

*Sygn. akt VI ACa 1479/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 7 maja 2014 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA – Jacek Sadowski*

*Sędzia SA – Ewa Stefańska (spr.)*

*Sędzia SO (del.) – Jolanta de Heij – Kaplińska*

*Protokolant: – st. sekr. sąd. Ewelina Murawska*

*po rozpoznaniu w dniu 7 maja 2014 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. w W.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

*przy udziale zainteresowanego (...) w W.*

*o ustalenie wysokości opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego*

*na skutek apelacji powoda, pozwanego i zainteresowanego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*z dnia 27 maja 2013 r.*

*sygn. akt XVII AmT 22/10*

*I. zmienia zaskarżony wyrok częściowo, tj. w punktach pierwszym i trzecim w ten sposób, że:*

*- w punkcie pierwszym - oddala odwołanie w całości;*

*- w punkcie trzecim - zasądza od (...) Sp. z o.o. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i (...) w W. kwoty po 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;*

*II. oddala apelację powoda w całości;*

*III. zasądza od (...) Sp. z o.o. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) i na rzecz (...) w W. kwotę 370 zł (trzysta siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.*

*Sygn. akt VI ACa 1479/13*

## UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 9 grudnia 2009 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, na podstawie art. 40 ust. 4 w związku z art. 40 ust. 3 oraz art. 40 ust. 2 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.) oraz art. 104 § 1 k.p.a. w związku z art. 206 ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne:

1. ustalił wysokość opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. z siedzibą w W. („stawkę MTR”) na poziomie 0,1677 zł/min.;
2. zobowiązał (...) S.A. z siedzibą w W. do corocznego przedstawiania Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej uzasadnienia wysokości stawki MTR w oparciu o ponoszone koszty, na podstawie danych za ostatni zakończony rok obrotowy, nie później niż w terminie stu dwudziestu dni kalendarzowych od zakończenia w/w roku.

Ponadto na podstawie art. 206 ust. 2a w związku z art. 206 ust. 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne nadał powyższej decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

Powód (...) S.A. z siedzibą w W. (obecnie: (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.) wniósł odwołanie, w którym zaskarżył powyższą decyzję w całości i domagał się:

- 1) uchylecia decyzji w całości,

lub ewentualnie

- 2) zmiany decyzji w części obejmującej pkt 1 poprzez nadanie pkt. 1 decyzji następującego brzmienia: „ustalam wysokość opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. z siedzibą w W. („stawki MTR”) na poziomie [pkt I załącznika zawierającego informacje zastrzeżone] ..... zł/min”, tj. poprzez przyjęcie stawki MTR w wysokości określonej przez (...) S.A. w uzasadnieniu wysokości stawki za zakańczanie połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. w oparciu o ponoszone koszty, złożonym Prezesowi UKE w dniu 30 kwietnia 2009 r.,

a razie nieuwzględnienia powyższego żądania

- 3) zmianę decyzji w części obejmującej pkt 1 poprzez nadanie pkt 1 decyzji następującego brzmienia: „ustalam wysokość opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. z siedzibą w W. („stawki MTR”) na poziomie 0,1690 zł/min”.

Zaskarżonej decyzji powód zarzucił naruszenie:

I. art. 156 § 1 pkt 3 w zw. z art. 16 a contrario, art. 104 § 2 i art. 110 k.p.a. - skutkujące nieważnością decyzji - poprzez wydanie jej w sprawie, która objęta jest wcześniejszymi rozstrzygnięciami Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, tj. decyzją z dnia 26 kwietnia 2006 r. Nr (...) oraz decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 30 września 2008 r. Nr (...);

II. art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (Dz. U. Nr 90, poz. 999 ze zm.) w zw. z art. 75 § 1 i art. 104 § 1 k.p.a. poprzez posługiwanie się jako dowodami w sprawie dokumentami w języku obcym, bez ich przetłumaczenia na język polski;

III. art. 40 ust. 4 w zw. z art. 40 ust. 1 i 3 ustawy - Prawo telekomunikacyjne -poprzez ustalenie w decyzji stawki za zakańczanie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. bez uwzględnienia w całości kosztów ponoszonych przez (...) S.A. w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń w tej sieci, a więc poniżej kosztów ponoszonych przez (...) S.A. w tym celu;

IV. art. 40 ust. 1 i 3 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez zastosowanie tych przepisów, a przede wszystkim dokonanie przewidzianej w ust. 3 „oceny wysokości opłat ustalonych przez operatora” w oparciu o ponoszone koszty,

wykazane przez operatora (ust. 1), w sytuacji, gdy (...) S.A. stosuje opłaty ustalone w decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 30 września 2008 r. Nr (...);

V. art. 40 ust. 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 105 § 1 k.p.a. poprzez wydanie zaskarżonej decyzji pomimo bezprzedmiotowości postępowania, wynikającej ze stosowania przez (...) S.A. w chwili wydania decyzji stawki za zakańczanie połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. w wysokości odpowiadającej stawce określonej w decyzji;

VI. art. 156 § 1 pkt 2 w zw. z art. 104 § 1 k.p.a. poprzez nałożenie na (...) S.A. (w pkt 2 sentencji decyzji) bez podstawy prawnej obowiązku corocznego przedstawiania Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej uzasadnienia wysokości opłat MTR w oparciu o ponoszone koszty, na podstawie danych za ostatni rok obrotowy, nie później niż w terminie 120 dni kalendarzowych od zakończenia w/w roku, co skutkuje nieważnością pkt 2 decyzji.

Pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wnosił o oddalenie odwołania.

Zainteresowana (...) również wносиła o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 27 maja 2013 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że w punkcie 1 ustalił wysokość opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. na poziomie 0,1690 zł/min i oddalił odwołanie w pozostałej części.

Wyrok Sądu Okręgowego został wydany w oparciu o poniższe ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

Powód jest operatorem telekomunikacyjnym zajmującym pozycję znaczącą na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (wcześniej: (...) S.A. z siedzibą w W.). Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej nałożył na niego obowiązki regulacyjne, m. in. obowiązek, o którym mowa w art. 40 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty. Spór w przedmiotowej sprawie dotyczy wysokości opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, które powód może pobierać w oparciu o ponoszone koszty.

W ocenie Sądu Okręgowego odwołanie powoda zasługiwało na uwzględnienie tylko częściowo.

Przede wszystkim Sąd pierwszej instancji uznał za nietrafny zarzut nieważności zaskarżonej decyzji z uwagi na występowanie wady określonej w art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a. Zdaniem Sądu Okręgowego brak jest tożsamości pomiędzy przedmiotową decyzją a wcześniejszymi rozstrzygnięciami Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, tj. decyzją Nr (...) z dnia 26 kwietnia 2007 r. i decyzją Nr (...) z dnia 30 września 2008 r. Wyjaśnił, że powołany przepis jako podstawę stwierdzenia nieważności decyzji przewiduje sytuację, gdy wydana decyzja dotyczy sprawy już poprzednio rozstrzygniętej inną decyzją ostateczną. Tymczasem decyzje MTR 2007 i MTR 2008 dotyczą tego samego podmiotu (skarżącego), występuje w nich tożsamość przedmiotu i stanu prawnego, lecz uległy zmianie okoliczności faktyczne dotyczące okresu, w którym badana jest prawidłowość stosowanych przez powoda opłat za świadczenie usługi MTC, w odniesieniu do kosztów ponoszonych na świadczenie tej usługi. Wobec braku tożsamości stanu faktycznego, zaskarżona decyzja nie może być uznana za nieważną na podstawie art. 156 §1 pkt. 3 k.p.a. Sąd pierwszej instancji zauważył dodatkowo, że decyzja Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 30 września 2008 r. Nr (...) została prawomocnie uchylona, a więc tym bardziej nie można twierdzić, iż na powoda został dwukrotnie nałożony obowiązek tej samej treści.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że sama treść art. 40 ustawy - Prawo telekomunikacyjne daje podstawę do wielokrotnego badania przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej wysokości opłat stosowanych przez operatora, ustalonych w oparciu o ponoszone koszty. W każdym przypadku, gdy dojdzie do ustalenia, że wysokość opłat stosowanych przez operatora jest nieprawidłowa, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej jest uprawniony do ustalenia ich wysokości w decyzji administracyjnej. Odnośnie każdej z decyzji będzie występowała tożsamość

podmiotowa i przedmiotowa, a także tożsamość stanu prawnego (o ile nie nastąpi zmiana obowiązującego prawa). Natomiast w każdej z decyzji będzie występował odmienny stan faktyczny, wyznaczony przedstawionym przez operatora uzasadnieniem wysokości stosowanych opłat oraz ustalonymi przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej faktami dotyczącymi kosztów rzeczywiście ponoszonych przez operatora. Sąd Okręgowy ponadto zauważył, że inaczej niż w przypadku decyzji MTR 2007, podstawą ustaleń zaskarżonej decyzji nie była analiza porównawcza opłat stosowanych na rynkach krajów Unii Europejskiej.

Za nietrafny uznał Sąd Okręgowy zarzut naruszenia art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (Dz. U. Nr 90, poz. 999 ze zm.). Wskazał, że znajdujący się w aktach administracyjnych sprawy dokument zatytułowany (...) nie stanowił podstawy prawnej zaskarżonej decyzji, a jedynie posłużył Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej do zweryfikowania poglądu o konieczności wyłączenia z kosztów uwzględnianych przy wyznaczaniu stawki MTR, kosztów pozyskania i utrzymania bazy abonenckiej. Sąd pierwszej instancji uznał ponadto, że odwołanie się w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji do opracowania Międzynarodowej Grupy Operatorów (IRG) prowadziło do ujednoczenia standardów na rynkach krajów Unii Europejskiej.

Natomiast za częściowo zasadny Sąd Okręgowy uznał zarzut ustalenia w zaskarżonej decyzji stawki za zakańczanie połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (wcześniej: (...) S.A. z siedzibą w W.) bez uwzględnienia całości kosztów ponoszonych przez powoda w celu świadczenia tej usługi. Dlatego, w ocenie Sądu pierwszej instancji, ustalenie stawki MTR na poziomie 0,1677 zł/min. naruszało przepisy art. 40 ust. 1, 3 i 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne.

Sąd Okręgowy wskazał, że decyzją z dnia 29 września 2009 r. Nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wyznaczył powoda jako przedsiębiorcę zajmującego pozycję znaczącą na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...), zgodnym z obszarem sieci, w którym następuje zakończenie połączenia i utrzymał nałożone na niego decyzją z dnia 19 lipca 2006 r. obowiązki regulacyjne, w tym obowiązek polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty, o którym mowa w art. 40 ustawy - Prawo telekomunikacyjne. Powołany przepis przyznaje regulatorowi uprawnienie do weryfikowania poprawności przedstawionego mu przez operatora uzasadnienia wysokości opłat ustalonych w oparciu o ponoszone koszty oraz do ustalenia wysokości opłat w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości. Wówczas Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ustala wysokość opłat stosując metody wskazane w art. 40 ust. 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, biorąc pod uwagę promocję efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienie maksymalnych korzyści dla użytkowników końcowych.

Sąd pierwszej instancji podał, że gdy Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej stwierdzi nieprawidłowe określenie kosztów przez operatora, może je zweryfikować poprzez uwzględnienie wysokości lub metod ustalania opłat na porównywalnych rynkach konkurencyjnych, bądź innych sposobów oceny prawidłowości tych opłat. Jednak weryfikacja ta nie może prowadzić do tego, aby powód był zmuszony do świadczenia usług hurtowych poniżej rzeczywiście ponoszonych kosztów. Tymczasem dokonana przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej dwustopniowa weryfikacja doprowadziła najpierw do obliczenia rzeczywistych kosztów ponoszonych przez operatora przy świadczeniu usługi, a następnie kwota ta została jeszcze zredukowana w celu dostosowania jej do średniej pozostałych operatorów zasiedziały. Pozwany bowiem ustalił, że koszt świadczenia usługi MTR przez powoda wynosi 0,1690 zł/min., lecz obniżył tę stawkę do poziomu 0,1677 zł/min., odwołując się do kryteriów wskazanych w art. 40 ust. 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, tj. kryterium promocji efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienia maksymalnej korzyści dla użytkowników końcowych.

W ocenie Sądu Okręgowego, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej powinien obliczyć rzeczywisty koszt świadczenia usługi MTR stosując metody wskazane w art. 40 ust. 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, a więc biorąc pod uwagę promocję efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienie maksymalnych korzyści dla użytkowników końcowych, a nie po wyliczeniu tych kosztów następnie korygować je przy uwzględnieniu powyższych kryteriów. Zdaniem Sądu pierwszej instancji ten drugi etap weryfikacji nie znajduje oparcia w ustawie, ani w nałożonym na powoda obowiązku regulacyjnym, który wyraźnie odwołuje się do ustalania opłat w oparciu o ponoszone

koszty. Tymczasem ma rację powód twierdząc, że ustalenie stawki MTR na poziomie 0,1677 zł/min. Prowadzi do zmuszenia go do świadczenia usługi zakańczania połączeń w swojej sieci poniżej ponoszonych kosztów jej wytworzenia. Dlatego Sąd Okręgowy zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że w punkcie 1 ustalił wysokość opłaty z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie stawki z tytułu zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (wcześniej: (...) S.A. z siedzibą w W.) na poziomie 0,1690 zł/min.

Sąd pierwszej instancji nie podzielił natomiast argumentacji powoda zmierzającej do wykazania, że prawidłową stawką MTR jest stawka wskazana przez niego w zawierającym zastrzeżone informacje punkcie I załącznika do odwołania. Wskazał, że przepis art. 40 ust. 3 ustawy - Prawo telekomunikacyjne (w wersji obowiązującej w dacie wydania zaskarżonej decyzji) umożliwił Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej stosowanie różnych sposobów dokonywania oceny prawidłowości ustalenia opłat, w tym uwzględnienie wysokości opłat na porównywalnych rynkach konkurencyjnych. Regulator rynku ma pewną swobodę w stosowaniu instrumentów prawnych i ekonomicznych, zaś w rozpoznawanej sprawie zdecydował się na ustalenie takich samych opłat na wszystkich konkurencyjnych rynkach, tj. w odniesieniu do wszystkich operatorów zasiedziały, na których zostały nałożone tożsame obowiązki regulacyjne.

W ocenie Sądu Okręgowego zasadne było przyjęcie do obliczenia współczynnika WACC obligacji Skarbu Państwa innych niż zaproponowane przez powoda. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej odwołał się do rentowności obligacji o dziesięcioletnim terminie zapadalności, ponieważ dłuższa perspektywa czasowa umożliwiła zniwelowanie wpływu kryzysu gospodarczego na wycenę papierów skarbowych. Efektu tego nie można było osiągnąć biorąc pod uwagę proponowane przez powoda papiery skarbowe o krótszych terminach zapadalności. Sąd pierwszej instancji uznał, że także pozostałe parametry ekonomiczne służące do wyliczenia wysokości wskaźnika WACC zostały przyjęte prawidłowo, ponieważ jedynie zastosowanie takich samych parametrów dla wszystkich operatorów zasiedziały gwarantuje porównywalność warunków ich funkcjonowania.

Sąd pierwszej instancji podzielił podgląd Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, że koszty pozyskania i utrzymania klienta to koszty świadczenia usług detalicznych, stąd nie jest możliwe alokowanie ich do kosztów usług hurtowych, w tym usługi MTC. Zwrócił uwagę na brak związku przyczynowo- skutkowego pomiędzy kosztami pozyskania i utrzymania klienta, a usługą MTC, za którą pobierana jest opłata określona stawką MTR. Wskazał, że bezpośrednimi beneficjentami działań marketingowych i subsydiowania terminali nie są inni operatorzy, lecz abonenci, a więc koszty te powinny być alokowane do usług świadczonych użytkownikom końcowym operatora. Odwołał się przy tym do treści Zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (Dz. U. UE. L 2009.124.67), w którym Komisja Europejska wskazała, że koszty telefonów i kart SIM nie są związane z natężeniem przepływu połączeń w sieci i powinny być nieuwzględniane we wszelkich modelach kalkulacji kosztów usług zakańczania połączeń głosowych.

Sąd Okręgowy uznał także, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej jako regulator rynku był uprawniony do przyjęcia w stosunku do wszystkich operatorów zasiedziały rocznego horyzontu czasowego dla kalkulacji stawki MTR, jeżeli uznał, że zapewni mu to możliwość wykonywania obowiązków regulacyjnych w oparciu o najaktualniejsze dane finansowe operatorów. Także nałożenie na operatora obowiązku corocznego przedkładania organowi regulacyjnemu uzasadnienia wysokości stawki MTR w oparciu o ponoszone koszty, znajdowało uzasadnienie w treści przepisu art. 40 ust. 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne. W ocenie Sądu pierwszej instancji powyższy obowiązek nie jest dla powoda szczególnie uciążliwy, a Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej zapewni on regularny dostęp do informacji o stosowanych przez operatora stawkach, co umożliwi mu szybsze reagowanie na ewentualne nieprawidłowości.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów apelację wnieśli: powód (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej i zainteresowana (...).

Apelacją z dnia 1 lipca 2013 r. powód zaskarżył wyrok w części obejmującej punkty 2 i 3 oraz punkt 1 wyroku w zakresie, w jakim nie zostało uwzględnione żądanie uchylenia zaskarżonej decyzji, ani żądanie jej zmiany poprzez ustalenie stawki MTR w wysokości wynikającej z punktu I załącznika zawierającego informacje zastrzeżone oraz wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uchylenie decyzji w całości, ewentualnie poprzez zmianę decyzji poprzez ustalenie stawki MTR w wysokości wynikającej z punktu I załącznika zawierającego informacje zastrzeżone, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Powód zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego naruszenie:

1) art. 479<sup>(64)</sup> § 1 i 2 k.p.c. w zw. art. 156 § 1 pkt 3 w zw. z art. 16 a contrario, art. 104 § 2 i art. 110 k.p.a. poprzez niezasadne nieuwzględnienie podstawy do uchylenia zaskarżonej decyzji i nieorzeczenie o jej uchyleniu na skutek błędnego przyjęcia, że nie jest obarczona ona wadą skutkującą jej nieważnością w wyniku wydania decyzji w sprawie, która objęta jest wcześniejszymi rozstrzygnięciami Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, tj. decyzją z dnia 26 kwietnia 2007 roku Nr (...) oraz decyzją z dnia 30 września 2008 roku Nr (...);

2) art. 479<sup>64</sup> § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 40 ust. 1 i 3 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez niezasadne nieuwzględnienie podstawy do uchylenia zaskarżonej decyzji i nieorzeczenie o jej uchyleniu z uwagi na błędne przyjęcie, że istniały przesłanki do wydania decyzji w oparciu o wskazane przepisy ustawy - Prawo telekomunikacyjne, tj. do dokonania przewidzianej w art. 40 ust. 3 „oceny wysokości opłat ustalonych przez operatora” w oparciu o ponoszone koszty, wykazane przez operatora, w sytuacji, gdy powód w dacie wydania zaskarżonej decyzji stosował opłaty ustalone w decyzji MTR 2008, a nie opłaty wynikające z kosztów ponoszonych przez operatora;

3) art. 479<sup>(64)</sup> § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 156 § 1 pkt 2 w zw. z art. 104 § 1 k.p.a. oraz w zw. z niewłaściwym zastosowaniem art. 40 ust. 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez niezasadne nieuwzględnienie podstawy do uchylenia zaskarżonej decyzji i nieorzeczenie o jej uchyleniu pomimo, iż w punkcie 2 decyzja obarczona jest wadą polegającą na nałożeniu na powoda bez podstawy prawnej obowiązku corocznego przedstawiania Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej uzasadnienia wysokości opłat MTR w oparciu o ponoszone koszty, co skutkuje nieważnością decyzji w tym punkcie na skutek błędnego przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że podstawą do nałożenia na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego jest wskazany w niniejszym zarzucie przepis ustawy - Prawo telekomunikacyjne;

4) art. 479<sup>64</sup> § 2 k.p.c. w zw. art. 40 ust. 4 w zw. z art. 40 ust. 1 i 3 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez orzeczenie o zmianie zaskarżonej decyzji z naruszeniem wskazanych powyżej przepisów ustawy w wyniku ustalenia wysokości stawki za zakańczanie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powoda bez uwzględnienia w całości kosztów ponoszonych przez powoda w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń w tej sieci, a więc poniżej kosztów ponoszonych przez powoda w tym celu;

5) art. 328 § 2 w zw. z art. 227 i art. 236 k.p.c., a także art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 7 października 1999 r. języku polskim poprzez sporządzenie uzasadnienia zaskarżonego wyroku:

a) bez wskazania dowodów, na których Sąd Okręgowy oparł się, wydając zaskarżony wyrok,

b) bez odniesienia się do wniosków dowodowych stron (brak postanowień rozstrzygających o wnioskach dowodowych stron),

c) bez określenia przyczyn, dla których dowodom wnioskowanym przez strony odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, skoro nie uwzględnił ich w rozstrzygnięciu,

d) z uwzględnieniem materiałów sporządzonych w języku obcym, bez konieczności przetłumaczenia ich na język polski,

a w konsekwencji, na co wskazuje brak omówienia w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku materiału dowodowego:

6) art. 224, art. 227, art. 232, art. 233 § 1 i art. 236 k.p.c. poprzez:

a) nieustalenie okoliczności istotnych dla sprawy,

b) nieustalenie dowodów, w oparciu o które okoliczności te miałyby być wykazane,

c) brak uzasadnienia dla nieuwzględnienia wniosków dowodów zgłoszonych przez strony,

**czego skutkiem było wydanie zaskarżonego wyroku bez wyjaśnienia istoty sprawy.**

***Powód wniósł o przeprowadzenie przez Sąd Apelacyjny dowodów zgromadzonych w aktach sprawy administracyjnej, w tym zwłaszcza decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 30 września 2008 r. (tzw. decyzji MTR 2008) oraz pozostałych dokumentów zebranych przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej dla potrzeb rozstrzygnięcia sprawy i włączonych w tym celu do jej akt, a także dokumentów powołanych przez powoda w odwołaniu oraz toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji, na okoliczności tam wskazane.***

Apelacją z dnia 1 lipca 2013 r. pozwany zaskarżył wyrok w części, tj. w punktach 1 i 3 (omyłkowo wskazując, że w całości), wnosząc o jego zmianę poprzez oddalenie odwołania w całości, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Pozwany zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 40 ust. 3 i 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji) poprzez ich błędną wykładnię, która doprowadziła do uznania, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ustalając w decyzji wysokość stawki MTR powinien obliczyć rzeczywisty koszt świadczenia usługi MTR stosując metody wskazane w art. 40 ust. 3 ustawy, biorąc pod uwagę promocję efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienie maksymalnych korzyści dla użytkowników końcowych.

Apelacją z dnia 2 lipca 2013 r. zainteresowany zaskarżył wyrok w części, tj. w punktach pierwszym i trzecim, wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania w całości. Zainteresowany zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego naruszenie prawa materialnego, tj.:

1) art. 40 ust. 1 w zw. z art. 40 ust. 3 w zw. z art. 40 ust. 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez błędną ich wykładnię polegającą na przyjęciu, że zastosowanie metod, o których mowa w art. 40 ust. 3 ustawy oraz uwzględnienie kryteriów, o których mowa w art. 40 ust. 4 ustawy, nie może prowadzić do ustalenia opłat poniżej ponoszonych przez powoda kosztów, podczas gdy z przepisów tych wynika, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej mógł, stosując kryteria wskazane w art. 40 ust. 4 ustawy, samodzielnie ustalić wysokość opłat;

2) art. 13 ust. 3 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (tzw. dyrektywa o dostępie) (Dz. U. UE. L 2002.108.7, ze zm.) poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i pominięcie wynikającego z tego przepisu uprawnienia Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej do żądania od danego operatora odpowiedniego dostosowania cen w przypadku uprzedniego nałożenia obowiązku kosztowego;

3) art. 1 ust. 2 oraz art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i pominięcie celów tej ustawy oraz celów polityki regulacyjnej Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Powód (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. wniósł o oddalenie apelacji pozwanego i zainteresowanego oraz zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej i zainteresowana (...) wnosili o oddalenie apelacji powoda i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

**Sąd Apelacyjny zważył:**

Apelacje pozwanego i zainteresowanego zasługiwały na uwzględnienie.

Ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji są prawidłowe i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Jednakże ponieważ są one niepełne, Sąd odwoławczy uzupełnił te ustalenia w niezbędnym zakresie, w szczególności o okoliczności niesporne. Również rozważania prawne Sądu Okręgowego są w większości prawidłowe, jednakże mają rację skarżący wskazując, że przyjęta w zaskarżonym wyroku wykładnia art. 40 ust. 3 i 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji) jest wadliwa.

Zgodnie z art. 40 ust. 1 i 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji), Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej może w drodze decyzji nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty. Operator, na którego został nałożony taki obowiązek, jest zobowiązany do przedstawiania Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej uzasadnienia wysokości opłat ustalonych w oparciu o ponoszone koszty.

W rozpoznawanej sprawie niesporna jest okoliczność, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, po przeprowadzeniu analizy rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. z siedzibą w W. (obecnie: (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.), wydał decyzję z dnia 19 lipca 2006 r. nr (...) (tzw. decyzja (...)), w której uznał powoda za przedsiębiorcę telekomunikacyjnego posiadającego znaczącą pozycję rynkową (...) na wyżej wymienionym rynku właściwym i nałożył na powoda m.in. obowiązek wynikający z art. 40 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty jej świadczenia. Powołując się na treść powyższej decyzji, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji wskazał, że na powodzie ciążył obowiązek ustalania stawki MTR na podstawie kosztów świadczenia usługi MTC w jego sieci.

Jedynie ubocznie należy wskazać, że niesporna jest także okoliczność, iż w dniu 29 września 2009 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydał decyzję nr (...), którą ustalił, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) S.A. z siedzibą w W. (obecnie: (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.) zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia, nie występuje skuteczna konkurencja. W związku z tym organ regulacyjny wyznaczył powoda jako przedsiębiorcę zajmującego pozycję znaczącą na rynku świadczenia tej usługi oraz utrzymał nałożone na powoda decyzją z dnia 19 lipca 2006 r. nr (...) obowiązki regulacyjne, m.in. obowiązek wynikający z art. 40 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty jej świadczenia. Od decyzji tej odwołanie wniósł (...) S.A. z siedzibą w W. (obecnie: (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.), co skutkowało jej uchyleniem prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29 stycznia 2014 r. (sygn. akt VI ACa 791/13). Jednakże okoliczność ta nie ma istotnego wpływu na rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy, albowiem zaskarżona decyzja została oparta na decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 19 lipca 2006 r. nr (...), która nadal obowiązuje.

Ponieważ decyzją z dnia 19 lipca 2006 r. nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej nałożył na powoda jako operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty, zgodnie z treścią art. 40 ust. 2 w zw. z ust. 1 ustawy - Prawo telekomunikacyjne powód jest zobowiązany do przedstawiania Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej uzasadnienia wysokości opłat ustalonych w oparciu o ponoszone koszty.

W rozpoznawanej sprawie niesporna jest okoliczność, że po złożeniu przez powoda wymaganego uzasadnienia kosztowego, decyzją z dnia 26 kwietnia 2007 r. (tzw. decyzja MTR 2007) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ustalił dla powoda harmonogram obniżania stawek MTR począwszy od dnia 1 maja 2007 r. i nałożył na niego obowiązek przedstawiania corocznie uzasadnienia wysokości stawek w oparciu o ponoszone koszty. Opierając się na kolejnym złożonym przez powoda uzasadnieniu kosztowym, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydał decyzję z dnia 30 września 2008 r. (tzw. decyzja MTR 2008), w której ustalił kolejny harmonogram obniżania stawek MTR. Decyzja ta została uchylona prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 30 stycznia 2012



r., jednakże wcześniej, w dniu 30 kwietnia 2009 r. na jej podstawie powód złożył Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej kolejne uzasadnienie kosztowe, które stało się podstawą wydania zaskarżonej decyzji.

Zgodnie z art. 40 ust. 3 ustawy - Prawo telekomunikacyjne (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji), w celu oceny prawidłowości wysokości opłat ustalonych przez operatora, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej może uwzględnić wysokość lub metody ustalania opłat na porównywalnych rynkach konkurencyjnych lub inne sposoby oceny prawidłowości wysokości tych opłat. Natomiast z art. 40 ust. 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji) wynika, iż w przypadku, gdy według dokonanej oceny wysokość opłat ustalonych przez operatora jest nieprawidłowa, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ustala wysokość opłat lub ich maksymalny albo minimalny poziom stosując metody, o których mowa w ust. 3, biorąc pod uwagę promocję efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienie maksymalnych korzyści dla użytkowników końcowych.

W przedmiotowej sprawie niesporna jest okoliczność, że powód w dniu 30 kwietnia 2009 r. złożył Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej uzasadnienie wysokości stawek z tytułu świadczenia usługi z tytułu zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) (tzw. usługi (...)). Po dokonaniu analizy tego uzasadnienia na podstawie art. 40 ust. 3 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, organ regulacyjny stwierdził, że wysokość stawki ustalonej w sieci powoda jest nieprawidłowa, co upoważniało go do podjęcia, określonych w art. 40 ust. 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, działań zmierzających do dostosowania opłat z tytułu świadczenia usługi MTC.

Z uzasadnienia zaskarżonej decyzji wynika, że w celu określenia poprawności kalkulacji stawki MTR, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej dokonał samodzielnie obliczenia wskaźnika (...) w wysokości 12,07%. Ustalił następujące jego komponenty: stopa wolna od ryzyka w wysokości 5,82% (określona na podstawie rentowności 10 letnich hurtowych obligacji skarbowych), premia za udostępnienie kapitału własnego w wysokości 5,23% (określona na podstawie średniej dla krajów europejskich, skorygowanej o premię za ryzyko dla Polski), stopa podatkowa dla osób prawnych w wysokości 19%. Wartości powyższych komponentów zostały ustalone na podstawie metodologii zawartej w dokumencie z dnia 16 sierpnia 2006 r. zatytułowanym „Metodologia kalkulacji wskaźnika zwrotu kosztu zaangażowanego kapitału dla (...) S.A.”. Natomiast struktura kapitału powoda została przyjęta na podstawie danych pochodzących ze złożonego przez niego sprawozdania za 2008 r. Za podstawę do wyznaczenia stawek MTR organ regulacyjny przyjął roczny horyzont czasowy uznając, że uwzględnienie dłuższego okresu spowoduje zawyżenie kosztów usługi MTC.

Jednym z głównych zastrzeżeń Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej do złożonego przez powoda uzasadnienia kosztowego z dnia 30 kwietnia 2009 r. było uwzględnienie w stawce MTR kosztów związanych ze świadczeniem usług detalicznych, tj. kosztów związanych z pozyskaniem i utrzymaniem klienta. Organ regulacyjny wskazał na brak związku przyczynowo - skutkowego ponoszenia tych kosztów ze świadczeniem hurtowej usługi MTC, a ponadto powołał się na europejską praktykę, która została poparta przez Komisję Europejską w dokumencie zatytułowanym (...).

Wyznaczając wysokość stawki MTR w sieci powoda, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wyznaczył wysokość wskaźnika (...), a następnie wykorzystując dane pochodzące ze złożonego przez powoda sprawozdania za 2008 r., wyznaczył koszt świadczenia usługi MTC w wysokości 0,1690 zł/min. Jednakże uwzględniając kryteria określone w art. 40 ust. 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji), organ regulacyjny dodatkowo porównał pozycje rynkowe powoda i pozostałych operatorów zasiedziałych, zaś uznając je za podobne, wyznaczył stawkę MTR dla powoda w wysokości 0,1677 zł/min. na podstawie średniej ze stawek wyznaczonych dla pozostałych operatorów, uznając ją za najbardziej efektywną.

Sąd Okręgowy uznał ten tryb postępowania za wadliwy wskazując, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej powinien obliczyć rzeczywisty koszt świadczenia usługi MTR przez powoda stosując metody wskazane w art. 40 ust. 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, a więc biorąc pod uwagę promocję efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienie maksymalnych korzyści dla użytkowników końcowych, a nie już po wyliczeniu tych kosztów

następnie korygować je przy uwzględnieniu powyższych kryteriów. Zdaniem Sądu pierwszej instancji ten drugi etap weryfikacji nie znajduje oparcia w ustawie, ani w nałożonym na powoda obowiązku regulacyjnym, który wyraźnie odwołuje się do ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty. Tymczasem ustalenie stawki MTR na poziomie 0,1677 zł/min. prowadzi do zmuszenia powoda do świadczenia usługi zakańczania połączeń w swojej sieci poniżej ponoszonych kosztów jej wytworzenia.

W ocenie Sądu Apelacyjnego mają rację pozwany i zainteresowany zarzucając Sądowi Okręgowemu naruszenie przepisów art. 40 ust. 3 i 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji) poprzez błędną ich wykładnię. Zgodnie z art. 40 ust. 3 ustawy (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji), w celu oceny prawidłowości wysokości opłat ustalonych przez operatora, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej może uwzględnić wysokość lub metody ustalania opłat na porównywalnych rynkach konkurencyjnych lub inne sposoby oceny prawidłowości wysokości tych opłat. Wskazane wyżej metody służą więc weryfikacji prawidłowości przekazanego przez operatora uzasadnienia kosztowego. Natomiast z art. 40 ust. 4 ustawy (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji) wynika, iż w przypadku, gdy według dokonanej oceny wysokość opłat ustalonych przez operatora jest nieprawidłowa, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ustala wysokość opłat lub ich maksymalny albo minimalny poziom stosując wyżej wskazane metody, a także biorąc pod uwagę promocję efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienie maksymalnych korzyści dla użytkowników końcowych.

Oznacza to, że w razie nieprawidłowości złożonego przez operatora uzasadnienia kosztowego, organ regulacyjny uzyskuje kompetencję do samodzielnego ustalenia wysokości opłat, biorąc pod uwagę kryteria wskazane w powołanym przepisie. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej najpierw, przy pomocy metod określonych w ust. 3, powinien skorygować podany przez operatora koszt świadczenia usługi, a następnie, uwzględniając kryteria określone w ust. 4, powinien ustalić wysokość opłat. Dwuetapowość działania organu regulacyjnego jest konieczna, ponieważ sama korekta kosztów polegająca na wyeliminowaniu tych, które nie pozostają w związku przyczynowo- skutkowym ze świadczeniem usługi, nie pozwala na równoczesne uwzględnienie dodatkowych kryteriów w postaci promocji efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienia maksymalnych korzyści dla użytkowników końcowych.

Należy zauważyć, że w art. 40 ustawy - Prawo telekomunikacyjne chodzi o koszty faktycznie ponoszone przez operatora, niezależnie od tego, czy były one uzasadnione. Natomiast inną kategorię stanowią te koszty, które nie pozostają w związku przyczynowo- skutkowym ze świadczeniem danej usługi, albowiem w takim wypadku nie mamy do czynienia z kosztami świadczenia tej usługi i bezprzedmiotowa staje się ocena, czy były one uzasadnione, czy nie. Dlatego dokonując oceny prawidłowości wysokości opłat ustalonych przez operatora, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej może kwestionować tylko te koszty, które nie pozostają w związku przyczynowo- skutkowym ze świadczeniem danej usługi, zaś nie może kwestionować kosztów, które są ponoszone faktycznie przez operatora, lecz zostały uznane za nieuzasadnione.

Oceniając prawidłowość uzasadnienia kosztowego organ regulacyjny powinien opierać się przede wszystkim na danych źródłowych, zaś sięganie do metod wskazanych w art. 40 ust. 3 ustawy - Prawo telekomunikacyjne powinno mieć miejsce w razie ich braku (por. S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2005, s. 342). Natomiast stwierdzenie rozbieżności pomiędzy kosztami ponoszonymi przez operatora a pobieranymi przez niego opłatami powoduje, że wyznaczenie opłat w decyzji może zostać oparte na kryteriach bardziej zróżnicowanych niż dane o ponoszonych kosztach (por. S. Piątek, s. 342-343). Należy podkreślić, że brak możliwości kształtowania przez organ regulacyjny wysokości opłat w oparciu o inne jeszcze kryteria niż faktycznie ponoszone koszty, skutkowałaby występowaniem permanentnej asymetrii stawek MTR stosowanych przez poszczególnych operatorów.

Istotne jest również porównanie treści art. 40 ust. 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji oraz przed zmianą wynikającą z ustawy z dnia 24 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 85, poz. 716). Przepis ten początkowo przewidywał, że w przypadku gdy ocena prawidłowości wysokości opłat wykazała rozbieżności w stosunku do opłat stosowanych przez operatora, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej mógł w drodze decyzji nałożyć

obowiązek odpowiedniego dostosowania tych opłat. W decyzji określał wysokość opłat albo ich maksymalny lub minimalny poziom, biorąc pod uwagę koszty ponoszone przez operatora, promocję efektywności i zrównoważonej konkurencji, zapewnienie maksymalnej korzyści dla użytkowników końcowych, uwzględniając przy tym wysokość opłat stosowanych na porównywalnych rynkach konkurencyjnych. Natomiast po zmianie przepis ten stanowił, że w przypadku, gdy według dokonanej oceny wysokość opłat ustalonych przez operatora była nieprawidłowa, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ustalał wysokość opłat lub ich maksymalny albo minimalny poziom stosując metody, o których mowa w ust. 3, biorąc pod uwagę promocję efektywności i zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienie maksymalnych korzyści dla użytkowników końcowych. Ustawodawca zmienił więc kryteria ustalania opłat przez organ regulacyjny, eliminując stosowane wprost kryterium kosztów ponoszonych przez operatora i odwołując się do niego jedynie za pośrednictwem metod określonych w ust. 3.

Zainteresowany zarzucił w apelacji także naruszenie art. 13 ust. 3 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (tzw. dyrektywa o dostępie) (Dz. U. UE. L 2002.108.7, ze zm.). Z przepisu tego wynika, że jeżeli dany operator ma obowiązek określania cen w zależności od kosztów, to na nim spoczywa ciężar dowodu, że należności są określone w zależności od kosztów, uwzględniając stopę zwrotu inwestycji. W celu obliczenia kosztów skutecznego świadczenia danej usługi krajowe organy regulacyjne mogą zastosować metody księgowania kosztów inne od tych, które stosuje przedsiębiorstwo. Ponadto krajowe organy regulacyjne mogą zażądać od danego operatora całościowego uzasadnienia stosowanych cen, a w razie potrzeby odpowiedniego dostosowania tych cen. W ocenie Sądu Apelacyjnego powołany przepis również nie może pozostawać bez wpływu na wykładnię prawa krajowego, w szczególności art. 40 ust. 3 i 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne. Kierunek tej wykładni wynika także z określonych w art. 1 ust. 2 i art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne celu ustawy i celu polityki regulacyjnej Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. W konsekwencji, w ocenie Sądu Apelacyjnego, apelacje pozwanej i zainteresowanego zasługiwały na uwzględnienie, co skutkowało zmianą zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania od decyzji w całości.

Natomiast apelacja powoda nie zasługiwała na uwzględnienie.

Jak słusznie wskazał powód w apelacji, większość podniesionych w niej zarzutów została wcześniej zgłoszona w odwołaniu, a co za tym idzie, była już rozważona przez Sąd pierwszej instancji. Pomijając kwestię wadliwej wykładni art. 40 ust. 3 i 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji), Sąd Apelacyjny podziela ocenę prawną Sądu Okręgowego w tym zakresie.

W szczególności nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 479<sup>(64)</sup> § 1 i 2 k.p.c. w zw. art. 156 § 1 pkt 3 w zw. z art. 16 a contrario, art. 104 § 2 i art. 110 k.p.a. poprzez niezasadne nieuwzględnienie podstawy do uchylenia zaskarżonej decyzji na skutek błędnego przyjęcia, że nie jest ona obarczona wadą skutkującą jej nieważnością w wyniku wydania decyzji w sprawie, która objęta jest wcześniejszymi rozstrzygnięciami Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, tj. decyzjami MTR 2007 i MTR 2008. Słusznie uznał bowiem Sąd pierwszej instancji, że każda z tych decyzji została wydana w innym stanie faktycznym, a więc rozstrzygała inną sprawę administracyjną. Przy tym, bez znaczenia jest fakt, że ustalone w powołanych decyzjach kierowanych do powoda harmonogramy obniżek stawek MTR zazębiają się. Świadczy to bowiem jedynie o tożsamości podmiotowej i przedmiotowej, a nie o tożsamości stanu faktycznego będącego podstawą wydania tychże decyzji.

Tymczasem z art. 40 ust. 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne wynika, że operator, na którego został nałożony obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty, jest zobowiązany do przedstawiania Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej uzasadnienia wysokości tych opłat. Oznacza to, że zmiana wysokości ponoszonych przez operatora kosztów świadczenia usługi MTC skutkuje koniecznością dostosowania do nich wysokości pobieranych opłat MTR. Aby możliwa była weryfikacja, czy zmiana taka nastąpiła, powód został zobowiązany do okresowego przedstawiania Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej uzasadnienia wysokości opłat ustalonych w oparciu o ponoszone koszty.

Złożenie uzasadnienia kosztowego tworzy po stronie organu regulacyjnego obowiązek dokonania analizy jego prawidłowości, na podstawie art. 40 ust. 3 ustawy - Prawo telekomunikacyjne. Natomiast stwierdzenie przez organ regulacyjny, że wysokość stawki ustalonej przez operatora jest nieprawidłowa, upoważnia go do podjęcia działań zmierzających do dostosowania opłat, z uwzględnieniem kryteriów określonych w art. 40 ust. 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne. Wynika stąd, że powstanie rozbieżności między wysokością kosztów świadczenia usługi MTC ponoszonych przez operatora a wysokością pobieranych przez niego stawek MTR skutkuje koniecznością dostosowania opłat tylko wówczas, gdy Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej stwierdzi, że wysokość stawki ustalonej przez operatora w uzasadnieniu kosztowym jest nieprawidłowa. W takiej sytuacji tworzy się nowy stan faktyczny, który jest podstawą wszczęcia postępowania administracyjnego w nowej sprawie.

Na istnienie podstawy prawnej do okresowych zmian decyzji organu regulacyjnego wydawanych na podstawie art. 40 ust. 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne wskazuje także orzecznictwo sądów administracyjnych (por. uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 3 lutego 2011 r., sygn. akt II GSK 59/10, Lex nr 992423). W powołanym orzeczeniu wskazano, że „dla oceny dopuszczalności wygaśnięcia decyzji MTR 2007 w oparciu o przepis art. 162 § 1 pkt 1 k.p.a., a więc w trybie kodeksowym, istotną kwestią jest ustalenie, czy istnieje podstawa prawna dla zmiany decyzji, o której mowa w art. 40 ust. 4 Pt, na podstawie przepisu szczególnego objętego ustawą Prawo telekomunikacyjne. W pierwszej kolejności powyższą kwestię należałoby rozważyć w odniesieniu do art. 40 ust. 4 Pt, który stanowił podstawę prawną decyzji MTR 2007 i MTR 2008. (...)”. W dalszej części uzasadnienia wskazano: „Przepis art. 40 ust. 4 Pt nie daje decyzji wydanej na jego podstawie gwarancji stabilności, rozumianej jako przeszkoda dla ponownego wydania decyzji z powołaniem się na ten przepis, jeżeli ponownie zaistniała rozbieżność, o której mowa w hipotezie tego przepisu. Natomiast, jeżeli można by mówić o trwałości decyzji, w rozumieniu art. 16 k.p.a., należałoby jej ramy ograniczyć do adekwatności stosowanych przez operatora opłat (...), stanowiących dla Prezesa UKE podstawę dla wydania decyzji MTR. Zresztą (...) również przywołany art. 16 k.p.a. dopuszcza możliwość uchylecia lub zmiany decyzji ostatecznej w przypadkach przewidzianych w ustawach szczególnych, a taką jest Prawo telekomunikacyjne. Innymi słowy, w świetle gramatycznej jak i systemowej wykładni przepisu art. 40 ust. 4 Pt, nie ma przeszkód dla sukcesywnego stosowania tego przepisu w odniesieniu do operatora o znaczącej pozycji na rynku w razie zmiany okoliczności faktycznych będących podstawą dla wydania wcześniejszej decyzji MTR opartej na tym przepisie.”

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, wobec istnienia podstawy prawnej do zmiany decyzji wydanej na podstawie art. 40 ust. 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne w tym właśnie przepisie, będącym przypadkiem przewidzianym w ustawie szczególnej, do którego odsyła art. 16 k.p.a., niecelowe jest poszukiwanie w przepisach Kodeksu postępowania administracyjnego innej podstawy prawnej do zmiany lub uchylecia poprzedniej decyzji MTR, a w szczególności sięganie do art. 155 k.p.c., bądź art. 162 § 1 pkt 1 k.p.a. Dlatego w rozpoznawanej sprawie nie ma podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 156 § 1 pkt 3 w zw. z art. 16 k.p.a. a contrario, czy art. 110 k.p.a. Sądowi odwoławczemu znane są także inne orzeczenia sądów administracyjnych, lecz wskazana tam argumentacja prawna nie jest przekonująca, z uwagi na sprzeczność z wykładnią gramatyczną i celowościową art. 40 ust. 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne.

Niezasadny jest także zarzut naruszenia art. 479<sup>64</sup> § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 40 ust. 1 i 3 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez nieuwzględnienie podstawy do uchylecia zaskarżonej decyzji z uwagi na błędne przyjęcie, że istniały przesłanki do dokonania przewidzianej w art. 40 ust. 3 ustawy - Prawo telekomunikacyjne „oceny wysokości opłat ustalonych przez operatora” w oparciu o ponoszone koszty, w sytuacji, gdy powód w dacie wydania zaskarżonej decyzji stosował opłaty ustalone w decyzji MTR 2008, a nie opłaty wynikające z kosztów ponoszonych przez operatora.

W ocenie Sądu Apelacyjnego powyższe rozumowanie jest wadliwe, albowiem z treści art. 40 ust. 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne wynika, iż powstanie rozbieżności między wysokością kosztów świadczenia usługi MTC ponoszonych przez operatora a wysokością pobieranych przez niego stawek MTR skutkuje koniecznością dostosowania opłat wówczas, gdy Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej stwierdzi, że wysokość stawki ustalonej przez operatora w uzasadnieniu kosztowym jest nieprawidłowa. Nie chodzi tu więc o stawkę ustaloną przez operatora

i przez niego stosowaną w relacjach z innymi operatorami, lecz o stawkę ustaloną w uzasadnieniu kosztowym, a więc taką, jaką operator chciałby stosować po zaakceptowaniu jej przez organ regulacyjny w kolejnej decyzji MTR.

Nie zasługuje na uwzględnienie też zarzut naruszenia art. 479<sup>(64)</sup> § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 156 § 1 pkt 2 w zw. z art. 104 § 1 k.p.a. oraz w zw. z art. 40 ust. 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez niezasadne nieuwzględnienie podstawy do uchylecia zaskarżonej decyzji pomimo, że w punkcie 2 jest ona obciążona wadą polegającą na nałożeniu na powoda bez podstawy prawnej obowiązku corocznego przedstawiania Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej uzasadnienia wysokości opłat MTR w oparciu o ponoszone koszty. Nie ma bowiem racji powód twierdząc, że nie istniała podstawa prawna do nałożenia na niego obowiązku corocznego składania uzasadnienia kosztowego. Zgodnie bowiem z treścią art. 40 ust. 1 i 2 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, nałożenie na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązku ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty skutkuje obowiązkiem tego operatora przedstawiania Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej uzasadnienia kosztowego. Wprawdzie z powołanego przepisu nie wynika częstotliwość realizacji tego obowiązku, jednakże z uwagi na potrzebę skutecznego wykonywania kompetencji regulacyjnych należy przyjąć, że uprawnienie do jej ustalania należy do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Na gruncie prawa europejskiego takie uprawnienie krajowego organu regulacyjnego można wywieść z art. 13 ust. 3 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (tzw. dyrektywa o dostępie) (Dz. U. UE. L 2002.108.7, ze zm.).

Wadliwy jest też zarzut naruszenia art. 479<sup>64</sup> § 2 k.p.c. w zw. z art. 40 ust. 4 w zw. z art. 40 ust. 1 i 3 ustawy - Prawo telekomunikacyjne poprzez orzeczenie o zmianie zaskarżonej decyzji w wyniku ustalenia wysokości stawki za zakańczanie połączenia w ruchomej publicznej sieci telefonicznej powoda bez uwzględnienia w całości kosztów ponoszonych przez powoda w celu świadczenia usługi zakańczania połączeń w tej sieci, a więc poniżej kosztów ponoszonych przez powoda w tym celu. Odwołując się ponownie do treści art. 13 ust. 3 dyrektywy o dostępie należy wskazać, że przepis ten przewiduje, iż jeżeli dany operator ma obowiązek określania cen w zależności od kosztów, to na nim spoczywa ciężar dowodu, że należności są określone w zależności od kosztów, uwzględniając stopę zwrotu inwestycji. Tymczasem, zdaniem Sądu Apelacyjnego, w przedmiotowej sprawie powód nie udowodnił prawdziwości powyższego twierdzenia. W szczególności zaś nie zdołał podważyć zasadności oceny organu regulacyjnego, że koszty związane z pozyskaniem i utrzymaniem klienta są związane z obrotem detalicznym, a więc nie mieszczą się w kategorii kosztów świadczenia usługi MTC.

Nie mogły doprowadzić do wzruszenia zaskarżonego wyroku także zarzuty naruszenia art. 328 § 2 w zw. z art. 227 i art. 236 k.p.c., a także art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 7 października 1999 r. języku polskim poprzez sporządzenie uzasadnienia zaskarżonego wyroku: bez wskazania dowodów, na których Sąd Okręgowy oparł się, bez formalnego odniesienia się do wniosków dowodowych stron, bez określenia przyczyn, dla których dowodom wnioskowanym przez strony odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, a także z uwzględnieniem materiałów sporządzonych w języku obcym. Z zarzutami tymi wiążą się kolejne zarzuty naruszenia art. 224, art. 227, art. 232, art. 233 § 1 i art. 236 k.p.c. poprzez: nieustalenie okoliczności istotnych dla sprawy, nieustalenie dowodów, w oparciu o które okoliczności te miałyby być wykazane, a także brak uzasadnienia dla nieuwzględnienia wniosków dowodów zgłoszonych przez strony, czego skutkiem miało być wydanie zaskarżonego wyroku bez wyjaśnienia istoty sprawy.

Zarzuty naruszenia prawa procesowego mogą zostać skutecznie podniesione jedynie wówczas, gdy naruszenie tego prawa przez sąd miało istotny wpływ na wynik sprawy. Tymczasem, w ocenie Sądu Apelacyjnego, ewentualne naruszenia procedury przez sąd Okręgowy nie miały wpływu na treść zaskarżonego wyroku. W przedmiotowej sprawie powód złożył do akt dowody z dokumentów, zaś z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że Sąd pierwszej instancji na większości z nich oparł ustalenia faktyczne, chociaż formalnie nie wydał postanowień dowodowych. Jednakże Sąd Apelacyjny podziela wyrażony w judykaturze pogląd, że niewydanie formalnych postanowień o dopuszczeniu lub odmowie dopuszczenia określonych środków dowodowych (art. 236 k.p.c.) można uznać za uchybienie niemające istotnego wpływu na rozstrzygnięcie sprawy w sytuacji, gdy sąd w sposób dostatecznie pewny określi materiał dowodowy mogący stanowić podstawę merytorycznego orzekania (por. uzasadnienie wyroku Sądu

Najwyższego z dnia 19 stycznia 2007 r., sygn. akt III CSK 368/06, Lex nr 277293). Co więcej, naruszenie przepisu art. 236 k.p.c. może nastąpić wówczas, gdy sąd wyda postanowienie dowodowe, pomijając np. tezę dowodową. Natomiast przy braku postanowienia, naruszenie art. 236 k.p.c. nie wchodzi w grę (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2000 r., sygn. akt II CKN 266/00, Lex nr 786373).

W przedmiotowej sprawie materiał dowodowy będący podstawą wyrokowania jest jasno określony i obejmuje dokumenty złożone przez strony do akt sprawy, a także dokumenty znajdujące się w aktach sprawy administracyjnej. Ponadto należy wziąć pod uwagę treść art. 229 i 230 k.p.c., z których wynika, że nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości. Zaś gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, sąd, mając na uwadze wyniki całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane. W rozpoznawanej sprawie stan faktyczny był w zasadzie niesporny, stąd nie wymagał dowodzenia. Spór między stronami ograniczał się do wykładni stosowanych przepisów prawa materialnego, na czym skoncentrował się Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

W apelacji powód wniósł o przeprowadzenie przez Sąd Apelacyjny dowodów zgromadzonych w aktach sprawy administracyjnej, w tym zwłaszcza decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 30 września 2008 r. (tzw. decyzji MTR 2008) oraz pozostałych dokumentów zebranych przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej dla potrzeb rozstrzygnięcia sprawy i włączonych w tym celu do jej akt, a także dokumentów powołanych przez powoda w odwołaniu oraz toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji, na okoliczności tam wskazane. W ocenie Sądu Apelacyjnego wniosek ten nie mógł zostać uwzględniony z kilku przyczyn. Po pierwsze - nie istnieje dowód „z akt sprawy administracyjnej”, ani dowód ze zbioru dokumentów złożonych do akt sprawy. Po drugie - w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji powód nie sformułował wniosków dowodowych w tym zakresie i wbrew wymogowi wynikającemu z art. 381 k.p.c. nie wykazał, że potrzeba powołania się na nie wynika później. Po trzecie - powód nie sformułował też dowodowych dla zawnioskowanych na etapie postępowania odwoławczego dowodów. Dlatego Sąd Apelacyjny uzupełnił ustalenia faktyczne odwołując się do treści art. 229 i 230 k.p.c., skoro stan faktyczny w przedmiotowej sprawie był niesporny.

Podstawą orzeczenia Sądu Apelacyjnego były art. 385 i 386 § 1 k.p.c. O kosztach procesu orzeczono na zasadzie art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 108 § 1 k.p.c.