

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 listopada 2018 r.

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

Przewodniczący:	SSO Bogdan Gierzyński
Protokolant:	sekretarz sądowy Wioleta Donoch

po rozpoznaniu w dniu 19 listopada 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) *S.A. w W.*

przeciwko *Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

z udziałem zainteresowanego: (...) *Sp. z o.o. w W. (poprzednio: (...) Sp. z o.o. w W.)*

o zawarciu umowy o połączeniu sieci

na skutek odwołania od decyzji pozwanego z dnia 21 października 2011 r., Nr (...)

1. zmienia zaskarżoną decyzję w ten sposób, że w załączniku zaskarżonej decyzji w rozdziale 1 – część finansowa § 4 ust. 4 pkt 3 następujące brzmienie, „Opłata na rzecz (...) wnoszona przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z Sieci (...) i zakańczanego w Sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3 wynosi:

- do 30 czerwca 2012 roku 0,1520 zł/min

- od 1 lipca 2012 roku – 0,1223 zł/min

z zastrzeżeniem, że w danym okresie nie może być ona wyższa od opłaty na rzecz (...) wnoszonej przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z Sieci (...) i zakańczanego w ruchomej Sieci (...) określonej w Załączniku od Decyzji, Rozdział 1 – Część Finansowa, § 3 ust. 4 pkt 3.

Tabela nr 21. Opłaty za tranzyt połączenia przez Sieć (...) do innej sieci.

LP	Tranzyt połączenia przez Sieć (...) do innej sieci [zł/min.]	
1	Tranzyt w okresie T1 i T2	0,01 + stawka za zakończenie w sieci docelowej

2	Tranzyt w okresie T3	0,0075 + stawka za zakończenie w sieci docelowej
---	----------------------	--

Należność na rzecz (...) za połączenia przychodzące z Sieci (...) i tranzytowane przez Sieć (...) do sieci docelowej jest równa sumie iloczynów liczby minut danego rodzaju połączeń i odpowiednich dla danego rodzaju połączenia stawek rozliczeniowych, określonych w Tabeli nr 21 w poszczególnych okresach taryfikacyjnych.”

2. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) S.A. w W. 1.200 (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem kosztów postępowania za obie instancje.

SSO Bogdan Gierzyński

Sygn. akt XVII AmT 16/18

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Regulacji Energetyki decyzją z 21 października 2011 r., nr (...) ustalił warunki współpracy w zakresie połączenia sieci (...) sp. z o.o. w W. z siecią (...) sp. z o.o. w W. (obecnie (...) S.A.), określając m.in. wysokość stawek (...) za usługę zakańczania połączeń w sieci (...) sp. z o.o. oraz odstępując od określenia opłaty za tranzyt połączenia przez sieć (...) do innej sieci.

W szczególności w § 14 ust. 1 i § 15 ust.1 decyzji Prezes URE uregulował kwestie związane z zabezpieczeniem roszczeń wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania decyzji przez powoda i zainteresowanego.

W § 4 ust. 4 pkt 3 Załącznika do decyzji Rozdziale 1 Część Finansowa Prezes URE ustalił, że opłata na rzecz (...) wnoszona przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z Sieci (...) i zakańczanego w Sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3 wynosi:

- a. Do dnia 31 grudnia 2011 r. opłata należna (...) za usługi zakończenia połączenia w Sieci (...) wynosi 0,280 zł/min. w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3;
- b. Od dnia 1 stycznia 2012 r. do dnia 3 czerwca 2012 r. opłata należna (...) za usługi zakończenia połączenia w Sieci (...) wynosi 0,189 zł/min. w okresach taryfikacyjnych T1, T2, T3;
- c. Od dnia 1 lipca 2012 r. do dnia 31 grudnia 2012 r. opłata należna (...) za usługi zakończenia połączenia w Sieci (...) wynosi 0.140 zł/min. w okresach taryfikacyjnych T1, T2, T3;
- d. Od dnia 1 stycznia 2013 r. do dnia 30 czerwca 2013 r. opłata należna (...) za usługi zakończenia połączenia w Sieci (...) wynosi 0,137 zł/min. w okresach taryfikacyjnych T1, T2, T3;
- e. Od dnia 1 lipca 2013 r. opłata należna (...) za usługi zakończenia połączenia w Sieci (...) wynosi 100% opłaty pobieranej przez (...) za usługę zakończenia połączenia w sieci ruchomej (...), określonej w niniejszej decyzji.

Z kolei opłaty za tranzyt połączenia przez Sieć (...) do innej sieci przedstawia zamieszczona w decyzji tabela.

LP Tranzyt połączenia przez Sieć (...) do innej sieci [zł/min.]

1

Tranzyt w okresie T1 i T2 Według aktualnej oferty (...)

2

Tranzyt w okresie T3 Według aktualnej oferty (...)

Należność na rzecz (...) za połączenia przychodzące z Sieci (...) i tranzytowane przez Sieć (...) do sieci docelowej jest równa sumie iloczynów liczby minut danego rodzaju połączeń i odpowiednich dla danego rodzaju połączenia stawek rozliczeniowych, określonych w wyżej przedstawionej tabeli w poszczególnych okresach taryfikacyjnych.

Pierwsza oferta będzie przedstawiona w momencie uruchomienia komercyjnej współpracy sieci stron i aktualizowana przez odpowiednio umocowanego przedstawiciela (...). Skierowanie ruchu tranzytowego na rzecz (...) oznaczać będzie akceptację oferty przez (...).

Od powyższej decyzji odwołanie wniósł (...) (...) zaskarżając decyzję w zakresie punktu I decyzji, co do zapisów § 14 ust. 1 i § 15 ust. 1 oraz co do treści Załącznika do Decyzji Rozdział 1 – Część Finansowa § 4 ust. 4 pkt 3.

Odwołujący podniósł zarzut:

- naruszenia art. 206 ust. 1 pt w zw. z art. 7 Konstytucji RP, art. 6 k.p.a. oraz art. 156 k.p.a. przez ustalenie wysokości stawek (...) za usługę zakańczania połączeń w sieci (...) przez przeniesienie wprost, bez przeprowadzenia postępowania dowodowego, stawek ze stanowiska Prezesa UKE zamieszczonego na stronie internetowej Urzędu a ustalonych bez przeprowadzenia postępowania administracyjnego;

- naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 2 pt w zw. z art. 44 pt poprzez ustalenie opłat za zakańczanie połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) w sposób sprzeczny z obowiązkiem regulacyjnym nałożonym na (...) skutkiem czego było ustalenie zawyżonych opłat za tę usługę;

- naruszenia art. 19 ust. 1 pt poprzez nieuwzględnienie stanowiska Komisji Europejskiej do projektu decyzji wyrażonego w postępowaniu konsolidacyjnym;

- naruszenia art. 19 ust. 1 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) w zw. z art. 13 (...)WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie) przez nieuwzględnienie pkt 10 Zaleceń Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych, poprzez ustalenie wyższych stawek (...) za usługę zakańczania połączeń w sieci (...) od stawek (...) za usługę zakańczania połączeń w sieci (...) bez nawet próby udowodnienia, że (...) ponosi wyższe jednostkowe koszty przyrostowe niż operator standardowy;

- naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 1 pt polegającego na ustaleniu warunków współpracy między (...) (...) a (...) naruszających interesy użytkowników sieci;

- naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 1 pt w zw. z art. 31 ust. 2 pkt 3 lit. a pt oraz art. 31 ust. 1 pt w zw. z art. 156 § 1 pkt 2 i 5 k.p.a. poprzez odstąpienie od określenia opłaty za tranzyt połączenia przez sieć (...) do innej sieci, pozostawiając (...) całkowitą swobodę w kształtowaniu opłaty za taka usługę wobec przyjęcia, że stosowana będzie opłata według aktualnej oferty (...);

- naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 4 pt poprzez wydanie decyzji bez uwzględnienia kryterium charakteru zastałych kwestii spornych oraz praktycznej możliwości wdrożenia rozwiązań dotyczących ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego.

W oparciu o powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę decyzji poprzez:

1. nadanie punktowi I decyzji § 14 ust. 1 następującego brzmienia:

„W celu zabezpieczenia roszczeń wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania Decyzji, (...) przekaże (...) zabezpieczenie w formie nieodwołalnej, bezwarunkowej i stale odnawialnej Gwarancji Bankowej, wystawionej przez bank zaakceptowany przez (...), pozwalającej wyegzekwować na pierwsze żądanie niezapłaconą należność oraz wszystkie inne związane z nią kwoty, wynikające z niewykonania lub nienależytego wykonania Decyzji. Załącznik do niniejszej Decyzji w Rozdziale 4 zawiera Wzór Gwarancji Bankowej. (...) będzie obowiązane przedłożyć Gwarancję Bankową, jeżeli spełniony zostanie jeden z poniższych warunków, tj.:

- 1) (...) prowadzić będzie działalność na rynku telekomunikacyjnym przez okres krótszy niż 3 lata, lub
- 2) poziom bieżącej płynności (...) (stosunek zobowiązań krótkoterminowych do należności krótkoterminowych) będzie równy lub mniejszy niż 0,5 lub
- 3) poziom relacji zobowiązań dłużnych (...) (długu finansowego skorygowanego o wolne zasoby pieniężne) do poziomu zysku (...) (ang. E. I., T., D., and A., tj. zysk bez potrącenia odsetek od zaciągniętych zobowiązań, podatków i amortyzacji) będzie większy lub równy 2.0.

Informacje dotyczące powyższych warunków będą weryfikowane na podstawie sprawozdań finansowych (rocznych lub półrocznych) zaudytowanych zgodnie z wymogami określonymi w przepisach o rachunkowości. W przypadku nieprzedłożenia przez (...) powyższych dokumentów, obowiązek ustanowienia Gwarancji Bankowej będzie wiązał (...) niezależnie od tego, czy istnieć będą warunki, od których uzależniony jest obowiązek ustanowienia Gwarancji Bankowej. Na wniosek (...) może wyrazić zgodę na ustanowienia zabezpieczenia innego niż Gwarancja Bankowa dalsze postanowienia dotyczące Gwarancji Bankowej będą stosowane odpowiednio.”

2. Nadanie punkowi I decyzji § 15 ust. 1 następującego brzmienia:

„W celu zabezpieczenia roszczeń wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania Decyzji, (...) przekaże (...) zabezpieczenie w formie nieodwołalnej, bezwarunkowej i stale odnawialnej Gwarancji Bankowej, wystawionej przez bank zaakceptowany przez (...), pozwalającej wyegzekwować na pierwsze żądanie niezapłaconą należność oraz wszystkie inne związane z nią kwoty, wynikające z niewykonania lub nienależytego wykonania Decyzji. Załącznik do niniejszej Decyzji w Rozdziale 5 zawiera Wzór Gwarancji Bankowej. (...) będzie obowiązane przedłożyć Gwarancję Bankową, jeżeli spełniony zostanie jeden z poniższych warunków, tj.:

- 1) (...) prowadzić będzie działalność na rynku telekomunikacyjnym przez okres krótszy niż 3 lata, lub
- 2) poziom bieżącej płynności (...) (stosunek zobowiązań krótkoterminowych do należności krótkoterminowych) będzie równy lub mniejszy niż 0,5 lub
- 3) poziom relacji zobowiązań dłużnych (...) (długu finansowego skorygowanego o wolne zasoby pieniężne) do poziomu zysku (...) (ang. E. I., T., D., and A., tj. zysk bez potrącenia odsetek od zaciągniętych zobowiązań, podatków i amortyzacji) będzie większy lub równy 2.0.

Informacje dotyczące powyższych warunków będą weryfikowane na podstawie sprawozdań finansowych (rocznych lub półrocznych) zaudytowanych zgodnie z wymogami określonymi w przepisach o rachunkowości. W przypadku nieprzedłożenia przez (...) powyższych dokumentów, obowiązek ustanowienia Gwarancji Bankowej będzie wiązał (...) niezależnie od tego, czy istnieć będą warunki, od których uzależniony jest obowiązek ustanowienia Gwarancji Bankowej. Na wniosek (...) może wyrazić zgodę na ustanowienia zabezpieczenia innego niż Gwarancja Bankowa dalsze postanowienia dotyczące Gwarancji Bankowej będą stosowane odpowiednio.

3. nadanie w Załączniku zaskarżonej decyzji, Rozdziale 1 –Część Finansowa, § 4 ust. 4 pkt 3 następującego brzmienia

„Opłata na rzecz (...) wnoszona przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z Sieci (...) i zakańczanego w Sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3 wynosi 0,01zł/min.

Tabela nr 21. Opłaty za tranzyt połączenia przez Sieć (...) do innej sieci.

LP Tranzyt połączenia przez Sieć (...) do innej sieci [zł/min.]

1 Tranzyt w okresie T1 i T2 0,01 + stawka za zakończenie w sieci docelowej

2 Tranzyt w okresie T3 0,0075 + stawka za zakończenie w sieci docelowej

Należność na rzecz (...) za połączenia przychodzące z Sieci (...) i tranzytowane przez Sieć (...) do sieci docelowej jest równa sumie iloczynów liczby minut danego rodzaju połączeń i odpowiednich dla danego rodzaju połączenia stawek rozliczeniowych, określonych w Tabeli nr 21 w poszczególnych okresach taryfikacyjnych.”

Na wypadek nieuwzględnienia wniosku o zmianę zaskarżonej Decyzji w powyższy sposób powód wniósł o zmianę zaskarżonej Decyzji poprzez wprowadzenie zmian, o których mowa w pkt 1 i 2 oraz nadanie w Załączniku zaskarżonej Decyzji, Rozdziale 1 – Część Finansowa § 4 ust. 4 pkt 3 następującego brzmienia:

„Opłata na rzecz (...) wnoszona przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z Sieci (...) i zakańczanego w Sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3 wynosi:

- do 30 czerwca 2012 roku 0,14 zł/min

-od 1 lipca 2012 roku – 0,11 zł/min

z zastrzeżeniem, że w danym okresie nie może być ona wyższa od opłaty na rzecz (...) wnoszonej przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z Sieci (...) i zakańczanego w ruchomej Sieci (...) określonej w Załączniku od Decyzji, Rozdział 1 – Część Finansowa, § 3 ust. 4 pkt 3.

Tabela nr 21. Opłaty za tranzyt połączenia przez Sieć (...) do innej sieci.

LP Tranzyt połączenia przez Sieć (...) do innej sieci [zł/min.]

1 Tranzyt w okresie T1 i T2 0,01 + stawka za zakończenie w sieci docelowej

2 Tranzyt w okresie T3 0,0075 + stawka za zakończenie w sieci docelowej

Należność na rzecz (...) za połączenia przychodzące z Sieci (...) i tranzytowane przez Sieć (...) do sieci docelowej jest równa sumie iloczynów liczby minut danego rodzaju połączeń i odpowiednich dla danego rodzaju połączenia stawek rozliczeniowych, określonych w Tabeli nr 21 w poszczególnych okresach taryfikacyjnych.”

Na wypadek nieuwzględnienia wniosku o zmianę zaskarżonej Decyzji również w powyższy sposób powód wniósł o zmianę zaskarżonej Decyzji poprzez wprowadzenie zmian, o których mowa w pkt 1 i 2 oraz nadanie w Załączniku zaskarżonej Decyzji, Rozdziale 1 – Część Finansowa § 4 ust. 4 pkt 3 następującego brzmienia:

„Opłata na rzecz (...) wnoszona przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z Sieci (...) i zakańczanego w Sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3 wynosi:

- do 30 czerwca 2012 roku 0,1520 zł/min

-od 1 lipca 2012 roku – 0,1223 zł/min

z zastrzeżeniem, że w danym okresie nie może być ona wyższa od opłaty na rzecz (...) wnoszonej przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z Sieci (...) i zakańczanego w ruchomej Sieci (...) określonej w Załączniku od Decyzji, Rozdział 1 – Część Finansowa, § 3 ust. 4 pkt 3.

Tabela nr 21. Opłaty za tranzyt połączenia przez Sieć (...) do innej sieci.

LP Tranzyt połączenia przez Sieć (...) do innej sieci [zł/min.]

1 Tranzyt w okresie T1 i T2 0,01 + stawka za zakończenie w sieci docelowej

2 Tranzyt w okresie T3 0,0075 + stawka za zakończenie w sieci docelowej

Należność na rzecz (...) za połączenia przychodzące z Sieci (...) i tranzytowane przez Sieć (...) do sieci docelowej jest równa sumie iloczynów liczby minut danego rodzaju połączeń i odpowiednich dla danego rodzaju połączenia stawek rozliczeniowych, określonych w Tabeli nr 21 w poszczególnych okresach taryfikacyjnych.”

Na wypadek nieuwzględnienia wniosku o zmianę zaskarżonej decyzji zgodnie z powyższymi wnioskami wniósł o zmianę zaskarżonej decyzji poprzez wprowadzenie zmian, o których mowa w pkt 1 i 2 oraz uchylenie w Załączniku zaskarżonej decyzji, Rozdziale 1 – Część Finansowa § 4 ust. 4 pkt 3.

Jednocześnie powód wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność dotyczącą wysokości kosztów świadczenia przez (...) usługi zakańczania połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) we współpracy z (...) (...) a także z dokumentów wskazanych w treści odwołania, które miały wpływ na wysokość opłat ponoszonych przez (...) z tytułu roamingu oraz informacji o kosztach ponoszonych przez tego przedsiębiorcę przy świadczeniu usługi (...) związanej ze współpracą z (...) w okresie od dnia doręczenia decyzji do dnia rozprawy.

Prezes UKE wniósł o oddalenie odwołania oraz oddalenie wniosków dowodowych powoda, a także o przeprowadzenie dowodu z decyzji z dnia 11 maja 2011 r. nr (...) znajdującej się w aktach XVII AmT 40/11, która nie została zaskarżona przez powoda oraz o zasądzenie kosztów postępowania.

Zainteresowany (...) sp. z o.o. w W. wniósł o oddalenie odwołania, a także o oddalenie wniosków dowodowych powoda oraz o przeprowadzenie dowodów zgromadzonych w aktach administracyjnych i załączonych do odpowiedzi na odwołanie złożonej przez zainteresowanego oraz o zasądzenie kosztów postępowania.

Wyrokiem z dnia 26 maja 2014 r. w jego pkt I Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że Załącznikowi do decyzji, Rozdziałowi 1 – Części Finansowej, § 4 ust. 4 pkt 3 nadał następujące brzmienie: „Opłata na rzecz (...) wnoszona przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z Sieci (...) i zakańczanego w Sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3 wynosi:

- do 30 czerwca 2012 r. 0,1520 zł/min

- od 1 lipca 2012 r. 0,1223 zł/min

z zastrzeżeniem, że w danym okresie nie może być ona wyższa od opłaty na rzecz (...) wnoszonej przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z Sieci (...) i zakańczanego w ruchomej sieci (...) określonej w Załączniku do Decyzji, Rozdział 1 – Część Finansowa, § 3 ust. 4 pkt 3

Ponadto Sąd określił opłaty za tranzyt połączenia przez Sieć (...) do innej sieci, co przedstawił w poniższej tabeli:

LP Tranzyt połączenia przez Sieć (...) do innej sieci [zł/min]

1. Tranzyt w okresie T1 i T2 0,01+ stawka za zakańczanie w sieci docelowej

2. Tranzyt w okresie T3 0,0075 + stawka za zakańczanie w sieci docelowej

Należność na rzecz (...) za połączenia przychodzące z sieci (...) i tranzytowane przez Sieć (...) do sieci docelowej jest równa sumie iloczynów minut danego rodzaju połączeń i odpowiednich dla danego rodzaju połączenia stawek rozliczeniowych, określonych w Tabeli nr 21 w poszczególnych okresach taryfikacyjnych.”;

W pkt II wyroku Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie w pozostałej części oraz w pkt III i IV zasądził na rzecz powoda od pozwanego Prezesa UKE kwotę 460 zł i od zainteresowanego (...) sp. z o.o. w W. kwotę 360 zł tytułem kosztów procesu.

Na skutek apelacji Prezesa UKE od punktów I i III wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 14 lipca 2015 r. uchylił ten wyrok w punktach I, III i IV i sprawę w tym zakresie przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów jako sądowi pierwszej instancji.

Sąd Apelacyjny w Warszawie uznał, że Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie rozpoznał istoty sprawy.

W szczególności Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zupełnie nie odniósł się do kwestii podniesionych w uzasadnieniu decyzji Prezesa UKE, zarówno co do zakresu obowiązków regulacyjnych nałożonych na (...) decyzją (...), jak i do okoliczności uzasadniających przyjęcie stawek asymetrycznych takich jak:

- na krajowym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych (...) ma silniejszą pozycję niż (...),
- (...) wchodzi na rynek ze znacznym opóźnieniem w stosunku do innych operatorów i aby sprostać konkurencji zmuszona jest do intensywnej promocji swojej oferty i zabiegania o klienta,
- (...) zakończyła proces rozbudowy sieci, działała początkowo na rynku mniej konkurencyjnym i czerpała znaczne dochody z wysokich cen swoich usług,
- trzej zasiedziali operatorzy mobilni podzielili rynek po 30% ((...), (...) i (...))
- nowe podmioty mogą napotkać utrudnienia w budowie własnej infrastruktury dostępowej z czym wiążą się wysokie koszty,
- w wypadku małej sieci i małej liczby abonentów mniej jest połączeń wykonywanych wewnątrz sieci co podnosi koszty jej funkcjonowania,
- na (...) nie został nałożony obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty, a taki obowiązek został nałożony na (...).

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów został zobowiązany do:

1. dokonania ustaleń faktycznych odnoszących się do zakresu kwestii spornych między stronami w toku negocjacji,
2. ustalenia pozycji rynkowej każdego z operatorów
3. ustalenia zakresu nałożonych na nich obowiązków regulacyjnych,
4. rozważenia zasadności stawek określonych przez Prezesa UKE
5. rozważenia zasadności regulacji odnoszącej się do opłaty za tranzyt.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów został zobowiązany do wzięcia przy tym pod uwagę faktu, że powód należy do zasiedziałych operatorów (...), zaś poza trzema podmiotami mającymi status takich operatorów na rynku jest sześciu operatorów późnowchodzących na rynek, w tym zainteresowany i stawki tych operatorów są regulowane przez Prezesa UKE, który dotychczas przyznawał podmiotom późnowchodzącym na rynek prawo do korzystania z asymetrii stawek (...) (w odniesieniu do stawek zasiedziałych operatorów) w okresie przejściowym.

Podstawą wydawanych przez Prezesa URE decyzji są zalecenia Komisji Europejskiej z 7 maja 2009 r. wskazujące na konieczność ustanowienia symetrycznych stawek (...) w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora i

zezwalające w wyjątkowych sytuacjach na opóźnienie wprowadzenia tego modelu, a także na tymczasowe ustalanie asymetrycznych (wyższych) stawek (...) dla podmiotów nowych – w celu odzyskania przez takie podmioty wyższych kosztów na początku działalności, w okresie przejściowym wynoszącym 4 lata od momentu wejścia operatora na rynek. Tym samym zasadą powinna być symetria stawek stosowanych przez operatorów telekomunikacyjnych, zaś wprowadzenie asymetrii wymaga uzasadnienia dla odstępstwa od niej. Tym niemniej Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów został zobowiązany do dokonania oceny dowodów zgromadzonych w toku postępowania i wzięcia pod uwagę argumentów przedstawionych przez Prezesa UKE dla uzasadnienia wprowadzonych stawek.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy, wyrokiem z dnia 14 czerwca 2016 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie w części dotyczącej załącznika do decyzji Rozdział 1 Część Finansowa § 4 ust. 4 pkt 3.

Sąd stwierdził, że przedmiotem jego rozpoznania była kwestia stawek (...) za usługę zakańczania połączeń w sieci (...) oraz opłat za tranzyt połączenia przez sieć (...) do innej sieci. Natomiast w części dotyczącej kwestii zabezpieczenia roszczeń wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania decyzji przez strony, wyrok Sądu Okręgowego uprawomocnił się. W jego ocenie, odwołanie powoda w powyższym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie. Sąd podniósł, iż Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej jako podstawę prawną zaskarżonej decyzji wskazał art. 28 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, a zatem nieuprawniony jest zarzut jej nieważności z powodu niepodania podstawy prawnej. Wyjaśnił również, że przepis ten nawiązuje do trzech kryteriów wpływających na warunki połączenia sieci operatorów telekomunikacyjnych, tj.: pozycji rynkowej operatorów, zakresu nałożonych na nich obowiązków regulacyjnych oraz kwestii spornych powstałych w toku negocjacji. Sąd wskazał również, że na krajowym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych (...) ma pozycję nieporównywalnie słabszą od (...).

Co do nałożonych na obu operatorów obowiązków regulacyjnych, to z mocy decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr (...) (...) z dnia 11 maja 2011 r., na (...) spoczywa wynikający z art. 40 ust. 1 P.t. obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie zakańczania połączeń głosowych we własnej ruchomej publicznej sieci telefonicznej w oparciu o ponoszone koszty. Natomiast na mocy decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr (...) (...) z dnia 28 lutego 2011 r., na (...) spoczywa obowiązek, o którym mowa w art. 44 P.t., polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek (...).

Według Sądu Okręgowego bezpodstawny jest zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 2 w z zw. z art. 44 P.t. poprzez ustalenie stawek (...) dla (...) niezgodnie z uprzednio nałożonym na ten podmiot obowiązkiem regulacyjnym. Skoro opłaty (...) dla (...) mają stanowić stawki niezawyżone, to brak jest podstawy, aby kalkulować je w oparciu o ponoszone koszty, czyli w sposób określony dla (...) jako operatora zasiedziałego, posiadającego znaczącą przewagę nad (...) na krajowym rynku usług telekomunikacyjnych. Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że wyliczenie przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej stawek (...) dla (...) nastąpiło w oparciu o koszty operatora nowego na rynku, a więc bez uwzględnienia kosztów rzeczywiście ponoszonych. Przy tym, przez stawki zawyżone - zgodnie z uzasadnieniem decyzji (...) rozumie się stawki (...) wyższe niż stawki (...) obliczone przez organ regulacyjny na podstawie kosztów określonych w oparciu o dane będące w posiadaniu Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, które dotyczą kosztów świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych ponoszonych przez nowego operatora ruchomej publicznej sieci telefonicznej w kolejnych latach od rozpoczęcia przez niego działalności, z uwzględnieniem kosztów usługi roamingu krajowego. Stawki te Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przedstawia w „(...)”, które publikuje na stronie internetowej Urzędu. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, z art. 28 ust. 1 pkt 2 i 6 P.t. wynika, że wydając decyzję o dostępie telekomunikacyjnym i określając wysokość stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...), Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej powinien ustalić je w wysokości takiej, w jakiej zostały określone w opublikowanym „(...)”. Ze „(...)” zaś wynika, że w trakcie rozmów z Komisją Europejską ustalono, iż jedynym uzasadnieniem asymetrii stawek (...) dla nowych operatorów będzie oparcie - co do zasady - stawki (...) o faktycznie ponoszone przez operatora koszty, przy jednoczesnym założeniu, że stawki te dla nowych operatorów będą czasowo zbyt wysokie, co ma im umożliwić nawiązanie konkurencji z przedsiębiorcami o dużo silniejszej pozycji na krajowym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych. Komisja Europejska zgodziła się, aby w przypadku braku danych kosztowych dla poszczególnych nowych operatorów, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej mógł

posłużyć się danymi kosztowymi, jakie posiada. W związku z tym dla (...) oraz innych nowych operatorów ((...), (...)) stawki (...) zostały ustalone w oparciu o kalkulację kosztów w sieciach ruchomych, z uwzględnieniem średniej stawki ważonej 0,1843 zł/min dla 3-ciego i 4-tego roku działalności, z uwzględnieniem kosztów roamingu krajowego oraz dodatkowych kosztów z nim związanych. Zdaniem Sądu Okręgowego, wyliczenia stawki (...) nie dokonano zatem w sposób arbitralny, lecz w oparciu o przyjęty i zaakceptowany przez Komisję Europejską model nowego operatora. Przyjęty model degresywnej asymetrii stawek (...), a także ich wysokość, zapewniły możliwość realnego konkurowania nowych operatorów z operatorami zasiedzającymi. Sąd Okręgowy wskazał, że w celu sprawdzenia prawidłowości wyliczenia przez organ regulacyjny średniej stawki ważonej, powód złożył wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego. Wyjaśnił, że wniosek ten został oddalony z uwagi na prekluzję dowodową, na podstawie art. 47912 § 1 k.p.c. w zw. z art. 9 ust. 7 noweli do k.p.c. z dnia 16 września 2011 r. (Dz.U. Nr 233, poz. 1381). Sąd pierwszej instancji wyjaśnił również, że oddalił wnioski dowodowe zgłoszone w odwołaniu, gdyż zmierzały one do ustalenia kosztów ponoszonych przez (...), a nie oceny, czy stawki (...) ustalone dla nowego operatora, na podstawie art. 44 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, nie były zawyżone.

Sąd Okręgowy uznał za niezasadny zarzut naruszenia art. 19 ust. 1 P.t. z powodu nieuwzględnienia stanowiska Komisji Europejskiej wyrażonego w postępowaniu konsolidacyjnym. Zdaniem Sądu (...) to ocena, stanowisko, czy też pogląd, nie ma więc mocy wiążącej, bo gdyby stanowisko Komisji Europejskiej miało taką moc, wydanie decyzji (...) nie byłoby potrzebne. Wydając zaskarżoną decyzję Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej postąpił zgodnie z art. 19 ust. 1 P.t., gdyż uwzględnił stanowisko Komisji Europejskiej w możliwie najszerszym zakresie. Według Sądu Okręgowego, odstępstwo od stanowiska Komisji Europejskiej usprawiedliwione było sytuacją podmiotu, którego dotyczyła decyzja i interesem publicznym. Gorsza w porównaniu z (...) sytuacja w zakresie konkurowania na krajowym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych i wynikająca z tego konieczność „wyrównania szans” (...) była sytuacją istotną dla działalności tego przedsiębiorcy. Ponadto umocnienie się na rynku nowego operatora leżało w interesie publicznym, który przejawia się oczekiwaniem odbiorców na rozwój konkurencji, co w dłuższej perspektywie przekłada się na większy wybór operatorów, ofert oraz spadek cen detalicznych za usługi. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, czyni to bezzasadnym zarzut naruszenia interesów użytkowników sieci, oparty na treści art. 28 ust. 1 pkt 1 P.t.

Jako niesłuszny ocenił Sąd pierwszej instancji także zarzut naruszenia art. 19 ust. 1 Dyrektywy 2002/21 /WE (dyrektywa ramowa) w związku z art. 13 Dyrektywy 2002/19/WE (dyrektywa o dostępie) poprzez ustalenie asymetrycznych stawek (...). Obie dyrektywy zostały bowiem implementowane do ustawy - Prawo telekomunikacyjne, zaś (...) nie podniósł zarzutu wadliwej ich implementacji. Sąd Okręgowy wskazał, że niniejsza sprawa powinna być rozstrzygnięta na podstawie przepisów ustawy - Prawo telekomunikacyjne, tj. prawa krajowego.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił również zarzutu naruszenia art. 28 ust. 4 P.t. Jak wskazał, w zaskarżonej decyzji uregulowane zostały objęte sporem warunki współpracy w zakresie połączenia sieci (...) i (...). Tymczasem kwestie związane z tranzytem połączeń w czasie negocjacji nie były przedmiotem kontrowersji. W zaskarżonej decyzji Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ustalił zasady współpracy stron w zakresie tranzytu połączeń, za wyjątkiem opłaty za tranzyt. Jednocześnie zobowiązał strony do ustalenia tej opłaty we własnym zakresie, co pozostawiło (...) swobodę w kształtowaniu jej według aktualnej oferty. Zdaniem Sądu, zakres rozstrzygania organu regulacyjnego określa art. 28 ust. 3 P.t., który stanowi, że decyzja o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci może zawierać postanowienia, o których mowa w art. 31 ust. 2 i 3 P.t. Z przepisu tego wynika, że postanowienia, o których mowa w art. 31 ust. 2 i 3 P.t. nie są obligatoryjnymi elementami decyzji o dostępie telekomunikacyjnym. Dlatego bezzasadny okazał się zarzut naruszenia art. 28 ust. 4 w zw. z art. 31 ust. 2 pkt 3a i art. 31 ust. 1 P.t.

Sąd Okręgowy nie zgodził się także z zarzutem naruszenia art. 206 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne w związku z art. 7 Konstytucji RP i art. 6 k.p.a. przez przeniesienie wprost, bez postępowania dowodowego, wysokości stawek (...) dla (...) ze „(...)”. Wskazał, że (...) jest dowodem w sprawie.

Sąd Okręgowy wyjaśnił ponadto, że dopuścił z urzędu dowód z decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr (...) (...) z dnia 14 grudnia 2012 r. na okoliczność posiadania przez organ regulacyjny wiedzy, iż (...) utracił status operatora nowo wchodzącego na skutek wejścia do grupy (...) w czerwcu 2011 r., a w konsekwencji nie ma

uprawnienia do posługiwania się wyższymi (asymetrycznymi) stawkami (...) ustalonymi w zaskarżonej decyzji. Jednakże Sąd pierwszej instancji uznał, że dowód ten nie pozwala na zakwestionowanie prawidłowości zaskarżonej decyzji. Wskazuje on jedynie na fakt, że w dniu wydania tej decyzji, tj. 14 grudnia 2012 r., Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej miał wiedzę, iż w czerwcu 2011 r. (...) utracił przymiot operatora nowo wchodzącego. Dowód ten nie wskazuje jednak na posiadanie przez organ regulacyjny takiej wiedzy w chwili wydania zaskarżonej decyzji. Ponadto Sąd pierwszej instancji podkreślił, że zaskarżona decyzja została wydana na wniosek (...) „niejako” w wykonaniu decyzji nr (...) z dnia 28 lutego 2011 r., której treścią Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej był związany do czasu jej zmiany w dniu 14 grudnia 2012 r. Sąd Okręgowy wskazał, że w dniu 14 grudnia 2012 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej skierował do operatorów telekomunikacyjnych (w tym: (...) i (...)) decyzje dotyczące określenia znaczącej pozycji na rynku zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej, a także nałożenia, utrzymania i zmiany obowiązków regulacyjnych. Decyzje te wprowadziły nowe stawki (...) na jednolitym poziomie dla wszystkich sieci telefonii komórkowej. Podstawą wprowadzenia jednolitych zasad rozliczeń dla wszystkich operatorów sieci komórkowych w Polsce nie była utrata przez (...) statusu podmiotu nowo wchodzącego, lecz realizacja nowych rozwiązań polityki regulacyjnej. Ponadto - zdaniem Sądu pierwszej instancji - jeżeli po wydaniu decyzji z dnia 28 lutego 2011 r. (...) uznał, że (...) nie jest już operatorem nowo wchodzącym, to mógł złożyć do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniosek o jej zmianę w trybie art. 24 pkt 2 lit. c) P.t.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów apelację wniósł powód (...) S.A. z siedzibą w W. (dawniej: (...) spółka z o.o. z siedzibą w W.).

Wyrokiem z dnia 27 grudnia 2017 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie w sprawie VII ACa 1016/17 uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Sądowi Okręgowemu w Warszawie – Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów, pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

W ocenie Sądu odwoławczego, wydając zaskarżony wyrok Sąd Okręgowy naruszył art. 316 § 1 oraz art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przyjęcie w sposób całkowicie dowolny i arbitralny, że w dacie wydania zaskarżonej decyzji (...) był operatorem nowo wchodzącym i w konsekwencji był uprawniony do stosowania asymetrycznych stawek (...). Zdaniem Sądu odwoławczego, Sąd pierwszej instancji przyjął takie założenie, pomimo że w sprawie niesporny jest fakt, iż w czerwcu 2011 r. (a więc przed wydaniem zaskarżonej decyzji) (...) wszedł do grupy kapitałowej (...). Zdaniem Sądu Apelacyjnego okoliczność ta nie musiała automatycznie oznaczać utraty przez (...) statusu operatora nowo wchodzącego, lecz mogła spowodować ten skutek w sytuacji, gdy zainteresowany korzystał z infrastruktury Polkomtela na preferencyjnych zasadach i w związku z tym nie musiał ponosić wysokich kosztów budowy własnej infrastruktury. Przesądzenie tej kwestii wymagało dokonania ustaleń faktycznych w zakresie pozycji rynkowej (...) po przystąpieniu do grupy kapitałowej (...), z uwzględnieniem przepływów finansowych i wzajemnych rozliczeń w ramach tej grupy. Sąd Okręgowy zaniechał dokonania tych ustaleń, co skutkowało nierozpoznanie istoty sprawy, albowiem rozważania prawne Sądu pierwszej instancji dotyczą operatora nowo wchodzącego, w sytuacji, gdy faktyczny status zainteresowanego nie został ustalony.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie jest istotny stan wiedzy Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w dacie wydania zaskarżonej decyzji, lecz fakt wystąpienia danej okoliczności przed jej wydaniem. Dlatego w sytuacji, gdy fakt, iż w czerwcu 2011 r. (...) wszedł do grupy kapitałowej (...), ujawnił się dopiero w toku postępowania sądowego, Sąd pierwszej instancji obowiązany był tę okoliczność uwzględnić, stosując art. 316 § 1 k.p.c. Tymczasem Sąd Okręgowy z jednej strony wadliwie pominął ten fakt, lecz zarazem - bez zbadania okoliczności sprawy - pochopnie uznał, że w dniu 14 grudnia 2012 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej miał wiedzę, iż w czerwcu 2011 r. (...) utracił przymiot operatora nowo wchodzącego. Sąd pierwszej instancji ograniczył się do sformułowania takiego kategorycznego twierdzenia, nie badając, czy zasady udziału zainteresowanego w grupie kapitałowej (...) wpłynęły na zmianę jego pozycji na rynku telekomunikacyjnym. Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy powinien wnikliwie zbadać tę kwestię i dopiero na tej podstawie dokonać oceny prawidłowości zaskarżonej decyzji.

Jeżeli Sąd pierwszej instancji uzna, że w dacie wydania zaskarżonej decyzji (...) był operatorem nowo wchodzącym, powinien rzetelnie ocenić możliwość wykorzystania „(...)” jako podstawy określania stawek (...) dla zainteresowanego,

mając na uwadze, że formułując „(...) r.” Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej powinien przedstawić poddające się weryfikacji podstawy dla przyjętych ostatecznie założeń regulacyjnych, odwołując się do konkretnych i sprawdzalnych danych.

Sąd Okręgowy uwzględni również fakt, że zaskarżona decyzja z dnia 21 października 2011 r. przewiduje dojście (...) do stawki symetrycznej od dnia 1 lipca 2013 r. Natomiast decyzją nr (...) (11) z dnia 28 lutego 2011 r. (tzw. „decyzja (...)”) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ustalił, że na tynku świadczenia usług zakańczania połączeń głosowych w ruchomej sieci telefonicznej (...) nie występuje skuteczna konkurencja, wyznaczył tego operatora jako przedsiębiorcę zajmującego na tym rynku pozycję znaczącą oraz nałożył na niego obowiązki regulacyjne, w tym obowiązek, o którym mowa w art. 44 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek (...). Stawki te zostały przedstawione w „(...)” opublikowanym na stronie internetowej Urzędu. Decyzja (...) została zmieniona w dniu 14 grudnia 2012 r.

Jak wskazał Sąd Apelacyjny, w judykaturze wyrażono trafne stanowisko, że zawarty w uzasadnieniu decyzji (...) harmonogram zmiany stawek określa a priori dla zainteresowanego, jakie stawki i w jakim okresie nie zostaną uznane za zawyżone (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2015 r., sygn. akt III SK 33/14, OSNP 2017, nr 6, poz. 76). Zasadę tę powinien mieć na uwadze Sąd pierwszej instancji.

Na rozprawie w dniu 28 maja 2018 r. strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska w sprawie. Dodatkowo zainteresowany (...) Sp. z o.o. w piśmie z 18 czerwca 2018 r. stwierdził, że poprzednik prawny zainteresowanego – (...) Sp. z o.o. na dzień 21 października 2011 r. i 27 października 2011 r. nie był stroną żadnej umowy o roamingu krajowym zawartej z (...) S.A. W jego ocenie świadczy to, że (...) prawidłowo została uznana przez Prezesa UKE za podmiot nowo wchodzący na rynek usług telekomunikacyjnych, dlatego uzasadnione było zastosowanie względem zainteresowanego asymetrycznych stawek za zakańczanie połączeń.

Na rozprawie w dniu 19 listopada 2018 r. [...]

Rozpoznając sprawę ponownie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

Pismem z dnia 23 kwietnia 2008 r. (...) Sp. z o.o. w W. (obecnie (...) Sp. z o.o.), wystąpiła do (...) Sp. z o.o. w W., obecnie (...) S.A. w W. z wnioskiem o połączenie sieci. Strony prowadziły negocjacje, które jednak nie doprowadziły do zawarcia umowy. /k. 5-6 akt adm./

W dniu 13 maja 2010 r. podpisały protokół rozbieżności zawierający kwestie sporne, co do których nie osiągnęły porozumienia w drodze negocjacji. Z treści tego protokołu wynika, że sporne dla stron pozostawały trzy zagadnienia:

1. zabezpieczenie roszczeń wynikających z umowy,
2. klauzule proponowane przez (...) przewidujące finansowe konsekwencje dla (...) w przypadku uchylecia decyzji Prezesa UKE z dnia 30 września 2008 r. tzw. (...),
3. stawki opłat z tytułu zakańczania połączeń w sieci zainteresowanego (...) (dalej stawki (...)). /k. 28-36 akt adm./

Odnosnie do pozycji rynkowej każdego z operatorów – na rynkach zakańczania połączeń głosowych we własnej sieci zarówno powód jak i zainteresowany mają pozycje znaczące, ponieważ posiadają monopole sieciowe na tego rodzaju usługi. Jednakże porównywanie pozycji obu operatorów na tych rynkach jest bezcelowe, jeśli chodzi o analizę przesłanki, o jakiej mowa w art. 28 ust. 1 pkt 6 PT, ponieważ oba analizowane rynki są rynkami odrębnymi.

Powód ma na tym rynku znacznie silniejszą pozycję niż (...), który wszedł na rynek telekomunikacyjny z wieloletnim opóźnieniem w stosunku do zasiedziały operatorów telefonii komórkowej. Powód ma już określoną markę, bazę klientów oraz infrastrukturę. Zasadniczo zakończył proces rozbudowy swojej sieci uzyskując pokrycie kraju zbliżone do 100%. Ponad 10 lat działał w środowisku mniej konkurencyjnym zarówno na rynku hurtowym jak i detalicznym. W początkowym okresie swojej działalności czerpał znaczne dochody z wprowadzonych usług hurtowych jak i

detalicznych. Obecnie ceny te są już kilkakrotnie niższe. Rosnąca popularność telefonii komórkowej, przy niskim poziomie nasycenia rynku umożliwiała powodowi szybki rozwój w długim okresie czasu. Z czasem wszyscy trzej zasiedziali operatorzy mobilni tj.: powód, (...) S.A. oraz (...) S.A. osiągnęli stabilną pozycję ekonomiczną i udział po ok. 30% rynku i liczbie klientów. Dawało to gwarancję rentowności prowadzonej działalności. Wg szacunków w 2010 r. było blisko 47 mln aktywnych kart SIM, co oznacza penetrację na poziomie 123%. Ze względu na długi okres funkcjonowania na rynku (...) posiada łatwiejszy dostęp do rozbudowanej logistyki. Ponadto w przypadku istnienia znacznej różnicy między liczbami abonentów w sieci małej (...) i dużej (...) połączenia do własnej sieci (wewnętrzne) stanowią znacznie mniejszy procent całości połączeń w sieci małej niż w przypadku dużej sieci. /k. 18v i 19 akt sąd./

Podobnie o części ww. trendów w telefonii ruchomej w Polsce Prezes w Raporcie o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2009 r. wydanym w czerwcu 2010 r. /k. 509, k. 530v akt adm./

Trudniejsza sytuacja (...) w zakresie pozyskiwania własnych klientów, a także wskazuje na o wiele wyższe ryzyko prowadzenia działalności w porównaniu z powodem, co musi znaleźć odzwierciedlenie w wyższym zwrocie kapitału. (...) zaproponowała, aby stawki za zakańczanie połączeń w sieciach stron były symetryczne względem siebie i wynosiły 0,1677 zł/min. Jednakże (...) wskazała, iż jej pozycja rynkowa znacznie różni się od pozycji rynkowej (...) oraz, że w przeciwieństwie do (...) na (...) nie ciąży obowiązek regulacyjny, w tym obowiązek stosowania stawki na poziomie zaproponowanym przez (...). (...) podniosła, iż na obecnym etapie rozwoju prowadzenie działalności wymaga kosztownych inwestycji w rozbudowę infrastruktury telekomunikacyjnej, co uniemożliwia konkurowanie na równych zasadach z (...), która działa na rynku od kilkunastu lat i posiada znacznie lepiej rozwiniętą infrastrukturę telekomunikacyjną. Ponadto (...) podkreśliła, iż wprowadzenie przez nią kolejnej oferty usługowej przyczyni się do rozwoju konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych. W związku z powyższym (...) zaproponowała stawki za zakańczanie połączeń w sieci (...) w wysokości 0,65 zł/min w okresie taryfikacyjnym T1, 0,48 zł/min w okresie taryfikacyjnym T2 oraz 0,40 zł/min w okresie taryfikacyjnym T3. Po bezskutecznym upływie terminu do zawarcia umowy zainteresowana wystąpiła do Prezesa UKE o wydanie decyzji zastępującej umowę o połączeniu sieci. Prezes wszczął w tej sprawie postępowanie administracyjne.

W dniu 10 listopada 2010 r. Prezes URE opublikował swoje stanowisko dotyczące wysokości stawek za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych nowych operatorów (dalej: „(...)”) oparte na wytycznych Zalecenie Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (...). /k. 504–505, k. 506–507 akt adm./

W założeniach przyjętych do Zalecenia Komisja Europejska stwierdziła, że w normalnych warunkach stawki za zakańczanie połączeń powinny być symetryczne i przypadki asymetrii wymagają odpowiedniego uzasadnienia.

Rynki zakańczania połączeń oznaczają sytuację dwukierunkowego dostępu, w której zakłada się, że korzyści z takiego rozwiązania odnoszą wzajemnie łączący się operatorzy, jednakże ponieważ konkurują oni między sobą o abonentów, stawki za zakańczanie połączeń mogą mieć istotne strategiczne znaczenie i wpływ na konkurencję. Istniejący brak harmonizacji w zakresie stosowania zasad księgowania kosztów na rynkach zakańczania połączeń świadczy o potrzebie wspólnego podejścia opartego na standardzie efektywności kosztowej. Stosowanie symetrycznych stawek za zakańczanie połączeń wspierałoby efektywność, zrównoważoną konkurencję i zmaksymalizowałoby korzyści dla konsumentów w zakresie oferowanych cen i usług. W konkurencyjnym otoczeniu operatorzy konkurowaliby na podstawie bieżących kosztów i nie otrzymywaliby rekompensaty za koszty poniesione w wyniku braku wydajności.

Komisja Europejska zaleciła krajowym organom regulacyjnym, aby podczas nakładania kontroli kosztów i obowiązków w zakresie księgowania kosztów w stosunku do operatorów wyznaczonych ustanowić stawki za zakańczanie połączeń w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora. Oznacza to, że stawki te będą również symetryczne. W przypadku, gdy można udowodnić, że nowy podmiot na rynku połączeń ruchomych działający poniżej minimalnej skali efektywności ponosi wyższe jednostkowe koszty przyrostowe (koszty możliwe do uniknięcia) niż operator standardowy, krajowe organy regulacyjne, po stwierdzeniu, że na rynku detalicznym istnieją przeszkody utrudniające wejście na rynek i ekspansję – mogą zezwolić na odzyskanie tych wyższych kosztów

w okresie przejściowym poprzez regulowane stawki za zakańczanie połączeń. Jakkolwiek okres przejściowy nie powinien przekraczać czterech lat od momentu wejścia operatora na rynek. Zalecenie nie narusza poprzednich decyzji regulacyjnych, których dotyczy. Krajowe organy regulacyjne powinny zapewnić, aby do dnia 31 grudnia 2012 r. wprowadzono stawki za zakańczanie połączeń na efektywnym kosztowo i symetrycznym poziomie. W wyjątkowych sytuacjach i jeżeli krajowy organ regulacyjny nie może terminowo przygotować zaleconego modelu kalkulacji kosztów oraz nie jest w stanie wykazać, że metoda inna niż bottom – up (...) oparta na bieżących kosztach prowadzi do wyników zgodnych z niniejszym zaleceniem, wówczas organ ten może uznać ustalanie tymczasowych cen na podstawie alternatywnego podejścia do dnia 1 lipca 2014 r. Jednakże rezultat wynikający z zastosowania alternatywnej metody nie powinien przekraczać średniej stawek za zakańczanie połączeń ustalonej przez krajowe organy regulacyjne stosujące zaleconą metodę kalkulacji kosztów.

Prezes URE przedstawił (...) precyzujące podejście do regulacji stawek za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych nowych operatorów. Jednak przedtem widząc konieczność wprowadzania harmonogramów dotyczących asymetrii stawek dla operatorów, którzy w 2009 r. rozpoczęli działalność telekomunikacyjną, a także potrzebę ustalenia jak najbardziej porównywalnych warunków dotyczących asymetrii dla wszystkich operatorów Prezes URE przeprowadził konsultacje z Komisją Europejską.

Rozmowy miały na celu doprowadzenie do uzgodnień tak, aby Stanowisko dotyczące asymetrii było jak najbardziej zgodne z wykładnią KE oraz zapewniało nowym operatorom możliwość konkurowania z innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Głównym zastrzeżeniem KE w stosunku do projektu (...) było uzasadnienie ewentualnej asymetrii stawek (...). Wg KE asymetria może wynikać wyłącznie z wyższych kosztów świadczenia usług zakańczania połączeń w sieci nowego operatora. Ustalono, że jedynym uzasadnieniem asymetrii dla nowych operatorów zgodnym z Zaleceniem KE będzie oparcie stawki (...) o faktycznie poniesione koszty. Zgodzono się, aby w przypadku braku danych kosztowych dla poszczególnych nowych operatorów Prezes UKE mógł posłużyć danymi kosztowymi, jakie posiada. Podstawowe założenie projektu Stanowiska, tj. wprowadzenie z dniem 1 stycznia 2013 r. symetrii stawek dla operatorów prowadzących działalność na rynku telefonii komórkowej (ruchomej) dłużej niż cztery lata oraz dla podmiotów działających krócej na rynku telekomunikacyjnym (tu (...), który rozpoczął działalność w dniu 31 sierpnia 2009 r.) po ukończeniu czteroletniego okresu asymetrycznego spotkało się z akceptacją KE. Mając to na względzie Prezes UKE wydał regulacyjne „(...)” dla poszczególnych operatorów. /k. 504–505 akt adm./

Z uwagi na to, że inny nowowchodzący operator - (...) S.A. rozpoczął działalność telekomunikacyjną w dniu 31 maja 2009 r., a (...) Sp. z o.o. – w dniu 31 sierpnia 2009 r. Prezes UKE zdecydował, iż z powodu niewielkiej różnicy w okresie rozpoczęcia działalności regulowanie tych podmiotów nastąpi w tym samym terminie oraz na takich samych warunkach, tj. od dnia 1 lipca 2011 r.

Stawki (...) dla (...) i (...) skalkulowano w oparciu o kalkulacje ich kosztów w sieciach ruchomych. Średnia ważona stawka dla 3 i 4 roku działalności z uwzględnieniem kosztów roamingu krajowego oraz dodatkowych kosztów z nim związanych wyniosła 0,1843 PLN/min i dlatego zgodnie z ustaleniem konsultacji z KE, począwszy od dnia 1 lipca 2011 r. harmonogram dla tych operatorów ustalono następująco:

1 lipca 2011 r. 1 stycznia 2012r. 1 lipca 2012 r. 1 stycznia 2013r. 1 lipca 2013 r.

0,280 PLN/min. 0,180 PLN/min. 0,140 PLN/min. 0,137 PLN/min. symetria

Zdaniem Prezesa UKE konieczne było również uwzględnienie w (...) współpracy pomiędzy nowymi podmiotami oraz powiązań kapitałowych. Współpraca pomiędzy poszczególnymi operatorami lub/i powiązania kapitałowe mogą spowodować, że dla potrzeb wdrażania tego stanowiska będą traktowane jako jeden podmiot. Można spodziewać się, że funkcjonując w grupie, operatorzy będą korzystać w stosunkach zewnętrznych z najkorzystniejszej stawki jednego z nich.

Zmiana pozycji konkurencyjnej grupy, tj. uzyskanie łącznie udziałów rynkowych pozwalających na skuteczne konkurowanie z operatorami zasiedzającymi będzie powodować weryfikację asymetrii dla danego podmiotu.

Przekroczenie progu 15%-20% udziałów rynkowych w wyniku przejęcia lub połączenia spółek będzie stanowiło podstawę do ustalenia stawek w sposób analogiczny jak dla innych podmiotów rynkowych osiągających próg minimalnej skali efektywności.

Projekt objętej sporem decyzji był przedmiotem postępowania konsolidacyjnego i konsultacyjnego.

W dniu 16 maja 2011 r. KE przedstawiła swoje stanowisko w procesie konsolidacji między innymi w zakresie opłat pobieranych za zakańczanie połączeń głosowych w sieciach ruchomych. Zaleciła rezygnację z decyzji (...) w rozliczeniach dwustronnych na rzecz ustalenia ogólnie obowiązujących stawek (...) na podstawie procedur analizy rynku. W związku z tym zaleciła wprowadzenie środków regulacyjnych określających szczegółowo stawki za zakańczanie połączeń dla operatorów sieci ruchomych (...), (...) S.A. i (...) S.A., które obowiązywałyby w stosunku do wszystkich pozostałych operatorów. Prezes URE zobowiązał się do wprowadzenia odpowiedniej regulacji. KE zwróciła się też o uwzględnienie w regulacji Zalecenia KE, co wiązało się z uzasadnieniem przez Prezesa UKE, że poziom i czas trwania asymetrii stawek są uzasadnione wyższymi kosztami ponoszonymi przez operatorów nowowchodzących.

W ramach postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęło stanowisko (...) oraz stanowisko powodowego (...).

(...) wskazywał na konieczność utrzymania stawek za zakańczanie połączeń głosowych w jej sieci na wyższym poziomie niż zaproponowano w konsultowanym projekcie decyzji ze względu na: wieloletnie opóźnienie rozpoczęcia działalności gospodarczej w stosunku do powoda, potrzebę uzyskania stabilnej pozycji na rynku w celu sprostania konkurencji. Podkreśliła fakt utrzymywania bardzo silnej pozycji przez (...) na rynku relewantnym dzięki czemu operator ten korzysta z ekonomii skali w znacznie większym stopniu niż (...). Ponadto podniósł, że nie ciąży na nim obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty, o których mowa w art. 40 P.t., a jedynie obowiązek stosowania stawek niezawyżonych.

Z kolei powód w swoim stanowisku konsultacyjnym odnosząc się do zaproponowanej przez (...) stawki za zakańczanie połączeń w jego sieci ruchomej podniósł, że ww. stawka 0,57 zł/min jest zbyt wysoka i oderwana od realiów rynkowych. Wskazał ponadto, że Prezes URE nie przeprowadził wnikliwej analizy rynku i nie uzasadnił wprowadzenia asymetrii stawek (...).

Decyzją z dnia 11 maja 2011 r. (...) (...), na podstawie art. 43a P.t. Prezes UKE zatwierdził szczegółowe warunki regulacyjne m.in. w zakresie realizacji przez (...) obowiązku wynikającego z art. 40 ust. 1 P.t. polegającego na ustaleniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w oparciu o ponoszone koszty, zgodnie z którymi wysokość opłaty (stawki) (...) należnej (...) została ustalona zgodnie z następującym harmonogramem:

- od dnia 1 lipca 2011 r. stawka 0,1520 zł/min.,

- od dnia 1 lipca 2012 r. stawka 0,1223 zł/min. /k. 535–561 akt adm./

W dniu 28 lutego 2011 r. (K 214 – 227 akt administracyjnych) Prezes UKE wydał decyzję nr (...), w której ustalił, że na rynku świadczenia usług zakańczania połączeń głosowych w ruchomej sieci telefonicznej (...) nie występuje skuteczna konkurencja, wyznaczył tego operatora jako przedsiębiorcę zajmującego na tym rynku pozycję znaczącą oraz nałożył na niego obowiązki regulacyjne, w tym obowiązek o którym mowa w art. 44 PT polegający na zakazie stosowania przez (...) zawyżonych stawek (...). Za stawki zawyżone uznano w tej decyzji stawki (...) wyższe niż stawki (...) obliczone przez Prezesa UKE na podstawie kosztów określonych w oparciu o dane będące w posiadaniu Prezesa UKE, które dotyczą kosztów świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych ponoszonych przez nowego operatora ruchomej publicznej sieci telefonicznej w kolejnych latach od rozpoczęcia przez niego działalności, z uwzględnieniem

kosztów usługi roamingu krajowego. Ww. stawki (...) obliczone przez Prezesa UKE zostały przedstawione w już przedstawionym wyżej (...) publikowanym na stronie internetowej UKE – wersja „papierowa”. /k. 504–505 akt adm./

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje.

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł (...) (...) zaskarżając decyzję w zakresie punktu I decyzji co do zapisów § 14 ust. 1 i § 15 ust. 1 oraz co do treści Załącznika do Decyzji Rozdział 1 – Część Finansowa § 4 ust. 4 pkt 3.

W odwołaniu podniesiono zarzuty:

- naruszenia art. 206 ust. 1 pt w zw. z art. 7 Konstytucji RP, art. 6 k.p.a. oraz art. 156 k.p.a. przez ustalenie wysokości stawek (...) za usługę zakańczania połączeń w sieci (...) przez przeniesienie wprost, bez przeprowadzenia postępowania dowodowego, stawek ze stanowiska Prezesa UKE zamieszczonego na stronie internetowej Urzędu a ustalonych bez przeprowadzenia postępowania administracyjnego;

- naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 2 pt w zw. z art. 44 pt poprzez ustalenie opłat za zakańczanie połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...) w sposób sprzeczny z obowiązkiem regulacyjnym nałożonym na (...) skutkiem czego było ustalenie zawyżonych opłat za tę usługę;

- naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 1 pt polegającego na ustaleniu warunków współpracy między (...) (...) a (...) naruszających interesy użytkowników sieci;

- naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 1 pt w zw. z art. 31 ust. 2 pkt 3 lit. a pt oraz art. 31 ust. 1 pt w zw. z art. 156 § 1 pkt 2 i 5 k.p.a. poprzez odstąpienie od określenia opłaty za tranzyt połączenia przez sieć (...) do innej sieci, pozostawiając (...) całkowitą swobodę w kształtowaniu opłaty za taka usługę wobec przyjęcia, że stosowana będzie opłata według aktualnej oferty (...);

- naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 4 pt poprzez wydanie decyzji bez uwzględnienia kryterium charakteru zastałych kwestii spornych oraz praktycznej możliwości wdrożenia rozwiązań dotyczących ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego.

W oparciu o powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę decyzji poprzez:

1. nadanie punktowi I decyzji § 14 ust. 1 następującego brzmienia:

„W celu zabezpieczenia roszczeń wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania Decyzji, (...) przekaże (...) zabezpieczenie w formie nieodwołalnej, bezwarunkowej i stale odnawialnej Gwarancji Bankowej, wystawionej przez bank zaakceptowany przez (...), pozwalającej wyegzekwować na pierwsze żądanie niezapłaconą należność oraz wszystkie inne związane z nią kwoty, wynikające z niewykonania lub nienależytego wykonania Decyzji. Załącznik do niniejszej Decyzji w Rozdziale 4 zawiera Wzór Gwarancji Bankowej. (...) będzie obowiązane przedłożyć Gwarancję Bankową, jeżeli spełniony zostanie jeden z poniższych warunków, tj.:

- 1) (...) prowadzić będzie działalność na rynku telekomunikacyjnym przez okres krótszy niż 3 lata, lub
- 2) poziom bieżącej płynności (...) (stosunek zobowiązań krótkoterminowych do należności krótkoterminowych) będzie równy lub mniejszy niż 0,5 lub
- 3) poziom relacji zobowiązań dłużnych (...) (długu finansowego skorygowanego o wolne zasoby pieniężne) do poziomu zysku (...) (ang. E. I., T., D., and A., tj. zysk bez potrącenia odsetek od zaciągniętych zobowiązań, podatków i amortyzacji) będzie większy lub równy 2,0.

Informacje dotyczące powyższych warunków będą weryfikowane na podstawie sprawozdań finansowych (rocznych lub półrocznych) zaudytowanych zgodnie z wymogami określonymi w przepisach o rachunkowości. W przypadku nieprzedłożenia przez (...) powyższych dokumentów, obowiązek ustanowienia Gwarancji Bankowej będzie wiązał

(...) niezależnie od tego, czy istnieć będą warunki, od których uzależniony jest obowiązek ustanowienia Gwarancji Bankowej. Na wniosek (...) może wyrazić zgodę na ustanowienia zabezpieczenia innego niż Gwarancja Bankowa dalsze postanowienia dotyczące Gwarancji Bankowej będą stosowane odpowiednio.”

1. Nadanie punkowi I decyzji § 15 ust. 1 następującego brzmienia:

„W celu zabezpieczenia roszczeń wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania Decyzji, (...) przekaze (...) zabezpieczenie w formie nieodwołalnej, bezwarunkowej i stale odnawialnej Gwarancji Bankowej, wystawionej przez bank zaakceptowany przez (...), pozwalającej wyegzekwować na pierwsze żądanie niezapłaconą należność oraz wszystkie inne związane z nią kwoty, wynikające z niewykonania lub nienależytego wykonania Decyzji. Załącznik do niniejszej Decyzji w Rozdziale 5 zawiera Wzór Gwarancji Bankowej. (...) będzie obowiązane przedłożyć Gwarancję Bankową, jeżeli spełniony zostanie jeden z poniższych warunków, tj.:

- 1) (...) prowadzić będzie działalność na rynku telekomunikacyjnym przez okres krótszy niż 3 lata, lub
- 2) poziom bieżącej płynności (...) (stosunek zobowiązań krótkoterminowych do należności krótkoterminowych) będzie równy lub mniejszy niż 0,5 lub
- 3) poziom relacji zobowiązań dłużnych (...) (długu finansowego skorygowanego o wolne zasoby pieniężne) do poziomu zysku (...) (ang. E. I., T., D., and A., tj. zysk bez potrącenia odsetek od zaciągniętych zobowiązań, podatków i amortyzacji) będzie większy lub równy 2.0.

Informacje dotyczące powyższych warunków będą weryfikowane na podstawie sprawozdań finansowych (rocznych lub półrocznych) zaudytowanych zgodnie z wymogami określonymi w przepisach o rachunkowości. W przypadku nieprzedłożenia przez (...) powyższych dokumentów, obowiązek ustanowienia Gwarancji Bankowej będzie wiązał (...) niezależnie od tego, czy istnieć będą warunki, od których uzależniony jest obowiązek ustanowienia Gwarancji Bankowej. Na wniosek (...) może wyrazić zgodę na ustanowienia zabezpieczenia innego niż Gwarancja Bankowa dalsze postanowienia dotyczące Gwarancji Bankowej będą stosowane odpowiednio.

2. nadanie w Załączniku zaskarżonej decyzji, Rozdziale 1 –Część Finansowa, § 4 ust. 4 pkt 3 następującego brzmienia

„Opłata na rzecz (...) wnoszona przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z Sieci (...) i zakańczanego w Sieci (...) w okresach taryfikacyjnych T1, T2 i T3 wynosi 0,01zł/min.

Tabela nr 21. Opłaty za tranzyt połączenia przez Sieć (...) do innej sieci.

LP	Tranzyt połączenia przez Sieć (...) do innej sieci [zł/min.]	
1	Tranzyt w okresie T1 i T2	0,01 + stawka za zakończenie w sieci docelowej
2	Tranzyt w okresie T3	0,0075 + stawka za zakończenie w sieci docelowej

Należność na rzecz (...) za połączenia przychodzące z Sieci (...) i tranzytowane przez Sieć (...) do sieci docelowej jest równa sumie iloczynów liczby minut danego rodzaju połączeń i odpowiednich dla danego rodzaju połączenia stawek rozliczeniowych, określonych w Tabeli nr 21 w poszczególnych okresach taryfikacyjnych.”

Odwołanie w zakresie przekazanym do ponownego rozpoznania zasługuje na uwzględnienie.

Wyrok Sądu Okręgowego z dnia 26 maja 2014 r. został uchylony w punkcie I, zmieniającym zaskarżoną decyzję ustalającą wysokość opłat wnoszonych przez (...) na rzecz (...) za minutę połączenia przychodzącego i zakończonego w sieci (...) oraz opłat za tranzyt połączenia przez sieć (...) do innej sieci. Ponadto Sąd Apelacyjny uchylił rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego dotyczące rozliczenia kosztów procesu zawarte w pkt III i IV wyroku Sądu pierwszej instancji. W pozostałej części zaskarżony wyrok uprawomocnił się (w zakresie pkt II sentencji).

Wyrok Sądu Okręgowego z dnia 14 czerwca 2016 r. został uchylony Wyrokiem Sądu Apelacyjnego z dnia 27 grudnia 2017 r. w całości, a zatem przedmiotem ponownego rozpoznania sprawy są jedynie przedstawione w pierwszej części uzasadnienia zagadnienia opłat należnych (...) za połączenia zakańczane w jego sieci oraz opłat za tranzyt połączenia przez sieć (...), a także koszty procesu za obie instancje.

Kwestia podstawową dla rozstrzygnięcia jest zatem ustalenie czy w dacie wydania zaskarżonej decyzji (...) był operatorem nowowchodzącym.

Z decyzji Prezesa UKE z dnia 14 grudnia 2012 r. (...) (...) wynika, że (...) (K 443 akt sądowych i K 448 – 483 akt sądowych), że właścicielem (...) jest (...) S.A., który jest kontrolowany pośrednio przez Z. Ż.. Obok (...), (...) S.A. kontroluje jeszcze dwie inne spółki telekomunikacyjne: (...) sp. z o.o. i (...) A.Z. Ż. sprawuje kontrolę poprzez podmiot zależny 15 (...) sp. z o.o. nad prowadzącymi działalność telekomunikacyjną spółkami (...) sp. z o.o. i (...) S.A.

(...) wchodzi zatem do grupy kapitałowej, wraz z (...) sp. z o.o., (...) S.A., (...) sp. z o.o. i (...) S.A. kontrolowanej przez Z. Ż.. Wszystkie te podmioty prowadzą działalność telekomunikacyjną. Nie przesądza to jednak, czy w wyniku wejścia do grupy (...) utracił status operatora nowowchodzącego.

W przedmiotowej sprawie, żadna ze stron nie wskazuje okoliczności świadczących o tym, że wraz z wejściem do grupy kapitałowej uległy zmianie warunki działania tego podmiotu, a w szczególności aby wpłynęło to na jego pozycje rynkową lub zwiększyło jego konkurencyjność np. poprzez możliwość wykorzystywania infrastruktury innych członków grupy kapitałowej na warunkach preferencyjnych, zwiększenie możliwości technicznych lub finansowych.

Sama decyzja z 14 grudnia 2012 r. odnosi się do pozycji rynkowej (...) na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w jej ruchomej publicznej sieci telefonicznej i nie przesądza o tym, czy spółka ta jest operatorem nowowchodzącym, czy zasiedziałym.

Zgodnie zaleceniem Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (...) podczas nakładania kontroli kosztów i obowiązków w zakresie księgowania kosztów zgodnie z art. 13 dyrektywy 2002/19/WE na operatorów wyznaczonych przez krajowe organy regulacyjne (...) ze względu na ich znaczącą pozycję rynkową na rynkach hurtowego zakańczania połączeń głosowych w poszczególnych publicznych sieciach telefonicznych (zwanym dalej „rynkami zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych”) w wyniku analizy rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE, krajowe organy regulacyjne powinny ustanowić stawki za zakańczanie połączeń w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora. Oznacza to, że stawki te będą również symetryczne.

Wyjątek od powyższej zasady może być stosowany w przypadku gdy można udowodnić, że nowy podmiot na rynku połączeń ruchomych działający poniżej minimalnej skali efektywności ponosi wyższe jednostkowe koszty przyrostowe niż operator standardowy, krajowe organy regulacyjne – po stwierdzeniu, że na rynku detalicznym istnieją przeszkody utrudniające wejście na rynek i ekspansję – mogą zezwolić na odzyskanie tych wyższych kosztów w okresie przejściowym poprzez regulowane stawki za zakańczanie połączeń. Jakikolwiek okres przejściowy nie powinien przekraczać czterech lat od momentu wejścia operatora na rynek.

Zalecenie te sądy krajowe biorą pod uwagę przy rozstrzyganiu sporów, które zostały im przedłożone, w szczególności tam, gdzie rzucają światło na interpretację środków krajowych przyjętych w celu ich wdrożenia (vide (...) (S. C.) (...) D.(...)S. G. vs F.).

W przedmiotowej sprawie Prezes UKE nie ustalił, na rynku detalicznym istnieją przeszkody utrudniające wejście na rynek i ekspansję ani, że (...) na rynku połączeń ruchomych działa poniżej minimalnej skali efektywności i ponosi wyższe jednostkowe koszty przyrostowe niż operator standardowy. Konieczność wykazania przez Prezesa URE ponoszenia przez operatora nowowchodzącego wyższych kosztów jako przesłanki dla wprowadzenia stawek asymetrycznych została wskazana w stanowisku Komisji Europejskiej w toku postępowania konsolidacyjnego, które to stanowisko z mocy art. 19 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne powinien uwzględnić w możliwie najszerszym zakresie. Skoro zatem Prezes UKE nie ustalił, na rynku detalicznym istnieją przeszkody utrudniające wejście na rynek i ekspansję, za trafny należało uznać zarzut naruszenia art. 19 ust. 1 pt poprzez nieuwzględnienie stanowiska Komisji Europejskiej do projektu decyzji wyrażonego w postępowaniu konsolidacyjnym.

Brak ustaleń w powyższym zakresie stanowi równocześnie naruszenia art. 19 ust. 1 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) w zw. z art. 13 (...)WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie) przez nieuwzględnienie pkt 10 Zaleceń Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych.

W tym stanie rzeczy Sąd, działając na podstawie art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c. orzekł jak w pkt I sentencji wyroku.

O kosztach procesu w obu instancjach orzekł na podstawie art. 98, 99 i 108 § 1 k.p.c. stosownie do jego wyniku (pkt II sentencji wyroku).