

Sygn. akt VI ACa 433/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 czerwca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: Sędzia SA Małgorzata Kuracka

Sędziowie: SA Jolanta Pyżlak (spr.)

SO (del.) Magdalena Sajur-Kordula

Protokolant: sekr. sądowy Paulina Czajka

po rozpoznaniu w dniu 19 maja 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

o nałożenie obowiązków regulacyjnych

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 25 lutego 2013 r. sygn. akt XVII AmT 18/11

I. zmienia zaskarżony wyrok częściowo, nadając mu następującą treść:

„1. zmienia częściowo decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nr (...) z dnia 14 grudnia 2010r., w ten sposób, że usuwa z punktu IV podpunkt 1 sformułowanie „w szczególności” oraz z punktu pierwszego podpunkt 1 tiret 3 sformułowanie „oraz innych form wspólnego korzystania z budynków” ,

2. oddala odwołanie w pozostałej części;

3. znosi wzajemnie między stronami koszty procesu.”;

II. oddala apelację powoda w pozostałej części;

III. zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 540 (pięćset czterdzieści złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym;

IV. nakazuje pobrać od (...) S.A. w W. na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w W. kwotę 200 (dwieście) złotych tytułem nieuiszczonych opłat sądowych.

Sygn. akt VI ACa 433/16

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 14 grudnia 2010 r. nr (...) Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej:

I. określił jako właściwy rynek świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS);

II. ustalił, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...) Sp. z o.o. w W., zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia, nie występuje skuteczna konkurencja;

III. wyznaczył (...) jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego zajmującego znaczącą pozycję na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (...) zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia;

IV. nałożył na (...) wskazane w decyzji obowiązki regulacyjne:

1. polegający na uwzględnianiu uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących w celu świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...), polegający w szczególności na:

- zapewnieniu określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy, niezbędnych do zapewnienia dostępu do sieci;

- przyznawaniu dostępu do interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług, w tym usług sieci wirtualnych.

- zapewnieniu infrastruktury telekomunikacyjnej, kolokacji oraz innych form wspólnego korzystania z budynków;

- zapewnieniu funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług, w tym świadczenia usług w sieciach inteligentnych; zapewnieniu połączenia sieci lub urządzeń telekomunikacyjnych oraz udogodnień z nimi związanych;

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

- uwzględnianiu uzasadnionych wniosków o dostęp telekomunikacyjny.

2. obowiązek, o którym mowa w art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w celu świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...), w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowaniu usług oraz udostępnianiu informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi;

3. obowiązek polegający na ogłaszaniu informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...), dotyczącej specyfikacji sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat przy czym:

- zakres informacji obejmuje wszystkie informacje dotyczące specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat, niezbędne do przygotowania przez zainteresowanych operatorów wniosku w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego,

- publikacja wskazanych powyżej informacji nastąpi w formie elektronicznej na oficjalnej stronie internetowej (...),

- informacje należy ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia niniejszej decyzji; w przypadku zmiany zakresu bądź treści publikowanej informacji należy ją ogłosić niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 1 tygodnia od dnia wprowadzenia zmiany;

4. obowiązek, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty przez (...).

Od powyższej decyzji (...) S.A. złożyła odwołanie wnosząc o jej uchylenie, ewentualnie o zmianę, zarzucając Prezesowi UKE naruszenie: art. 15 ust. 3 i art. 16 ust. 1, 2 i 4 Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, art. 22 ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, art. 16 ust. 1 Dyrektywy ramowej, art. 2 i art. 88 ust. 1 Konstytucji RP i art. 6 k.p.a. oraz art. 58 Aktu akcesyjnego w zw. z art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej, a także art. 19 ust 3 ustawy prawo telekomunikacyjne, art. 15 ust. 3 Dyrektywy ramowej oraz art. 19 ust. 3, art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, art. 25a ust. 1 i 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne, oraz art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo telekomunikacyjne, poprzez ustalenie, że na rynku tym nie występuje skuteczna konkurencja; art. 34 ust. 1, art. 36, art. 37 ust. 1 i 2, art. 40 ust. 1 w zw. z art. 1 ust. 2 pkt l, art. 24 pkt 2 lit a ustawy Prawo telekomunikacyjne; art. 34 ust. 1, art. 36, art. 37 ust. 1 i 2, art. 40 ust. 1 w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1, art. 189 ust. 2 pkt 1 i art. 24 pkt 2 lit a ustawy Prawo telekomunikacyjne, art. 13 ust. 1 i 3 Dyrektywy o dostępie w zw. z art. 40 ust. 1 w zw. ust. 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne, poprzez nałożenie na (...) obowiązku regulacyjnego wskazanego w pkt IV. ppkt 4 zaskarżonej decyzji, w oparciu o przepis sprzeczny z art. 13 ust. 1 i ust. 3 Dyrektywy o dostępie, art. 207 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych.

Wyrokiem z dnia 25 lutego 2013 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w punkcie 1. zmienił zaskarżoną decyzję w pkt IV. w ten sposób, że skreślił z jej treści zwrot: „w tym usług sieci wirtualnych” i „w tym świadczeniu usług w sieciach inteligentnych”, w punkcie 2. oddalił odwołanie w pozostałej części, zaś w punkcie 3. zasądził od (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej kwotę 360 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło na podstawie następujących ustaleń faktycznych i rozważań prawnych:

W dniu 13 kwietnia 2010r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wszczął z urzędu postępowanie administracyjne w sprawie określenia rynku właściwego, ustalenia, czy na rynku występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej, wyznaczenia przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę obowiązków regulacyjnych, utrzymania, zmiany albo uchylenia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę o znaczącej pozycji rynkowej przez przeprowadzenie analizy rynku.

Stosownie do art. 16 ust 1 oraz art. 18 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przeprowadził postępowania konsultacyjne i konsolidacyjne, notyfikując w dniu 13 lipca 2010 projekt przedmiotowej decyzji, a także zawiadamiając w tym dniu Prezesa UOKiK o rozpoczęciu postępowania konsultacyjnego.

Z uwagi na zmiany w projekcie decyzji, pozwany powtórnie notyfikował nowy projekt w dniu 27 sierpnia 2010 r. i poinformował Prezesa UOKiK o rozpoczęciu postępowania konsultacyjnego.

W dniu 15 października Prezes UKE przekazał Prezesowi UOKiK projekt decyzji ustalającej celem zajęcia przez niego stanowiska.

W dniu 2 listopada 2010 r. Prezes UOKiK wydał Postanowienie, w którym uznał za zasadne:

- określenie jako rynku właściwego rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...);

- ustalenie, że na rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) występuje przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej;
- wyznaczenie (...) jako przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej;
- nałożenie na (...) obowiązków regulacyjnych jak w zaskarżonej decyzji.

W ocenie Sądu Okręgowego dla produktu jakim jest usługa zapewniania zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) brak było substytutu. Niezależnie bowiem od miejsca wysłania takiej wiadomości (sieć ruchoma (...), inna sieć ruchoma, sieć stacjonarna, sieć Internet) jej zakończenie odbywa się zawsze w sieci, której właścicielem jest (...). Nie stanowi natomiast substytutu takiej usługi zakańczanie krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej lub stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej innego operatora, gdyż komórkowe aparaty telefoniczne nie posiadają możliwości odbioru połączeń z sieci stacjonarnej, a także nie pozwalają na swobodny wybór operatora w ramach jednej karty SIM (brak roamingu krajowego). Zdaniem Sądu Okręgowego nie można też uznać za substytut innych form przekazywania informacji tekstowych (e-mail), gdyż wymaga to dostępu do sieci Internet, a więc zawarcia z operatorem dodatkowej umowy na tę usługę, zaś otwarte publiczne sieci mają znacząco mniejszy zasięg.

Za bezsporne Sąd I instancji uznał również, że na rynku usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) Sp. z o.o. w W., zgodnym z obszarem sieci w której następuje zakończenie połączenia, powód ma 100% udział w rynku, a także, że istnieje bariera znacznych kosztów związanych z budową niezbędnej infrastruktury komunikacyjnej, co istotnie ogranicza możliwość wejścia na rynek innych podmiotów, mogących stanowić potencjalną konkurencję.

Odnosząc się do argumentacji podniesionej w odwołaniu Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie jedynie w części.

Za bezzasadny Sąd Okręgowy uznał zarzut naruszenia art. 15 ust. 3 i art. 16 ust. 1, 3 i 4 dyrektywy 2002/21/WE, poprzez określenie rynku właściwego dopiero w zaskarżonej Decyzji, a nie na etapie poprzedzającym jej wydanie. Obowiązek wydania w jakiegokolwiek formie rozstrzygnięcia co do definicji rynku właściwego nie wynika bowiem z powołanych przez powoda przepisów, a procedura określona w tych przepisach dotyczy wyłącznie Komisji Europejskiej, co jednoznacznie wynika z brzmienia ostatniego zdania art. 15 ust. 1 tej dyrektywy.

Z kolei za bezprzedmiotowe Sąd Okręgowy uznał zarzuty naruszenia art. 22 ust. 2 i 3 ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz art. 16 ust. 1 i 2 dyrektywy 2002/21/WE, jak również naruszenia art. 2 i art. 88 ust. 1 Konstytucji RP, art. 6 k.p.a. oraz art. 58 Aktu akcesyjnego w zw. z art. 6 i 254 ust. 2 TUE, a także art. 19 ust. 3, 22 ust. 1 pkt 1 i art. 25a ust. 2 ustawy prawo telekomunikacyjne, skoro zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie może ograniczyć sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. W tej kwestii Sąd Okręgowy wskazał, że postępowanie sądowe przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym, co nie pozbawia jednak stron możliwości zgłoszenia nowych twierdzeń faktycznych i nowych dowodów. Bez znaczenia był zatem sposób w jaki pozwany dokonał ustaleń faktycznych w toku postępowania administracyjnego, a w szczególności przyjętej przez niego metodyki. Nawet gdyby założyć, że pozwany w toku postępowania administracyjnego błędnie ustalił wszystkie okoliczności faktyczne i zastosował błędną metodykę, to nie oznacza to jeszcze, że rozstrzygnięcie decyzji było błędne. W toku postępowania sądowego mogą bowiem zostać ustalone fakty, które potwierdzą jego słuszność.

Sąd Okręgowy podkreślił przy tym, że pozwany posługiwał się wytycznymi Komisji Europejskiej nr 2002/C165/03, uznając zawarte tam poglądy za własne, dla wsparcia argumentacji, a nie traktując ich za akt normatywny, co w żaden

sposób nie stanowi naruszenia art. 2 i art. 88 ust. 1 Konstytucji RP. Sam powód w swoim odwołaniu także wspierał się opiniami i poglądami innych osób.

Za bezzasadny Sąd Okręgowy uznał też zarzut naruszenia art. 207 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne w zw. z art. 2 pkt 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych, wskazując, że art. 2 pkt 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych zawiera definicję ustawową pojęcia „rękojmi zachowania tajemnicy”, co pozostaje bez bezpośredniego związku z treścią art. 207 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Przepis art. 207 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne pozwala bowiem pozwanemu ograniczyć pozostałym stronom prawo wglądu do materiału dowodowego, jeżeli udostępnienie tego materiału grozi ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa lub innych tajemnic prawnie chronionych. Jest natomiast bezsporne, że Raport dotyczący usług SMS został przekazany przez (...) Grupę (...) z zastrzeżeniem dotyczącym tajemnicy. Tym samym Prezes UKE miał obowiązek respektowania tego zastrzeżenia o ile zawierał on tajemnice przedsiębiorstwa. Sąd I instancji wskazał przy tym, że powód nie wykazał, by przeciętne liczby SMS wysyłanych na miesiąc przez użytkowników w Europie w 2008 r. oraz stawki za germinację są powszechnie znanymi, zaznaczając też, iż fakt udostępnienia informacji określonemu kręgowi podmiotów, np. współpracującym przedsiębiorstwom nie pozbawia ich waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Następnie Sąd Okręgowy stwierdził, że w niniejszej sprawie znaczenie ma czy na etapie postępowania sądowego istniały podstawy do wyodrębnienia rynku właściwego jako rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) sp. z o.o. i czy na tym rynku powód posiada znaczącą pozycję rynkową. Nie miał natomiast znaczenia, brak ustawowego obowiązku wydania decyzji we współdziałaniu z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, oraz czy forma i zakres współpracy pozwanego z tym organem odpowiadała „mierze potrzeb” o której mowa w art. 16 ust. 1 powołanej dyrektywy.

Odnosząc się do zarzutów: błędnego określenia rynku produktowego na poziomie detalicznym i hurtowym, błędnego przyjęcia, że na regulowanym rynku występują wysokie trwałe bariery wejścia na ten rynek, błędnego przyjęcia, że regulowanym rynku brak tendencji do występowania konkurencji, błędnego przyjęcia, że prawo konkurencji nie jest wystarczające by usunąć ewentualne nieprawidłowości rynkowe, błędnego przyjęcia, że powód posiada na regulowanym rynku samodzielnie znaczącą pozycję rynkową i błędnego ustalenia, że na rynku tym nie występuje skuteczna konkurencja, Sąd Okręgowy uznał, że nie zostały one udowodnione.

Sąd I instancji wyjaśnił natomiast, że pojęcie rynku właściwego ma na celu zidentyfikowanie oraz określenie ograniczeń konkurencji między przedsiębiorstwami i polega ono na zidentyfikowaniu konkurentów danego przedsiębiorstwa, którzy są w stanie zakłócić jego zachowanie oraz uniemożliwiają mu zachowanie w sposób niezależny od skutecznej presji konkurencyjnej. Pojęcie to definiuje się w dwóch wymiarach: asortymentowym (produktowym) i geograficznym. Właściwy rynek asortymentowy wyznaczany jest zaś w oparciu o trzy kryteria: substytucyjność popytu, substytucyjność podaży i potencjalną konkurencję.

W świetle powyższych zasad, w ocenie Sądu I instancji, Prezes UKE trafnie ustalił, że dla usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej sieci telefonicznej powoda brak jest substytutów. Jako bezzasadne Sąd Okręgowy ocenił stanowisko powoda, iż substytutem tej usługi może być taka sama usługa w telefonii stacjonarnej. Pomijając bowiem, że brak jej istotnej cechy jaką jest mobilność (co powoduje, że świadczona jest w innym „obszarze”), to także wiąże się ona, podobnie jak analogiczna usługa w innej sieci komórkowej, z dodatkowymi kosztami związanymi z przyłączeniem do sieci i utrzymaniem łącza.

Natomiast o substytucyjności można by w ocenie Sądu Okręgowego mówić jedynie w odniesieniu do usługi transmisji danych (e-maile). o ile wykazano by, że ze względu na cenę oraz właściwości (w szczególności dostępność do łącza internetowego), jest ona uznawana przez jej nabywców za substytut. To zaś zdaniem Sądu I instancji nie zostało wykazane.

Sąd Okręgowy wskazał też, że na tak określonym rynku, wobec braku substytutów, powód posiada 100% udział na szczeblu hurtowym, zaś konkurencja występuje jedynie na szczeblu detalicznym ze strony pomiotów świadczących analogiczną usługę w sieci powoda, w oparciu o zakupioną u powoda usługę hurtową. Nie zostało jednak wykazane,

że także na tym szczeblu udział w rynku właściwym powoda nie daje mu tak silnej pozycji ekonomicznej, że uprawnia go ona do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów. W tym kontekście konkluzję pozwanego, że powód zajmuje pozycję znaczącą w rozumieniu art.25a ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne Sąd Okręgowy uznał zatem za zasadną. Sąd Okręgowy zauważył również, że powód nie wykazał również faktu występowania na rynku właściwym skutecznej konkurencji, nie określając nawet kręgu podmiotów, które z nim na tym rynku miałyby skutecznie konkurować.

Za trafny uznał natomiast Sąd I instancji zarzut naruszenia art. 34 ust. 1, art. 36, art. 37 ust. 1 i 2, art. 40 ust. 1 w zw. z art. 24 pkt 2 lit a ustawy Prawo telekomunikacyjne, poprzez nałożenie na powoda nieproporcjonalnych i nieadekwatnych obowiązków regulacyjnych.

Zdaniem Sądu Okręgowego zasadnie podnosił odwołujący się, że Prezes UKE nie wykazał związku pomiędzy świadczeniem usługi zakańczania SMS w sieci powoda, a przyznaniem dostępu do sieci inteligentnych i wirtualnych. Powód nie wykazał jednak przyczyn dlaczego żąda zmiany polegającej na usunięciu z pkt III ppkt 1 decyzji zapisu o uwzględnieniu wniosków o dostęp, do czego prowadziłyby uwzględnienie jego wniosku sprecyzowanego w pkt III 2b odwołania, a zatem w tej części wnioski powoda Sąd Okręgowy uznał za bezzasadne.

Za bezzasadne Sąd I instancji uznał też zarzuty odnoszące się obowiązków określonych w pkt III ppkt 2 zaskarżonej decyzji. Powód nie wyjaśnił bowiem dlaczego usunięciu miałyby ulec zdanie ograniczające go do świadczenia usługi zakańczania SMS w jego sieci. Treść nałożonego w tym punkcie decyzji obowiązku Sąd Okręgowy uznał przy tym za jasną i zrozumiałą.

W ocenie Sądu Okręgowego brak też było podstaw, by za nieproporcjonalny i nieadekwatny uznać obowiązek równego traktowania wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych w porównywalnych usługach, w tym w odniesieniu do usług świadczonych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi.

Za niedopuszczalne Sąd I instancji uznał natomiast wprowadzanie w decyzji wydawanej na podstawie art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne zasady wzajemności, gdyż jak wskazał, przepis ten dopuszcza możliwość nałożenia obowiązków wyłącznie na operatora o znaczącej pozycji rynkowej. Tymczasem wnioski powoda, co do zapisów pkt IV ppkt 2, w istocie do tego zmierzają przesądzając zasadę symetrii w relacjach z innymi podmiotami. Oznaczałoby to zatem zdaniem Sądu I instancji nałożenie na potencjalnych kontrahentów powoda obowiązku wzajemności, gdyż w przeciwnym razie obowiązek niedyskryminacji byłby niewiążący. Ponadto, Sąd Okręgowy wskazał, iż brak jest podstaw do wiązania w każdym przypadku niedyskryminacji z wzajemnością.

Nie budził także zastrzeżeń Sądu Okręgowego obowiązek nałożony na powoda w pkt IV ppkt 3 decyzji, skoro powód nie kwestionował zakresu informacji, które powinien udzielać, kwestionując jedynie formę. W tej kwestii Sąd I instancji powołał się na dyspozycję art. 37 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, który pozwala nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek ogłaszania lub udostępniania informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, dotyczących informacji księgowych, specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat. Natomiast kwestia ogłaszania tych informacji należy do zakresu tzw. uznania administracyjnego. W ocenie Sądu Okręgowego powód nie wykazał zaś, by Prezes UKE granice tego uznania przekroczył, a w szczególności nie wskazał, że ogłoszenie określonych w decyzji informacji naruszałoby jego interes ekonomiczny lub godziło w interesy gospodarczo - obronne. Sąd I instancji miał przy tym na względzie, że powód nie przedstawił w tym zakresie żadnych alternatywnych propozycji.

Odnosząc się z kolei do kwestionowanego przez powoda zapisu pkt IV ppkt 4 decyzji, Sąd Okręgowy stwierdził, że celem regulacji ex ante jest zapobieżenie zagrożeniom dla rynku wynikającym z faktu posiadania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego znaczącej pozycji rynkowej. Powód nie wykazał zaś, że nie istnieje zagrożenie dla rynku wynikające z możliwości stosowania antykonkurencyjnych, w tym zawyżonych cen, gdyż nie istnieje na rynku właściwym efektywna konkurencja zdolna temu przeciwdziałać. Możliwość takich zachowań wynika w ocenie Sądu I instancji z posiadanej przez powoda pozycji rynkowej, powód zaś nie podjął działań w celu obalenia tego

domniemania faktycznego. W kontekście powyższego, Sąd Okręgowy ocenił, że obowiązek oparcia opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty, zjawisku temu przeciwdziała, gdyż uniemożliwia zawyżanie stawek lub ewentualne oddziaływanie na inne rynki (np. price/marginsqueezing).

Mając na względzie powyższe, Sąd Okręgowy na podstawie art. 479⁶⁴ § 1 i 2 k.p.c. częściowo zmienił zaskarżoną decyzję, oddalając odwołanie w zakresie w jakim okazało się niezasadne.

O kosztach postępowania Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku złożyły obie strony.

Powód zaskarżając przedmiotowy wyrok w całości, zarzucił Sądowi I instancji naruszenie:

1. art. 22 ust. 2 i 3 Pt oraz art. 16 ust. 1 i 2 Dyrektywy ramowej, poprzez błędne przyjęcie, iż na rynku świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...), (...) zajmuje pozycję znaczącą, oraz że nałożenie na (...) obowiązków regulacyjnych, pomimo nieprzeprowadzenia wymaganej analizy rynku, a przynajmniej braku jakichkolwiek ustaleń w tym zakresie w aktach postępowania, w tym braku wyniku tej analizy, który miałby stanowić wymaganą przez art. 16 ust. 2 Dyrektywy ramowej podstawę do stwierdzenia przez Prezesa UKE, że na odnośnym rynku nie występuje skuteczna konkurencja;

2. art. 16 ust. 1 Dyrektywy ramowej, poprzez uznanie, iż brak było obowiązku wydania decyzji we współdziałaniu Prezesa Urzędu Ochrony Konsumentów i Konkurencji w przeprowadzeniu analizy rynku;

3. art. 15 ust. 3 Dyrektywy ramowej oraz art. 19 ust. 3 Pt, art. 22 ust. 1 pkt 1 Pt, poprzez: (i) błędne określenie rynku produktowego zarówno na poziomie detalicznym jak i hurtowym, (ii) błędne przyjęcie, iż na regulowanym rynku występują wysokie i trwałe bariery wejścia na ten rynek, (iii) błędne przyjęcie, iż na regulowanym rynku brak tendencji do występowania efektywnej konkurencji, (iv) błędne przyjęcie, iż prawo konkurencji nie jest wystarczające by usunąć ewentualne nieprawidłowości rynkowe;

4. art. 25a ust. 1 i 2 Pt, poprzez przyjęcie, iż (...) zajmuje znaczącą pozycję rynkową na regulowanym rynku, w tym w szczególności, iż samodzielnie posiada pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego (unijnego) oraz art. 22 ust. 1 pkt 3 Pt, poprzez ustalenie, iż na rynku tym nie występuje skuteczna konkurencja;

5. art. 36 Pt, art. 37 ust. 1 i 2 Pt, art. 40 ust. 1 Pt w zw. z art. 24 pkt 2 lit. a) Pt, poprzez nałożenie w stosunku do (...) nieproporcjonalnych i nieadekwatnych obowiązków regulacyjnych oraz niewystarczające i nieprecyzyjne skonkretyzowanie nałożonych obowiązków;

6. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 233 k.p.c., poprzez brak dokonania wszechstronnej oceny zebranego w sprawie materiału oraz poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i brak wyprowadzenia ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego merytorycznych wniosków.

Podnosząc powyższe powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku zgodnie z jego żądaniem i rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania, a nadto o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Z kolei pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, zaskarżając wyrok w części, tj. w zakresie jego punktu I., zarzucił Sądowi I instancji:

1. naruszenie przepisów postępowania, tj.:

a). art. 233§ 1 k.p.c., polegające na dowolnej ocenie dowodów w sposób niewszechstronny, poprzez ocenę, iż pozwany nie wykazał związku pomiędzy świadczeniem usługi zakańczania SMS w sieci powoda, a przyznaniem dostępu do sieci inteligentnych i wirtualnych;

b). art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c., poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji, gdy odwołanie nie zawierało zarzutów uzasadniających jego uwzględnienie oraz gdy istniała podstawa prawna do wydania decyzji, oraz art. 479⁶⁴ § 2 k.p.c., poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na zmianie zaskarżonej decyzji, gdy nie było ku temu przesłanek;

c). art. 479⁶⁴ § 2 k.p.c., poprzez jego błędną wykładnię i orzeczenie przez Sąd I instancji o zmianie zaskarżonej decyzji bez wskazania, czy Sąd ten zmienia zaskarżoną decyzję w całości czy w części;

d). art. 328 § 2 k.p.c., poprzez naruszenie określonych w tym przepisie wymagań dotyczących uzasadnienia wyroku, w tym brak wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku, brak wskazania dowodów, na których Sąd się oparł, oraz sprzeczności zawarte w uzasadnieniu wyroku;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

- naruszenie art. 34 ust. 1 Pt w zw. z art. 24 pkt 2 lit. a oraz art. 1 ust. 2 Pt, poprzez ich błędną wykładnię i uznanie, iż jest zasadna zmiana decyzji w sposób wskazany w wyroku, gdy tymczasem tak zmieniona decyzja narusza przesłankę adekwatności i proporcjonalności obowiązków regulacyjnych nałożonych na powoda danego w stosunku do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji celów określonych w art. 1 ust. 2 Pt.

Podnosząc powyższe Prezes UKE wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku, w zaskarżonej części, poprzez orzeczenie oddalenia odwołania (...) w zakresie punktu IV skarżonej decyzji oraz o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych za postępowanie apelacyjne, ewentualnie zaś wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania oraz o zasądzenie kosztów postępowania.

Wyrokiem z dnia 26 marca 2014r. w sprawie VI ACa 1157/13 Sąd Apelacyjny w Warszawie w punkcie pierwszym zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchylił zaskarżoną decyzję i zasądził od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) S.A. w W. kwotę 460 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania, w punkcie drugim oddalił w całości apelację pozwanego, w punkcie trzecim zasądził od Prezesa URE na rzecz powoda kwotę 360 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

W wyniku skargi kasacyjnej wniesionej przez stronę pozwaną wyrokiem z dnia 13 stycznia 2016r. Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego. W uzasadnieniu orzeczenia Sąd Najwyższy wskazał, iż nie podziela poglądu Sądu Apelacyjnego o konieczności dokonania przez Prezesa URE na podstawie art. 21 Prawa telekomunikacyjnego pogłębionej analizy usług telekomunikacyjnych, które dotyczą rynku świadczenia usługi zakańczania SMS w publicznej ruchomej sieci telefonicznej powoda. Wskazał, iż Sąd orzekający w sprawie z odwołania od decyzji z art. 22 Pt weryfikuje, w zależności od zarzutów odwołania i jego zakresu, przesłanki zastosowania tego przepisu oraz dochowanie przez Prezesa Urzędu standardów proceduralnych w postępowaniu w sprawie wydania tej decyzji. W postępowaniu odwoławczym Sąd nie zajmuje się natomiast sposobem przeprowadzenia i skutkami analizy rynku z art. 21 Pt. Podzielając poglądy Sądu Apelacyjnego co do znaczenia analizy rynku w postępowaniu służącym wyznaczeniu rynku właściwego (rynek właściwy należy wyznaczać na podstawie analizy rynku, w toku której ustalane są fakty rynkowe pozwalające na zastosowanie instytucji prawa ochrony konkurencji jaką jest rynek właściwy) Sąd Najwyższy stwierdził, że nieprzeprowadzenie analizy rynku z art. 21 Pt nie stoi na przeszkodzie wyznaczeniu rynku właściwego i jego analizie na podstawie art. 22 Pt, w postępowaniu uregulowanym w tym przepisie. W konsekwencji zarzut naruszenia art. 21 Pt nie może prowadzić do uchylenia decyzji z art. 22 Pt, ponieważ analiza rynku telekomunikacyjnego przeprowadzana jest przez Prezesa Urzędu w celu zorientowania się co do sytuacji na rynku telekomunikacyjnym i konieczności podjęcia dalszych, szczegółowych działań regulacyjnych. Wyniki tej analizy

nie wpływają w żaden sposób na sytuację prawną przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej stwierdzonej na podstawie art. 22 Pt, gdyż to decyzja wydana na podstawie tego przepisu prowadzi do nałożenia na niego obowiązków regulacyjnych. Przesłanką wydania decyzji z art. 22 jest przeprowadzenie odpowiedniej analizy rynku właściwego, na którym stwierdza się działanie przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej. Analiza rynku z art. 21 Pt nie przesądza w sposób wiążący wyniku postępowania z art. 22 Pt i nie może zastępować analizy rynku, jaką należy przeprowadzić na użytek stosowania art. 22 Pt.

Ponadto Sąd Najwyższy uznał, mimo zauważalnych niedoskonałości decyzji Prezesa UKE w zakresie analizy rynku w ramach postępowania prowadzonego na podstawie art. 22 Pt, że rynek właściwy został wyznaczony w zaskarżonej decyzji prawidłowo. W przypadku rynków zakańczania usług telekomunikacyjnych na karcie SIM można mówić o swoistym domniemaniu, że rynki te stanowią odrębne rynki właściwe wyznaczane według sieci poszczególnych operatorów telefonii mobilnej. Wskazał, iż jak słusznie przyjęto w Nocie wyjaśniającej z dnia 13 listopada 2007 r. do Zalecenia Komisji na temat właściwych rynków i właściwych produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante, usługi zakańczania połączeń są najtrudniejsze do powielenia celem świadczenia detalicznych usług telefonii komórkowej [...] dotyczy to również zakańczania wiadomości tekstowych. Skoro nie ma łatwo dostępnej alternatywy dla usługi zakończenia połączenia lub SMS, przeprowadzenie nawet tak pobieżnej analizy rynku, jaką wykonał Prezes UKE należy uznać za wystarczające do potwierdzenia (w realiach 2010 r.) statusu rynku wyznaczonego w decyzji jako rynku właściwego. Z uwagi jednak na postęp techniczny oraz dynamikę rozwoju modeli biznesowych na rynku telekomunikacyjnym, nie można wykluczyć, że już obecnie (w dacie wyrokowania przez Sąd Najwyższy), bądź w najbliższej przyszłości, domniemanie takie (uprawniające do dokonania oceny stricte prawnej kwestii substytucyjności między różnymi usługami na rynku detalicznym) nie będzie zasadne. Mając jednak na względzie, że decyzja Prezesa Urzędu, choć podejmowana na przyszłość, opierała się na sytuacji rynkowej i przewidywaniach jej rozwoju w 2009/2010 r., Prezes Urzędu mógł przyjąć, że rynkiem właściwym jest rynek zakańczania SMS w ruchomej publicznej sieci powoda. W konsekwencji brak szczegółowej analizy w decyzji Prezesa Urzędu wszystkich potencjalnych substytutów usługi SMS na poziomie detalicznym nie stanowi podstawy do uchylenia decyzji Prezesa Urzędu wyznaczającej jako rynek właściwy rynek zakańczania SMS w ruchomej publicznej sieci powoda. Zdaniem Sądu Najwyższego w 2010 r. nie spełnione były przesłanki konieczne do uznania usług wymienionych w zaskarżonym wyroku (mobilne usługi szerokopasmowe w celu wysłania email lub przesyłania wiadomości przez portale społecznościowe) za usługi substytucyjne względem (ocenianej na poziomie detalicznym) usługi SMS. Portale społecznościowe służą przekazywaniu wiadomości tekstowych szerszemu gronu użytkowników sieci Internet, a nie konkretnej osobie, jak w przypadku SMS. Wiadomości SMS pozwalają na prywatną komunikację między dwiema osobami, czego ze swej istoty nie zapewnią portale społecznościowe (z wyjątkiem korzystania z udostępnianych przez nie komunikatorów pozwalających na zindywidualizowaną komunikację między dwoma użytkownikami).

Sąd Najwyższy nie podzielił także stanowiska Sądu Apelacyjnego w przedmiocie wadliwości wykluczenia z zakresu produktowego rynku właściwego usługi zakańczania SMS w sieciach stacjonarnych. Nie zgodził się z poglądem Sądu Apelacyjnego, zgodnie z którym usługi zakańczania SMS w sieciach stacjonarnych, nawet w przypadku tzw. usług nomadycznych, są substytucyjne względem usługi zakańczania SMS. Zakańczanie SMS w sieci stacjonarnej oznacza zakończenie połączenia w określonej stałej lokalizacji (ewentualnie lokalizacji o określonym promieniu działania), podczas gdy usługa zakańczania SMS w ruchomej sieci powoda oznacza, że wiadomość tekstowa przekazywana jest tam, gdzie w zasięgu sieci znajduje się aktualnie jej adresat. W przekonaniu Sądu Najwyższego, usługi typu (...), wymiana wiadomości za pośrednictwem portali społecznościowych lub usług typu push-email mogą być substytutami usługi SMS, jeżeli spełnione zostaną następujące warunki. Po pierwsze, standardem rynkowym analogicznym do pakietu obejmującego połączenia głosowe i SMS będzie mobilny dostęp do Internetu. Kontaktowanie się z innymi użytkownikami telefonów komórkowych za pomocą komunikatorów, portali społecznościowych wymaga bowiem dostępu do usługi transferu danych, bądź korzystania z punktów dostępowych WiFi. Po drugie, skoro każdy telefon komórkowy oferuje możliwość wysyłania i odbierania SMS, a nie każdy telefon umożliwia komunikowanie się za pomocą wymienionych wyżej usług, konieczne jest osiągnięcie odpowiedniego stopnia penetracji rynku przez telefony pozwalające na korzystanie z takich funkcjonalności (zarówno w zakresie parametrów technicznych, jak i

oprogramowania pozwalającego na wymianę wiadomości tekstowych). Po trzecie, korzystanie z wymienionych przez Sąd Apelacyjny sposób komunikacji musi być równie łatwe, jak wysyłanie i odbieranie SMS. Po czwarte, wymiana wiadomości tekstowych za pomocą alternatywnych usług musi przebiegać w sposób podobny do wymiany SMS pod względem szybkości oraz dostępności transferu danych. Spełnienie tego warunku uzależnione jest nie tylko od zasięgu mobilnego dostępu do sieci Internet ale także od odpowiedniego stylu użytkowania telefonów komórkowych (tj. ze stałe aktywnym transferem danych). Po piąte, zasady wyceniania mobilnego dostępu do Internetu oraz rozliczania ruchu w sieci muszą być tego rodzaju, by korzystanie z funkcjonalności pozwalających na przesyłanie wiadomości tekstowych na telefon komórkowy za pomocą alternatywnych sposobów komunikacji wywierało presję cenową na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego świadczącego usługę zakańczania wiadomości SMS w jego sieci ruchomej. Gdyby z ustaleń postępowania przed Prezesem Urzędu oraz z ustaleń postępowania sądowego wynikało, że powyższe warunki są spełnione (a raczej, że w 2010r. należało racjonalnie oczekiwać, że w najbliższej przyszłości warunki te mogą ziszczyć się na rynku telekomunikacyjnym), wówczas Sąd orzekający w sprawie z odwołania od decyzji regulatora mógłby uznać, że rynkiem właściwym jest inny rynek, niż rynek świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej sieci powoda. Byłby to jednak nadal rynek obejmujący sieć powoda z uwagi na niemożność duplikacji usługi zakańczania wiadomości tekstowej adresowanej do użytkownika końcowego posługującego się kartą SIM powoda (niezależnie od tego, czy jest to wiadomość SMS, wiadomość przekazana za pośrednictwem komunikatora, wiadomość przekazana pocztą elektroniczną z odczytem przez telefon komórkowy, itp.). Nie można wykluczyć, że w przypadku spełnienia opisanych powyżej warunków, przy braku odpłatności za usługę zakańczania połączenia tekstowego kierowanego do sieci powoda za pośrednictwem usługi transmisji danych, presja ze strony alternatywnych sposobów dostarczania wiadomości tekstowych na urządzenie końcowe ograniczałaby siłę rynkową powoda na tak zdefiniowanym rynku właściwym. Jednakże, ewentualne stwierdzenie, że powód na tak wyznaczonym rynku właściwym nie posiada znaczącej pozycji rynkowej wymagałoby nie tylko spełnienia wymienionych powyżej warunków, ale także analizy konkurencji na tak zdefiniowanym rynku, których to analiz nie przeprowadzono w toku niniejszego postępowania sądowego, a których przeprowadzenie jest konieczne do stwierdzenia substytucyjności tych usług, a w konsekwencji uwzględnienia zarzutu dotyczącego wadliwego wyznaczenia rynku właściwego. W ocenie Sądu Najwyższego, stanowisko Sądu Apelacyjnego zajęte w zaskarżonym wyroku byłoby trafne, gdyby wymienione przez niego substytuty mogły oddziaływać na politykę cenową operatora sieci komórkowej w zakresie usługi zakańczania połączenia w jego sieci. Takie ustalenia nie wynikają zaś z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, co z kolei przekłada się na zasadność zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c.

Ponadto, Sąd Najwyższy podkreślił, że w postępowaniu odwoławczym przedsiębiorca kontestujący prawidłowości wyznaczenia rynku właściwego, obok stosownej argumentacji prawnej istotnej dla weryfikacji poprawności zastosowania definicji rynku właściwego, musi przedstawić odpowiednie dane wyjściowe uprawniające konkluzje prawne, jakie wyciąga na ich podstawie zarzucając wadliwe wyznaczenie rynku właściwego (por. wyrok Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 2015r., III SK 7/14). Ograniczenie się do argumentacji stricte prawnej jest możliwe tylko w przypadku takich rynków, których status jako rynków właściwych nie budzi wątpliwości z uwagi na cechy szczególne danego rynku. Zdaniem Sądu Najwyższego nawet przy uwzględnieniu, że regulacja rynku telekomunikacyjnego jest regulacją *ex ante*, rynkiem właściwym był niewątpliwie rynek świadczenia usługi zakańczania krótkich wiadomości tekstowych w ruchomej sieci powoda, ponieważ opisane powyżej warunki nie zostały spełnione.

Podzielając stanowisko Sądu Apelacyjnego wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku co do znaczenia rzetelnej i prawidłowo przeprowadzonej analizy rynku dla poprawnego wyznaczenia rynku właściwego (a zatem prawnej kwalifikacji dokonywanej po zbadaniu i ustaleniu zachowań rynkowych przedsiębiorców telekomunikacyjnych i użytkowników usług telekomunikacyjnych), Sąd Najwyższy uznał za wystarczające odwołanie się w tym zakresie do wyników raportu z badania konsumenckiego „Rynek telekomunikacyjny w Polsce w 2010 roku. Klienci indywidualni i instytucjonalni”. Z raportu tego wynika, że korzystanie z usługi transmisji danych jako najczęściej wykorzystywanej formy komunikacji w telefonii ruchomej deklarowało 0,8% badanych, podczas gdy usługę SMS traktowało tak 16,3% badanych (85,2% badanych wskazywało na pierwszym miejscu usługi głosowe). Z powyższych względów Sąd Najwyższy uznał za zasadny zarzut naruszenia art. 21 Pt, art. 22 ust. 1 Pt, art. 24 pkt 1 Pt w zw. z art. 4 pkt 9 uokik.

Natomiast za bezpodstawny Sąd Najwyższy uznał zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 Pt i art. 18 Pt w zw. z art. 19 ust. 1 Pt oraz w zw. z art. 15 pkt 1 Pt i w zw. z art. 24 pkt 1 Pt, ponieważ okoliczność braku zastrzeżeń Komisji Europejskiej oraz Prezesa UOKiK do granic produktowych rynku właściwego wyznaczonego przez Prezesa UKE nie wiąże Sądu orzekającego w sprawie z odwołania od decyzji regulatora rynku telekomunikacyjnego.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda zasługiwała jedynie na częściowe uwzględnienie, natomiast apelacja pozwanego podlegała uwzględnieniu w całości.

Na wstępie należy zauważyć, że zgodnie z treścią przepisu art. 398²⁰ k.p.c. Sąd, któremu sprawa została przekazana przez Sąd Najwyższy, związany jest wykładnią prawa dokonaną w tej sprawie przez Sąd Najwyższy. Pojęcie „wykładnia prawa”, o którym mowa w powyższym przepisie, należy rozumieć ściśle, jako ustalenie znaczenia przepisów prawa, nie obejmujące stwierdzeń i ocen dotyczących stanu faktycznego sprawy (vide m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 2014r. V CSK 284/13, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2010r. II CSK 626/09). W niniejszej sprawie Sąd Najwyższy w uzasadnieniu ww. wyroku odniósł się do spornych kwestii dotyczących wykładni prawa materialnego, podnoszonych również w apelacji powoda i Sąd Apelacyjny jest tą wykładnią związany.

Tym samym należy uznać, za niezasadne zawarte w apelacji powoda zarzuty naruszenia prawa materialnego. Jak wskazał Sąd Najwyższy - nieprzeprowadzenie analizy rynku z art. 21 Prawa telekomunikacyjnego (dalej jako: Pt) nie stoi na przeszkodzie wyznaczeniu rynku właściwego i jego analizie na podstawie art. 22 Pt. Taka analiza rynku została w ocenie Sądu Apelacyjnego przeprowadzona w niniejszej sprawie zgodnie z zasadami wskazanymi w art. 22 Pt. Prawdłowo wskazano rynek właściwy jako rynek zakańczania SMS w ruchomej publicznej sieci powoda. Nie zostały spełnione przesłanki konieczne do uznania usług w postaci mobilnych usług szerokopasmowych w celu wysyłania e-mail lub przesyłania wiadomości przez portale społecznościowe za substytuty względem usługi SMS, nie są również substytutami usługi zakończania połączeń SMS w sieciach stacjonarnych. Nie zostało wykazane przez powoda, aby wymiana wiadomości za pośrednictwem portali społecznościach lub usługi typu push -email spełniały w dacie wydania zaskarżonej decyzji warunki uznania za substytuty usługi SMS. Jak wskazał SN – ciężar wykazania danych wyjściowych uprawniających konkluzje prawne jakie wyciąga powód na ich podstawie zarzucając wyznaczenie rynku właściwego spoczywał na powodzie, a takich danych w ocenie Sądu Apelacyjnego nie przedstawiono. Nie wykazano również, aby wskazane przez powoda jako substytuty usługi mogły oddziaływać na politykę cenową operatora sieci komórkowej w zakresie usług zakończania połączeń w jego sieci. Brak jest podstaw prawnych, aby udzielać powodowi terminu na wykazanie tych okoliczności na obecnym etapie postępowania, nie wykazano przesłanek wskazanych w art. 381 k.p.c.

Przedsiębiorca telekomunikacyjny zajmuje znaczącą pozycję rynkową, jeżeli na rynku właściwym samodzielnie zajmuje pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa UE (art. 25a Pt). Definicja przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej została zawarta w art. 14 ust. 2 zdanie pierwsze dyrektywy ramowej. Zgodnie z tym przepisem przedsiębiorstwo zajmuje znaczącą pozycję rynkową, jeżeli samodzielnie lub wspólnie z innymi ma pozycję równoważną pozycji dominującej, tj. tak silną pozycję ekonomiczną, że uprawnia go ona do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów. Przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na rynku właściwym Prezes UKE wziął pod uwagę kryteria wymienione w wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej (art. 25a ust. 2 Pt). Kryteria, z których powinno się korzystać przy wyznaczaniu udziału danego przedsiębiorstwa w rynku, zależą od cech rynku właściwego. W niniejszej sprawie Prezes UKE przeprowadził analizę pozycji zajmowanej przez powoda, a podnoszone w apelacji zarzuty nie podważają dokonanych przez niego ustaleń. Na rynku zakańczania połączeń konkurencyjność jest ograniczona z uwagi na specyfikę tego rynku. Na takim rynku znaczącą pozycję zajmuje każdy operator mając w nim 100 % udziałów, jako jedyny posiadacz danej sieci. Każdy inny operator chcąc umożliwić połączenie swojego użytkownika końcowego z użytkownikiem

końcowym operatora posiadającego daną sieć musi właśnie w nim zakończyć połączenie. Wskazany rynek jest zatem bardziej niż inne predystynowany do stosowania na nim praktyk ograniczających konkurencję, np. poprzez odmowę połączenia sieci. Niewątpliwie istnienie na rynku podmiotów o silnej pozycji negocjacyjnej pozwala domniemywać, niż dany przedsiębiorca telekomunikacyjny kształtując ceny nie będzie mógł postępować w sposób dowolny, ale powinien się liczyć ze swymi kontrahentami. Jednakże nie wszyscy kontrahenci powoda to podmioty o znacznej sile rynkowej. Istnieje zatem zagrożenie w postaci możliwości utrudniania operatorom dostępu do sieci powoda. W ocenie Sądu Apelacyjnego stanowisko Prezesa UKE, jak i Sądu Okręgowego w tej kwestii jest prawidłowe, a zarzuty apelacji niezasadne.

W postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 22 i nast. Pt brał udział Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a jego stanowisko zostało uwzględnione w zaskarżonej decyzji (k. 17 akt). W ocenie Sądu Apelacyjnego nie doszło zatem do naruszenia art. 16 ust. 1 Dyrektywy ramowej.

Niezasadne są zarzuty niewystarczającego zdefiniowania w zaskarżonej decyzji obowiązku dostępu. Obowiązek dostępu został zdefiniowany przez wskazanie świadczeń dostępowych, które mają być spełnione w celu świadczenia usługi zakończenia krótkich wiadomości tekstowych. Sposób określenia przedmiotu obowiązku dostępu telekomunikacyjnego wskazuje na możliwość określenia go na różnym poziomie szczegółowości, jednak wydając decyzję Prezes powinien określić precyzyjnie obowiązek dostępowy wykazując i adekwatność i proporcjonalność w odniesieniu do poszczególnych form zapewniania dostępu określonych w decyzji i mających oparcie w przepisach. W zaskarżonej decyzji Prezes Urzędu zidentyfikował problemy występujące na analizowanym rynku, tj. antykonkurencyjne zawyżanie stawek oraz możliwość utrudnienia dostępu do sieci powoda. Co do zasady nałożone obowiązki regulacyjne są adekwatne i proporcjonalne do zidentyfikowanych problemów rynkowych, jednakże użycie zwrotu „w szczególności” oznacza nałożenie na powoda obowiązku dostępu, który nie został określony w sposób precyzyjny z uwzględnieniem charakteru decyzji SMP, nadto - co do obowiązku dotyczącego wspólnego korzystania z budynków, którego w braku stosownego uzasadnienia w decyzji nie można uznać za proporcjonalny do rozwiązania problemów na rynku zakańczania SMS. W niniejszej sprawie uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 24 pkt 2 lit. a w związku z art. 3 Pt, uprawnia Sąd drugiej instancji do zmiany decyzji Prezesa Urzędu w części dotyczącej obowiązku zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego poprzez usunięcie zwrotu „w szczególności”, skutkującego nadmierną ogólnością nałożonego obowiązku regulacyjnego, oraz poprzez wykreślenie obowiązku zapewnienia wspólnego korzystania z budynków, skoro w braku odpowiedniej argumentacji nie ma podstaw do uznania tego obowiązku za adekwatny do rozwiązania stwierdzonych problemów na rynku zakańczania SMS. Tylko takie zmiany skarżonej w niniejszej sprawie decyzji Prezesa Urzędu znajdują uzasadnienie w zarzutach powoda, który - nie wykazywał w toku postępowania odwoławczego inicjatywy dowodowej i argumentacyjnej zmierzającej do podważenia oceny proporcjonalności poszczególnych obowiązków zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego wymienionych w sentencji decyzji. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 maja 2015r. III SK 33/14 (LEX nr 1751869) obowiązek przedstawienia w uzasadnieniu decyzji argumentacji dotyczącej proporcjonalności nakładanych obowiązków spoczywa na Prezesie Urzędu, ponieważ jest to jedna z przesłanek interwencji regulacyjnej. Nie jest to jednak fakt podlegający dowodzeniu. Przedsiębiorca telekomunikacyjny, który w odwołaniu od decyzji kontestuje nieproporcjonalność nałożonych obowiązków ma obowiązek przedstawić stosowną argumentację i dowody na jej poparcie. Sąd Okręgowy wskazał, iż powód nie wykazał takiej argumentacji. Ocenę tę co do zasady należy podzielić. Analizując związany z tym zarzut apelacyjny naruszenia art. 36 Pt należy wskazać, iż przepis ten przyznaje Prezesowi UKE upoważnienie do nałożenia na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązku równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach oraz oferowanie usług i udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi. Obowiązek niedyskryminacji lepiej spełnia swą rolę, jeżeli zostanie powiązany z wieloma innymi obowiązkami. Jego podstawowym uzupełnieniem jest obowiązek przejrzystości. Obowiązek powstrzymania się od zachowań dyskryminujących przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej wobec innych operatorów wynika również z art. 10 ust. 2 dyrektywy o dostępie, stosowanego w zw. z art. 8 dyrektywy o dostępie. W celu zrównania szans walki o klienta detalicznego konieczne jest, aby przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej, na którego Prezes

UKE nałożył obowiązek równego traktowania, świadczył hurtowe usługi po takich stawkach i na takich warunkach, jakie uznaje za słuszne i prawidłowe do wyliczenia własnych cen detalicznych. Przedsiębiorca telekomunikacyjny, na którego został nałożony obowiązek niedyskryminacji, powinien jednak oferować wszystkim innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostęp, w tym m.in. w zakresie usług, i informacje na warunkach nie gorszych od tych, jakie stosuje w ramach swojego przedsiębiorstwa oraz w stosunku do podmiotów zależnych. Przepis ten nie uzależnia stosowania zasady niedyskryminacji od zasady wzajemności, nakazuje jedynie stosowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, co umożliwi uwzględnienia zasad współpracy z poszczególnymi przedsiębiorcami.

Przewidziany obowiązek nakłada się częściowo z obowiązkiem przewidzianym w art. 37 Pt. Zakres obowiązku określonego w art. 37 Pt. dotyczy ogłaszania lub udostępniania informacji w sprawach zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, dotyczących informacji księgowych, specyfikacji technicznych sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, charakterystyki sieci, zasad i warunków świadczenia usług oraz korzystania z sieci, a także opłat. Spełnienie obowiązku ogłoszenia informacji polega na zapewnieniu możliwości zapoznania się z określonymi informacjami przez zainteresowane podmioty. Ogłoszenie informacji powinno nastąpić niezależnie od jakichkolwiek wniosków zainteresowanych podmiotów. Udostępnienie informacji następuje natomiast na wniosek zainteresowanego podmiotu. Spełnieniem tego obowiązku będzie - jak to wskazano w zaskarżonej decyzji - ogłoszenie informacji na stronie internetowej zobowiązanego operatora. Zasadnie podnosi skarżący, iż ten sposób ogłoszenia powoduje, że wszystkie podmioty mają nieograniczony dostęp do tych informacji, a informacje dotyczące sieci są często związane z podstawowymi warunkami bezpieczeństwa sieci. Jednakże w zaskarżonej decyzji obowiązkiem udostępniania informacji objęto jedynie te dane, które są niezbędne do przygotowania przez zainteresowanych operatorów wniosku w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, a nie wszystkie dane. W ocenie Sądu Apelacyjnego wymóg ten nie obejmuje tych danych dotyczących specyfikacji technicznej sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, które mogłyby narazić operatorów i użytkowników na zagrożenie bezpieczeństwa. Niewątpliwie tego typu informacje wymieniane pomiędzy operatorami współpracujących sieci telekomunikacyjnych objęte są z tych względów poufnością i mają charakter tajemnicy służbowej, a ich udostępnienie ma już ścisły związek z zawieraną umową. Ma rację skarżący, iż ze względów bezpieczeństwa nie powinny być objęte trybem ogłaszania informacji na ogólnie dostępnej stronie internetowej. Jednakże w ocenie Sądu Apelacyjnego zaskarżona decyzja nie nakłada na powoda takiego obowiązku.

Możliwość nałożenia w decyzji Prezesa UKE obowiązku ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty wynika wprost z art. 40 ust. 1 Pt. Zgodnie z postanowieniami art. 8 dyrektywy o dostępie krajowy organ regulacyjny może nałożyć obowiązki kontroli cen i kalkulacji kosztów, jeżeli analiza rynkowa wykaże brak skutecznej konkurencji, nadmiernie wysoki poziom cen lub wymuszanie cen działające na niekorzyść użytkowników końcowych. Obowiązek taki powinien promować skuteczną i zrównoważoną konkurencję oraz maksymalizować korzyści konsumentów. Krajowe organy regulacyjne mogą nałożyć na operatorów o znaczącej pozycji rynkowej, zgodnie z art. 8 dyrektywy o dostępie, obowiązki dotyczące zwrotu kosztów oraz kontroli cen, w tym określania cen w zależności od ponoszonych kosztów oraz systemów księgowania kosztów w odniesieniu do udostępniania szczególnych rodzajów połączeń międzysieciowych lub dostępu, jeżeli przeprowadzona analiza rynku wskazuje, że dany operator mógłby w braku efektywnej konkurencji utrzymywać ceny na stosunkowo wysokim poziomie albo wymuszać je na szkodę użytkowników końcowych. Taka sytuacja została wykazana przez Prezesa UKE w niniejszym postępowaniu: na badanym rynku występuje problem w zakresie konkurencji jakim jest antykonkurencyjne zawyżanie przez powoda stawek za zakańczanie wiadomości SMS. W ocenie Sądu Apelacyjnego adekwatnym i proporcjonalnym do wskazanego problemu środkiem jest nałożenie obowiązku ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty. Regulacja ta pozwoli na uwzględnienie w opłatach kosztów faktycznie poniesionych, a jednocześnie zapewni kontrolę tych opłat pod kątem promocji efektywności, zrównoważonej konkurencji oraz zapewnienia maksymalnych korzyści dla użytkowników końcowych. Apelacja powoda nie przedstawia argumentów skutecznie podważających stanowisko wyrażone w zaskarżonej decyzji, ani też alternatywnych sposobów ukształtowania tego obowiązku.

Zgodnie z poglądami wyrażonymi w postanowieniu Sądu Najwyższego z 11 marca 2013 r., III SK 65/13 oraz wyroku Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 2015 r., III SK 7/14, w sytuacji gdy uwzględnienie odwołania poprzez uchylenie decyzji nie jest możliwe, a przedsiębiorca nie kontestuje proporcjonalności obowiązku przedstawiając stosowną argumentację i nie wskazuje alternatywnego ukształtowania obowiązków, Sąd może takie odwołanie oddalić, jeżeli doświadczenie regulacyjne nie prowadzi do stwierdzenia nieadekwatności sposobu ukształtowania obowiązku regulacyjnego. Podniesiony apelacji zarzut naruszenia art. 36, 37 ust. 1 i 2 oraz art. 40 Pt w zw. z art. 24 pkt 2 Pt należy zatem uznać za niezasadny.

Zawarte w obu apelacjach zarzuty naruszenia art. 233§1 k.p.c. nie zostały skutecznie postawione, bowiem nie wskazano jakich konkretnie dowodów dotyczą.

Zasadne są natomiast pozostałe zarzuty apelacji pozwanego, co do braku podstaw wyeliminowania z zaskarżonej decyzji usług sieci wirtualnych i świadczenia usług w sieciach inteligentnych. Zasadnie podniesiono, iż Sąd Okręgowy poza stwierdzeniem, iż pozwany nie wykazał związku pomiędzy świadczeniem usługi zakańczania SMS w sieci powoda a przyznaniem dostępu do sieci inteligentnych i wirtualnych, nie uzasadnił szerzej zmiany decyzji w tym zakresie. Decyzja nakładająca obowiązek przewidziany w art. 34 Pt może być wydana przy ustaleniu przez regulatora, że: obowiązek będzie adekwatny do zidentyfikowanego problemu, obowiązek będzie zgodny z zasadą proporcjonalności, a więc nałożenie obowiązku będzie miało na celu realizację dobra wspólnego, nałożenie obowiązku będzie zabiegiem rzeczywiście przydatnym, zastosowany środek jest najmniej dokuczliwy, a zarazem wystarczający do osiągnięcia zamierzonego celu (a więc będzie zgodny z: dyrektywą odpowiedniego celu ograniczenia, dyrektywą odpowiedniego środka ograniczenia, dyrektywą przydatności środka, dyrektywą niezbędności, dyrektywą proporcjonalności ograniczenia w relacji do zamierzonego celu, nałożenie obowiązku będzie zgodne z celami ustawy, sformułowanymi w art. 1 ust. 2 Pt. Obowiązek ten może polegać m.in. na przyznawaniu dostępu do interfejsów, protokołów lub innych kluczowych technologii niezbędnych dla interoperacyjności usług, w tym usług sieci wirtualnych oraz zapewnieniu funkcji sieci niezbędnych do zapewnienia pełnej interoperacyjności usług, w tym świadczenia usług w sieciach inteligentnych (art. 42 ust. 2 pkt 4 i 6 Pt). Zarówno usługi sieci wirtualnych, jak i usługi sieci inteligentnych są oferowane przez operatorów sieci telefonii komórkowej. Usługi te zostały uwzględnione przez Prezesa przy określeniu rynku właściwego zarówno w znaczeniu produktowym, jak i geograficznym (pkt 2.2-2.4 decyzji). Prezes wskazał też, iż ww. formy dostępu są niezbędne w celu stworzenia regulacji uwzględniającej osiągnięcia postępu technicznego zachodzącego w dziedzinie telekomunikacji, co w ocenie Sądu Apelacyjnego jest wystarczające dla przyjęcia spełnienia przesłanek wskazanych w art. 34 Pt. Odwołanie powoda od decyzji Prezesa UKE nie zawierało skutecznych argumentów podważających stanowisko co do adekwatności i proporcjonalności ww. obowiązków nałożonych na powoda.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 386§1 k.p.c. i 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji. O kosztach postępowania apelacyjnego i kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 108§1 k.p.c. uznając powoda za przegrywającego w niniejszej sprawie (pozwany uległ jedynie w niewielkim zakresie) oraz art. 113 ust. 1 uksc.