyłączenie części decyzji do załączników, w szczególności do załącznika w postaci płyty CD, co nie spełnia wymogów dotyczących formy decyzji administracyjnej, a które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik sprawy;

4. naruszenie art. 206 ust. 1 PT w zw. z art. 104 § 1 k.p.a. oraz art. 77 § 1 k.p.a., art. 107 § 1 i 3 k.p.a., a także w zw. z art. 7, 8 i 11 k.p.a. poprzez:

a) oparcie rozstrzygnięcia na twierdzeniach niepopartych dowodami;

b) powołanie tylko niektórych okoliczności sprawy z pominięciem innych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności;

c) dokonanie ustaleń kalkulacji wysokości stawki (...) w oparciu o model kosztowy, którego opracowanie nastąpiło w sposób całkowicie dowolny, w oparciu o dane przyjęte dowolnie od różnych podmiotów, w sposób niemożliwy do zweryfikowania przez stronę decyzji oraz w wysokości nieodpowiadającej rzeczywistej sytuacji faktycznej powoda;

d) brak dokonania ustaleń kosztowych w oparciu o dane przekazane przez powoda i oparcie się na nieadekwatnych i niewiarygodnych danych podmiotów znajdujących się w odmiennej sytuacji faktycznej od powodowej Spółki;

które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik sprawy.

(odwołanie, k. 116 -127).

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 grudnia 2013 r. Prezes UKE wniósł o:

1. oddalenie odwołanie w całości;

2. przeprowadzenie dowodu z dokumentów stanowiących karty akt administracyjnych oraz załączonych do odpowiedzi na odwołanie – na okoliczność przebiegu postępowania administracyjnego, ustalonego przez Prezesa UKE stanu faktycznego sprawy oraz treści decyzji;

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z: Wytycznych Komisji w sprawie analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej zgodnie z ramami regulacyjnymi Wspólnoty dotyczącymi sieci i usług łączności elektronicznej, na okoliczność treści tych wytycznych oraz Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2012 roku, na okoliczność treści tego raportu;

4. zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 1080 PLN, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, z uwzględnieniem nakładu pracy radcy prawnego oraz charakteru i stopnia zawichości sprawy.

(odpowiedź na odwołanie, k. 190 -213).

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Do chwili wydania decyzji Nr (...) (30) Prezes UKE wydał dla 7 przedsiębiorców telekomunikacyjnych decyzje stwierdzające brak skutecznej konkurencji na danym rynku oraz ustalenie statusu podmiotu posiadającego znaczącą pozycję rynkową (tzw. „decyzje (...)). W decyzjach (...) Prezes UKE nałożył określone obowiązki regulacyjne na (...) ((...) -9/08(26) z dnia 29 września 2009 r.), (...) sp. z o.o. ((...) -3/09(26) z dnia 29 września 2009 r.) i (...) S.A. ((...) 6040-4/09(33) z dnia 29 września 2009 r.) - zaś inne obowiązki na (...) sp. z o.o. ((...) -10/07(34) z dnia 18 grudnia

2008 r.), (...) S.A. ((...)6040-3/10 ((...)) z dnia 19 kwietnia 2011 r.), C. ((...)6040-14/09 (19) z dnia 28 lutego 2011 r.) oraz M. ((...)6040-15/10 (11) z dnia 28 lutego 2011 r.).

(bezsporne, uzasadnienie decyzji pkt 3.4).

Kolejnym rodzajem decyzji były tzw. decyzje (...), wydane tylko dla trzech operatorów ((...), (...)(...)) i (...). Decyzje te w oparciu o art. (...) ust. 1 PT ustalały wysokość (...) na poziomie ponoszonych przez operatorów kosztów świadczenia usługi. W Decyzjach (...) Prezesa UKE z dnia 9 grudnia 2009 r. dla (...)(...), (...) i (...) (odpowiednio decyzje o sygn.: (...)-1/09(44); (...)-3/09(38); (...)-2/09(45) zostały ustalone stawki za zakańczanie połączeń głosowych w sieciach wymienionych operatorów na poziomie 0,1677 zł/min. Kolejne decyzje Prezesa UKE wydane na podstawie art. 43a PT ustaliły wysokość stawek za zakańczanie połączeń głosowych od dnia 1 lipca 2011 r. w wysokości 0,1520 zł/min. oraz od dnia 1 lipca 2012 r. w wysokości 0,1223 zł/min. (decyzja dla (...) z dn. 25 maja 2011 r. ((...)6080-28/11(38)); decyzja dla (...) z dn. 29 czerwca 2011 r. ((...)6080-29/11(50)); decyzja dla (...) z dn. 11 maja 2011 r. ((...)6080-30/11(30)).

Za zakańczanie połączeń w sieciach (...) (...), (...) i (...) stawka (...) według decyzji wynosiła netto:

od 1 maja 2007 r. – (...) gr/min.,

od 1 maja 2008 r. – (...) gr/min.,

od 1 stycznia 2009 r. – (...) gr/min.,

od 1 lipca 2009 r. – (...) gr/min.,

od 1 lipca 2011 r. – (...) gr/min.,

od 1 lipca 2012 r. – (...) gr/min.

Trzech pozostałych operatorów posiadających decyzje regulacyjne na rynkach świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych, tj. (...), M. oraz C. stosuje asymetryczne (...). Zgodnie z decyzją (...) (11) z dnia 28 lutego 2011 r. M. zobowiązany był do stosowania (...) netto:

od 1 lipca 2011 r. – (...) gr/min.,

od 1 stycznia 2012 r. – (...) gr/min.,

od 1 lipca 2012 r. – (...) gr/min.,

od 1 stycznia 2013 r. – (...) gr/min.,

od 1 lipca 2013 r. – (...).

(bezsporne, uzasadnienie decyzji pkt 3.4).

Pismem z dnia 15 marca 2012 r. – po przeprowadzeniu analizy rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...) sp. z o.o. - Prezes UKE zawiadomił (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. o wszczęciu postępowania w sprawie:

a) określenia rynku właściwego,

b) ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą,

c) 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,

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

(dowód: pismo (...) znak: (...)6040-5/12(1), k. 7 akt admin.).

W dniach od 3 sierpnia do 3 września 2012 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne, dotyczące projektu decyzji w przedmiotowej sprawie, w ramach którego swoje stanowiska przedstawili: (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o., (...) S.A., (...) Izba (...), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Powyższe stanowiska zostały opublikowane na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej 2 października 2012 r.

(dowód: stanowisko (...) z 31.08.2012 r., 46-50 akt admin.; stanowisko (...) S.A. z 31.08.2012 r., k. 97-107 akt admin.; stanowisko (...) Centertel z 3.09.2012 r., k. 111-113 akt admin.; stanowisko M. z 3.09.2012 r., k. 114-128 akt admin.; stanowisko (...) sp. z o.o. z 31.08.2012 r., k. 135-142 akt admin.; stanowisko (...) z 31.08.2012 r., k. 143-162 akt admin.).

Pismem z dnia 8 sierpnia 2012 r. Prezes UKE poinformował stronę postępowania o włączeniu do akt sprawy (i) stosowanego przez Prezesa UKE modelu kalkulacji kosztów operatora efektywnego (w formie pliku xls zapisanego na płycie CD) oraz (ii) opisu modelu kalkulacji kosztów według metodologii P. (...) dokumentacji modelu bottom-up (...).

(dowód: zawiadomienie nr DART-SMP-6040-6/12(4), k. 42 akt admin.).

W dniu 8 sierpnia 2012 r. Prezes UKE wydał postanowienie ograniczające stronie postępowania prawo wglądu do stosowanego przez Prezesa UKE modelu kalkulacji kosztów operatora efektywnego (w formie pliku xls zapisanego na płycie CD) w zakresie, w jakim zawiera w swej treści informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. operatorów telekomunikacyjnych, którzy przedstawili zastrzeżone dane na potrzeby stworzenia modelu.

(dowód: postanowienie Nr (...)6040-6/12(5), k. 44 akt admin.).

Kolejnym pismem z dnia 10 sierpnia 2012 r. Prezes UKE zawiadomił M. o dołączeniu do akt sprawy korespondencji Prezesa UKE z operatorami telefonii ruchomej tj. (...) sp. z o.o., (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o., (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o., mającej na celu zgromadzenie danych niezbędnych do zasilenia modelu kalkulacji kosztów bottom-up.

(dowód: zawiadomienie Nr DART-SMP-6040-6/12(6), k. 93 akt admin.).

Postanowieniem z dnia 10 sierpnia 2012 r. Prezes UKE ograniczył M. prawo wglądu do wymienionej w tym postanowieniu korespondencji Prezesa UKE z (...) sp. z o.o., (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o., (...) S.A., (...) sp. z o.o.

(dowód: postanowienie Nr (...)6040-6/12(7), k. 89 akt admin.).

Pismem z dnia 28 września 2012 r. Prezes UKE notyfikował projekt decyzji w niniejszej sprawie Komisji Europejskiej, ta zaś w dniu 2 października 2012 r. poinformowała organ o zarejestrowaniu notyfikacji.

(dowód: notyfikacja znak: (...)(...), k. 163 akt admin.; potwierdzenie otrzymania powiadomienia na podstawie art. 7 Dyrektywy 2002/21/WE, k. 167 akt admin.).

W dniu 8 października 2012 r. Komisja Europejska wystąpiła do Prezesa UKE o udzielenie dodatkowych wyjaśnień odnośnie przedstawionego projektu, które zostały jej udzielone w dniu 11 października 2012 r.

(dowód: okoliczności bezsporne; pismo znak: (...)(...), k. 164-166 akt admin.).

Dnia 31 października 2012 r. Komisja Europejska przekazała Prezesowi UKE uwagi do notyfikowanego projektu decyzji.

(dowód: decyzja Komisji ws. PL/2012.1368: stawki za zakończenie połączenia głowowego w poszczególnych sieciach łączności ruchomej w Polsce, k. 213-216 akt admin.).

W dniu 8 listopada 2012 r. Prezes UKE przedstawił projekt decyzji w przedmiotowej sprawie Prezesowi UOKiK, a ten ostatni 23 listopada 2012 r. na podstawie art. 106 § 5 k.p.a., wydał postanowienie, w którym uznał za zasadne rozstrzygnięcie przyjęte przez Prezesa UKE.

(dowód: pismo znak: (...)6040-5/12, k. 210 akt admin.; pismo znak: (...) - (...) -16/12/KR, k. 259-265 akt admin.).

Pismem z dnia 28 listopada 2012 r. Prezes UKE zawiadomił (...) sp. z o.o. o włączeniu określonych dokumentów do akt sprawy oraz pouczył stronę o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych w sprawie dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

(dowód: pismo znak: (...)6040-5/12(26), k. 218-221 akt admin.).

W dniu 14 grudnia 2012 r. Prezes UKE wydał decyzję, która została zaskarżona w niniejszym postępowaniu.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Odwołanie w części podlega uwzględnieniu.

Prezes UKE zgodnie z przepisem art. 21 PT przeprowadził analizę rynku właściwego w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych. Po przeprowadzeniu analizy wszczął stosownie do art. 22 PT postępowanie w celu:

- 1) określenia rynku właściwego, zgodnie z prawem konkurencji, uwzględniając uwarunkowania krajowe oraz w największym możliwie stopniu zalecenie Komisji i wytyczne, o których mowa w art. 19 ust. 3, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych, zwanego dalej „rynkiem właściwym”;
- 2) ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą;
- 3) 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;
- 4) 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.

Analiza rynku stanowiąca punkt wyjścia dla postępowania z art. 22 PT a następnie wskazania (...) opiera się na art. 21 ust. 1 PT. Prezes UKE przeprowadza analizę rynku w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych. Po przeprowadzeniu tej analizy, następuje postępowanie w celu określenia rynku właściwego zgodnie z prawem konkurencji, przy uwzględnieniu (art. 22 ust. 1 PT):

a) uwarunkowań krajowych,

b) zaleceń Komisji i wytycznych, o których mowa w art. 19 ust. 3 PT [(i) zalecenie Komisji z 17.12.2007 r. w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (2007/879/WE) (Dz.Urz. UE L Nr 344, s. 65) (dalej jako (...)), (ii) wytyczne Komisji w sprawie

analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej zgodnie z ramami regulacyjnymi Wspólnoty dotyczącymi sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.Urz. WE C z 2002 r. Nr 165, s. 6) (dalej jako (...))].

Wytyczne Komisji zostały wydane na podstawie art. 15 ust. 2 Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa). Przepis ten stanowił, że:

„2. Komisja opublikuje, najpóźniej w dniu wejścia w życie niniejszej dyrektywy, wytyczne dotyczące analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej (zwane dalej "wytycznymi"), które winny być zgodne z przepisami prawa konkurencji.”

O zgodności zdefiniowanego rynku z prawem konkurencji stanowił również ust. 3 powołanego przepisu :

„3. Mając przede wszystkim na uwadze treść wytycznych oraz zalecenia, krajowe organy regulacyjne definiują odnośne rynki stosownie do okoliczności występujących w danym państwie, a w szczególności odnośne rynki geograficzne w obrębie danego terytorium, zgodnie z przepisami prawa konkurencji (...).”

Wytyczne Komisji odwołują się do stosowania tych samych metod służących definiowaniu rynku jak w prawie konkurencji (pkt 24 odsyła do Obwieszczenia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji 97/C 372/03, Dz.U.UE.C.1997.372.5).

Przy wyznaczaniu rynku właściwego na potrzeby prawa konkurencji zawsze następuje definiowanie właściwego rynku asortymentowego i właściwego rynku geograficznego.

Podobnie Zalecenie Komisji w poszczególnych motywach wskazuje:

„(2) Celem niniejszego zalecenia jest określenie tych rynków produktów i usług, na których regulację ex ante można uznać za uzasadnioną zgodnie z art. 15 ust. 1 dyrektywy 2002/21/WE (...),

(3) Artykuł 15 ust. 1 dyrektywy 2002/21/WE nakłada na Komisję obowiązek zdefiniowania rynków zgodnie z regułami prawa konkurencji. Dlatego w niniejszym zaleceniu posłużono się tymi regułami, by określić granice rynków produktów w sektorze łączności elektronicznej, natomiast zidentyfikowanie lub wyłonienie zdefiniowanych rynków podlegających regulacji ex ante zależne jest od tego, czy ich specyfika uzasadnia nałożenie obowiązków regulacyjnych ex ante. Terminologia zastosowana w niniejszym zaleceniu wywodzi się z dyrektywy 2002/21/WE i dyrektywy 2002/22/WE; nota wyjaśniająca do niniejszego zalecenia zawiera opis kształtujących się technologii związanych z tymi rynkami. Zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE krajowe organy regulacyjne definiują właściwe rynki stosownie do okoliczności występujących w danym państwie, a w szczególności właściwe rynki geograficzne w obrębie danego terytorium.”

i następnie stwierdza, że:

„1) Definiując właściwe rynki stosownie do okoliczności występujących w danym państwie zgodnie z art. 15 ust. 3 dyrektywy 2002/21/WE, krajowe organy regulacyjne powinny poddać analizie rynki produktów i usług określone w załączniku do niniejszego zalecenia.”

Zalecenie Komisji wskazało w załączniku jakie rynki produktów i usług powinny być poddane analizie. Na poziomie rynku hurtowego Komisja Europejska zdefiniowała m.in. rynek „zakończenie połączenia głosowego w poszczególnych sieciach telefonii komórkowej”. Jednocześnie w Zaleceniu Komisja Europejska wskazuje, że „punktem wyjścia dla określenia rynków w niniejszym zaleceniu jest zdefiniowanie rynków detalicznych z perspektywy przyszłości, przy uwzględnieniu zastępowalności po stronie popytu i podaży. Po zdefiniowaniu rynków detalicznych należy określić rynki hurtowe”. Podobne stanowisko zostało zawarte w Wytycznych Komisji, gdzie wskazano, że właściwe rynki definiowane dla celów regulacji sektorowych będą zawsze oceniane na zasadzie prognozowania, gdyż krajowe organy regulacyjne uwzględnią w swej cenie przyszły rozwój rynku”.

Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) w art. 4 zawierała definicję rynku właściwego. Przez „rynek właściwy” rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Prezes UKE określił rynek produktowy na szczeblu detalicznym uznając, że detalicznym odpowiednikiem hurtowej usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej M. są następujące połączenia telefoniczne (i) ze stacjonarnych publicznych sieci telefonicznych, (ii) z ruchomych publicznych sieci telefonicznych. Następnie do rynku produktowego na poziomie hurtowym Prezes UKE włączył usługi:

(i) zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej M., inicjowanych w stacjonarnych publicznych sieciach telefonicznych (tzw. połączenia F2M – ang. fixed-to-mobile),

(ii) zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej M., inicjowanych w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych (tzw. połączenia M2M – ang. mobile-to-mobile).

Z kolei za rynek geograficzny, tj. obszar, na którym, ze względu na rodzaj i właściwości towarów, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji, został uznany obszar zgodny z zasięgiem geograficznym sieci telefonicznej M..

W tak określonym rynku właściwym ruchomej publicznej sieci telefonicznej M., Prezes UKE przeanalizował działalność M. (pkt 3 uzasadnienia decyzji). Organ podkreślił, że operator wszedł na (...) sierpnia 2009 r. i korzysta z elementów infrastruktury sieciowej (...) (...). Ponadto regulator wskazał liczbę klientów M. na 31 grudnia 2009 i 31 grudnia 2011 r. oraz przeanalizował strukturę własnościową M.. Jednocześnie Prezes UKE odniósł sytuację operatora do polskiego rynku telefonii ruchomej, na którym funkcjonuje kilkunastu operatorów (do marca 2007 r. tylko trzech), gdzie poziom nasycenia rynku w 2011 r. oscylował w granicach 131,6%. Poddał analizie ceny na rynku zakańczania połączeń głosowych w sieci M. według (...) (...) z dnia 28 lutego 2011 r. do cen w sieciach (...) (...), (...) i (...).

M.	(...) Centertel. (...) i (...)	
	od 1 maja 2007 r. – (...) gr/min.	
	od 1 maja 2008 r. – (...) gr/min.	
	od 1 stycznia 2009 r. – (...) gr/min.	
	od 1 lipca 2009 r. – (...) gr/min.	
od 1 lipca 2011 r. – (...) gr/min.	od 1 lipca 2011 r. – (...) gr/min.	
od 1 stycznia 2012 r. – (...) gr/min.		
od 1 lipca 2012 r. – (...) gr/min.	od 1 lipca 2012 r. – (...) gr/min.	

od 1 stycznia 2013 r. – (...) gr/min.		
od 1 lipca 2013 r. – symetria		

Przy analizie pod kątem występowania przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej, Prezes UKE podkreślił specyfikę rynku świadczenia usług zakańczania połączeń głosowych w sieciach telefonii ruchomej, która wynika z uwarunkowań technicznych. Jej świadczenie związane jest z realizacją połączeń, inicjowanych w dowolnej sieci (stacjonarnej, ruchomej), które kończone są w sieci ruchomej M., a konkretnie u użytkownika końcowego tego operatora. Numer takiego użytkownika końcowego, działający w sieci M., jest unikalny i każde połączenie kierowane na ten numer jest zakańczane w sieci M.. Rynkiem produktowym na poziomie hurtowym jest usługa zakańczania połączeń (inicjowanych w sieci stacjonarnej, innej sieci ruchomej) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej M., tj. u użytkownika końcowego M.. Nie jest istotne, gdzie technicznie zakańczane jest połączenie kierowane do (...). Z punktu widzenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej M., połączenie zakańczane jest w sieci M., niezależnie od technologicznego rozwiązania przyjętego przez operatora celem udostępnienia usług. Analizowany rynek właściwy związany jest więc z zakresem świadczonej usługi, a nie z zakresem posiadania sieci dostępowej wykorzystywanej w procesie zakańczania połączenia. Po stronie podaźowej na szczeblu hurtowym nie ma możliwości realizacji usługi zakańczania połączenia u innego podmiotu niż ten, w którego sieci dany operator chce zakończyć połączenie oznacza to, że operator kontrolujący daną sieć ruchomą jest jedynym dostawcą omawianej usługi w tej sieci. W związku z tym, M. posiada – z uwagi na brak substytutów dla tego rodzaju usługi – 100% udziałów w rynku zakańczania połączeń głosowych w sieci M.. 100% udział M. w rynku zakańczania połączeń głosowych w publicznej sieci ruchomej M. niewątpliwie wskazuje na znaczącą pozycję Spółki na tak określonym rynku.

Dodatkowym czynnikiem wzmacniającym pozycję M. jest dostęp do źródeł finansowania. Dokonując analizy struktury własnościowej, Prezes UKE wskazał na powiązania finansowe M. z innymi podmiotami funkcjonującymi na rynku telekomunikacyjnym. Takie powiązania umożliwiają zarówno łatwy dostęp do kapitału, jak i rozwiązań technologicznych oraz są bardzo istotne dla możliwości działania i rozwoju przedsiębiorstwa, a także ułatwiają współpracę na rynku międzyoperatorskim. M. wykorzystuje w działalności telekomunikacyjnej zarówno infrastrukturę należącą do tego operatora, jak i poprzez umowę o roamingu krajowym, elementy sieci telekomunikacyjnej (...) Centertel. W ten sposób ma możliwość zwiększania zakresu/obszaru działalności na rynku zakańczania połączeń poprzez przyłączanie kolejnych abonentów i użytkowników końcowych oraz świadczenia im usług. Operator rozbudowuje własną infrastrukturę, co przekłada się na procentowe pokrycie powierzchni kraju siecią telefonii ruchomej M. i liczbę ludności znajdującej się w zasięgu sieci na dzień 31 grudnia 2011 r. (pkt 4 i 5 załącznika nr 1 do decyzji). Operator dysponuje również zasobem częstotliwości 1800 MHz, które może wykorzystywać w długim horyzoncie czasowym.

Prezes UKE uznał, że Spółka posiada pozycję znaczącą w rozumieniu art. 25a ust. 1 PT, co stanowi pozycję równoważną pozycji dominującej w rozumieniu prawa konkurencji i prawa Unii Europejskiej. Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes UKE stwierdził, że rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej M. nie jest skutecznie konkurencyjny oraz wyznaczył M. jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 PT jeżeli zostaje wyznaczony przedsiębiorca telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej to mogą być na niego nałożone obowiązki regulacyjne. Nałożenie obowiązków regulacyjnych pozostaje w korelacji ze zidentyfikowanymi problemami rynkowymi, których rozwiązanie służy realizacji celów określonych w art. 1 ust. 2 PT.

Analiza rynku zakańczania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej M. przeprowadzona przez Prezesa UKE wskazała na następujące problemy rynkowe:

- (i) możliwość antykonkurencyjnego zawyżania stawek za zakańczanie połączeń w sieci M.,
- (ii) możliwość utrudniania operatorom dostępu do sieci M. (lub możliwość odmowy połączenia sieci),
- ((...)) możliwość nadużywania asymetrii stawek za zakańczanie połączeń przez spółki wchodzące w skład spółek kontrolowanych przez Z. Ż., w tym M..

Odwołujący poprzez naruszenie art. 24 pkt 2 ppkt a), b) i c) PT w zw. z art. 21 i art. 22 PT oraz art. 34 ust. 1 i 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i 2 i art. 44 PT zarzuca błędne ustalenie problemów rynkowych.

Odnosząc się do możliwości antykonkurencyjnego zawyżania stawek za zakańczanie połączeń w sieci M., odwołujący wskazał, iż nie jest to problem stanowiący realne ani nawet potencjalne zagrożenie dla konkurencji na rynku telekomunikacyjnym, bowiem:

- (i) wskazane w Decyzji ryzyko subsydiowania skrośnego jest czysto hipotetyczne i nie zostało w żaden sposób wykazane, a co najistotniejsze – nie miało miejsca w dotychczasowej działalności M. i brak jest przesłanek, które mogłyby choćby wskazywać na możliwość zmiany działania M. w tym zakresie,
- (ii) zawyżanie (...) nie leżałoby w interesie Spółki. Ustalanie stawek za zakańczanie połączeń we własnej sieci w oderwaniu od rzeczywistych kosztów świadczenia tej usługi, powoduje zdaniem odwołującego negatywne skutki dla rozwoju danego operatora. Konsekwencją takiego działania jest bowiem wzrost cen detalicznych za usługę połączenia z siecią tego operatora, co z kolei przekłada się na osłabienie jego pozycji rynkowej (może dojść do sytuacji, kiedy to użytkownicy innych sieci nie będą dzwonić do użytkowników sieci tego operatora z uwagi na wysoki koszt połączeń).

Ustosunkowując się do podniesionego zarzutu, Sąd podkreśla istotę regulacji ex ante zakładającą, że nie odnosi się ona do problemów, które już wystąpiły, ale ma zapobiegać powstaniu problemów poprzez uprzedzające ich regulowanie. Przyjęta zasada rozliczeń międzyoperatorskich, stanowiąca iż koszty zakończenia każdej minuty połączenia pokrywa operator, którego abonent inicjuje połączenie oraz wynikający z niej brak presji konkurencyjnej na obniżenie stawek, powoduje potrzebę ciągłej interwencji regulacyjnej na rynku zakańczania połączeń, aby neutralizować brak dążenia tego rynku w kierunku efektywnej konkurencji. Sposób rozliczenia oparty na zasadzie (...)płaci sieć strony rozpoczynającej połączenie” prowadzi do zagrożenia zawyżania cen i subsydiowania skrośnego, co nie jest czymś nowym na rynku telekomunikacyjnym. Już Zalecenie Komisji zaakcentowało te zagrożenia podkreślając istotną rolę organów regulacyjnych przy ich rozwiązywaniu dla zapewnienia skutecznej i równoprawnej konkurencji.

M. ma monopol na świadczenie usługi zakańczania połączeń głosowych w sieci telefonii ruchomej M., a inni operatorzy, bez względu na wielkość ich sieci lub na liczbę klientów, nie mają wpływu na stosowane przez M. stawki za zakańczanie połączeń. Dlatego też słusznie poprzez regulację ex ante Prezes UKE pragnie zapobiec sytuacji, w której M. będzie miał możliwość zawyżania (...), a z osiągniętych w ten sposób przychodów będzie mógł finansować inne swoje usługi np. detaliczne tzw. subsydiowanie skrośne. Organ chce zapobiec sytuacji, gdy nieuzasadnione zawyżanie stawek powodowałoby zniekształcenia cen na rynku hurtowym i detalicznym, skutkujące mniejszymi korzyściami dla użytkowników w zakresie różnorodności ceny i jakości usług telekomunikacyjnych. Faktem jest, że całkowity koszt wykonanego połączenia ponosi strona je inicjująca, a użytkownicy końcowi przy wyborze operatora telefonii ruchomej, z którego usług chcą korzystać, nie przywiązują wagi do kosztu, jaki musi ponieść osoba do nich dzwoniąca.

Akcentowanie braku interesu odwołującego w zawyżaniu (...), opiera się na założeniu, że każdy nowy operator, który dąży do zwiększenia swojego udziału w rynku usług telefonii ruchomej, będzie określał opłatę za usługę zakańczania połączeń w jego sieci w sposób, który będzie gwarantował pokrycie kosztów świadczenia tej usługi w możliwie najwyższym stopniu, przy jednoczesnym uwzględnieniu wpływu stawki (...) na kształtowanie się ceny detalicznej za usługę połączenia z siecią tego operatora. Zdaniem Sądu należy zaznaczyć, że udział w rynku może być mierzony różnorodnie a w tym kontekście trafny wydaje się być udział w odniesieniu do posiadanych użytkowników końcowych. Wyższe stawki (...) w sieci odwołującego nie przekładają się na wyższe ceny detaliczne usług telekomunikacyjnych oferowanych przez niego swoim klientom, tylko uderzają w użytkowników innych

publicznych sieci telefonii komórkowej. W dobie praktykowanego procesu przenoszenia numerów telefonicznych pomiędzy operatorami telefonii komórkowej i związanego z tym braku możliwości określenia na podstawie numeru telefonicznego, do której sieci należy dany użytkownik możliwe są dwa scenariusze, (i) albo tak jak wskazuje odwołujący użytkownicy innych sieci nie będą dzwonić do użytkowników danego operatora, (ii) albo po poznaniu sieci operatora przeniosą do niego numer zachęteni ofertą detaliczną. Jak wskazano wyższe stawki (...) danego operatora nie dotyczą jego użytkowników. Ponadto argument, że ustalanie stawek za zakańczanie połączeń we własnej sieci w zespole z rzeczywistymi kosztami świadczenia tej usługi, powoduje pozytywne skutki dla rozwoju danego operatora (wniosek a contrario z „ustalanie stawek za zakańczanie połączeń we własnej sieci w oderwaniu od rzeczywistych kosztów świadczenia tej usługi, powoduje negatywne skutki dla rozwoju danego operatora”) pomija aspekt, że rzeczywiste koszty świadczenia usługi zakańczania połączeń we własnej sieci mogą być wysokie. Tak samo będą więc wpływać na wzrost cen detalicznych za usługę połączenia z siecią tego operatora.

W tym kontekście, najważniejszym celem regulacji jest zapobieganie zawyżaniu stawek za zakańczanie połączeń głosowych oraz udostępnienie sieci zarządzanej przez każdego operatora świadczącego usługi na rynku zakańczania połączeń we własnej sieci (w tym przypadku jest to sieć M.) innym przedsiębiorcom na zasadach rynkowych.

Odwołujący podkreślił, że nie występuje problem określony w decyzji jako możliwość utrudniania operatorom dostępu do sieci M. (lub możliwości odmowy połączenia sieci). Rozwiązaniem takiego problemu jest określona w ustawie Prawo telekomunikacyjne procedura związana z wydawaniem decyzji zastępujących umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci. Natomiast argument Prezesa UKE o możliwości utrudniania dostępu do sieci Spółki przy uwzględnieniu specyfiki rynku nie jest uzasadniony, ocenia odwołujący, bowiem mały operator nie będzie mógł pozwolić sobie na pozbawienie swoich abonentów możliwości kierowania połączeń do innych sieci, zwłaszcza dużych operatorów.

Regulacja ex ante ma na celu uniknięcie sytuacji utrudniania operatorom dostępu do sieci M., który jest operatorem o znaczącej pozycji na analizowanym rynku właściwym. Utrudniając realizację dostępu do własnej sieci M., Spółka może nie tylko odmawiać dostępu, ale także kształtować niekorzystne warunki tego dostępu. M. jako monopolista na analizowanym rynku może stosować np. taktykę opóźniania, która może przejawiać się w różnych postaciach, takich jak przedłużające się negocjacje lub przeciągające się problemy techniczne. Motywacja dla takiego zachowania może wynikać z naturalnej chęci ochrony zysków osiągniętych na rynku detalicznym. Wskazywane przez odwołującego rozwiązanie prawa telekomunikacyjnego jest ingerencją organu, gdy strony nie osiągnęły konsensusu. Priorytetem prawa wspólnotowego implementowanym do porządku krajowego w art. 34 PT jest bowiem swoboda dostępu. Ponadto zdaniem Sądu argumentacja odwołującego opiera się na ocenie dotychczasowego zachowania Spółki z punktu widzenia ex post. Założeniem dla negowania zidentyfikowanych problemów jest konstatacja, że podmiot nie zachowuje się w sposób opisany przez Prezesa UKE. Tymczasem organ opierając się na znajomości rynku podjął działania prewencyjne dające możliwość zapobiegania możliwości utrudniania dostępu do sieci.

Przeważająca część odwołania dotyczy grupy (...) (Grupa (...)). Odnosząc się do koncepcji jednego organizmu gospodarczego, czyli kwestii traktowania wszystkich spółek z Grupy (...) jako jednego przedsiębiorcy w sensie ekonomicznym (ang. single entity unit, group economic unit lub one economic entity) M. wskazał, iż Prezes UKE przyjął powyższe założenie, nie wyjaśniając jednak dostatecznie jego podstaw. Aby mówić o jednym przedsiębiorcy w sensie gospodarczym, muszą być spełnione kumulatywnie trzy przesłanki: (1) spółka zależna musi wypełniać instrukcje, polecenia spółki matki, (2) nie ma ona rzeczywistej autonomii oraz (3) spółka matka musi mieć decydujący wpływ na spółkę zależną w kwestii danego naruszenia.

Według M. te przesłanki nie zachodzą:

(i) nie ma bezpośredniej zależności pomiędzy poszczególnymi spółkami zależnymi (...) S.A. a (...) sp. z o.o., jak również pomiędzy (...) sp. z o.o. a spółką (...) S.A. ani też pomiędzy spółkami zależnymi (...) S.A. a spółką (...) S.A. Ponadto żaden z ww. operatorów nie ma udziałów w kapitale zakładowym innego operatora z grupy ani też nie ma jakiegokolwiek wpływu (zwłaszcza decydującego) na działalność innego operatora z grupy;

(ii) wszelkie umowy zawierane przez spółki z Grupy (...), są zawierane na warunkach rynkowych, nie ograniczają działalności M., ani nie dają podstaw do jej ograniczania. Nadto żaden z operatorów należących do Grupy (...) nie ma wpływu na usługi oferowane przez M. ani na sposób i zakres ich oferowania;

((...)) Spółka pozostaje odrębnym podmiotem, prowadzącym samodzielną i niezależną działalność gospodarczą;

(iv) nie istnieje ryzyko zwiększania bazy użytkowników M., którzy mogliby być obsługiwani przez (...), co potwierdza dotychczasowa praktyka spółek z Grupy (...). Pomimo iż do przejęcia kontroli nad (...) przez Z. Ż. doszło ponad rok temu (w październiku 2011 roku), to jednak nadal nie sprawdzilo się przewidywane w Decyzji ryzyko nadużywania wyższych stawek (...). Sytuacje takie bezsprzecznie nie miały miejsca.

Odwołujący poprzez samo negowanie zależności pomiędzy spółkami nie dowiódł nietrafności ustaleń Prezesa UKE szeroko zaprezentowanych w pkt 3.2 i 6.3.3. uzasadnienia decyzji (strona od 15 do 17 oraz od 37 do 38). Brak bezpośrednich powiązań kapitałowych nie przesądza, że spółki są podmiotami autonomicznymi. Sprawując faktyczną kontrolę nad poszczególnymi spółkami wchodzącymi w skład grupy Z. Ż. ma decydujący wpływ na strategię ich działania, w tym charakter relacji zachodzących pomiędzy poszczególnymi spółkami, które nie konkurują ze sobą (k. 322). Znamienne jest również stwierdzenie odwołującego, że (i) nie istnieje ryzyko zwiększenia bazy użytkowników M., którzy mogliby być obsługiwani przez (...) i (ii) pomimo przejęcia kontroli nad (...) przez Z. Ż. nie sprawdzilo się przewidywane nadużywanie wyższych stawek (...). Organ poprzez trafne zidentyfikowanie problemu rynkowego i dostosowaniu do niego środków proporcjonalnych i adekwatnych nadał taki rozwój rynkowi, w którym możliwe było postawienie przez odwołującego powyższych twierdzeń. Twierdzenia te są odpowiedzią post factum na rozwój rynku, gdyż decyzja podlegała natychmiastowemu wykonaniu. Można zasadnie postawić pytanie, jak wyglądałby rozwój rynku M. z udziałem (...), gdyby nie nałożone obowiązki regulacyjne.

Dla rozwiązania zidentyfikowanych problemów Prezes UKE przedsięwziął odpowiednie środki. Sąd wziął pod uwagę fakt, że brak jest w argumentacji odwołującego przywołania okoliczności, danych czy dokumentów, które mogłyby uzasadniać nieproporcjonalność, czy też nieadekwatność nałożonych zaskarżoną decyzją obowiązków regulacyjnych.

Nie mają żadnego znaczenia rozważania M. o zmianie stanowiska Prezesa UKE w kwestii asymetrii. Opieranie się na odmiennej dotychczasowej interpretacji Prezesa UKE dotyczącej postanowień Zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 roku w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych nie dowodzi, że obecnie dokonana interpretacja jest niewłaściwa. Wskazane Zalecenie Komisji z dnia 7 maja 2009 r. jako zasadę przyjmuje symetryczność stawek na hurtowym rynku zakańczania połączeń i precyzuje kiedy państwowy regulator może zastosować asymetryczność stawek międzyoperatorskich. W Zaleceniu tym kilkakrotnie zostało podkreślone (pkt 2 preambuły, pkt 7 preambuły, pkt 1, pkt 16), że stawki za zakańczanie połączeń winne być symetryczne. Istotną okolicznością jest, iż przedmiotowe Zalecenie zostało wydane po analizie rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE.

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

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

Tylko w takich warunkach organ regulacyjny może

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

Każde odchylenie od jednolitego poziomu efektywności kosztowej należy uzasadnić obiektywnymi różnicami kosztów, które pozostają poza kontrolą operatorów. Wszelka asymetria dopuszczona dla operatorów dopiero wchodzących na rynek, powinna zostać stopniowo usunięta w rozsądnym terminie pozwalającym tym operatorom na osiągnięcie minimalnej skali efektywności. Tymczasem M. sam przyznaje, że nadal jest operatorem działającym na rynku telekomunikacyjnym poniżej minimalnej skali efektywności, ale nie wskazał, aby ponosił jakiegokolwiek koszty, które uzasadniałyby asymetrię. Brak wykazania kosztów przyrostowych i postępu w osiągnięciu efektywności („udział M. w rynku usług głosowych świadczonych w ruchomej sieci telefonicznej pozostał na niezmiennym poziomie i jest znikomy” strona 12 odwołania) oznacza, że niezasadne jest stosowanie asymetrii.

Prawdą jest, że wejście na rynek telekomunikacyjny przez operatora infrastrukturalnego wiąże się z poniesieniem bardzo wysokich kosztów, w skład których wchodzi wydatki na infrastrukturę i inne wydatki, w szczególności: pozyskanie nieruchomości pod budowę masztów, budowa masztów, nabycie i zainstalowanie na nich sprzętu nadawczego, koszty związane z zatrudnieniem oraz z pozyskaniem klientów, czy wreszcie, a może przede wszystkim, niebagatelne koszty związane z uzyskaniem samych częstotliwości, pozwoleń radiowych, numeracji itp., oraz coroczny koszt ich utrzymania. Natomiast już skala tych kosztów wymaga dowodów, aby uznać że są one większe (i o ile) od kosztów standardowego operatora. Jeżeli M. neguje założenie poczynione przez Prezesa UKE, polegające na dopuszczeniu możliwości zastąpienia procesu budowy sieci telekomunikacyjnej (do czego Spółka jest zobowiązana) umową polegającą na korzystaniu z infrastruktury (...) sp. z o.o., to winien wskazać, że przystąpił do budowy sieci i poniósł koszty. Podobnie winien uzasadnić, że dostęp do sieci dystrybucji innego operatora jest bardziej efektywny ekonomicznie i zmniejsza wydatki, ale nadal są to koszty przewyższające koszty standardowego operatora. W tym kontekście powiązania kapitałowe i stosunki handlowe pomiędzy spółkami (...) uprawniają do identyfikacji problemów rozwoju rynku ex ante w sposób dokonany przez Prezesa UKE. Sąd podkreśla, że Prezes UKE nakłada, utrzymuje, zmienia lub znosi obowiązki regulacyjne, o których mowa w art. 34, art. 36-40, art. 42, art. 44-47 i art. 72 ust. 3 PT, biorąc pod uwagę adekwatność i proporcjonalność danego obowiązku do zidentyfikowanych problemów rynkowych.

Zarzut naruszenia art. 189 ust. 2 pkt 2 ppkt c) PT akcentuje dyskryminowanie M. w stosunku do (i) operatorów zasiedziałych poprzez stosowanie stawek (...) symetrycznie dla operatora nowego i zasiedziałego, (ii) spółki (...), operatora sieci P., który korzystał z asymetrii (...) w dłuższym niż Spółka okresie. Wszystko razem zmniejsza szansę powoda na efektywne funkcjonowanie na rynku telekomunikacyjnym w Polsce.

M. podkreślając dyskryminację nie udowodnił występowania różnic pomiędzy sobą a operatorami zasiedziałymi i (...). Oczywista jest dysproporcja w skali i okresie funkcjonowania na rynku. Problem ten został zauważony i z tego względu Komisja Wspólnot Europejskich wydała Zalecenie z dnia 7 maja 2009 r. po analizie rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE. W Zaleceniu wzięto pod uwagę nowe podmioty na rynkach łączności ruchomej, którym organ regulacyjny w okresie przejściowym trwającym 4 lata od wejścia na rynek, może zezwolić na asymetrię. Asymetria musi być uzasadniona sytuacją operatora (wymogi pkt 10 Zalecenia). Prezes UKE takich okoliczności się nie dopatrywał, a M. w odwołaniu od decyzji faktu ich występowania nie udowodnił.

Zasadny jest zarzut naruszenia art. 206 ust. 1 PT w związku z art. 104 § 1 i art. 107 § 1 i 2 k.p.a. oraz naruszenia art. 206 ust. 1 PT w związku z art. 104 § 1 k.p.a. oraz art. 77 § 1 k.p.a., art. 107 § 1 i 3 k.p.a., a także w zw. z art. 7, 8 i 11 k.p.a. prowadzący do uchylenia decyzji w pkt VI (szóstym).

M. upatrywał naruszenia wskazanych przepisów poprzez wyłączenie części decyzji do załączników, w szczególności do załącznika w postaci płyty CD, który nie spełnia wymogów dotyczących formy decyzji administracyjnej. Organ zamieścił w załącznikach do decyzji strukturalne elementy decyzji w postaci rozstrzygnięcia, jedynie powołując te załączniki w sentencji decyzji jako stanowiące jej integralną część. Najistotniejszy argument na poparcie omawianych zarzutów dotyczy jednakże dołączenia do decyzji (...) nr (...) w formie CD. Nie można z całą stanowczością stwierdzić podnosi M., iż nie zachodzą wątpliwości co do związku (...) z decyzją. Płyta CD nie tylko nie jest podpisana, ale nawet

na zewnątrz nie została opisana jako załącznik do konkretnej decyzji, nie została opieczetowana ani w żaden trwały sposób złączona z decyzją, choćby opakowaniem zewnętrznym.

Z orzecznictwa sądów administracyjnych wynika, że co do zasady możliwe jest skonstruowanie decyzji posiadającej załącznik. Warunkiem jest aby załącznik, był wyraźnie przypisany do konkretnej decyzji i nie wprowadzał nowych (samoistnych) elementów rozstrzygnięcia, lecz jedynie od strony stricte technicznej precyzował to, co zostało rozstrzygnięte w samej decyzji (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 czerwca 2011 r. II GSK 608/10, LEX nr 992425, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 23 lutego 2012 r., II OSK (...), LEX nr 1138147).

W niniejsze sprawie mimo opisu decyzji wymieniającego załączniki jako jej integralną część, jeden załącznik tj. nr 3 nie został do niej dołączony do akt sądowych. W zasadniczych ustnych motywach rozstrzygnięcia Sąd omyłkowo podał, że załącznika nr 3 nie ma również w aktach administracyjnych. Tymczasem załącznik nr 3 nie został osobno wyodrębniony w aktach administracyjnych, tylko włożony do koperty z opisem: „informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa”, w której umieszczono również załącznik nr 1 (k. 353 akt admin.). Taka forma konstrukcji decyzji spowodowała, że o ile załącznik jest składnikiem decyzji, to nie jest trwale do niej przypisany i nie jest odrębnie wyodrębniony wśród jej załączników.

Po drugie, odwołujący tego wprost nie podnosił, ale w odpowiedzi na odwołanie Prezes UKE przyznał, że załącznik, który otrzymał odwołujący jest inny niż załącznik dołączony do decyzji. „w decyzji doręczonej M. omawiany załącznik zawiera wyłącznie formularz zawierający arkusz, którym posłużył się Prezes UKE, jednak bez danych operatorów, które zasiły model bottom-up i które faktycznie posłużyły do wyliczenia stawki (...) (strona 19). Odwołujący dlatego postawił zarzut niemożliwości weryfikacji danych, gdyż nie mając załącznika nie znał faktów. Kontrola przyjętych danych do wyliczenia stawki (...) w wysokości (...) zł/min wymagała informacji, które dane krajowych operatorów telefonii ruchomej zostały uwzględnione przez Prezesa UKE.

W uzasadnieniu decyzji przy wyjaśnianiu kalkulacji poziomu stawki za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych (pkt 6.4.4.3) Prezes UKE wskazał założenia modelu i stwierdził, że przyjął dla potrzeb stworzenia operatora efektywnego dane rzeczywiste krajowych operatorów telefonii ruchomej wynikające z danych, jakie były prezentowane w formularzach w formacie pliku E. (jednak nie wskazując, które konkretnie dane zostały przyjęte, od kogo i z jakich plików). Dane te były chronione tajemnicą przedsiębiorstwa, więc Prezes Urzędu powołując się w uzasadnieniu decyzji na informacje, które są chronione tajemnicą przedsiębiorstwa i do których dostęp stronie został ograniczony powinien poprzestać na odesłaniu do odpowiednich kart postępowania administracyjnego bez odwołania się do konkretnych dowodów (tak SN w wyroku z dnia 3 października 2013 r. III SK 67/12, OSNP 2014/5/79). W niniejszej sprawie skoro dane zostały zapisane elektronicznie w programie E., wymagałoby to podania pozycji odpowiedniego zapisu. Prezes UKE stwierdzając podsumowująco, że dokonał kalkulacji (...) we wspomnianym modelu (...) stanowiącym załącznik nr 3 uniemożliwił poddanie decyzji kontroli z punktu widzenia art. 107 §1 k.p.a.

Uzasadnienie stanowi integralną część decyzji i jego zadaniem jest wyjaśnienie rozstrzygnięcia, stanowiącego dyspozytywną część decyzji. Konkretyzacja prawa nie dokonuje się w uzasadnieniu, a w rozstrzygnięciu decyzji; uzasadnienie ma „objaśniać” tok myślenia prowadzący do zastosowania przepisu prawnego. Tymczasem Prezes UKE nie wyjaśnił metodologii doboru danych w kontekście postawionego zarzutu. Należy bowiem zauważyć, że strona nie kwestionowała modelu tylko sposób doboru danych, (...) % udział rynkowy i wynik kalkulacji. O ile Prezes UKE wyjaśnił, że założony udział wynika z Zalecenia Komisji, o tyle uzasadnienie decyzji i odpowiedź na odwołanie nie wyjaśniania przesłanek, jakimi organ się kierował przy zasilaniu modelu efektywnego operatora tak, że doprowadziło to do ustalenia poziomu (...) w wysokości (...) zł/min. Trafny jest więc zarzut naruszenia art. 11 k.p.a., czyli uchybienie zasadzie przekonywania. Zarówno bowiem z zasad ogólnych postępowania administracyjnego (art. 8, 9 i 11 k.p.a.), jak z treści art. 107 § 1 i 3 k.p.a. wynika, że strona powinna wiedzieć, na jakiej podstawie faktycznej i prawnej wydano decyzję w sprawie.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił w części decyzję na podstawie przepisu art. 479⁶⁴ §2 k.p.c. w pozostałym zakresie oddalił odwołanie na podstawie art. 479⁶⁴ §1 k.p.c. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do art. 100 k.p.c.

SSO Jolanta de Heij-Kaplińska