

Sygn. akt VI A Ca 756/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 marca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Jacek Sadowski

Sędzia SA – Małgorzata Kuracka

Sędzia SO (del.) – Magdalena Sajur – Kordula (spr.)

Protokolant: – sekr. sąd. Beata Pelikańska

po rozpoznaniu w dniu 5 marca 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w W. (dawniej: (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.)

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

z udziałem zainteresowanego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dawniej: (...) Spółka Akcyjna w W.)

o wydanie decyzji zmieniającej warunki współpracy

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 10 marca 2014 r., sygn. akt XVII AmT 3/12

I oddala apelację;

II zasądza od (...) Spółki Akcyjnej w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego;

III zasądza od (...) Spółki Akcyjnej w W. na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 756/14

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 30 czerwca 2011 roku nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej po rozpatrzeniu wniosku (...) S.A. z siedzibą w W. z dnia 23 marca 2011 roku o wydanie decyzji zmieniającej warunki współpracy i rozliczeń pomiędzy (...), a (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (zwaną dalej (...) obecnie (...) S.A. z siedzibą w W. zwaną dalej (...)), ustalone w decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 12 października 2009 roku nr (...) w zakresie określenia stawki za zakańczanie połączeń w sieci (...):

I. zmienił postanowienia Decyzji w następujący sposób:

1. W załączniku nr 1 do Decyzji (Załącznik Finansowy) w art. 4 (Opłaty należne (...)) ust. 4 pkt 2 otrzymuje brzmienie:

„2) Opłata na rzecz (...) wnoszona przez (...) za minutę połączenia wychodzącego z sieci (...) i zakańczanego w sieci (...) wynosi:

- od dnia 1 lipca 2011 r. 0,280 zł/min w okresach taryfikacyjnych T1, T2, T3;
- od dnia 1 stycznia 2012 r. 0,180 zł/min w okresach taryfikacyjnych T1, T2, T3;
- od dnia 1 lipca 2012 r. 0,140 zł/min w okresach taryfikacyjnych T1, T2, T3;
- od dnia 1 stycznia 2013 r. 0,137 zł/min w okresach taryfikacyjnych T1, T2, T3;
- od dnia 1 lipca 2013 r. opłata należna (...) za Usługi zakończenia połączenia w Sieci (...) niezależnie od okresie taryfikacyjnego wynosi 100% stawki za Zakończenie połączenia w sieci (...), o której mowa w art. 3 ust. 4 Tabela nr 10 Załącznika nr 1 (Załącznika Finansowego) do Decyzji.”.

II. Pozostałe postanowienia Decyzji pozostawiając bez zmian.

Odwołanie od powyższej decyzji złożyła (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. zaskarżając decyzję Prezesa UKE w całości i wnosząc o jej zmianę poprzez nadanie punktowi I podpunkt 1 Decyzji następującego brzmienia:

„1. W Załączniku nr 1 do Decyzji (Załącznik Finansowy) w art. 4 (Opłaty należne (...)) ust. 4 pkt 2 otrzymuje brzmienie:

„2) Opłata na rzecz (...) wnoszona przez (...) za minutę połączenia wychodzącego z sieci (...) i zakańczanego w sieci (...) wynosi:

- od dnia 1 lipca 2011 r. 0,1520 zł/min w okresach taryfikacyjnych T1, T2, T3;
- od dnia 1 lipca 2012 r. 0,1223 zł/min w okresach taryfikacyjnych T1, T2, T3;

Wyrokiem z dnia 10 marca 2014r. Sąd Okręgowy w Warszawie- Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego i zainteresowanego zwrot kosztów procesu.

Sąd Okręgowy oparł swe rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach i rozważaniach prawnych:

W dniu 29 września 2009 roku Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydał decyzję nr (...), mocą której ustalił, że na rynku świadczenia usług zakańczania połączeń głosowych, zgodnie z obszarem ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) nie występuje skuteczna konkurencja, w związku z czym Prezes UKE wyznaczył (...), jako przedsiębiorcę zajmującego pozycję znaczącą na tym rynku i nałożył na nią stosowne obowiązki regulacyjne.

W dniu 12 października 2009 roku Prezes Urzędu wydał decyzję nr (...) o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci pomiędzy (...), z (...), która zgodnie z przepisem art. 28 ust. 4 ustawy prawo telekomunikacyjne zastąpiła umowę o połączeniu sieci pomiędzy powodem, a zainteresowanym.

W dniu 10 listopada 2010 roku Prezes UKE opublikował swoje stanowisko dotyczące wysokości stawek za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych nowych operatorów, którym to dokumentem określił nowe podejście regulacyjne do kwestii asymetrii stawek (...) w rozliczeniach pomiędzy operatorami mobilnymi.

Pismem z dnia 25 stycznia 2011 roku (...) wystąpiła do (...) z wnioskiem o rozpoczęcie negocjacji w kwestii zmiany decyzji Prezesa UKE z dnia 12 października 2009 roku nr (...), w zakresie wysokości stawki MTR w sieci (...), równocześnie przedstawiając projekt aneksu. Wedle zainteresowanego uzasadnieniem przedstawionej propozycji w zakresie zmiany stawki MTR w sieci (...) jest Stanowisko Prezesa UKE opublikowane przez niego 10 listopada 2010 roku przewidujące stosowanie asymetrii dotyczącej stawek MTR w odniesieniu do sieci nowych operatorów telefonii

komórkowej. (...) odmówiła podpisania aneksu w przedstawionej wersji uważając, że stawki MTR w sieci stron powinny być symetryczne.

W dniu 28 lutego 2011 roku Prezes UKE wydał decyzję nr (...), w której ustalił, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) nie występuje skuteczna konkurencja, wyznaczył (...) jako przedsiębiorcę zajmującego znaczącą pozycję na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) oraz nałożył na (...) obowiązki regulacyjne, w tym obowiązek, o którym mowa w art. 44 Pt, polegający na zakazie stosowania przez (...) zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej zainteresowanego.

Postanowieniem z dnia 14 marca 2011 roku nr (...), Prezes UKE określił na dzień 21 marca 2011 roku termin zakończenia negocjacji w przedmiocie zmiany zasad rozliczeń pomiędzy (...), a (...) ustalonych w decyzji Prezesa UKE z dnia 12 października 2009 roku nr (...).

Wobec braku consensusu pomiędzy stronami, pismem z dnia 23 marca 2011 roku (...) wystąpiła do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji zmieniającej decyzję Prezesa UKE z dnia 12 października 2009 roku nr (...) w zakresie zmiany wysokości stawek MTR w sieci (...) zgodnie z załączonym aneksem.

Prezes UKE wypełniając dyspozycję art. 61 § 4 kpa, pismem z dnia 28 marca 2011 roku zawiadomił strony o wszczęciu w dniu 25 marca 2011 roku na wniosek (...) postępowania administracyjnego w wydanie decyzji zmieniającej warunki współpracy oraz zasady rozliczeń pomiędzy (...), a (...), określonych decyzją Prezesa UKE z dnia 12 października 2009 roku nr (...) o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci pomiędzy (...), a (...), w zakresie określenia stawki MTR w sieci (...) oraz zwrócił się do (...) o przedstawienie stanowiska w przedmiotowej sprawie w terminie 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia. Pismem z dnia 14 marca 2011 roku (...) przedstawiła swoje stanowisko w sprawie.

W dniach od 29 kwietnia 2011 roku do 29 maja 2011 roku Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przeprowadził postępowanie konsultacyjne odnośnie projektu decyzji administracyjnej zmieniającej warunki współpracy oraz zasady rozliczeń pomiędzy (...), a (...), określone w decyzji Prezesa UKE z dnia 12 października 2009 roku nr (...) o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci pomiędzy (...), a (...).

W ramach postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęło stanowisko złożone przez (...) z dnia 24 maja 2011 roku oraz stanowisko (...) z dnia 26 maja 2011 roku.

W dniu 29 kwietnia 2011 roku Prezes UKE notyfikował Komisji Europejskiej projekt rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie, sprawa zarejestrowana pod numerem (...). Komisja Europejska pismem z dnia 16 maja 2011 roku znak (...) przedstawiła swoje stanowisko między innymi w przedmiotowej sprawie.

Decyzją z dnia 11 maja 2011 roku nr (...) Prezes Urzędu zatwierdził szczegółowe warunki wykonywania ciążącego na (...), na mocy decyzji Prezesa UKE z dnia 29 września 2009 roku nr (...), obowiązku regulacyjnego, o którym mowa w art. 40 ust. 1 Pt, polegającego na ustaleniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w zakresie zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) w oparciu o ponoszone koszty.

Postanowieniem z dnia 7 czerwca 2011 roku Prezes UKE ograniczył (...) prawo wglądu do stanowiska konsultacyjnego (...) z dnia 24 maja 2011 roku.

Pismem z dnia 8 czerwca 2011 roku Prezes UKE zawiadomił strony, iż zgodnie z art. 10 § 1 kpa mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia.

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej decyzją z dnia 30 czerwca 2011 roku nr (...) zmienił swoją wcześniejszą decyzję z dnia 12 października 2009 roku nr (...) poprzez ustalenie opłat za usługę zakańczania połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...). Od powyższej decyzji (...) wniosła odwołanie zaskarżając ją w całości.

Z dniem 31 grudnia 2013 roku nastąpiło połączenie w trybie art. 492 § 1 pkt 1 ksh poprzez przeniesienie całego majątku spółek (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. na spółkę (...) S.A. jako jedyne go wspólnika przejmowanych spółek oraz dokonana została zmiana firmy (...) S.A. z siedzibą w W. na (...) S.A. z siedzibą w W.. Tym samym (...) S.A. z siedzibą w W. wstąpiła we wszystkie prawa i obowiązki spółek przejmowanych i stała się stroną niniejszego postępowania.

Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie powódki (...) S.A. należało oddalić.

W pierwszym rzędzie Sąd zważył należało, że podejmując decyzję o dostępie telekomunikacyjnym w trybie art. 28 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.), Prezes UKE działa w granicach tzw. uznania administracyjnego ograniczonego ramami określonymi w art.28 ust. 1 pkt 1-8 ustawy Prawo telekomunikacyjne, biorąc pod uwagę następujące kryteria: interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych, obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych, rozwój nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej, w tym promowanie efektywnego inwestowania w dziedzinie infrastruktury oraz technologii innowacyjnych, promocję nowoczesnych usług telekomunikacyjnych, charakter zaistniałych kwestii spornych oraz praktyczną możliwość wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, zarówno zaproponowanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych będących stronami negocjacji, jak też mogących stanowić rozwiązania alternatywne, zapewnienie integralności sieci oraz interoperacyjności usług, niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego, rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych, pozycje rynkowe przedsiębiorców telekomunikacyjnych, których sieci są łączone, interes publiczny, w tym ochronę środowiska oraz utrzymanie ciągłości świadczenia usługi powszechnej.

Wyrażona w art.8 k.p.a. zasada pogłębiania zaufania stron dla władzy publicznej wymaga respektowania opublikowanego wcześniej stanowiska co do postępowania organu w określonych kwestiach. Wbrew zarzutom powoda, zdaniem Sądu, rozstrzygnięcie zawarte w zaskarżonej decyzji pozostaje zgodne „Stanowiskiem Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w sprawie symetrii stawek na rynku zakańczania połączeń głosowych w publicznych telefonicznych sieciach stacjonarnych z dnia 16.12.2008 r.” oraz Zaleceniami KE 2002/19/WE. Jak bowiem wynika z opublikowanego na stronie internetowej Prezesa UKE „Stanowiska” z dnia 16.12.2008 r., „kierując się przytoczoną wyżej argumentacją Stron oraz wynikami prac KE i ERG, Prezes UKE postanowił utrzymać zaproponowany wcześniej harmonogram osiągnięcia symetrycznych stawek na rynku zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych. Tym samym, zdaniem Prezesa UKE. maksymalny dopuszczalny poziom asymetrii na rynku 9 w kolejnych latach nie powinien przekraczać wskazanych” w Tabeli 1. Określone w decyzji stawki odpowiadają wysokością i okresom stosowania stawkom wskazanym w „Stanowisku”. Dlatego też za nieprawidłowy należy uznać zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 pkt Pt w zw. z art. 44 tej ustawy. W pierwszej kolejności należy podnieść, że z treści odwołania wynika, iż powód mylnie odczytuje obowiązek nałożony na zainteresowanego w decyzji (...) jako wynikający z art. 40 Pt, a nie art. 44 Pt. Zgodnie z Decyzją (...) na zainteresowanego nałożono obowiązek polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek MTR w swojej sieci. Stawki wskazane w decyzji nie stanowią naruszenia powyższego obowiązku. Zgodnie z Zaleceniem KE wszelkie odchylenia od jednolitego poziomu efektywności kosztowej powinny opierać się na obiektywnych różnicach kosztów pozostających poza kontrolą operatorów. Nadto w okresie przejściowym nowi operatorzy mogą ponosić wyższe koszty jednostkowe. (...) jest niewątpliwie nowym operatorem, w związku z tym uzasadniona była decyzja o wprowadzeniu asymetrii, co zostało bardzo dokładnie przedstawione w uzasadnieniu decyzji. Powód jako podstawę uzasadnienia zarzutu przytoczył treść Dyrektywy 2002/19/WE oraz Zalecenia 2009/396/WE. Jednakże jak wyżej Sąd wskazał, Komisja nie ma wątpliwości, że w okresie przejściowym można utrzymać symetryczność stawek na rynku zakańczania połączeń (motyw 17). Tak więc, zdaniem Sadu I instancji, Urząd wydając decyzję respektował zarówno Dyrektywę, jak i Zalecenia i mógł utrzymać asymetryczność stawek. Nieprawidłowy jest też zarzut powoda dotyczący braku wykazania kosztów ponoszonych przez zainteresowanego. Zainteresowany nie ma obowiązku dostarczania takich informacji Prezesowi URE, a Urząd

jak wynika z dokumentów zgromadzonych w postępowaniu administracyjnym oraz treści decyzji, zgromadził dane dostępne dla niego. Analiza tych danych została ujęta w uzasadnieniu decyzji, a wynikające z niej treści nie przekraczają granic uznania administracyjnego oraz zapisów Dyrektywy o dostępie i Zaleceń Komisji Europejskiej. Nadto powód nie przeprowadził żadnego dowodu, który wskazałby, jakie faktycznie koszty ponosi zainteresowany i że są one znacząco inne niż te które wynikają z analizy przeprowadzonej przez Prezesa UKE. Tak więc Sąd podkreślił, że decyzja odpowiada obowiązkowi regulacyjnemu nałożonemu na zainteresowanego oraz wyrażonej w prawie wspólnotowym możliwości utrzymania dla nowych operatorów niesymetrycznych stawek na zakańczanie połączeń.

Co do zarzutu naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 5 ppkt b ustawy Prawo telekomunikacyjne, Sąd I instancji uznał, że powód ograniczył się do wskazania, że wymienione w decyzji warunki współpracy z zainteresowanym są dla niego dyskryminujące. Zarzut ten w zasadzie nie został uzasadniony, albowiem nie jest zdaniem sądu wskazanie samej asymetryczności stawek jako dyskryminacji powoda. Przepis, którego naruszenia dopatruje się powód wskazuje na konieczność takiego samego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych znajdujących się w porównywalnych okolicznościach. Tymczasem, co jednoznacznie wykazał w decyzji Urząd, zainteresowany jako operator nowowchodzący nie znajduje się w porównywalnych okolicznościach w stosunku do operatora zasiedziałego, na obu operatorów są nałożone różne obowiązki. Powód nie przedstawił żadnego dowodu na fakt znajdowania się operatorów w porównywalnych okolicznościach.

Nieprawidłowy, według Sądu, jest również zarzut naruszenia art. 19 ust. 1 Pt poprzez nieuwzględnienie stanowiska Komisji wyrażonego w postępowaniu konsolidacyjnym. Zgodnie z treścią przedstawionego przepisu „(...) Prezes UKE niezwłocznie uwzględnia to stanowisko w możliwym najszerszym zakresie.” Zapis ten wskazuje na brak charakteru bezwzględnie wiążącego Prezesa Urzędu. Prezes UKE odniósł się w decyzji do wszystkich kwestii podniesionych przez Komisję, co znalazło odzwierciedlenie w treści uzasadnienia.

Nie może zasługiwać na uznanie zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 1 Pt, a Sąd w pełni podziela stanowisko Prezesa Urzędu, który wskazał, że możliwość rozwoju nowych operatorów wpływa na rozwój konkurencji na rynku telekomunikacyjnym i to właśnie uwzględnia interes użytkowników sieci telekomunikacyjnej. Decyzja MTR odnosi się do rozliczeń na rynku hurtowym międzyoperatorskim, a powód nie wykazał, że będzie miała ona jakiegokolwiek przełożenie na detaliczne ceny użytkowników końcowych jego sieci. Określenie wysokości opłaty detalicznej stanowi wyłączone domenę powoda.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 19 ust. 1 Dyrektywy 2002/21/WE i art. 13 dyrektywy 2002/19/WE, a także Zaleceń Komisji Europejskiej, to jak wyżej wskazano, przepisy te umożliwiają czasowego pozostawienia asymetrycznych stawek za zakańczanie połączeń. Prezes Urzędu w skarżonej decyzji szeroko odniósł się do potrzeby zachowania asymetrii między powodem a zainteresowanym, a Sąd w pełni argumenty tam zawarte przyjmuje. Ponownie wskazano, że pozwany wydaje decyzję w granicach uznania administracyjnego, a przyjmując, że zainteresowany jest nowowchodzącym operatorem telefonii ruchomej i nie osiągnął jeszcze minimalnej stawki efektywności, mógł uznać asymetryczność w tym wypadku za uprawnioną. Nie naruszył w tym zakresie żadnego przepisu prawa krajowego, mieści się w granicach obu wskazanych Dyrektyw, Zalecenia Komisji, która uznaje możliwość wprowadzenia asymetrii, jak też w granicach Stanowiska Prezesa UKE z 16.12.2008 roku. Powód zaś nie przedstawił żadnego dowodu, że zainteresowany posiada taką samą pozycję rynkową jak on.

Bezpodstawny jest również zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, co do tego, że zainteresowany ponosi większe od powoda nakład na budowę sieci ruchomej. Zdaniem powoda Prezes Urzędu nie przedstawił na powyższe żadnego dowodu. W pierwszej kolejności Sąd wskazał, że powód nie przedstawił żadnej podstawy prawnej, która nakładałaby na Prezesa Urzędu obowiązek badania, który z Operatorów poniósł większe nakłady na budowę sieci. Sam powód nie przedstawił żadnego dowodu na powyższe dowodu. Nadto w odwołaniu powód nie odniósł się do korzyści skali i zakresu jakie osiąga operator większy niż nowowchodzący. Badanie takie potrzebuje całościowego porównania możliwości ekonomicznych operatorów, tak co do nakładów ponoszonych na rozwój infrastruktury, jak i przychodów z rynku operatorskiego. Dowodu takiego powód nie zaproponował. Jak wyżej wskazano na zainteresowanego nie

nałożono obowiązku wynikającego z art. 40 Pt, wobec czego zarzut dotyczący braku ustaleń faktycznych co do poziomu opłat za zakańczanie połączeń zainteresowanego jest bezpodstawny.

Sąd zauważył również, że powód domagał się zmiany decyzji, nie przeprowadził jednakże żadnego dowodu na okoliczność, dlaczego stawki proponowane przez niego w odwołaniu są prawidłowe. Na powodzie leży ciężar dowodu w tym zakresie, nie korzysta on wszak z zasad uznania administracyjnego.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 479⁶⁴ § 1 kpc oddalił wniesione przez (...) S.A. odwołanie, z uwagi na brak podstaw do jego uwzględnienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu w oparciu o art. 98 kpc, w zw. z § 14 ust. 3 pkt. 2 w zw. z § 2 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu. Na kwotę 377 zł składa się wynagrodzenie pełnomocnika w stawce minimalnej 360 zł i koszt opłaty skarbowej za złożenie dokumentu stwierdzającego pełnomocnictwo w kwocie 17 zł.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód, zaskarżając go w całości, zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

a) naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 6 k.c. w związku z art. 28 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (dalej „Prawo telekomunikacyjne” lub „Pt”), poprzez błędną ich wykładnię, polegające na przyjęciu, że w przypadku gdy Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) w toku postępowania administracyjnego nie zebrał żadnego dowodu celem wykazania zasadności ustalenia konkretnej wysokości stawek MTR należnych (...), ciężar dowodu w postępowaniu przed Sądem I instancji co do tego, że stawki MTR należne (...) ustalone w zaskarżonej decyzji o dostępie telekomunikacyjnym są zawyżone spoczywał na powodzie, a w rezultacie przyjęcie, że pomimo braku dowodów potwierdzających prawidłowość ustalonej wysokości opłat zaskarżona decyzja o dostępie telekomunikacyjnym nie naruszała art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt,

b) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 28 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne w związku z art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, przez błędną wykładnię, polegające na przyjęciu przez Sąd I instancji, że nałożony na (...)obowiązek polegający na zakazie stosowania zawyżonych stawek za usługę zakańczania połączeń w sieci ruchomej (...) nie wiąże się z obowiązkiem ustalania tych stawek z uwzględnieniem kosztów (...), czego konsekwencją było przyjęcie, że zaskarżona decyzja nie ustala zawyżonych opłat za usługę zakańczania połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...),

c) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 28 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne w związku z art. 44 ustawy Prawo telekomunikacyjne, przez błędną wykładnię, polegające na przyjęciu, że zaskarżona decyzja nie określa zawyżonych opłat za usługę zakańczania połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...),

d) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 7 Konstytucji RP w związku z art. 28 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, przez błędną wykładnię, polegające na uznaniu, że rozstrzygając w decyzji o dostępie telekomunikacyjnym o zasadach współpracy pomiędzy przedsiębiorcami w ramach zasady pogłębienia zaufania stron do władzy publicznej (art. 8 k.p.a.), Prezes UKE powinien stosować się do swoich oświadczeń zawartych w swoim stanowisku opublikowanym na stronie internetowej, pomimo tego, że żaden przepis prawa nie stanowi podstawy do tego, aby w takich stanowiskach Prezes UKE był uprawniony do rozstrzygania o warunkach współpracy między przedsiębiorcami telekomunikacyjnym lub też był uprawniony do ogłaszania informacji o warunkach współpracy pomiędzy przedsiębiorcami, które będą wiążące w toku postępowań administracyjnych prowadzonych przez Prezesa UKE,

e) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 28 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne przez błędne jego zastosowanie, polegające na nieuwzględnieniu praktycznych możliwości wdrożenia rozwiązań dotyczących ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego,

f) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo telekomunikacyjne, przez błędną wykładnię, polegające na uznaniu, że zaskarżona decyzja, pomimo ukształtowania nierównych warunków współpracy pomiędzy (...) i (...), nie skutkowałą dyskryminacją (...),

g) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, przez błędną wykładnię, polegające na uznaniu, że ustalenie w zaskarżonej decyzji warunków współpracy pomiędzy (...) i (...) nie naruszało interesów użytkowników sieci telekomunikacyjnych,

h) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 19 ust. 1 Dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywa ramowa) w związku z art. 13 dyrektywy o 2002/19/WE (dyrektywa o dostępie), przez błędną wykładnię, polegające na nieuwzględnieniu pkt 10 Zaleceń Komisji Europejskiej z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych i ruchomych (2009/396/WE; Dz. Urz. UE L 124/67), poprzez uznanie, że dopuszczalne było ustalenie nierównych stawek we współpracy pomiędzy (...) i (...) bez udowodnienia, a także bez podjęcia próby udowodnienia, że (...) ponosi wyższe jednostkowe koszty przyrostowe niż operator standardowy (tj. m.in. (...)).

i) naruszenie przepisu postępowania, tj. art. 19 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, polegające na nieuwzględnieniu stanowiska Komisji Europejskiej do projektu zaskarżonej Decyzji wyrażonego w postępowaniu konsolidacyjnym.

W związku z powyższym wniósł o:

a) zmianę zaskarżonego Wyroku w całości poprzez zmianę zaskarżonej decyzji w całości poprzez nadanie punktowi I podpunkt 1 decyzji następującego brzmienia:

„ 1. W Załączniku nr 1 do Decyzji (Załącznik Finansowy) w art. 4 (Opłaty należne (...)) ust. 4 pkt 2 otrzymuje brzmienie:

„ 2) Opłata na rzecz (...) wnoszona przez (...) za minutę połączenia wychodzącego z sieci (...) i zakańczanego w sieci (...)wynosi:

- od dnia 1 lipca 2011 r. 0,1520 zł /min. w okresach taryfikacyjnych T1, T2, T3,
- od dnia 1 lipca 2012 r. do 31 grudnia 2012 r. 0,1223 zł/min. w okresach taryfikacyjnych T1, T2, T3."

b) zasądzenie na rzecz Powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany oraz zainteresowany na rozprawie w dniu 5 marca 2015r. wnieśli o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

(...) sp. z o.o. w W. jest następcą prawnym (...) S.A. w W. (odpis z KRS k. 335).

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda okazała bezzasadna.

Sąd Apelacyjny podziela zarówno ustalenia faktyczne jak i rozważania prawne Sądu I instancji, uznając je za swoje. Odnosząc się szczegółowo do zarzutów apelacji- w zakresie pierwszego z nich, wskazać należy, że Sąd Okręgowy prawidłowo zastosował przepisy prawa materialnego t.j. art. 6 k.c. w zw. z art. 28 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171 poz. 1800 ze zm.)- dalej jako: Pt i uznał, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wykazał zasadność stawek określonych w zaskarżonej decyzji za zakańczanie połączeń w sieci (...) (obecnie: (...) sp. z o.o. w W.). Jak słusznie wskazał Sąd I instancji, podejmując decyzję o dostępie telekomunikacyjnym w trybie art. 28 Pt, Prezes UKE działa w granicach tzw uznania administracyjnego. Uznanie

administracyjne to uprawnienie organu administracyjnego do wyboru rodzaju rozstrzygnięcia, które to uprawnienie jest ograniczone treścią art. 6 i 7 k.p.a. Oznacza to, że organ ma obowiązek uwzględnić obowiązujące przepisy prawa, podjąć wszelkie czynności zmierzające do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz uwzględnić m.in. słuszny interes stron i ogólne zasady k.p.a. Nie bez znaczenia jest również zasada określona w art. 8 k.p.a. t.j. zasada zaufania do organów administracji, co przejawia się m.in. tym, że organ ma postępować zgodnie ze swoimi publikowanymi stanowiskami i wytycznymi, nie może zaskakiwać stron odstępstwem od swoich wcześniejszych ogólnych założeń.

W niniejszym przypadku, jeżeli chodzi o przepisy prawa, ramy uznania administracyjnego określa treść art. 28 ust. 1 Pt, który szczegółowo wymienia jakie kryteria muszą być wzięte pod uwagę przez Prezesa UKE przy podejmowaniu decyzji o dostępie administracyjnym. Są to: interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych, obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych, rozwój nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej, w tym promowanie efektywnego inwestowania w dziedzinie infrastruktury oraz technologii innowacyjnych, promocja nowoczesnych usług telekomunikacyjnych, charakter zaistniałych kwestii spornych oraz praktyczna możliwość wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, zapewnienie integralności sieci oraz interoperacyjności usług, niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego, rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych, pozycje rynkowe przedsiębiorców telekomunikacyjnych, których sieci są łączone, interes publiczny, w tym ochronę środowiska oraz utrzymanie łączności usługi powszechnej. Jak wyżej wskazano- jednym z kryteriów, które Prezes UKE jest zobligowany uwzględnić, są obowiązki regulacyjne nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Jak zaznaczył Sąd Okręgowy, przy wydawaniu decyzji pozwany wziął je pod uwagę, w tym- co jest szczególnie istotne- obowiązek nałożony w decyzji (...) na (...), który polegał na zakazie stosowania zawyżonych stawek MTR.

Słusznie Sąd I instancji uznał, że przyjęcie dla zainteresowanego oraz powoda stawek asymetrycznych jest uzasadnione. Zgodnie z powołanymi w decyzji Zaleceniami Komisji Europejskiej 2009/396/WE, symetria stawek za zakańczanie połączeń w sieci jest stanem najbardziej pożądanym, natomiast wszelkie odchylenia od jednolitego poziomu efektywności kosztowej powinny opierać się na obiektywnych różnicach kosztów pozostających poza kontrolą operatorów, nadto nowi operatorzy mogą ponosić wyższe koszty jednostkowe. Taka sytuacja dotyczy jedynie okresu przejściowego t.j. od okresu rozpoczęcia działalności do momentu osiągnięcia minimalnej skali efektywności (co może trwać 3-4 lata). (...) jest operatorem nowym, którego pozycja rynkowa różni się od pozycji operatorów dłużej działających na rynku, trudniej mu zbudować konkurencyjną dla operatorów zasiedziałą ofertę handlową. Prezes UKE przyjął, że wskazane jest ustalenie dla nowych operatorów takiego modelu rozliczeń międzyoperatorskich, który pozwoli na skuteczną konkurencję. Taką właśnie możliwość daje czasowa asymetria stawek, wprowadzona przez Prezesa UKE w zaskarżonej decyzji. Istotne jest to, że kwestia ponoszonych przez (...) kosztów była przez Prezesa UKE rozważana w procesie wydawania decyzji (...) z dnia 28 lutego 2011r. a więc z okresu zbliżonego do daty wydania zaskarżonej decyzji, która jest z dnia 30 czerwca 2011r. Ta analiza doprowadziła go m.in. do nałożenia na (...) obowiązku regulacyjnego, o którym mowa w art. 44 Pt, polegającego na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci (...). Poprzez stawki zawyżone Prezes UKE rozumie stawki MTR (...) wyższe, niż stawki MTR obliczone przez Prezesa UKE na podstawie kosztów określonych w oparciu o dane, będące w posiadaniu Prezesa UKE, które dotyczą kosztów świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych ponoszonych przez nowego operatora ruchomej publicznej sieci telefonicznej w kolejnych latach od rozpoczęcia przez niego działalności, z uwzględnieniem kosztów usługi roamingu krajowego. Stawki te Prezes UKE publikuje w stanowisku na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Powyższe ustalenia doprowadziły Prezesa UKE do wniosku, że (...) i (...) (obecnie: (...) S.A. w W.) do zasady winny mieć stawki asymetryczne w okresie wskazanym w decyzji.

Natomiast uzasadniając szczegółowo wysokość stawek określonych w zaskarżonej decyzji, Prezes UKE przedstawił kryteria, którymi kierował się czyli: w oparciu o kalkulację kosztów w sieciach ruchomych, gdzie średnia ważona stawki dla 3 i 4 roku działalności z uwzględnieniem kosztów roamingu krajowego oraz dodatkowych kosztów z nim związanych wynosi 0,1843 zł/min. Wprowadził też harmonogram dochodzenia do symetrii stawek. Przedstawił, co rozumie pod pojęciem minimalnej skali efektywności i ocenił, kiedy (...) powinien ją osiągnąć. Sąd Apelacyjny stoi

na stanowisku, że pozwany uzasadnił wysokość przyjętych w decyzji stawek. Zgodnie z zasadą określoną w art. 6 k.c., powód kwestionując je, winien uzasadnić prawidłowość stawek przedstawionych w odwołaniu. Tymczasem powód zaniechał postępowania dowodowego w tym zakresie. Uznać należy więc, że zasadność stawek przez niego zaproponowanych nie została w żaden sposób udowodniona.

Odnosząc się do drugiego zarzutu apelacji, stwierdzić należy, że Sąd I instancji dokonał prawidłowej wykładni art. 28 ust. 1 pkt 1 Pt w zw. z art. 44 Pt, która doprowadziła go do właściwego rozumienia istoty obowiązku regulacyjnego zainteresowanego, polegającego na zakazie stosowania zawyżonych stawek za usługę zakańczania połączeń w publicznej ruchomej sieci telefonicznej (...). Jak wyżej wskazano, Prezes UKE rozważył kwestię kosztów ponoszonych przez (...) w decyzji (...) z dnia 28 lutego 2011r. Natomiast w decyzji niniejszej odniósł się ponownie do tego, co rozumie pod pojęciem zawyżonych stawek i pogląd ten jest zgodny z opublikowanym na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej Stanowiskiem Prezesa UKE z dnia 10 listopada 2010r. Podkreślenia wymaga fakt uzgodnienia tego Stanowiska z Komisją Europejską. Ustalono wówczas, że „jedynym uzasadnieniem asymetrii dla nowych operatorów zgodnym z Zaleceniem Komisji Europejskiej będzie oparcie stawki MTR o faktycznie ponoszone koszty. Komisja Europejska zgodziła się, aby w przypadku braku danych kosztowych dla poszczególnych operatorów, Prezes UKE mógł posłużyć się danymi kosztowymi, jakie posiada.” (Stanowisko z 10.11.2010r.) Istotne jest również, że stawki i harmonogram ich wprowadzenia, zawarte w niniejszej decyzji są zgodne ze stawkami i harmonogramem zawartym w przytoczonym Stanowisku. Słusznie więc Sąd Okręgowy uznał te stawki za zgodne z obowiązkiem regulacyjnym nałożonym na (...).

Podobnie nieuzasadniony jest zarzut apelacji, dotyczący ustalenia na rzecz (...) zawyżonych opłat. Powód nie wykazał w żaden sposób zasadności tego twierdzenia, nie przeprowadził w tym zakresie postępowania dowodowego. Nie podjął nawet próby udowodnienia, poprzez analizę ekonomiczną lub w inny stosowny sposób.

Wbrew twierdzeniom skarżącego, odwołując się do zasady pogłębiania zaufania stron do władzy publicznej, Sąd I instancji nie naruszył art. 7 Konstytucji RP w zw. z art. 28 ust. 1 Pt. Zasada powyższa, przewidziana w art. 8 k.p.a., sprowadza się do tego, że organ administracji publicznej winien respektować swoje opublikowane wcześniej stanowiska co do postępowania w określonych kwestiach. W niniejszym przypadku, decyzja Prezesa UKE była zgodna z jego Stanowiskiem opublikowanym w dniu 10 listopada 2011r., nie oznacza to jednak, że zaniechano wyjaśnienia stanu faktycznego w tej konkretnej sprawie. Stanowisko wyznacza jedynie ogólne założenia, którymi Prezes UKE zamierza się kierować w zakresie stawek MTR, jakie jest jego podejście do ich asymetrii, jak zamierza kształtować drogę dojścia do symetrii stawek. Wbrew twierdzeniom apelacji, Sąd I instancji nie wyraził poglądu, że Prezes UKE jest uprawniony lub zobligowany do przeniesienia do decyzji administracyjnej zasad określonych w swoim upublicznionym stanowisku. Prezes UKE zrealizował zasadę zaufania do organów publicznych poprzez to, że niniejsza decyzja była spójna z jego wcześniej zaprezentowanymi poglądami, wyrażonymi zarówno w decyzjach (...), jak i Stanowisku, nie wydał rozstrzygnięcia, które mogłoby zaskoczyć strony, zaprzeczyc dotychczasowej praktyce .

Sąd Okręgowy nie naruszył również art. 28 ust. 1 pkt 4 Pt poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na nieuwzględnieniu praktycznych możliwości wdrożenia rozwiązań dotyczących ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego. Jak słusznie wskazał w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, zainteresowany nie ma obowiązku dostarczania Prezesowi UKE informacji dotyczących kosztów, zaś Prezes UKE zgromadził informacje dla niego dostępne i dokonał ich analizy. Podkreślenia wymaga też okoliczność, że to na powódzie- zgodnie z art. 6 k.c. spoczywał obowiązek wykazania wysokości tych kosztów, jeżeli kwestionuje ustalenia pozwanego. Podobnie brak jest podstaw do przyjęcia, że warunki współpracy ustalone decyzją są dyskryminujące dla powoda. Art. 28 ust. 1 pkt 5b nakazuje jednakowe traktowanie przedsiębiorców znajdujących się w tych samych okolicznościach. Tymczasem powód i zainteresowany nie znajdują się w porównywalnych okolicznościach. Zainteresowany jest operatorem nowowchodzącym. Oznacza to trudności z wejściem na rynek, ze zbudowaniem bazy abonenckiej, z zaproponowaniem atrakcyjnej cenowo i jakościowo oferty. Powyższe okoliczności powodują, że zasadne jest wprowadzenie dla niego stawek preferencyjnych w stosunku do operatora zasiedzialego. W tym miejscu Sąd Apelacyjny dodatkowo wyjaśnia, że złożona na rozprawie w dniu 5 marca 2015r. decyzja nr (...) nie stanowi dowodu na zmianę statusu zainteresowanego w tym zakresie. Z uzasadnienia tej decyzji, datowanej na dzień 14 grudnia 2012r. (czyli wydanej po dacie decyzji

będącej przedmiotem niniejszej sprawy) wynika, że wskutek umowy z dnia 6 lutego 2012r. Z. Ż. poprzez swoje spółki, w których jest akcjonariuszem, zyskał kontrolę nad (...) (k.399). Powód nie wykazał również jaki miałyby to mieć wpływ na zainteresowanego, który w decyzji z dnia 30 czerwca 2011r. był uznany przez Prezesa UKE za operatora nowego.

Brak podstaw by przyjąć, że został naruszony interes użytkowników końcowych, powód tego nie udowodnił, przyjął jedynie hipoteczne założenie, że tak się stanie, bo cena za minutę połączenia kierowanego do sieci (...) musi być wyższa niż za połączenie kierowane do sieci powoda. Brak jest jakichkolwiek wyliczeń i analiz potwierdzających przedstawioną tezę.

Nie potwierdził się też zarzut naruszenia przez Sąd art. 19 ust. 1 Dyrektywy 2002/21/WE w zw. z art. 13 dyrektywy 2002/19/WE z przyczyn wskazanych powyżej, dotyczących kwestii kosztów ponoszonych przez (...). Nie doszło również do naruszenia art. 19 ust. 1 Pt, gdyż Prezes UKE uwzględnił stanowisko Komisji Europejskiej do projektu zaskarżonej decyzji w możliwie najszerszym zakresie, uwzględniając okoliczność jakimi danymi Prezes UKE dysponował w zakresie kosztów ponoszonych przez (...).

Z tych względów, apelacja jako bezzasadna podlegała oddaleniu na mocy art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego, zawartych w pkt II i III wyroku, orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c.