Sygn. akt ***XVII AmT 50/20***

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 września 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący:	***Sędzia SO Dariusz Dąbrowski***
Protokolant:	st. sekretarz sądowy Jadwiga Skrzyńska

po rozpoznaniu w dniu 13 września 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania ***S. Z.***

przeciwko ***Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej***

z udziałem zainteresowanych ***Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji w W., Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji w W. i Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej w W.***

o ustalenie znaczącej pozycji rynkowej, wyznaczenie przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej i utrzymanie obowiązków regulacyjnych

na skutek odwołania powoda od decyzji częściowej Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 11 grudnia 2019 roku nr (...)

1. uchyla pkt IV.4 decyzji częściowej Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 11 grudnia 2019 roku nr (...),

2. oddala odwołanie w pozostałej części,

3. zasądza od S. Z. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 720 (siedemset dwadzieścia) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Dariusz Dąbrowski

Sygn. akt ***XVII AmT 50/20***

UZASADNIENIE

wyroku z 27 września 2021 r.

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej decyzją częściową z 11 grudnia 2019 r., nr (...) wydaną na podstawie art. 24 pkt 1 i pkt 2 lit. a w związku z art. 22 ust. 1, art. 34 ust. 1 i ust. 2, art. 36, art. 37 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 44 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jednolity: Dz. U. z 2018 r., poz. 1954, dalej „ustawa Prawo telekomunikacyjne" lub „Pt"), oraz art. 104 § 1 i 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania

administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2018 r., poz. 2096, ze zm., dalej „kpa"), w związku z art. 206 ust. 1 i art. 206 ust. 2aa ustawy Prawo telekomunikacyjne:

I. określił rynek właściwy jako hurtowy rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora;

II. ustalił, że na hurtowym rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej;

III. wyznaczył Operatora jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na hurtowym rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora;

IV. nałożył na Operatora następujące obowiązki regulacyjne:

1. obowiązek, o którym mowa w art. 34 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na uwzględnianiu uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w zakresie świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora, poprzez:

a. zapewnienie elementów sieci telekomunikacyjnej niezbędnych do korzystania z usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora,

b. przyznawanie dostępu do interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług,

c. zapewnienie infrastruktury telekomunikacyjnej, kolokacji oraz innych form wspólnego korzystania z budynków niezbędnych do korzystania z usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora,

d. zapewnienie funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług,

e. zapewnienie połączenia sieci lub urządzeń telekomunikacyjnych oraz udogodnień z nimi związanych niezbędnych dla korzystania z usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora,

f. prowadzenie w dobrej wierze negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w zakresie usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora oraz utrzymywanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego w tym zakresie;

2. obowiązek, o którym mowa w art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora, przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowanie usług oraz udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi;

3. obowiązek, o którym mowa w art. 37 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na ogłaszaniu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w zakresie świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora, dotyczących specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, przy czym:

- zakres ogłaszanych 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 przedsiębiorców telekomunikacyjnych wniosku w

sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w zakresie usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora,

- publikacja wskazanych powyżej informacji nastąpi w formie elektronicznej na oficjalnej stronie internetowej (www) Operatora,
- wskazane powyżej informacje należy ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie trzech miesięcy od dnia doręczenia decyzji, a w przypadku zmiany zakresu bądź treści publikowanej informacji należy ją ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 tygodnia od wprowadzonej zmiany;

4. obowiązek, o którym mowa w art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na stosowaniu, opłat za zakańczanie połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora (dalej także „stawki FTR") w wysokości, ustalonej przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwanego dalej „Prezesem UKE" lub „Regulatorem") w oparciu o model operatora efektywnego zgodny z Zaleceniem Komisji z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (2009/396/WE) (dalej także „Zalecenie FTR/MTR"). Wysokość opłaty zostanie ustalona przez Prezesa UKE w odrębnej decyzji częściowej wydanej w niniejszym postępowaniu administracyjnym.

V. Załącznik nr 1 - Dane stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa - stanowi integralną część niniejszej decyzji.

VI. Załącznik nr 2 do niniejszej decyzji zawierający komentarz Prezesa UKE do stanowisk zgłoszonych przez uczestników postępowania konsultacyjnego, jakie zostało przeprowadzone w dniach od 19 grudnia 2018 r. do 18 stycznia 2019 r., stanowi integralną część niniejszej decyzji.

VII. Niniejsza decyzja, stosownie do art. 206 ust. 2aa w związku z art. 206 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, podlega natychmiastowemu wykonaniu.

Powód zaskarżył ww. decyzję w całości. Zaskarżonej decyzji zarzucił:

1. naruszenie art. 8 § 1, art. 9 w zw. z art. 10 § 2 w zw. z art. 40, 49 i 49a kpa poprzez zastosowanie trybu doręczeń pism, w tym zaskarżonej decyzji, (...) w formie obwieszczeń na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej; naruszenie to miało istotny wpływ na wynik sprawy, ponieważ wprowadziło stan niepewności prawnej co do skuteczności działania Prezesa UKE i konieczności stosowania zaskarżonej decyzji, podważyło zaufanie (...) do działań Prezesa UKE, a także utrudniło (...) zapoznanie się z dokumentami postępowania, jak również utrudniło jej udział w tym postępowaniu.

2. naruszenie art. 109 § 1 kpa poprzez niedoręczenie (...) zaskarżonej decyzji w wersji pełnej, zawierającej dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (...); naruszenie to miało istotny wpływ na uprawnienie (...) do wniesienia niniejszego odwołania oraz ma wpływ na realizację przez (...) obowiązków regulacyjnych określonych w skarżonej decyzji, gdyż w istocie uniemożliwia weryfikację na podstawie jakich informacji organ podejmował rozstrzygnięcie.

3. naruszenie art. 7 w zw. z art. 77 § 1 i art. 80 kpa polegające na nieprzeprowadzeniu analizy rynku detalicznego usług telefonicznych, w tym analizy problemów występujących na tym rynku oraz nieprzeprowadzeniu postępowania dowodowego na okoliczność wpływu usług substytucyjnych na rynek usług telefonicznych; naruszenie miało istotny wpływ na wynik sprawy, ponieważ stwierdzenie występowania problemów na rynku detalicznym oraz brak wpływu substytucyjnych usług telekomunikacyjnych na rynek detaliczny są podstawą do regulacji rynku hurtowego; Nadto nie określono w istocie rynku pod kątem geograficznym (w tym zakresie zamieszczono jedynie ogólne teoretyczne wywody z wytycznych, bez odniesienia do konkretnej sprawy i bez oznaczenia zasięgu geograficznego rynku), nie dokonano analizy udziału (...) w rynku, nie dokonano analizy ilości abonentów (...) oraz udziału w rynku ilości abonentów, jak również nie uwzględniono przychodu z działalności objętej regulacją, a nadto nie uwzględniono żadnych aktualnych danych powołując się jedynie w jednym miejscu decyzji na dane z 2017 r., a więc nieaktualne. Podkreślenia wymaga, że roczny przychód z działalności objętej regulacją przekracza niewiele ponad 5 tys. zł, (...) ma ok. 100 aktywnych

abonentów, a tym samym udział w rynku usług jest na poziomie promili. W tej sytuacji nałożenie licznych obowiązków na podmiot o „znaczącej pozycji na rynku" jest irracjonalne, czego nie dostrzegł organ i nie rozpoznał skutków swojej regulacji, które sprowadzają się do upadku firmy i konieczności zamknięcia działalności, gdyż koszty realizacji obowiązków wielokrotnie przekraczałyby przychód z działalności objętej regulacją.

4. naruszenie art. 7 w zw. z art. 77 § 1 i art. 80 kpa polegające na nieprzeprowadzeniu postępowania dowodowego na okoliczność rodzaju usług wchodzących w skład rynku zakańczania połączeń w sieci (...), co miało istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż bez tego badania Prezes UKE uznał za konieczną regulację tego rynku, nadto brak ustaleń w zakresie konkurencji na rynku telekomunikacyjnym, a nade wszystko brak zachowania zasady proporcjonalności regulacji oraz zasady równości wobec prawa (decyzje nie zostały wydane w stosunku do podmiotów konkurencyjnych w stosunku do (...), posiadających znacznie większy udział w rynku usług).

5. naruszenie art. 7 w zw. z art. 77 § 1 i art. 80 kpa polegające na nieprzeprowadzeniu pełnej analizy rynku hurtowego zakańczania połączeń telefonicznych w sieci (...), co miało istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż Prezes UKE uznał, że (...) posiada 100% udziału w rynku zakańczania połączeń w sieci (...), co nie odpowiada faktom.

6. naruszenie art. 7 w zw. z art. 77 § 1 i art. 80 kpa polegające na nieprzeprowadzeniu postępowania dowodowego na okoliczność wpływu usług substytucyjnych na rynek zakańczania połączeń w sieci (...), co miało istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż bez tego badania Prezes UKE uznał za konieczną regulację tego rynku.

7. naruszenie 104 § 2 Kpa polegające na wydaniu decyzji częściowej, co ma istotny wpływ zarówno na możliwość odwołania się od zaskarżonej decyzji jak i jej wykonalność, w sytuacji gdy postępowanie dotyczyło znacznej ilości przedsiębiorców.

8. naruszenie art. 22 ust. I pkt 1 w zw. z art. 24 pkt 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne poprzez:

a. nieprawidłowe określenie (zdefiniowanie) analizowanego rynku detalicznego oraz hurtowego poprzez zbyt wąskie określenie zakresu tych rynków wyłączając w ten sposób z nich część usług telefonicznych, nadto pominięcie określenia zakresu geograficznego rynku, co doprowadziło do irracjonalnego uznania, że rynek ogranicza się do sieci (...), przyjmując monopolistyczną pozycję, pomimo istnienia konkurencji na tym samym rynku geograficznym i promilowym udziale (...) w rynku usług objętych regulacją;

b. poddanie analizowanego rynku hurtowego regulacji ex antę pomimo niewykazania, że rynek ten spełnia wszystkie kryteria testu trzech kryteriów /uzasadniające zastosowanie takiej regulacji/;

9. naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 24 pkt 2 w zw. z art. 25a ust. 1 i 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne poprzez błędne wyznaczenie (...) jako przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej na rynku zakańczania połączeń we własnej sieci, mimo że w rzeczywistości nie są spełnione kryteria testu trzech kryteriów;

10. naruszenie art. 25a ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne poprzez bezzasadne przyjęcie, że (...) zajmuje znaczącą pozycję rynkową w sytuacji, gdy nie wykazano, że (...) na rynku właściwym samodzielnie posiada pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego.

11. naruszenie art. 24 pkt 2 lit. a ustawy Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 34 ust. 1 i 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 107 § 3 kpa poprzez nałożenie na (...) obowiązku polegającego na uwzględnianiu uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w zakresie świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji;

12. naruszenie art. 24 pkt 2 lit. a w zw. z art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 107 § 3 kpa poprzez nałożenie na (...) obowiązku polegającego na niedyskryminującym traktowaniu przedsiębiorców

telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia usługi zakończenia połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji;

13. naruszenie art. 24 pkt 2 lit. a w zw. z art. 37 ust. 1 i 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 107 § 3 kpa poprzez nałożenie na (...) obowiązku polegającego na ogłaszaniu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w zakresie świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji;

14. naruszenie art. 24 pkt 2 lit. a w zw. z art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 107 § 3 kpa poprzez nałożenie na (...) obowiązku polegającego na stosowaniu opłat za zakończenie połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji w wysokości określonej przez Prezesa UKE na podstawie modelu operatora efektywnego zgodnego z Zaleceniem Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych;

Przedmiotowe obowiązki (art. 34 ust. 1 i 2, art. 36, art. 37 i art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne) zostały nałożone w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny do problemów rynkowych (niezgodnie z art. 7b kpa oraz art. 24 pkt 2 lit. a ustawy Prawo telekomunikacyjne), których Prezes UKE również nie zidentyfikował prawidłowo.

Wobec powyższego wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, ewentualnie o uchylenie o zmianę zaskarżonej decyzji w następujący sposób:

a. w pkt IV ppkt 1 sentencji zaskarżonej decyzji nałożenie obowiązku z art. 34 ust. 1 i 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne ograniczonego do:

• zapewnienia elementów sieci telekomunikacyjnej niezbędnych do korzystania z usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji;

• zapewnienia funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej;

• zapewnienia połączenia sieci lub urządzeń telekomunikacyjnych oraz udogodnień z nimi związanych niezbędnych dla korzystania z usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji;

• prowadzenia w dobrej wierze negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego w zakresie usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji oraz utrzymywanie uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego w tym zakresie;

b. w pkt IV ppkt 2 sentencji zaskarżonej decyzji usunięcie obowiązku z art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne;

c. w pkl IV ppkt 3 sentencji zaskarżonej decyzji nałożenie obowiązku z art. 37 ustawy Prawo telekomunikacyjne ograniczonego do rodzajów wykonania połączenia sieci, miejsc przyłączenia sieci do sieci (...) oraz opłaty za zakończenie połączenia w sieci (...);

d. w pkt IV ppkt 4 sentencji zaskarżonej decyzji zmianę obowiązku z art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne na zakaz podwyższania stawki za zakańczanie połączeń w sieci (...).

Wniósł również o zasądzenie Prezesa UKE na rzecz powoda zwrotu kosztów procesu według norm przepisanych.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany Prezes UKE wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

Dnia 6 grudnia 2018 r. Prezes UKE wszczął z urzędu, po przeprowadzeniu analizy hurtowego rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora, postępowanie administracyjne w sprawie:

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 Pt, 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 uchylenia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku.

Dowód: Zawiadomienie Prezesa UKE z 6 grudnia 2018 r., k. 1 akt adm. (t. 1)

Pismem z dnia 4 stycznia 2019 r. Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji (dalej „KIGEiT") złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. KIGEiT została dopuszczona do postępowania na prawach strony w dniu 30 stycznia 2019 r.

Dowód: Wniosek z 4 stycznia 2019 r., k. 220 akt adm. (t. 1),

Postanowienie Prezesa UKE z 30 stycznia 2019 r., k. 245 (t. 1)

Pismem datowanym na 3 stycznia 2019 r. Polska Izba Komunikacji Elektronicznej (dalej „PIKE") złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. PIKE została dopuszczona do postępowania na prawach strony.

Dowód: Wniosek z 3 stycznia 2019 r., k. 208 akt adm. (t. 1),

Postanowienie Prezesa UKE z 30 stycznia 2019 r., k. 254 (t. 1)

Dnia 25 lutego 2019 r. na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej zostały opublikowane nadesłane w toku konsultacji stanowiska zainteresowanych podmiotów.

(okoliczność bezsporna)

W dniu 28 marca 2019 r. Prezes UKE rozpoczął postępowanie konsolidacyjne dotyczące projektu decyzji.

Dowód: Pismo Prezesa UKE z 28 marca 2019 r., k. 555 akt adm. (t. 1)

W dniu 4 kwietnia 2019 r. Komisja Europejska (dalej również „KE") skierowała do Prezesa UKE żądanie przekazania informacji dotyczącej konsolidowanego projektu, na które odpowiedź została udzielona przez Prezesa UKE 9 kwietnia 2019 r.

Dowód: Pismo Prezesa UKE z 9 kwietnia 2019 r., k. 562 akt adm. (t. 1)

Pismem z dnia 11 kwietnia 2019 r. Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (dalej „PIIT") złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. PIIT została dopuszczona do postępowania na prawach strony w dniu 15 maja 2019 r.

Dowód: Wniosek z 11 kwietnia 2019 r., k. 570 akt adm., (t. 1)

Postanowienie Prezesa UKE z 15 maja 2019 r., k. 573 (t. 1)

W dniu 26 kwietnia 2019 r. Komisja Europejska wydała decyzję, w której zgłosiła uwagi zgodnie z art. 7 ust. 3 dyrektywy 2002/21/WE oraz otworzyła II etap postępowania na podstawie art. 7a dyrektywy 2002/21/WE zmienionej dyrektywą 2009/140/WE w sprawie PL/2019/2156.

Dowód: Decyzja z 26 kwietnia 2019 r., k. 590v akt adm. (t. 1)

W dniu 10 czerwca 2019 r. Europejski Organ Regulatorów Łączności Elektronicznej wydał opinię BoR ((...) w sprawie (...). Kolejno, 26 sierpnia 2019 r. KE wydała Zalecenie kończące postępowanie konsolidacyjne w sprawie (...). KE zaleciła w nim, aby Prezes UKE zmienił lub wycofał zgłoszony projekt środka w celu zapewnienia, by ocenę efektywnych kosztów na potrzeby kalkulacji stawek stosowanych na rynkach zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych w Polsce opierano wyłącznie na metodzie (...) będącej najbardziej odpowiednią metodą regulacji stawek stosowanych na rynkach zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych. KE stwierdziła, że Prezes UKE powinien wdrożyć nowe stawki FTR oparte wyłącznie na modelu kalkulacji kosztów (...), określając szczegółowy i wiążący harmonogram opracowania i finalizacji modelu opartego wyłącznie na metodzie (...), w tym wprowadzenia nowych stawek wyliczonych przy użyciu tego modelu. Do tego czasu (w okresie przejściowym) Prezes UKE powinien ustalić - niezwłocznie, a w każdym razie nie później niż do dnia 31 października 2019 r. - stawki FTR przez odniesienie do wartości referencyjnej odzwierciedlającej średnie koszty FTR obliczone przez inne krajowe organy regulacyjne z UE wyłącznie w oparciu o model kalkulacji kosztów (...). (okoliczność bezsporna)

Prezes UKE zdecydował, aby nie wprowadzać zmian do konsolidowanego projektu decyzji. W ocenie Regulatora przyjęte rozstrzygnięcie zapewnia uwzględnienie Zalecenia KE w największym możliwym stopniu, to znaczy docelowe wprowadzenie opłat za zakańczanie połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora w wysokości, ustalonej przez Prezesa UKE w oparciu o model operatora efektywnego zgodny z Zaleceniem FTR/MTR, co odzwierciedla powyższa sentencja decyzji częściowej. Z kolei zastosowanie rozwiązań tymczasowych sugerowanych przez KE skutkowałoby zaistnieniem istotnego ryzyka związanego z użyciem uśrednionych wartości z obcych rynków i możliwością zakwestionowania takich rozstrzygnięć, ponieważ byłyby to decyzje w żaden sposób nieoparte na danych kosztowych polskiego operatora, który jest decyzją regulowany. Polski rynek połączeń głosowych w sieciach stacjonarnych cechuje duża dojrzałość i konkurencyjność, zróżnicowanie operatorów o różnej skali, działających w oparciu o różne technologie. Rynek ten wykazuje też tendencje schyłkowe. Taka specyfika nie uzasadnia zastosowania uśrednionych wartości z innych rynków cechujących się odmienną lokalną specyfiką i poziomem rozwoju oraz konkurencji. Następnie, w dniu 8 października 2019 r. Prezes UKE przekazał Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów projekt decyzji celem zajęcia stanowiska.

Dowód: Pismo z 8 października 2019 r., k. 658 akt adm. (t. 2)

Postanowieniem z dnia 18 października 2019 r. Prezes UOKiK zaakceptował projekt decyzji.

Dowód: Postanowienie Prezesa UKE z dnia 18 października 2019 r., k. 3683 akt adm. (t. 3)

Pismem z dnia 6 listopada 2019 r. Prezes UKE zawiadomił strony o faktach znanych z urzędu oraz o uprawnieniach przysługujących stronom na podstawie art. 10 kpa. (okoliczność bezsporna)

Postanowieniem z dnia 7 listopada 2019 r. Prezes UKE poinformował strony o ograniczeniu wglądu do akt postępowania stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dowód: Postanowienie z 7 listopada 2019 r., k. 2475 akt adm., (t. 2)

Pismem z dnia 3 grudnia 2019 r. PIKE złożyła stanowisko w sprawie.

Dowód: Stanowisko PIKE z 3 grudnia 2019 r., k. 4921 akt adm. (t. 6)

Postanowieniem z dnia 6 grudnia 2019 r. Prezes UKE poinformował strony o ograniczeniu wglądu do akt postępowania stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dowód: Postanowienie Prezesa UKE z 6 grudnia 2019 r., k. 4908 akt adm. (t. 6)

W dniu 11 grudnia 2019 r., Prezes UKE wydał decyzję częściową, zaskarżoną w niniejszym postępowaniu.

Dowód: Decyzja częściowa z 11 grudnia 2019 r., k. 10386 akt adm. (t. 18)

W dniu 18 grudnia 2020 r. Komisja Europejska przyjęła rozporządzenie delegowane (...), uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) (...) poprzez określenie jednolitej maksymalnej ogólnounijnej stawki na zakończenie połączenia głosowego w sieci ruchomej oraz jednolitej maksymalnej ogólnounijnej stawki za zakończenie połączenia głosowego w sieci stacjonarnej. Akt Delegowany został sprostowany przez Komisję Europejską w dniu 17 stycznia 2021 r. Publikacja Aktu Delegowanego nastąpiła w dniu 22 kwietnia 2021 r. Wszedł on w życie od dnia 1 lipca 2021 r. (bezsporne, fakt znany Sądowi z urzędu)

Decyzją częściową z dnia 16 czerwca 2021 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej umorzył w części postępowanie administracyjne wszczęte z urzędu w dniu 6 grudnia 2018 r. w sprawie:

a) 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 Pt, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych, zwanego dalej "rynkiem właściwym"

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 uchylenia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku,

w części dotyczącej określenia wysokości opłat za zakańczanie połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji (stawka FTR).

Bezsporne, decyzja Prezesa UKE z 16 czerwca 2021 r., k. 207-210 akt sądowych

Powyżej opisany stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o dowody z dokumentów zgromadzonych w postępowaniu administracyjnym, których prawdziwość, wiarygodność i moc dowodowa nie była podważana w postępowaniu sądowym, jak też na podstawie twierdzeń stron.

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

W ocenie Sądu skarżona decyzja w przeważającej części jest prawidłowa, dlatego też odwołanie w zasadzie podlegało oddaleniu. Uchylenie pkt IV.4 decyzji spowodowane było wydaniem przez Komisję Europejska Rozporządzenia z dnia 18 grudnia 2020 r.

Odnosząc się zaś do kolejnych zarzutów podnoszonych w odwołaniu należy wskazać co następuje.

Zarzuty naruszenia przez pozwanego przepisów postępowania administracyjnego (zarzuty od 1 do 7), tj. art. 8§1, 9 w zw. z art. 10§2 w zw. z art. 40, 49 i 49a 4 k.p.a.; art. 109 k.p.a., art. 7 w zw. z 77§1 i art. 80 k.p.a. oraz 104§2 k.p.a. Sąd uznał za chybione. Należy wskazać przede wszystkim na utrwalone w judykaturze stanowisko, że zasadniczo, tego typu zarzuty są nieskuteczne przez Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ponieważ Sąd ten nie może ograniczyć sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. Celem postępowania nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu. Postępowanie sądowe przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym, co nie pozbawia jednak stron możliwości zgłoszenia nowych twierdzeń faktycznych i nowych dowodów, według zasad obowiązujących w postępowaniu cywilnym. Sąd antymonopolowy jest sądem cywilnym i prowadzi sprawę cywilną, wszczętą w wyniku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, w tym wypadku Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, według reguł kontradyktoryjnego postępowania cywilnego, a nie sądem legalności decyzji administracyjnej, jak to czynią sądy administracyjne w postępowaniu sądowo-administracyjnym. Tylko takie odczytanie relacji pomiędzy postępowaniem administracyjnym i postępowaniem sądowym może uzasadniać dokonany przez racjonalnego ustawodawcę wybór między drogą postępowania cywilnego i drogą postępowania sądowo-administracyjnego dla wyjaśnienia istoty sprawy (por. np.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 r., sygn. akt III CRN 120/91; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998 r., sygn. akt I CKN 265/98; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 1999 r., sygn. akt I CKN 351/99; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2001 r., sygn. akt I CKN 1036/98; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2005 r., sygn. akt III SZP 2/05). Jednakże, nawet gdyby przyjąć, że w postępowaniu administracyjnym doszło do uchybień proceduralnych, to zarzuty w tym zakresie nie mogą być skuteczne, o ile uchybienia te mogą być sanowane w toku postępowania sądowego mającego na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sporu, bowiem tutejszy Sąd zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu ciężaru dowodu i obowiązku stron w postępowaniu dowodowym.

Co się zaś tyczy poszczególnych wskazanych naruszeń kodeksu postepowania administracyjnego, to należy wskazać, że zgodnie z treścią art. 25 c pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne (dalej Pt) „rozstrzygnięcie, o którym mowa w art. 23 ust. 1 albo w art. 24 ogłasza się na stronie podmiotowej BIP UKE". Nadto art. 49§1 k.p.a. stanowi, że: „Jeżeli przepis szczególny tak stanowi, zawiadomienie stron o decyzjach i innych czynnościach organu administracji publicznej może nastąpić w formie publicznego obwieszczenia, w innej formie publicznego ogłoszenia zwyczajowo przyjętej w danej miejscowości lub przez udostępnienie pisma w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej właściwego organu administracji publicznej". Prowadzi to do stwierdzenia, że Prezes UKE działał w granicach prawa, a jego działanie nie wpłynęło na możliwości ochrony prawnej powoda. Powód został prawidłowo poinformowany o sposobie dokonywanych w postępowaniu doręczeń wraz z zawiadomieniem o wszczęciu postępowania (...) w dniu 14 grudnia 2018 r.. Także fakt połączenia spraw do wspólnego rozpoznania ma umocowanie w art. 62 k.p.a. i uzależnia od wystąpienia łącznie trzech przesłanek, które w ocenie Sądu zostały spełnione, a Sąd podziela w pełni stanowisko zawarte przez Prezesa UKE w odpowiedzi na odwołanie (k. 98v akt sprawy).

Podobnie za bezpodstawny należy uznać zarzut niedoręczenia powodowi zaskarżonej decyzji w wersji pełnej, zawierającej dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki. W niniejszym postępowaniu odpowiednim postanowieniem Prezes UKE ograniczył prawo wglądu do danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a

postanowienie to nie zostało zaskarżone ani w tym, ani w innym postępowaniu. Wobec powyższego akta sprawy mogą być udostępniane jedynie w takim zakresie, który nie doprowadzi to do ujawnienia takiej tajemnicy.

Należy zgodzić się przy tym z pozwanym, że sam fakt utajnienia załącznika do decyzji w żaden sposób nie zmienia jej merytorycznej wagi i zasadności. W toku postępowania przed Sądem każdy podmiot może zapoznać się z aktami sprawy, w takim zakresie, w jakim nie doprowadzi to do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo spółka może skorzystać z możliwości zawartej w art. 49b k.p.a. i zwrócić się do UKE o udostępnienie decyzji w wersji papierowej z załącznikiem zawierającym dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a wniosek taki zostanie rozpoznany w takim zakresie w jakim nie doprowadzi to do naruszenia przepisów prawa.

Podobnie za nieprawidłowe należy uznać zarzuty naruszenia art. 7 w zw. z art. 77§1 i art. 80 k.p.a. w zw. z art. 206 ust. 1 Pt.

I tak jeżeli chodzi o zarzut nieprzeprowadzenia analizy rynku detalicznego, to należy wskazać, że decyzja dotyczy rynku hurtowego. Są to dwa różne rynki, charakteryzujące się zupełnie innymi cechami, nakładanymi obowiązkami, a stawki na rynku detalicznym są znacząco odmienne niż na rynku hurtowym. Postępowanie zostało wszczęte tylko i wyłącznie co do analizy rynku hurtowego, na co jednoznacznie wskazał pozwany w postanowieniu o wszczęciu postępowania. Natomiast jak słusznie wskazał Prezes UKE rynek detaliczny był analizowany w celu wyodrębnienia usług, z którymi wiąże się zakańczanie połączeń w lokalizacji stacjonarnej (o stałym adresie), znajdującej się w określonej sieci stacjonarnej (publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji) należącej do operatora telekomunikacyjnego, z wyjątkiem połączeń kierowanych do numerów niegeograficznych. Każda z wyodrębnionych usług rynku detalicznego doprowadziła do ustalenia zasadności ich włączenia do rynku hurtowego zakańczania połączeń w sieci stacjonarnej. Należy przy tym mieć na uwadze fakt, że niezależnie od rynku detalicznego udział powoda w rynku hurtowym wynosi zawsze 100%. Ani wartość rynku detalicznego, ani prognozy jego rozwoju nie mają dla wydania skarżonej decyzji znaczenia. Tak więc zarzuty dotyczące nieprzeprowadzenia pełnej analizy rynku detalicznego, wobec tego, że decyzja dotyczy rynku hurtowego, są bezprzedmiotowe.

Należy przy tym dodać, że w dacie wydawania decyzji obowiązywało Zalecenie 2014 (Zalecenie Komisji z dnia 9 października 2014 r. w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych 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 elektroniczne), które określało (...) jako „Hurtowy rynek usługi zakańczania połączeń w poszczególnych publicznych sieciach telefonicznych w stałej lokalizacji" i zwalniało Organ zgodnie z punktem 2 Zalecenia z przeprowadzenia testu trzech kryteriów. Nie ma przy tym znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy fakt wydania w dniu 18 grudnia 2020 roku (ponad rok od wydania skarżonej decyzji) Zalecenia Komisji (UE) (...) w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) (...) ustanawiającą Europejski kodeks łączności elektronicznej. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uzasadnieniu wyroku z dnia 1 marca 2018 roku wydanego w sprawie II SK 10/17: „Zmiana Zalecenie KE oraz opracowanie nowego modelu regulacyjnego są okolicznościami uzasadniającymi weryfikację adekwatności i proporcjonalności obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę o znaczącej pozycji rynkowej na rynku zakończenia połączeń w jego sieci telekomunikacyjnej". Sąd nie jest regulatorem i nie może go zastępować, może jedynie ocenić wydaną decyzję zgodnie ze stanem prawnym istniejącym w czasie wydania decyzji. Zmiana Zalecenia nie może stanowić podstawy do uchylenia skarżonej decyzji.

Sąd w pełni podziela stanowisko pozwanego, że dokonał, wbrew stawianym przez powoda zarzutom, pełnej i kompleksowej analizy rynku hurtowego zakańczania połączeń w sieci stacjonarnej. Analiza rynku została przedstawiona na stronach 19-22 skarżonej decyzji. Prezes UKE wskazał w analizie podstawy prawne wyznaczenia przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej na rynku właściwym, opisał specyfikę rynku zakańczania połączeń w sieci stacjonarnej. Specyfika ta polega na tym, że realizacja połączenia inicjowanego w dowolnej sieci jest kończone w sieci stacjonarnej Operatora, u którego użytkownik końcowy posiada usługę. Tylko Operator danej sieci może zakańczać połączenie w swej sieci. Wskazać należy, że Komisja Europejska w czasie postępowania konsolidacyjnego nie wskazała,

aby rynek, jak też udziały w tym rynku poszczególnych Operatorów (w tym powoda) były nieprawidłowo opisane, ocenione i obliczone. Zarzuty Komisji dotyczyły sposobu określenia wysokości stawek FTR, a w tym zakresie Sąd uchylił dotyczący tego zagadnienia pkt IV.4 decyzji.

Należy przy tym wskazać, że powód nie udowodnił, aby jego udziały w rynku zakańczania połączeń w sieci stacjonarnej były inne niż 100%. W tym miejscu wskazać należy, że Sąd pominął dowody zaproponowane przez powoda w postaci świadków oraz dokumentów. Proponowane dowody nie dotyczyły rynku hurtowego i nie miały żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania dotyczącego rynku zakańczania połączeń w sieci stacjonarnej.

Mając powyższe na uwadze oraz treść art. 24 pkt 1 i 2a w zw. z art. 22 ust. 1 Pt Sąd uznał, że Prezes UKE prawidłowo określił rynek właściwy jako hurtowy rynek świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora, ustalił, że na hurtowym rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej oraz wyznaczył Operatora jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na hurtowym rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora. Sąd w pełni podziela przy tym treść analizy rynku właściwego w skali produktowej i geograficznej, analizy znaczącej pozycji rynkowej powoda oraz przesłanek ustalenia jego znaczącej pozycji rynkowej na wskazanym rynku (k. 17-28 akt sprawy), wobec czego nie będzie ponownie przytaczać tych ustaleń.

Podobnie jako nieprawidłowy należy uznać zarzut naruszenia art. 104 k.p.a. poprzez wydanie decyzji częściowej. Wskazany przepis w §2 wskazuje, że: „Decyzje rozstrzygają sprawę co do jej istoty w całości lub w części albo w inny sposób kończą sprawę w danej instancji.” Z uzasadnienia tego zarzutu wynika, że powód odnosi wydaną decyzję w zasadzie jedynie do regulacji określonej w art. 44, jedynie marginalnie zauważając, że nałożone zostały także inne obowiązki, oceniając ich znaczenie w sposób nieprawidłowy. Wobec zastrzeżeń wskazanych przez Komisję co do sposobu określenia stawek FTR, Prezes UKE słusznie uznał, że wobec nie zgłoszenia w postępowaniu konsolidacyjnym zastrzeżeń do innych nałożonych na Operatora obowiązków, może on decyzją częściową nałożyć je na Przedsiębiorcę, a w dalszym postępowaniu określić stawkę zgodnie z zaleceniami Komisji. Zdaniem Sądu Organ obowiązek określony w pkt IV.4 powinien także określić w wraz ze stawką w kolejnej decyzji częściowej. W decyzji z 11 grudnia 2019 r. w pkt IV.4 została zamieszczona pusta norma i jako taka powinna zostać z decyzji wyeliminowana, co spowodowało uchylenie tego punktu w wyroku. Nie zmienia to faktu, że sama decyzja częściowa zawierająca określenie rynku właściwego i Operatora wyznaczonego oraz pozostałych obowiązków jest prawidłowa i brak jest podstaw, aby ją uchylić. Dodać przy tym należy, że w Rozporządzeniu delegowanym Komisji (...) w pkt 2 Komisja wskazała, że: „... wejście w życie niniejszego rozporządzenia nie będzie miało wpływu na obowiązki niezwiązane z ustalaniem cen nałożone obecnie przez krajowe organy regulacyjne na operatorów o znaczącej pozycji rynkowej w odniesieniu do usług zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych lub ruchomych, a zatem pozostaną one ważne do czasu ich przeglądu zgodnie z przepisami unijnymi i krajowymi”. Jak wyżej wskazano wydanie Zalecenia 2020 może stanowić asumpt do dokonania przeglądu rynku przez Organ, ale nie wpływa na treść skarżonej Decyzji.

Przechodząc do zarzutów prawa materialnego to należy podnieść, że są one także niezasadne.

Zarzut dotyczący nieprawidłowego określenia (zdefiniowania) analizowanego rynku detalicznego oraz hurtowego polegający na zbyt wąskim określeniu zakresu tych rynków wyłączając w ten sposób z nich część usług telefonicznych oraz niewykazania, że rynek ten spełnia wszystkie kryteria testu trzech kryteriów jest bezzasadny. Jak już wyżej wskazano rynek, którego dotyczy decyzja został opisany w Zaleceniu 2014 i nie podlega testowi trzech kryteriów.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 pkt 1 Pt po przeprowadzeniu analizy, o której mowa w art. 21 ust. 1, Prezes UKE przeprowadza postępowanie w celu 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". Natomiast art. 24 pkt 1 Pt podnosi, że po przeprowadzeniu postępowania, o którym mowa w art. 22 ust. 1, Prezes UKE, w przypadku ustalenia, że na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy

telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, wydaje decyzję, w której określa rynek właściwy w sposób określony w art. 22 ust. 1 pkt 1. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem powoda, aby pozwany powyższe przepisy naruszył. W pkt 2.2 uzasadnienia decyzji Prezes Urzędu bardzo precyzyjnie wyjaśnił w jaki sposób dokonał analizy rynku produktowego i co spowodowało, że do rynku tego nie zostały włączone usługi OTT i Sąd tą analizę w pełni podziela. Nie ma przy tym znaczenia jakie usługi zostały wskazane jako część rynku produktowego w decyzjach dotyczących innych rynków. Z treści uzasadnienia odwołania można mieć wrażenie, że Operator stara się objąć treścią decyzji całą prowadzoną przez siebie działalność telekomunikacyjną, tymczasem dotyczy ona tylko i wyłącznie rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora. Wszystkie połączenia kierowane do użytkowników sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora są zakańczane w tej sieci, natomiast zakańczane numery (także (...)), w sieci innego operatora niż właściciel sieci, są zakańczane w sieci innego operatora i kwestia rozciągnięcia regulacji na inne podmioty nie ma znaczenia dla tej decyzji, która dotyczy indywidulanego przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej na rynku zakańczania połączeń w publicznej sieci w stałej lokalizacji.

Mając powyższe na uwadze powyższe za bezzasadny należy uznać zarzut nr 2 i 3 (merytoryczny) naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 24 pkt 2 w zw. z art. 25a ust. 1 i 2 Pt oraz art. 25a Pt.

Jeszcze raz należy wskazać, że każdy operator stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej jest jedynym dostawcą usługi zakańczania połączeń we własnej sieci. Oznacza to, że w sieci konkretnego operatora można mówić o jednorodnej usłudze zakańczania połączeń, gdyż przyłączenie użytkownika końcowego do sieci operatora powoduje, że tylko on uzyskuje techniczną możliwość zakańczania połączeń kierowanych do lokalizacji (numerów) funkcjonujących w jego sieci. We wskazanym zakresie każdy operator jest monopolistą działającym w sposób niezależny od konkurentów i kontrahentów. Tak silna pozycja powoduje, że powyższy rynek nie jest skutecznie konkurencyjny (podobnie Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 grudnia 2009 roku w sprawie VI ACa 543/09).

Sąd nie znalazł podstaw do uznania za zasadne zarzutu naruszenia art. 24 pkt 2 lit a Pt poprzez nałożenie na Operatora obowiązków regulacyjnych określonych w pkt IV.1-3 skarżonej Decyzji.

Jeżeli Prezes URE po przeprowadzeniu analizy rynku uzna Operatora za posiadającego znaczącą pozycję na wskazanym rynku, stosowanie do okoliczności, może nałożyć na niego obowiązki regulacyjne. Jak wyżej wskazano Organ dokonał prawidłowej analizy rynku hurtowego świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora (powoda), co dało podstawy do nałożenia na powoda obowiązków regulacyjnych. Zdaniem Sądu obowiązek dostępu (art. 34 ust. 1 Pt), obowiązek niedyskryminacji (art. 36 Pt) i obowiązek przejrzystości (art. 37 ust. 1 Pt) zostały nałożone prawidłowo bez naruszenia zasady proporcjonalności i adekwatności nałożonych obowiązków, a wszelkie rozważania Prezesa UKE w tym zakresie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w pełni podziela.

Wydana w trybie art. 24 Pt decyzja służy regulacji rynku ex ante, której celem jest zapobieżenie zagrożeniom dla rynku wynikającym z faktu posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej. Z istoty rzeczy, w regulacji ex ante Prezes UKE nie dokonuje ustaleń faktycznych dotyczących występowania określonych niepożądanych dla rozwoju rynku zjawisk, lecz jedynie ustala czy wystąpienie takich zjawisk jest możliwe w przyszłości w oparciu o rozumowanie oparte na zasadach logiki i doświadczenia życiowego (domniemanie faktyczne) (tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 września 2019 roku wydanym w sprawie I NSK 57/18). Dlatego też zarzuty powoda dotyczące nie przedstawienia przez Organ żadnych przykładów nieprawidłowych zachowań Operatora odmawiających dostępu do sieci, nie mają oparcia w obowiązujących przepisach. Zgodzić się należy z pozwanym, że nakładane obowiązki są odpowiedzą na możliwe problemy rynkowe. Sąd w pełni podziela zapatrywania Prezesa Urzędu co do możliwych problemów rynkowych jakie zostały wskazane w uzasadnieniu Decyzji. Z uwagi na charakterystykę rynku, istnienie tożsamych problemów rynkowych uzasadnia zastosowanie podobnej regulacji. Jednocześnie obciążenie wynikające z obowiązków jest proporcjonalne w stosunku do każdego przedsiębiorcy, z uwagi na wielkość jego działalności. Oczywistym jest bowiem, że mimo nawet tożsamej treści obowiązku, mały przedsiębiorca nie będzie miał do rozpoznania np. tylu wniosków o dostęp co duży przedsiębiorca. Należy także

wskazać, że Operator kilkukrotnie pisząc w odwołaniu o drakońskich efektach regulacji dla jego Przedsiębiorstwa, w zasadzie nie wyjaśnia co ma na myśli. Z cała pewnością decyzja nie nakłada na Operatora budowy nowych punktów styku, czy wynajmowania „Kancelarii" lub nieruchomości, powód w żaden sposób nie wyjaśnił, z czego takie obowiązki wywodzi, tym bardziej, że nie został wszak nałożony na niego obowiązek określony w art. 39 Pt.

Odnosząc się zaś do poszczególnych obowiązków, to należy podnieść, że jak wskazał w decyzji Prezes URE, obowiązek dostępu polega na uwzględnianiu uzasadnionych wniosków o dostęp składanych przez innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych (art. 34 Pt). Głównym celem tego obowiązku jest zapewnienie niezakłóconego zakańczania połączeń głosowych inicjowanych w innych sieciach w sieci operatora o znaczącej pozycji rynkowej. Obowiązek ten polega na zapewnieniu dostępu do sieci telekomunikacyjnej, nie polega natomiast na tworzeniu nowych punktów styku, w szczególności na żądanie operatora wnioskującego. Motyw 19 Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r. 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady jednoznacznie stanowi, że: „(...) Jeżeli na operatorów został nałożony obowiązek rozpatrywania uzasadnionych wniosków o dostęp i o użytkowanie elementów sieci i urządzeń towarzyszących, wnioski takie mogą być odrzucane jedynie w oparciu o obiektywne kryteria, takie jak techniczna wykonalność albo potrzeba zapewnienia integralności sieci. (...) Od operatora, na którego został nałożony obowiązek zapewnienia dostępu, nie można wymagać, by zapewniał taki rodzaj dostępu, jakiego nie jest w stanie zapewnić." Wskazać przy tym należy, że wniosek o zapewnienie dostępu musi być uzasadniony, a przedsiębiorca zobowiązany posiadać możliwości techniczne do jego realizacji. W końcu przy braku zgody Operatorów co do interpretacji obowiązku dostępu przez przedsiębiorcę zobowiązanego i wnioskodawcę, sprawa może być rozstrzygnięta przez Prezesa UKE w ramach decyzji zastępującej umowę w zakresie dostępu telekomunikacyjnego.

Co do obowiązku niedyskryminacji (art. 36 Pt), to po stronie powodowej występuje niezrozumienie dla nałożonego na nią obowiązku. Jak wskazano w Komentarzu do art. 36 Pt: „Z art. 36 wynikają dwie typowe sytuacje wymagające z równego traktowania innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Po pierwsze, wymóg równego traktowania przedsiębiorców obowiązuje w porównywalnych okolicznościach. Porównywalne okoliczności dotyczą strony podmiotowej i przedmiotowej świadczeń dostępowych. Jest to klasyczny sposób rozumienia zasady równego traktowania. Należy zapewnić równe traktowanie przedsiębiorcom o podobnym statusie, w transakcjach porównywalnych pod względem wielkości, znaczenia dla przedsiębiorcy zobowiązanego i innych czynników wpływających na aspekty techniczne, ekonomiczne i organizacyjne transakcji. Po drugie, nakaz niedyskryminacji dotyczy warunków stosowanych w ramach przedsiębiorstwa i w relacjach z przedsiębiorcami powiązanymi oraz warunków zapewnianych innym przedsiębiorcom. Operator objęty obowiązkiem niedyskryminacji powinien oferować wszystkim innym przedsiębiorcom usługi i zapewniać informacje na warunkach nie gorszych, niż stosuje w ramach swojego przedsiębiorstwa oraz dla podmiotów zależnych." („Komentarz do Prawa Telekomunikacyjnego" pod redakcją S. Piątka, wyd. CH.Beck, wyd. 4, publ. Legalis) Takie rozumienie tego przepisu nie współgra z okolicznościami omówionymi w uzasadnieniu zarzutu odwołania przedstawionego przez powoda. Obowiązek niedyskryminacji ani nie nakłada obowiązku budowy nowych punktów styku, ani zmian umowy z innymi operatorami, zobowiązuje on jedynie do oferowania usług innym przedsiębiorcom na warunkach nie gorszych niż stosowane w ramach własnego przedsiębiorstwa.

Podobnie niezrozumiałe są dywagacje powoda co do nałożonego na niego obowiązku przejrzystości. W pierwszej kolejności należy wskazać, że zasada ta została wskazana w motywie 182 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) (...) z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej, w którym zapisano, że: „Jawność zasad i warunków dostępu oraz wzajemnych połączeń, w tym cen, służy przyspieszaniu negocjacji, unikaniu sporów i daje uczestnikom rynku pewność, że usługa nie jest świadczona na dyskryminujących warunkach. Otwartość i jawność technicznych interfejsów może mieć szczególne znaczenie dla zapewnienia interoperacyjności. Jeżeli krajowy organ regulacyjny ustanowi wymóg ujawnienia danej informacji, powinien on mieć także możliwość określenia sposobu, w jaki informacja ta powinna zostać udostępniona, oraz ustalenia, czy będzie ona udostępniona bezpłatnie czy też nie, mając na uwadze rodzaj i cel danej informacji." Jak słusznie wskazał Prezes UKE obowiązek przejrzystości (który jest połączony z obowiązkiem niedyskryminacji) wymaga, żeby zobowiązany operator ogłosił na swojej stronie internetowej te informacje, które są niezbędne do złożenia przez innego operatora wniosku o

dostęp telekomunikacyjny w zakresie świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora. Obowiązek przejrzystości ma za zadanie zapobiegać potencjalnym antykonkurencyjnym zachowaniom Operatora powodując, iż ma on świadomość, że oferowane przez niego warunki są monitorowane zarówno przez krajowe organy regulacyjne, jak i przez konkurentów. Informowanie o warunkach z wyprzedzeniem może być ważne w celu zapewnienia innym dostawcom niezbędnego czasu do zaplanowania zmian, ponieważ może na przykład zaistnieć potrzeba restrukturyzacji cen w odpowiedzi na zmiany warunków oferowanych na poziomie hurtowym. Nałożenie obowiązku publikacji wskazanych informacji w żadnym razie, zdaniem Sądu nie jest ani nieadekwatny ani nadmiarowy, a służy jawności zasad rynku telekomunikacyjnego.

Mając powyższe na uwadze Sąd uznał, że nałożone na Operatora obowiązki dostępu niedyskryminacji i przejrzystości są adekwatne i proporcjonalne do wskazanych w decyzji przez Organ zagrożeń istniejących dla hurtowego rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w publicznej sieci telefonicznej w stałej lokalizacji Operatora. Przedstawione przez powoda zarzuty co do obowiązków regulacyjnych są bezpodstawne i nie znajdują uzasadnienia ani w przepisach prawa ani w jakichkolwiek hipotetycznie możliwych faktach przewijających się przez uzasadnienie odwołania (obowiązek budowy nowych punktów styku, zmiana umów dostępowych po dyktando silniejszych konkurentów, budowa nowych interfejsów itp.). Sąd nie znalazł podstaw do uchylenia lub zmiany obowiązków nałożonych decyzją w pkt IV.1-3.

Odnosząc się zaś do zarzutu naruszenia art. 44 Pt to sam zarzut jest bezzasadny, co nie miało znaczenia wobec stanu faktycznego sprawy. Jak wyżej wskazano w dniu 18 grudnia 2020 r. Komisja Europejska przyjęła rozporządzenie delegowane (...), uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) (...) poprzez określenie jednolitej maksymalnej ogólnounijnej stawki na zakończenie połączenia głosowego w sieci ruchomej oraz jednolitej maksymalnej ogólnounijnej stawki za zakończenie połączenia głosowego w sieci stacjonarnej. Tym samy od dnia 1 lipca 2021 r. na terenie Unii Europejskiej obowiązuje jednolita stawka FTR (o ile akt delegowany nie wskazuje okresu przejściowego tak jak ma to miejsce w Polsce). Wobec powyższego brak jest podstaw dla określenia tej stawki przez krajowego regulatora. Odnosząc to zaś do treści skarżonej decyzji to określała ona obowiązek, który w tej chwili wynika wprost z ogólnie obowiązującego aktu prawnego. Sama norma wynikająca z pkt IV.4, mimo nałożenia rygoru natychmiastowej wykonalności była niewykonalna, gdyż w zasadzie nie niosła ze sobą żadnej treści. Zapis pkt IV.4 decyzji opisywał w zasadzie w jaki sposób zostanie ustalona wysokość stawki FTR oraz obligował Operatora do naliczania opłat o nieustaloną stawkę. Zdaniem Sądu taki zapis decyzji ostać się nie powinien, albowiem nie niesie za sobą żadnego realnego obowiązku. Tym bardziej, że obecnie obowiązek ten wynika wprost z przepisu Rozporządzenia delegowanego, a więc z bezwzględnie obowiązującego prawa.

Na marginesie należy wskazać, że wszelkie dywagacje powoda dotyczące niewykonalności skarżonej decyzji są bezzasadne. Skarżona decyzja jest w pełni wykonalna a sposoby jej wykonania wynikają wprost z przepisów Prawa telekomunikacyjnego.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił wniesione przez powoda odwołanie, z uwagi na brak podstaw do jego uwzględnienia. (art.479^{64}§1 k.p.c.).

O kosztach postępowania rozstrzygnięto, zgodnie z wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c., zasadą odpowiedzialności za wynik procesu przyjmując, że powód - jako przegrywający sprawę – zobowiązany jest do zwrotu pozwanemu kosztów procesu, na które złożyło wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w wysokości 720 zł, ustalonej na podstawie § 14 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Sąd mimo uchylenia pkt IV.4 decyzji nie wiązał tego z treścią odwołania w tym zakresie, a jedynie ze zmianą stanu faktycznego sprawy.

SSO Dariusz Dąbrowski