

Sygn. akt VI ACa 780/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 kwietnia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA Agata Zając (spr.)

Sędzia SA Marcin Strobel

Sędzia SO (del.) Jolanta Pyżlak

Protokolant sekr. sąd. Mariola Frąckiewicz

po rozpoznaniu w dniu 10 kwietnia 2015 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

przy udziale zainteresowanej (...) Sp. z o.o. w W. (poprzednio (...) SA z siedzibą w W.)

o zmianę umowy

na skutek apelacji pozwanego i zainteresowanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 31 stycznia 2014 r. sygn. akt XVII AmT 42/11

I. zmienia zaskarżony wyrok częściowo w punkcie pierwszym nadając orzeczeniu w tym zakresie następującą treść:  
„uchyla zaskarżoną decyzję w punkcie pierwszym”;

II. w pozostałym zakresie oddala obie apelacje;

III. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i (...) sp. z o.o. w W. na rzecz (...) SA z siedzibą w W. kwoty po 270 (dwieście siedemdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. Akt VI ACa 780/14

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 30 czerwca 2011 r., nr (...), po rozpatrzeniu wniosku (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (obecnie (...) SA, dalej: (...)), z dnia 18 lutego 2011 r. o wydanie decyzji zmieniającej warunki współpracy oraz zasady rozliczeń pomiędzy (...) a (...) SA z siedzibą w W. (obecnie (...) sp. z o.o., dalej: (...)) określone decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes UKE) z dnia 7 grudnia 2009 r., nr (...) w zakresie obniżenia stawki za zakańczanie połączeń w sieci ruchomej (...), Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej:

I. zmienił postanowienia decyzji z dnia 7 grudnia 2009 r. w następujący sposób:

1. W Części Finansowej Decyzji z dnia 7 grudnia 2009 r. w Rozdziale 2 „Zasady rozliczeń za ruch telekomunikacyjny” postanowienie § 2 ust. 1 lit. D otrzymało brzmienie:

„d) Usługa zakończenia połączeń w Sieci (...):

- Od dnia 1 lipca 2011 r. do dnia 31 grudnia 2011 r. opłata wnoszona przez (...) za minutę połączenia zakańczanego w sieci telekomunikacyjnej (...) wynosi 0,280 zł/min. w okresach taryfikacyjnych TK1, TK2, TK3;
- Od dnia 1 stycznia 2012 r. do dnia 30 czerwca 2012 r. opłata wnoszona przez (...) za minutę połączenia zakańczanego w sieci telekomunikacyjnej (...) wynosi 0,180 zł/min. w okresach taryfikacyjnych TK1, TK2, TK3;
- Od dnia 1 lipca 2012 r. do dnia 31 grudnia 2012 r. opłata wnoszona przez (...) za minutę połączenia zakańczanego w sieci telekomunikacyjnej (...) wynosi 0,140 zł/min. w okresach taryfikacyjnych TK1, TK2, TK3;
- Od dnia 1 stycznia 2013 r. do dnia 30 czerwca 2013 r. opłata wnoszona przez (...) za minutę połączenia zakańczanego w sieci telekomunikacyjnej (...) wynosi 0,137 zł/min. w okresach taryfikacyjnych TK1, TK2, TK3;
- Od dnia 1 lipca 2013 r. opłata wnoszona przez (...) za minutę połączenia zakańczanego w sieci telekomunikacyjnej (...) wynosi 100% opłaty pobieranej przez (...) za usługę (...) połączenia w sieci ruchomej (...), określonej w niniejszej decyzji.”

II. Pozostałe postanowienia Decyzji z dnia 7 grudnia 2009 r. pozostawił bez zmian.

Odwołanie od powyższej decyzji wniosła (...), zaskarżając decyzję w części, tj. odnośnie jej pkt I i wnosząc o:

1. Zmianę zaskarżonej decyzji w pkt I dotyczącym części Finansowej - § 2 ust. 1 lit. D poprzez:

a) nadanie § 2 ust. 1 lit. d następującej treści:

„ Opłata wnoszona na rzecz (...) przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z sieci telekomunikacyjnej (...) i zakańczanego w Sieci ruchomej (...) od dnia 1 lipca 2011 r., niezależnie od okresu taryfikacyjnego wynosi 100% opłaty określonej w Rozdziale 2 Umowy w § 2 ust 1. pkt a). W przypadku zmiany wysokości opłat wnoszonych na rzecz (...) za minutę połączenia zakańczanego w sieci ruchomej (...), zobowiązuje się Strony do dokonania odpowiedniej zmiany obowiązujących stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...), nie później niż w dniu wprowadzenia w życie na podstawie odpowiednich decyzji Prezesa UKE nowych opłat za minutę połączenia zakańczanego w sieci ruchomej (...), bez konieczności zmiany niniejszej Decyzji lub Umowy.”

b) ewentualnie, w razie nieuwzględnienia żądania a) o nadanie § 2 ust. 1 lit. d następującej treści:

„Opłata wnoszona na rzecz (...) przez (...) za minutę połączenia przychodzącego z sieci telekomunikacyjnej (...) i zakańczanego w sieci ruchomej (...): od dnia 1 lipca 2011 r. do dnia 30 listopada 2011 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego wynosi 117,88 % opłaty określonej w Rozdziale 2 w § 2 ust. 1 pkt a),

- od dnia 1 grudnia 2011 r. do dnia 30 maja 2012 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego wynosi 113,13% opłaty określonej w Rozdziale 2 w § 2 ust. 1 pkt a),

- od dnia 1 czerwca 2012 r. do dnia 30 listopada 2012 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 108,75 % opłaty określonej w Rozdziale 2 w § 2 ust. 1 pkt a),

- od dnia 1 grudnia 2012 r. do dnia 30 maja 2013 r. włącznie, niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 104,38 % opłaty określonej w Rozdziale 2 w § 2 ust. 1 pkt a),

- od dnia 1 czerwca 2013 r. niezależnie od okresu taryfikacyjnego, wynosi 100 % opłaty określonej w Rozdziale 2 w § 2 ust. 1 pkt a),

W przypadku zmiany wysokości opłat wnoszonych na rzecz (...) za minutę połączenia zakańczanego w sieci ruchomej (...), zobowiązuje się Strony do dokonania odpowiedniej zmiany obowiązujących stawek za zakańczanie połączeń w

sieci (...), nie później niż w dniu wprowadzenia w życie na podstawie odpowiednich decyzji Prezesa UKE nowych opłat z minutę połączenia zakańczanego w sieci ruchomej (...), bez konieczności zmiany niniejszej Decyzji lub Umowy.”

względnie:

o zmianę zaskarżonej decyzji w zaskarżonej części, tj. w jej pkt I i umorzenie postępowania przed Prezesem UKE; ewentualnie o uchylenie zaskarżonej decyzji w zaskarżonej części, tj. w pkt I, a także o zasądzenie od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Zaskarżonej decyzji zarzucono naruszenie:

1. art. 28 ust 1 pkt 2) PT w zw. z art. 30 ust 1 PT,

- w zw. z art. 2, art. 78 ust 1 oraz art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 4 ust. 1 Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) z dnia 7 marca 2002 r., a także art. 6, 7, 8, 9 i 10 § 1 k.p.a. poprzez oparcie rozstrzygnięcia zaskarżonej decyzji na opublikowanym na stronie internetowej Prezesa UKE w dniu 10 listopada 2010 roku Stanowisku Prezesa UKE dotyczącym wysokości stawek za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych nowych operatorów, które zostało wydane poza procedurami administracyjnymi i nie podlega kontroli administracyjnej ani sądowej, i które nie zostało włączone do akt postępowania administracyjnego pomimo wniosku dowodowego (...) przez co nie było dostępne dla (...) ani nie jest dostępne w aktach postępowania na potrzeby kontroli przez tut. Sąd;

- poprzez błędne określenie w zaskarżonej decyzji treści obowiązku regulacyjnego nałożonego na (...) w decyzji (...) z dnia 28 lutego 2011 roku polegającego na zakazie stosowanie przez (...) S.A. zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) oraz błędne określenie konsekwencji ww. obowiązku dla treści zaskarżonej decyzji, a w efekcie wadliwe ustalenie stawek za zakańczanie połączeń głosowych w sieci ruchomej (...) oraz wadliwe ustalenie okresu dostosowania tych stawek do stawek za zakańczanie połączeń głosowych w sieci ruchomej (...) (okresu asymetrii stawek);

- w zw. art. 19 ust. 1 PT oraz art. 7 ust. 2 i 7 Dyrektywy Ramowej w zw. art. 5 ust. 4 Dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie) poprzez nieuwzględnienie stanowiska wyrażonego przez Komisję Europejską w możliwie najszerszym zakresie;

- w zw. z art. 3 ust. 2 dyrektywy o dostępie, poprzez nieuwzględnienie przy wydaniu zaskarżonej decyzji nałożonego na (...) w decyzji (...) obowiązku, o którym mowa w art. 36 PT, polegającego na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, 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 – poprzez bezpodstawne ustalenie stawek za zakańczanie połączeń głosowych w sieci ruchomej (...) w innej wysokości niż stawki za zakańczanie połączeń głosowych w sieci ruchomej (...), a więc w sposób dyskryminujący (...) w relacjach z (...) oraz stworzenie przez to stronom różnych zasad i warunków za świadczone równoważne usługi

2. art. 28 ust. 1 PT w zw. z art. 30 ust. 1 PT, poprzez wydanie zaskarżonej decyzji bez prawidłowej analizy wszystkich kryteriów, które winny być uwzględnione przy wydawaniu takiego rozstrzygnięcia, brak odniesienia do relewantnych danych liczbowych oraz brak ustaleń faktycznych, które uzasadniałyby przyjęte w zaskarżonej decyzji rozwiązania, a w efekcie ustalenie wysokości opłat wnoszonych przez (...) z zakańczanie połączeń głosowych w sieci ruchomej (...) w sposób arbitralny i dowolny, bez należytego uzasadnienia wysokości opłat oraz okresu ich obowiązywania.

W odpowiedzi na odwołanie Prezes UKE wniósł o jego oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych z uwzględnieniem wynagrodzenia odpowiadającego nakładowi pracy radcy prawnego, stopniowi

zawilości sprawy i jej obszerności, tj. wg tzw. stawki maksymalnej. Ponadto Prezes UKE wniósł o oddalenie wniosków dowodowych powoda jako niezasadnych i odnoszących się do okoliczności nie mających istotnego znaczenia dla rozpoznania sprawy oraz o przeprowadzenie dowodu z poszczególnych dokumentów zawartych w aktach administracyjnych, w szczególności powołanych w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie na okoliczności tam wskazane oraz na okoliczność, iż Prezes UKE prawidłowo ustalił stan faktyczny sprawy, treść ciążących na stronach obowiązków oraz wnikliwie rozpatrzył materiał dowodowy.

W odpowiedzi na odwołanie zainteresowana spółka (...) S.A. z siedzibą w W. wniosła o jego oddalenie i zasądzenie na rzecz zainteresowanego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 31 stycznia 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję i zasądził na rzecz powoda od pozwanego kwotę 288,50 zł a od zainteresowanego kwotę 188,50 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania.

### **Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:**

Decyzją z dnia 29 września 2009 r. Prezes UKE wyznaczył (...) jako przedsiębiorcę zajmującego pozycję znaczącą na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) nakładając m.in. obowiązek, o którym mowa w art. 40 Pt.

W dniu 7 grudnia 2009 r. Prezes UKE wydał decyzję, w której ustalił warunki dostępu do sieci telekomunikacyjnej, w zakresie połączenia sieci oraz zasad rozliczeń pomiędzy (...) i (...).

Dnia 10 listopada 2010 r. Prezes UKE opublikował na stronie internetowej Urzędu stanowisko dotyczące wysokości stawek za zakańczanie połączeń w sieciach ruchomych nowych operatorów, w którym określił nowe podejście regulacyjne do kwestii asymetrii stawek MTR w rozliczeniach pomiędzy operatorami mobilnymi

Pismem z dnia 17 listopada 2010 r. (...) wystąpiła do Spółki (...) z wnioskiem o rozpoczęcie negocjacji w przedmiocie zmiany warunków współpracy w określonych decyzją z dnia 7 grudnia 2009 r., w zakresie zmiany wysokości opłat za zakańczanie połączeń w sieci (...). W załączniku do pisma (...) przedstawiła propozycję Aneksu do umowy zawierającego zmianę stawek w rozdziale 2 Części Finansowej Umowy w §2 ust. 1 punkt d) na 0,1677 PLN/min dla wszystkich okresów Tk1, Tk2 i Tk3.

W postanowieniu z dnia 22 grudnia 2010 r. Prezes UKE ustalił termin zakończenia negocjacji pomiędzy (...) a (...), rozpoczętych w dniu 19 listopada 2010 r., na dzień 21 stycznia 2011 r.

W dniu 21 stycznia 2011 roku (...) przesłała do (...) własną propozycję Aneksu nr (...) zawierającego zmianę Rozdziału 2 Części Finansowej Decyzji w §2 ust. 1 punkt d) poprzez wskazanie wysokości opłat i okresu:

a) do dnia 20 czerwca 2011 r. opłata na rzecz (...) wnoszona przez (...) za minutę połączenia zakańczanego w sieci telekomunikacyjnej (...) wynosiłaby:

- 0,65 PLN/min w okresie Tk1,

- 0 48 PLN/min w okresie Tk2,

- 0,40 PLN/min w okresie Tk3;

b) od dnia 1 lipca 2011 r. byłyby to odpowiednio 0,453 PLN/min dla wszystkich okresów Tk1, Tk2 i Tk3.

Uzasadnieniem dla takich stawek było stanowisko Prezesa UKE z dnia 10 listopada 2010 r. dotyczące asymetrii stawek oraz fakt powiązania kapitałowego ze spółką (...).

Wnioskiem z dnia 18 lutego 2011 r. (...) wystąpiła do Prezesa UKE o wydanie decyzji w sprawie określenia warunków współpracy oraz zasad rozliczeń w zakresie usługi dostępu do sieci ruchomej (...), ustalonych decyzją z dnia 7 grudnia 2009 r. w zakresie obniżenia stawki za zakańczanie połączeń w sieci ruchomej (...). Propozycja (...) zawierała się w załączonym do wniosku „Aneksie nr (...) do umowy o dostępie telekomunikacyjnym pomiędzy (...) sp. z o.o., a (...) SA z dnia 7 grudnia 2009 r.” i stanowiła 0,1677 PLN/min dla wszystkich okresów Tk1, Tk2 i Tk3.

Pismem z dnia 23 lutego 2011 r. Prezes UKE zawiadomił strony o wszczęciu w dniu 21 lutego 2011 r. na wniosek (...) postępowania administracyjnego o wydanie decyzji zmieniającej warunki współpracy oraz zasad rozliczeń pomiędzy (...) a (...), określonych decyzją Prezesa UKE z dnia 7 grudnia 2009 r., w zakresie obniżenia stawki za zakańczanie połączeń w sieci ruchomej (...).

Pismem z dnia 10 marca 2011 r. (...) przedstawiła swoje stanowisko w niniejszej sprawie. W stanowisku tym wskazała, że ustalenie stawki za zakończenie połączeń w Sieci (...) w wysokości stawki za zakańczanie połączeń w sieci (...) jest pozbawione podstaw prawnych. (...) wskazała, że (...) ma obowiązek stosować stawkę MTR w wysokości określonej w decyzji Prezesa UKE. Natomiast na (...) nałożony został jedynie obowiązek z art. 44 Pt, polegający na niestosowaniu zawyżonych stawek. Ustalenie stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) w wysokości 0,1677 zł/min. (tj. w wysokości stawek MTR w sieci (...)), zdaniem (...), prowadziłoby do zmuszenia (...) do stosowania opłat w oparciu o ponoszone koszty, co jest sprzeczne z postanowieniami Decyzji (...). Tym samym (...) świadczyłaby usługę zakańczania połączeń w oparciu o koszty operatorów zasiedziały. (...) podniosła, że istnienie asymetrycznych stawek MTR jest uzasadnione i ma na celu wyrównanie pozycji konkurencyjnej nowych operatorów.

Decyzją z dnia 28 lutego 2011 r. Prezes UKE wyznaczył (...) jako przedsiębiorcę zajmującego znaczącą pozycję na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...) nakładając m.in. obowiązek, o którym mowa w art. 44 Pt, polegający na zakazie stosowania przez (...) zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...). W uzasadnieniu decyzji zawarto harmonogram obniżania stawek MTR dla (...).

W dniach od 21 kwietnia 2011 r. do 21 maja 2011 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji w niniejszej sprawie, zmieniającej warunki współpracy oraz zasad rozliczeń pomiędzy (...) a (...), określonych Decyzją z dnia 7 grudnia 2009 r.

W ramach przeprowadzonego postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęło:

- stanowisko złożone przez (...) z dnia 20 maja 2011.

- stanowisko (...) z dnia 21 maja 2011 r.

W stanowisku konsultacyjnym z dnia 20 maja 2011 r. (...) przedstawiła propozycję zmiany harmonogramu redukcji stawki MTR w sieci (...). Zgodnie z przedstawionym przez (...) harmonogramem od dnia 1 lipca 2011 r. MTR w sieci (...) powinna wynosić 270,12% stawki MTR w sieci (...). (...) dopuściła również wprowadzenie dłuższego harmonogramu, zgodnie z którym symetria stawek MTR zostałaby osiągnięta w 2013 r. (...) powołała się także na informacje przedstawione na spotkaniu z dnia 27 października 2010 r., zorganizowanym w siedzibie Urzędu Komunikacji Elektronicznej, na którym Prezes UKE przedstawił swoje stanowisko, które zostało opublikowane na stronie Urzędu Komunikacji Elektronicznej w dniu 10 listopada 2010 r. Zdaniem (...), na spotkaniu w dniu 27 października 2010 r. Prezes UKE wskazał, że podmioty należące do jednej grupy kapitałowej będą mogły w rozliczeniach zewnętrznych korzystać z najbardziej korzystnej stawki jednego z nich. W związku z tym (...) wniosła o ustalenie stawki zgodnie z wartością ustaloną dla (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., która należy do tej samej grupy kapitałowej co (...). Jednocześnie (...) wniosła o jak najszybsze wydanie przedmiotowej decyzji, ponieważ stawka (...), wskazana w Decyzji z dnia 7 grudnia 2009 r. (obowiązująca od dnia 30 maja 2011 r. do dnia 30 czerwca 2011 r.) została ustalona na poziomie 241% stawki MTR obowiązującej w sieci (...), co jest niezgodne ze Stanowiskiem Prezesa UKE z dnia 10 listopada 2010 r. oraz nałożonymi na (...) obowiązkami regulacyjnymi.

W swoim stanowisku konsultacyjnym z dnia 21 maja 2011 r. (...) wskazała, iż (...) i (...) są konkurentami na rynku świadczenia usług detalicznych w ruchomej publicznej sieci (...). Ponadto (...) współpracuje z (...) w zakresie świadczenia tej spółce usług dostępu i rozpoczynania połączeń w sieci (...). Tym samym (...) mógł wprowadzić i utrzymać ofertę detaliczną pomimo braku odpowiedniego pokrycia całego kraju własną siecią. (...) wskazała także, że (...) posiada zaledwie 125 pozwoleń radiowych tj. znacznie mniej niż inni operatorzy. (...) podkreśliła ponadto, że liczba tych pozwoleń nie uległa zmianie od dnia złożenia przez (...) wniosku do Prezesa UKE, na podstawie którego zostało wszczęte niniejsze postępowanie. Zdaniem (...), znikomy zasięg sieci (...) sprawia, że prawie cały ruch kierowany do sieci (...) jest w istocie kierowany do (...). Powyższe w żaden sposób nie uzasadnia pobierania przez (...) wyższej stawki za zakańczanie połączeń w sieci (...) (w porównaniu ze stawkami MTR w sieci (...)). (...) podnosi również, że koszt (...) związany z usługą zakańczania w sieci (...) kierowanego do użytkownika (...), wynikający z umowy o tzw. roamingu krajowym, jest niższy niż stawka MTR w sieci (...). Oznacza to, że nawet przy symetrycznej stawce (...) uzyskiwałby na tych połączeniach dodatkowy przychód. Zdaniem (...), przychód ten nie będzie przeznaczony na rozwój sieci radiowej (...), ponieważ w chwili obecnej jej zasięg jest znikomy. W ocenie (...) ustalenie wyższych stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) w porównaniu ze stawkami za zakańczanie połączeń w sieci (...) sprawia, że (...) subsydiuje swojego konkurenta. Taki model zniechęca (...) do świadczenia usługi dostępu dla nowych operatorów, bowiem (...) zobowiązana jest ponosić dodatkowe obciążenia finansowe za sam fakt przyłączenia takiego przedsiębiorcy jako klienta (...). (...) podniosła również, że w Stanowisku Prezesa UKE z dnia 10 listopada 2010 r. Prezes UKE wskazał, że w przypadku (...), który świadczy usługi w takim samym modelu co (...), brak jest uzasadnienia kosztowego, aby stawki w sieci (...) były wyższe niż stawki w sieciach mobilnych operatorów zasiedziały (tzw. (...), ang. (...)), który świadczy na rzecz tej spółki usługę roamingu krajowego (w tym przypadku (...)). W ocenie (...) nie ma podstaw do tego, aby (...) był traktowany lepiej niż pozostali (...) (w tym (...)). Ponadto (...) wskazała, że z treści Stanowiska Prezesa UKE z dnia 10 listopada 2010 r. wynika, że stawki za zakańczanie połączeń w Sieci (...) będą wyznaczone w oparciu o dane dotyczące kosztów, będące w posiadaniu Prezesa UKE. Zdaniem (...), z treści Stanowiska Prezesa UKE z dnia 10 listopada 2010 r. wynika, że pod uwagę będą brane nie tyle koszty (...) ile abstrakcyjne dane dotyczące kosztów. W związku z powyższym (...) wniosła o ustalenie symetrycznych stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...) w stosunku do stawek (...). Stosowanie wyższych stawek, zdaniem (...), narusza konkurencję na rynku telekomunikacyjnym.

Pismem z dnia 24 maja 2011 r. (...) przedstawiła dodatkowe stanowisko w sprawie. W stanowisku tym (...) odniosła się do kwestii odmowy podpisania przez (...) zaproponowanej przez (...) propozycji porozumienia, dotyczącego kwestii nadużyć w ruchu telekomunikacyjnym. (...) wskazała, że przedstawiona przez (...) informacja jest niepełna. Zdaniem (...), negocjacje wspomnianego porozumienia zostały zerwane przez (...) po przekazaniu przez (...) propozycji, według której (...) miałoby prawo do zablokowania dostępu do tej części numeracji, na której uruchamiane byłyby usługi powodujące nadużycia. (...) podkreśliła, że przedstawiona przez (...) propozycja porozumienia nie dawała (...) możliwości przeciwdziałaniu nadużyciom oraz nie wprowadzała mechanizmów, które miałyby zniechęcić do takich praktyk. W związku z tym, jak wskazała (...), przedstawiła ona swój projekt porozumienia, jednak (...) nie wyraziła chęci na podjęcie negocjacji i pozostawiła propozycję (...) bez odpowiedzi. (...) podniosła również, że jedynym rozwiązaniem, które zapobiegne nadużyciom i generowaniu sztucznego ruchu w sieci (...) będzie wprowadzenie takiej samej wysokości stawek za zakańczanie połączeń w sieciach obu stron.

W piśmie z dnia 16 maja 2011 r. Komisja Europejska przedstawiła w przedmiotowej sprawie swoje stanowisko. KE odniosła się do projektów decyzji rozstrzygających spory międzyoperatorskie w zakresie wysokości opłat pobieranych za zakańczanie połączeń głosowych i wiadomości SMS w sieciach ruchomych, zgłoszonych do konsolidacji w dniach 14 – 29 maja 2011 r., w tym do projektu decyzji w niniejszej sprawie. KE wskazała, że zgłoszone przez Prezesa UKE projekty decyzji dotyczyły stawek MTR w rozliczeniach dwustronnych, podczas gdy rozstrzygnięcie tej kwestii może zostać zawarte w decyzjach (...). Zdaniem KE, konieczność częstych interwencji ze strony Prezesa UKE w rozstrzyganie sporów międzyoperatorskich może świadczyć o nieskutecznej regulacji stawek MTR w Polsce. KE zaleciła Prezesowi UKE bezzwłoczne wprowadzenie środków regulacyjnych, określających szczegółowo stawki za zakańczanie połączeń dla operatorów sieci ruchomych tj. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., (...) SA z siedzibą w W., które obowiązywałyby w stosunku do wszystkich pozostałych operatorów. Jak wskazała KE, Prezes UKE zobowiązał się do wprowadzenia przedmiotowych regulacji. Rozstrzygnięcia podjęte w zgłoszonych do KE decyzjach, polegające na kontynuowaniu

ustalania stawek MTR w drodze indywidualnych sporów, zdaniem KE świadczą o nieuwzględnianiu przez Prezesa UKE uwag zgłoszonych przez KE w poprzednich postępowaniach konsolidacyjnych. Zdaniem KE, podejście stosowane przez Prezesa UKE jest nieskuteczne i może prowadzić do powstawania kolejnych sporów międzyoperatorskich zamiast im zapobiegać. Tym samym podejście to wymaga częstych interwencji Prezesa UKE, w związku z czym sprzyja nadmiernemu rozwojowi biurokracji i generuje nieuzasadnione koszty regulacji w Polsce. W związku z powyższym KE wezwała Prezesa UKE do nakładania stawek MT w drodze decyzji regulacyjnych na podstawie procedur analiz rynku zamiast rozstrzygania sporów oddzielnie dla poszczególnych par operatorów. KE zwróciła się również z prośbą o uwzględnienie zalecenia w sprawie stawek za zakańczanie połączeń i o ustalenie stawek za zakańczanie połączeń opartych na kosztach również dla nowych operatorów sieci ruchomych. Tym samym Prezes UKE, w opinii KE, powinien uzasadnić, że wprowadzony poziom, a także czas trwania asymetrii stawek MTR są uzasadnione wyższymi kosztami ponoszonymi przez operatorów nowo wchodzących i powinien prowadzić dalsze działania na rzecz jak najszybszego osiągnięcia symetrycznych stawek MTR, które oparte są na kosztach ponoszonych przez efektywnego operatora.

Pismem z dnia 30 maja 2011 r. Prezes UKE zawiadomił strony o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Prezes poinformował także strony o dokumentach włączonych w poczet materiału dowodowego.

Pismem z dnia 2 czerwca 2011 r. (...) przedstawiła kolejne stanowisko w sprawie, wskazując, że Prezes UKE w projekcie decyzji nie uwzględnił Zaleceń Komisji z dnia 7 maja 2009 r. (...) wniosła o przeprowadzenie dowodu ze znajdującej się w posiadaniu Prezesa UKE analizy zasadności zastosowania dla (...) projektowanej stawki, wskazanej następnie w Stanowisku Prezesa UKE z dnia 10 listopada 2010 r.

Decyzją z dnia 30 czerwca 2011 r., która została zaskarżona w niniejszym postępowaniu, Prezes UKE zmienił postanowienia decyzji z dnia 7 czerwca 2009 r. w zakresie obniżenia stawki za zakańczanie połączeń w sieci ruchomej (...), nadając nowe brzmienie postanowieniu § 2 ust. 1 lit. d Rozdziału 2 Części Finansowej decyzji.

Z dniem 1 sierpnia 2011 r. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. przekształciła się w spółkę akcyjną, a następnie zmieniła nazwę firmy na (...) SA.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie jest uzasadnione i zarzuty w nim podniesione skutkowały uchYLENIEM decyzji.

Zdaniem Sądu Okręgowego ciężar dowodu wykazania zasadności przyjętej asymetrii stawek co do zasady i wysokości obciąża Prezesa UKE, zaś wprowadzenie asymetrii musi być należycie umotywowane jako odstępstwo od panującej zasady symetrii.

Wprowadzając wyjątkowe rozwiązanie należy zatem umożliwić jego obiektywną weryfikację na podstawie dowodów, które stanowiły przesłankę do przyjęcia odmiennego modelu rozwiązania.

Sąd Okręgowy wskazał, że Dyrektywa 2002/19/WE ustanawia jak zasadę stawki za zakańczanie połączeń w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora, co oznacza, że są one symetryczne. Z uwagi na brak spójności uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń głosowych, mimo że większości państw członkowskich generalnie zapewniono pewną formę określania cen w zależności od kosztów, Komisja Wspólnot Europejskich wydała Zalecenie (zalecenie z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych ruchomych 2009/396/WE). W Zaleceniu tym kilkakrotnie zostało podkreślone (pkt 2 preambuły, pkt 7 preambuły, pkt 1, pkt 16), że stawki za zakańczanie połączeń winne być symetryczne. Istotną okolicznością jest, iż przedmiotowe Zalecenie zostało wydane po analizie rynku przeprowadzonej zgodnie z art. 16 Dyrektywy 2002/21/WE. Zarówno w preambule do Zalecenia i Zaleceniu wzięto pod uwagę nowe podmioty na rynkach łączności ruchomej, którym organ regulacyjny w okresie przejściowym trwającym 4 lata od wejścia na rynek, może zezwolić na asymetrię.

Zalecenie Komisji z 7 maja 2009 r. wymaga dla zastosowania asymetrii zgodnie z pkt 10 udowodnienia, że:

- nowy podmiot na rynku połączeń ruchomych działa poniżej minimalnej skali efektywności,
- ponosi wyższe jednostkowe koszty przyrostowe,
- stwierdzone są na rynku detalicznym bariery wejścia.

Tylko w takich warunkach organ regulacyjny może zezwolić na odzyskanie tych wyższych kosztów w okresie przejściowym poprzez uregulowanie stawki za zakańczanie połączeń, przy czym okres przejściowy nie powinien przekraczać 4 lat od wejścia operatora na rynek.

Zgodnie z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej wydawane przez Instytucje Unii zalecenia nie mają mocy wiążącej. Moc wiążącą, zarówno w świetle przywołanego art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jak i judykatury mają jedynie źródła prawa jakimi są dyrektywy, rozporządzenia oraz decyzje, przy czym, aby wywołać skutek bezpośredni, dyrektywy muszą zostać właściwie włączone do wewnętrznego porządku prawnego. Nie mają takiej mocy opinie i zalecenia, jako akty prawne o charakterze niewiążącym, tzw. „soft law”.

Istotną konsekwencją charakteru aktu prawnego jakim są zalecenia jest brak wywierania przez nie wpływu na sytuację prawną jednostki. Zalecenia nie stanowią aktu nakładającego na jednostkę jakichkolwiek obowiązków, jak również nie mogą też stanowić podstawy do wywodzenia z nich przysługujących jednostce praw, a co za tym idzie powoływanie się przez powoda na niezgodność treści Decyzji z postanowieniami przywołanego powyżej zalecenia KE należy uznać za nieuprawnione.

Niewiążący charakter zaleceń znalazł odzwierciedlenie w treści art. 19 ust. 3 ustawy Prawo telekomunikacyjne, którego treść stanowi przeniesienie do polskiego porządku prawnego zapisów art. 19 ust. 2 implementowanej Dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 roku w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej. Art. 19 ust. 3 PT mówi, że „Prezes UKE uwzględnia przystosowaniu ustawy w największym możliwym stopniu wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej oraz zalecenie Komisji w ich aktualnym brzmieniu, a w przypadku odstąpienia od ich stosowania powiadamia Komisję Europejską, uzasadniając swe stanowisko.”

Niewiążący charakter zaleceń nie oznacza jednak zdaniem Sądu Okręgowego, że są one całkiem bez znaczenia pod względem prawnym. Zgodnie z orzecznictwem ETS sądy krajowe, niezależnie od niewiążącego charakteru zaleceń oraz faktu, że nie mogą one ustanawiać praw dla jednostki, na które mogłaby się ona powołać przed sądami krajowymi, są jednak zobowiązane brać je pod uwagę przy orzekaniu w zawisłych przed nimi sprawach. Dotyczy to na przykład wykładni przepisów krajowych, wdrażających prawo wspólnotowe albo uzupełniających wiążące przepisy wspólnotowe (zob. wyroki z dnia 15 czerwca 1977 r. w sprawie 90/76 V. s. 1091, z dnia 13 grudnia 1989 r. w sprawie C-322/88 G. s. 4407, pkt 9, z dnia 21 stycznia 1993 r. w sprawie C-188/91 D. s. I 363, pkt 18).

W ocenie Sądu Okręgowego Zalecenie, poprzez wskazanie katalogu zagadnień uzasadniających wprowadzenie asymetrii, ułatwia dowodzenie organowi regulacyjnemu.

Prezes UKE stosując się do Zalecenia Komisji z 7 maja 2009 r. wskazał, że (...) jest nowo wchodzącym na rynek operatorem telefonii ruchomej i nie osiągnął jeszcze minimalnej skali efektywności w początkowym okresie swej działalności; odpowiednio dużego udziału w przedmiotowym rynku (zakładanego 15 - 20% udziałów), co oznacza duże trudności z wejściem na ten rynek, a tym samym ze zbudowaniem atrakcyjnej cenowo czy jakościowo, czyli konkurencyjnej oferty handlowej (bariery wejścia).

Sąd Okręgowy wskazał, że Prezes UKE odwołał się do Decyzji (...), gdzie uzasadniał nałożenie innego obowiązku niż obowiązki kosztowe. W tej decyzji wyjaśniono w pkt 3.1.2. jakie są bariery wejścia i ekspansji na rynku detalicznym, mianowicie (i) wysoka penetracja rynku (ponad 100%), (ii) lojalność marki, (iii) efekty sieciowe i (iv)



słaba rozpoznawalność marki, zaś w pkt 6.4.4. stwierdzono, iż „ z dużym prawdopodobieństwem można przyjąć, że koszty jednostkowe ponoszone przez (...) są wyższe niż koszty ponoszone przez trzech operatorów zasiedziałych (...). Takie same stwierdzenie zapadło w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji.

Sąd Okręgowy uznał za zasadne stanowisko, że aby zapobiec zagrożeniu konkurencyjności oraz w celu ochrony konkurencji, konieczne było ustalenie takiego modelu rozliczeń międzyoperatorskich (asymetria), które umożliwiłyby (...) budowanie pozycji rynkowej pozwalającej na konkutowanie z innymi podmiotami, w szczególności z operatorami zasiedziałymi. Z drugiej jednak strony Prezes UKE nie przedstawił w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji żadnych relewantnych danych liczbowych i ich analizy, co podlegałoby obiektywnej weryfikacji przez Sąd. Wymóg wykazania poziomu asymetrii przewija się przez wszystkie postępowania konsolidacyjne z udziałem (...).

W stanowisku KE w sprawie (...) (postępowanie konsolidacyjne (...)) podkreślono jako zasadę symetrię, a przypadku asymetrii wymagając stosownego uzasadnienia. Każde odchylenie od jednolitego poziomu efektywności kosztowej należy uzasadnić obiektywnymi różnicami kosztów, które pozostają poza kontrolą operatorów. Komisja jednocześnie przyznała, że niedawne wejście (...) na rynek telefonii komórkowej może czasowo oznaczać ponoszenie większych jednostkowych kosztów przyrostowych do momentu osiągnięcia skali efektywności. Wszelka asymetria dopuszczona dla operatorów dopiero wchodzących na rynek, powinna zostać stopniowo usunięta w rozsądnym terminie pozwalającym tym operatorom na osiągnięcie minimalnej skali efektywności. Jako taki termin KE uważa okres czterech lat od wejścia na rynek. Komisja wezwała do zmiany wysokości i okresu obowiązywania asymetrycznych stawek dla (...).

W kolejnej decyzji Komisji w sprawie (...) (postępowanie konsolidacyjne (...)) wyraźnie nakazano konieczność obowiązku ustalania cen w zależności od ponoszonych kosztów na mocy art. 13 dyrektywy o dostępie wobec planowanego obowiązku zakazu stosowania zawyżonych opłat hurtowych. Jedynie w tym kontekście Komisja przyznała, że wprowadzenie regulacyjnego modelu kosztów dla mniejszych operatorów można uznać za niewspółmierne obciążenie i dla określenia kosztów ponoszonych przez stawki za zakańczanie połączeń czterech nowych operatorów są oparte na danych dotyczących kosztów nowego operatora (...). Komisja zwróciła się jednak o nałożenie obowiązku ustalania cen w zależności od ponoszonych kosztów oraz o ustalenie szczegółów w planowanych decyzjach dotyczących poziomu stawek za zakańczanie połączeń.

Komisja zwróciła się do Prezesa UKE o dokładną ocenę poziomu i trwałości asymetrii stawek nowych operatorów za zakańczanie połączeń w planowanych decyzjach dotyczących poziomu i szczegółów stawek za zakańczanie połączeń. Komisja podkreśliła nawiązując do Zalecenia w sprawie zakańczania połączeń, że w okresie przejściowym zanim osiągną minimalną skalę efektywności, nowi operatorzy na rynkach łączności ruchomej mogą ponosić wyższe koszty jednostkowe. W okresie trwającym maksymalnie cztery lata krajowe organy regulacyjne – po stwierdzeniu, że na rynku detalicznym istnieją przeszkody utrudniające wejście na rynek i ekspansję – mogą zezwolić nowym operatorom na odzyskanie kosztów przyrostowych przewyższających koszty standardowego operatora. Po tym okresie przejściowym stawki wszystkich operatorów za zakańczanie połączeń powinny być symetryczne i dostosowane do kosztów efektywnego operatora zgodnie z Zaleceniem w sprawie zakańczania połączeń.

O wyjaśnienie asymetrii w kontekście kosztów wzywała również Komisja w decyzji (...) (konsolidacja sprawie niniejszej) „ Komisja zwraca się do Prezesa UKE o pełne uwzględnienie zalecenia w sprawie stawek za zakańczanie połączeń i o ustalenie stawek za zakańczanie połączeń opartych na kosztach również dla nowych uczestników rynku łączności ruchomej. W tym kontekście Prezes UKE powinien wykazać, że proponowany poziom (i czas trwania) asymetrii stawek MTR uzasadnione są wyższymi kosztami ponoszonymi przez takich operatorów” .

Sąd Okręgowy wskazał, że Decyzja (...) nałożyła obowiązek z art. 44 Pt a nie art. 40 Pt, zaś uzasadniając swoją decyzję organ wskazał że „obowiązek, o którym mowa w art. 44 PT, w przypadku (...) polega na zakazie stosowania zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowym (dalej także „MTR”) w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonii komórkowej) (...)” oraz że „ Poprzez stawki zawyżone rozumie się stawki MTR (...) S.A. 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 MTR obliczone przez Prezesa UKE, o których mowa w zdaniu poprzednim, Prezes UKE przedstawia w stanowisku, które publikuje na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej.”

W uzasadnieniu Decyzji (...) pkt 6.4.4 wskazano, że takie stanowisko dotyczące wysokości stawek za zakańczanie połączeń głosowych w sieciach ruchomych nowych operatorów, ogłoszone zostało przez Prezesa UKE po przeprowadzeniu konsultacji ze środowiskiem telekomunikacyjnym oraz spotkaniach z przedstawicielami Komisji Europejskiej. W tymże stanowisku przyjęto dla (...) (jako działającego krócej niż 4 lata na rynku telekomunikacyjnym w dniu 1 stycznia 2013) stawkę MTR będącą wynikiem zastosowanej kalkulacji kosztu świadczenia usługi (...) oraz danych będących w posiadaniu Prezesa UKE a przy harmonogramie stawek MT dla poszczególnych operatorów dla (...) stawka była skalkulowana o koszty w sieciach ruchomych:

od 1 lipca 2011 r. 0,280 PLN/min,

od 1 stycznia 2012 r. 0,180 PLN/min,

od 1 lipca 2012 r. 0,140 PLN/min,

od 1 stycznia 2013 r. 0,137 PLN/min,

od 1 lipca 2013 r. symetria.

Decyzja (...) wskazała, że procedura regulacyjna wobec (...) nastąpi od 1 lipca 2011 r. a stawki dla spółki będą kalkulowane w oparciu o kalkulację kosztów w sieciach ruchomych. Wysokość stawek MT w uzasadnieniu decyzji nakładającej obowiązek art. 44 Pt recypowała wyliczenia ze stanowiska z 10 listopada 2010 roku. W samym stanowisku i uzasadnieniu (...) jest różnica co do przyjętej metodologii kalkulacji kosztów.

W Stanowisku zawarto odniesienie raz (i) do danych kosztowych jakie posiada Prezes, gdy nie ma danych kosztowych dla poszczególnych nowych operatorów, (ii) dla operatora, który w dniu 1 stycznia 2013 r. będzie miał działalność krótszą niż 4 lata dokończy asymetrię i jego stawki będą wynikiem kalkulacji kosztu świadczenia (...) oraz danych będących w posiadaniu Prezesa UKE a wreszcie (iii) MTR dla (...) od 1 lipca 2011 r. jest oparta o kalkulację kosztów w sieciach ruchomych/średnia ważona stawka dla 3 i 4 roku działalności z uwzględnieniem kosztów roamingu krajowego i dodatkowych kosztów z nim związanych. Jedynymi kosztami które wskazał Prezes był koszty związane z korzystaniem z roamingu krajowego w sieci (...).

W toku postępowania administracyjnego (...) wniosło o przeprowadzenie dowodu ze znajdującej się w posiadaniu Prezesa (...) analizy zasadności zastosowania dla (...) projektowanej stawki.

Postanowieniem z dnia 14 czerwca 2011 r. Prezes UKE odmówił przeprowadzenia dowodu ze znajdującej się w posiadaniu prezesa UKE analizy zasadności zastosowania dla (...) projektowanej stawki wskazanej w Stanowisku Prezesa z 10 listopada 2010 r. wskazując, że okoliczność na jakie powołuje się Prezes jest mu znana z urzędu. Na stronie 3 postanowienia organ wskazał, że „ wysokość stawek MTR w sieci (...) przedstawiona w stanowisku z dnia 10 listopada 2010 r. została ustalona po przeprowadzeniu analizy rynku telekomunikacyjnego, konsultacji ze środowiskiem telekomunikacyjnym oraz spotkaniach z przedstawicielami Komisji Europejskiej”.

Z kolei według uzasadnienia zaskarżonej decyzji stawki MTR zostały ustalone w oparciu o analizę danych kosztowych operatorów nowowchodzących. Dane te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto w zaskarżonej decyzji powtórzono za stwierdzeniem pkt 6.4.4. Decyzji (...) z dużym prawdopodobieństwem można przyjąć, że koszty jednostkowe ponoszone przez (...) są wyższe niż koszty ponoszone przez trzech operatorów zasiedziałych (...).

Zdaniem Sądu Okręgowego nie można takiego stanowiska uznać za wykazanie wysokości wprowadzonej asymetrii. Stawka MTR w zaskarżonej decyzji nie jest wdrożeniem postanowień wynikających z Decyzji (...), bowiem ta ostatnia decyzja nie ustalała stawek MTR. Jedynie w uzasadnieniu odwołano się do Stanowiska z 10 listopada 2010 roku, stąd model wysokości stawek ujęty w uzasadnieniu nie ma mocy wiążącej. Konkretyzacja prawa dokonuje się w rozstrzygnięciu decyzji, a nie w uzasadnieniu rozstrzygnięcia, bowiem tylko sentencja decyzji administracyjnych ma moc wiążącą. Sąd Okręgowy wskazał, że po raz pierwszy mamy do czynienia z ustaleniem wysokości stawki MTR dla (...), co winno być udowodnione. Takim udowodnieniem nie jest Stanowisko, które wyraża politykę regulacyjną Prezesa UKE.

Sąd Okręgowy wskazał, że nawet przy założeniu, że przyjęte wysokości są oparte o dane (...) to nie da się uzasadnić stanowiska, że (...) płaci określony próg procentowy do MTR zasiedziałych, a (...) płaci stawkę określoną kwotowo ani z czego wynikają przyjęte różnice, podając przykładowo, że dla stawek od 1 lipca 2012 r. asymetria (...) wynosi 47% operatorów zasiedziałych (dla (...) stawka wynosi wg decyzji z 29 czerwca 2011 roku 0,1223 PLN/min), a stawka dla (...) wynosi 0,140 PLN/min.

Za zasadny Sąd Okręgowy uznał podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt w zw. z art. 30 ust. 1 Pt, ale tylko w zakresie inkorporowania wysokości stawek MTR w (...) do zaskarżonej decyzji ze Stanowiska z dnia 10 listopada 2010 r.

W ocenie Sądu Okręgowego (...) nie ma podstaw do formułowania zarzutów przeciwko Decyzji (...), bowiem nie była stroną postępowania. Mają znaczenie jedynie zarzuty dotyczące stawek MTR zastosowanych w zaskarżonej decyzji a wprowadzonych do uzasadnienia Decyzji (...) ze Stanowiska z 10 listopada 2010.

Przyznając odwołującemu rację, że wykazanie ich wysokości obciąża Prezesa UKE, Sąd Okręgowy nie zaakceptował poglądu, że jeżeli taki dowód nie zostanie przeprowadzony, należy ustalić symetryczne rozliczenia uznając, że Prezes uzasadnił wprowadzenie asymetrii co do zasady, a nie sprostał ciężarowi dowodu w zakresie wysokości asymetrii.

Na (...) nie został nałożony obowiązek na podstawie art. 40 Pt, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty, Obowiązek taki ciąży wyłącznie na zasiedziałych (...)’s (ang. (...)) a jest nim m.in. (...). Ciążący na (...), zgodnie z Decyzją (...) obowiązek z art. 44 Pt, polega jedynie na zakazie stosowania przez (...) zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...). Uwzględnienie symetrii doprowadziłoby do kalkulacji stawki (...) w oparciu o ponoszone koszty, co odpowiada treści obowiązku z art. 40 Pt, nie zaś art. 44 Pt. Stąd, w ocenie Sądu Okręgowego, nie można zastosować symetrii w zakresie stawek MTR jakie obowiązani są stosować operatorzy (...) do rozliczeń z nowowchodzącym operatorem mobilnym, w tym wypadku (...).

Zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt w zw. z art. 18 ust. 1 Pt oraz art. 7 ust. 12 i 7 dyrektywy ramowej w zw. z art. 5 ust. 4 dyrektywy o dostępie poprzez nieuwzględnienie stanowiska wyrażonego przez KE w możliwie najszerszym zakresie Sąd Okręgowy uznał za zasadny o tyle, o ile Prezes UKE uniemożliwił przeanalizowanie sprawy pod kątem przyjętego poziomu wysokości stawek MTR w (...), wskazując, że w kierowanych decyzjach KE wskazywała na konieczność takich analiz.

Za niezasadny Sąd Okręgowy uznał zarzut naruszenia art. 3 ust. 2 dyrektywy o dostępie stwierdzając, że zapewnienie niedyskryminujących warunków dostępu do sieci oznacza konieczność takiego samego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych ubiegających się o dostęp do sieci telekomunikacyjnej konkretnego przedsiębiorcy. Zgodnie z dyrektywą o dostępie „dostęp” oznacza udostępnianie urządzeń i/lub usług innemu przedsiębiorstwu, na ściśle określonych warunkach, na zasadzie wyłączności albo braku wyłączności, celem świadczenia usług łączności elektronicznej. Obejmuje to m.in. dostęp do elementów sieci i urządzeń towarzyszących, co może się wiązać z podłączeniem wyposażenia za pomocą stacjonarnych albo niestacjonarnych środków (w szczególności obejmuje to dostęp do pętli lokalnej oraz urządzeń i usług niezbędnych do obsługi pętli lokalnej), dostęp do fizycznej infrastruktury, w tym budynków, przewodów i masztów; dostęp do odpowiednich systemów oprogramowania, w tym

do systemów operacyjnego wspierania, dostęp do translacji numerów albo systemów zapewniających ekwiwalentną funkcjonalność, dostęp do stacjonarnych i ruchomych sieci, a w szczególności do roamingu, dostęp do systemów warunkowego dostępu do usług telewizji cyfrowej, dostęp do sieciowych usług wirtualnych.

Określony w art. 36 Pt obowiązek niedyskryminacji nie oznacza identycznego traktowania każdego przedsiębiorcy, na którego został nałożony przedmiotowy obowiązek, w każdej sytuacji. Niedyskryminacja podlega badaniu w płaszczyźnie ubiegających się przedsiębiorstw, a nie ubiegający się przedsiębiorca i udostępniający przedsiębiorca.

Sąd Okręgowy wskazał, że Prezes UKE ogólnie odniósł się do przesłanek, o których mowa w art. 28 ust. 1 Pt akcentując interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych (art. 28 ust. 1 pkt 1 Pt), obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych (art. 28 ust. 1 pkt 2 Pt), zapewnienie rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych (art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c Pt) oraz zapewnienie niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego (art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. b Pt). Z ogólnikowości nie wynika jednak w ocenie Sądu Okręgowego, że ocena przesłanek jest nietrafna. Dokładnie zostały zaś przeanalizowane obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych, co miało zdaniem Prezesa UKE wpłynąć na rozwój konkurencji na rynku telekomunikacyjnym, o którym mowa w art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c) Pt.

Zdaniem Sądu Okręgowego Prezes UKE nie ustalił powiązań między spółkami (...) i (...) należącymi według twierdzeń (...) do jednej grupy kapitałowej. Mogą one tworzyć single economic unit na rynku usług konkurencyjnych, co przekładałoby się na ocenę przesłanki z art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. C) i art. 28 ust. 1 pkt 6 Pt.

Sąd Okręgowy wskazał, że zagadnieniem nierozzerwalnie związanym z pojęciem przedsiębiorcy w prawie unijnym jest funkcjonowanie zasady, że dwa oddzielne z prawnego punktu widzenia podmioty mogą być na gruncie reguł konkurencji uznane za jednego przedsiębiorcę, jeśli występujące między nimi związki (typu spółka matka – spółka córka) uzasadniają traktowanie ich jako jednego organizmu gospodarczego (single economic unit). Różnego rodzaju powiązania między formalnie odrębnymi jednostkami mogą decydować o tym, że w świetle europejskiego prawa ochrony konkurencji są traktowane jako jeden organizm gospodarczy. Struktura organizacyjna single economic unit może składać się z wielu formalnie niezależnych podmiotów (osób fizycznych lub prawnych), jeżeli wskutek funkcjonalnych powiązań, w praktyce rynkowej realizują wspólnie tożsamy cel gospodarczy zachowując się jednolicie w taki sposób, że niemożliwe jest, by odgrywały względem siebie role konkurentów.

Zdaniem Sądu Okręgowego wnioski odwołującego skierowane na zmianę decyzji nie zasługują na uwzględnienie, bowiem dane przedstawione przez ERG są uśrednione „stawki za zakańczanie połączeń komórkowych operatorów z opóźnieniem wynoszącym od 3 do 5 lat są o 17% wyższe niż najniższe obowiązujące stawki”. Decyzja z dnia 7 grudnia 2009 r. nr (...) regulująca zasady rozliczeń za ruch telekomunikacyjny przewidywała w roku 2012 (3 rok działalności (...)) stawkę od 226% do 194% (k. 100). Model ERG nie ma bezpośredniego zastosowania na polskim rynku telekomunikacyjnym.

W konsekwencji Sąd Okręgowy, mając na uwadze naruszenie art. 28 ust. 1 pkt 2, pkt 5 lit c) i pkt 6 Pt uwzględnił odwołanie i uchylił decyzję.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł stosownie do przepisu art. 98 k.p.c. w związku z art. 98 § 3 k.p.c. w związku z art. 99 k.p.c., zaliczając do niezbędnych kosztów procesu poniesionych przez odwołującego wynagrodzenie radcy prawnego należne stosownie do § 14 ust. 3 pkt 1 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 (Dz. U. 2002 r., Nr 163, poz. 1349 ze zm.) w wysokości 360,00 zł, opłatę od pełnomocnictwa 17,00 zł oraz koszty odwołania 100,00 zł. Sąd Okręgowy na mocy art. 105 § 1 k.p.c. w związku z art. 98 § 1 postanowił obciążyć współuczestników kosztami procesu proporcjonalnie do ich udziału w niniejszej sprawie. Mając na uwadze, iż niniejsze postępowanie zostało zainicjowane na skutek wydania przez Prezesa UKE decyzji uchybiającej art. 28 Pt, Sąd Okręgowy uznał za zasadne obciążenie Prezesa UKE w całości

kosztem opłaty od odwołania oraz połową kosztów zastępstwa procesowego, pozostałą część zastępstwa procesowego zasądzając od zainteresowanego.

Apelacje od wyroku Sądu Okręgowego wnieśli pozwany i zainteresowany, zaskarżając wyrok w całości.

Spółka (...) zarzuciła naruszenie art. 28 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 ust. 1 Pt w zw. z art. 107 § 3 k.p.a. poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż zaskarżona decyzja Prezesa UKE z dnia 30 czerwca 2011 roku nr (...) została wydana z naruszeniem ww. przepisów, w szczególności uznanie, że w zaskarżonej Decyzji Prezes UKE nie uzasadnił w sposób dostateczny przyjętej wysokości stawek za zakańczanie połączeń w sieci (...), podczas gdy w uzasadnieniu Decyzji organ zawarł uzasadnienie zarówno dla zasadności stosowania asymetrycznych stawek za zakańczanie połączeń jak i ich wysokości.

W związku z powyższym skarżący wniósł o zmianę wyroku w całości poprzez orzeczenie o oddaleniu w całości odwołania powoda oraz o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych

Prezes UKE zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania, tj.

a) naruszenie art. 328 § 2 kpc, poprzez sporządzenie wadliwego uzasadnienia wyroku, w taki sposób, że uniemożliwia to przeprowadzenie kontroli instancyjnej przez Sąd drugiej instancji; oraz poprzez sporządzenie uzasadnienia zawierającego wewnętrzne sprzeczności, oraz poprzez niedostateczne wyjaśnienie podstawy prawnej zaskarżonego wyroku,

b) naruszenie art. 479<sup>64</sup> § 2 k.p.c. w zw. z art. 4 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/21/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. U. UE - sp. 13-29-349, dalej „dyrektywa ramowa”) poprzez uchylenie się przez Sąd pierwszej instancji od merytorycznego rozpoznania sprawy, oraz uchylenie decyzji z uwagi na brak przeprowadzenia dowodu w postępowaniu administracyjnym oraz braku w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji, co jest charakterystyczne dla modelu kasacyjnego, gdy odwołanie od decyzji administracyjnej zaskarżanej do Sądu Konkurencji i Konsumentów wszczyna od początku cywilne, rozpoznawcze i pierwszoinstancyjne postępowanie sądowe, w którym Sąd OKiK przeprowadza własne postępowanie dowodowe na zasadach cywilnego postępowania kontradiktoryjnego i w razie potrzeby dokonuje własnych ustaleń niezależnie od ustaleń organu administracyjnego oraz władny jest wydać orzeczenie merytoryczne treściowo odpowiadające decyzji administracyjnej,

c) naruszenie art. 321 k.p.c. w zw. z art. 479<sup>64</sup> § 2 k.p.c. w zw. z art. 28 ust. 6 z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jednolity Dz. U z 2014 r. poz. 243 ze zm. dalej „Pt”) poprzez uznanie, że dopuszczalne jest uchylenie przez Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzji o dostępie telekomunikacyjnym (zaskarżonej decyzji) w całości – w sytuacji, gdy Powód zaskarżył przedmiotową decyzję części tj. w pkt I oraz jego zarzuty i wnioski zmierzają tylko do jej zmiany w sposób określony w odwołaniu, ew. uchylenia decyzji jedynie w części, tj. w pkt I,

d) naruszenie art. 233 § 1 kpc polegające na dowolnej ocenie dowodów w sposób niewszechstronny, sprzeczny z zasadami logiki formalnej i zasadami doświadczenia życiowego, w szczególności pominięcie dokumentów znajdujących się w aktach administracyjnych, a także dokumentów powołanych przez Prezesa UKE w odpowiedzi na odwołanie bez wydania w tym przedmiocie postanowienia dowodowego,

- które to naruszenia miały wpływ na wynik sprawy.

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.

e) naruszenie art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. 2004.90.864/2 ze zm. dalej „TFUE” w zw. z przepisami Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/19/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu

do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (Dz. U. UE-sp. 13-29-323 ze zm. dalej „dyrektywa o dostępie”) i art. 19 ust. 1 i 2 Pt poprzez wadliwą interpretację i uznanie, że wspomniana wyżej dyrektywa ustanawia, „jak zasadę stawki zakańczanie połączeń w oparciu o koszty poniesione przez efektywnego operatora”, gdy wspomniana dyrektywa nie może sama w sobie ustanawiać obowiązków wobec jednostek (obywateli) oraz nie zawiera w sobie przepisów ustanawiających taką zasadę, oraz wadliwe zastosowanie przepisów Zalecenia z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie uregulowań dotyczących stawek za zakańczanie połączeń w sieciach stacjonarnych ruchomych 2009/396/WE (dalej „Zalecenie”), polegające na braku wykazania, iż ww. zalecenie doprecyzowuje jedynie obowiązki przyjęte w innych przepisach prawa wspólnotowego,

f) naruszenie art. 18 ust. 1, 2, 3 Pt poprzez błędną wykładnię i uznanie, iż wspomniany przepis odnosi się również do ww. Zalecenia,

g) naruszenie art. 13 ust. 3 dyrektywy o dostępie w zw. art. 6 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na pominięciu tych przepisów podczas orzekania oraz poprzez uznanie, iż stawki określone w zaskarżonej decyzji nie odpowiadają „stawkom symetrycznym” za zakończenie połączenia, w szczególności bez przeprowadzenia postępowania dowodowego w zakresie zasadności wprowadzenia przez Prezesa UKE okresu przejściowego dochodzenia do symetrii oraz poprzez uznanie, iż odstępianie od zasady symetrii i ciężar wykazania wysokości przyjętej asymetrii obciąża Prezesa UKE (w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji),

h) naruszenie art. 28 ust. 6 Pt i art. 28 ust. 1 pkt 1 – 8 Pt i art. 20 ust. 1 dyrektywy ramowej w zw. z art. 13 i art. 16 ust. 1 dyrektywy ramowej i pkt 1 Zalecenia poprzez uznanie, iż symetria ma być stosowana bez zachowania okresu przejściowego oraz bez nałożenia tożsamy obowiązków kosztowych,

Wskazując na powyższe zarzuty Prezes UKE wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie w całości odwołania powoda od skarżonej decyzji z dnia 30 czerwca 2011 r. nr (...) oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania za pierwszą instancję według norm przepisanych, a także o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych;

ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz ewentualnie pozostawienie temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach procesu.

Powód wniósł o oddalenie obu apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Obie apelacje jedynie częściowo zasługują na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny popiera ustalony przez Sąd Okręgowy stan faktyczny sprawy i uznaje go za własny, a skarżony wyrok uznaje za trafny w jego treści z przyczyn obszernie zaskarżonych w pisemnym jego uzasadnieniu.

Za bezzasadny należy uznać przede wszystkim zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c.

W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że zarzut obrazy tego przepisu może być skutecznym zarzutem apelacji tylko wtedy, gdy uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie posiada wszystkich koniecznych elementów, bądź zawiera tak kardynalne braki, które uniemożliwiają kontrolę instancyjną, zaś uzasadnieniu zaskarżonego wyroku takich zarzutów postawić nie można, odpowiada ono bowiem wszelkim wymogom art. 328 k.p.c. Sąd Apelacyjny nie podziela stanowiska skarżącego, iż w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku niedostatecznie została wyjaśniona podstawa prawna rozstrzygnięcia, ani że uzasadnienie to zawiera wewnętrzne sprzeczności. Niewątpliwie bowiem uzasadnienie zaskarżonego wyroku przedstawia tok rozumowania Sądu Okręgowego i umożliwia dokonanie oceny prawidłowości wydanego rozstrzygnięcia.

Za zasadny Sąd Apelacyjny uznał podniesiony w apelacji Prezesa UKE zarzut naruszenia art. 321 k.p.c. Nie ulega bowiem wątpliwości, że zakres rozpoznania sprawy przez Sąd I instancji został wyznaczony zakresem odwołania, które jednoznacznie wskazywało, iż obejmuje jedynie punkt I decyzji Prezesa UKE.

Tym samym uchylenie zaskarżonej decyzji w całości stanowiło wyjście ponad żądanie, co uzasadniało częściową zmianę zaskarżonego wyroku przez nadanie mu treści wskazanej w punkcie I wyroku Sądu Apelacyjnego.

Za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznał jednak pozostałe zarzuty obu apelacji.

W szczególności bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. sformułowany w apelacji Prezesa UKE.

Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że postawienie zarzutu obrazy art. 233 § 1 k.p.c. nie może polegać na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego przyjętego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów; skarżący może tylko wykazywać, posługując się wyłącznie argumentami jurystycznymi, że Sąd rażąco naruszył ustanowione w wymienionym przepisie zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów i że naruszenie to miało wpływ na wynik sprawy (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2000 r., I CKN 1169/99, OSNC 2000/7-8 poz. 139 i z dnia 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000, OSNC 2000/10 poz. 189). Jeżeli zatem z materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dawały się wysnuć wnioski odmienne.

Sformułowany przez skarżącego zarzut został odniesiony do dokumentów, jak wskazuje skarżący, pominiętych przez Sąd Okręgowy, a więc dowodów nie objętych oceną dokonaną przez Sąd Okręgowy, zaś takie uchybienie wymagało podniesienia w apelacji innych zarzutów niż naruszenie art. 233 § 1 k.p.c., który odnosi się do oceny dowodów dokonanej przez Sąd I instancji.

Za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznaje także podniesione w obu apelacjach zarzuty naruszenia prawa materialnego.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była zarówno sama zasada wprowadzenia dla zainteresowanego stawek asymetrycznych, jak i wysokość tych stawek określona w zaskarżonej decyzji.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela stanowisko Sądu Okręgowego, że ciężar dowodu co zarówno wykazania zasadności przyjętej asymetrii stawek, jak i co do ich wysokości obciąża Prezesa UKE.

Niewątpliwie trafnie skarżący podnoszą, że Zalecenia Komisji Europejskiej, na które powoływał się Sąd Okręgowy, nie są wiążące ani dla Prezesa UKE, ani dla sądu, co wynika wprost z treści art. 19 ust. 3 Pt. Tym niemniej sam obowiązek przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, a także wymóg uwzględnienia w możliwie największym stopniu wytycznych i zaleceń nakazuje w każdym wypadku odniesienie się do treści stanowiska KE i uzasadnienia odstępstw od ich zastosowania. Jak wskazał Sąd Okręgowy, zalecenia pełnią zatem wyłącznie rolę wskazówki i interpretacji przy stosowaniu prawa wspólnotowego, tym niemniej mają na celu ujednoczenie wykładni i stosowania prawa w krajach UE.

W ocenie Sądu Apelacyjnego trafne jest stanowisko Sądu Okręgowego, iż zasadą powinna być symetria stawek stosowanych przez przedsiębiorców, co oczywiście nie oznacza ich ujednoczenia.

Należy bowiem wskazać, że zgodnie z art. 40 ust. 1 Pt zasadą jest ustalanie opłat z tytułu dostępu w oparciu o ponoszone koszty.

Oczywiście w uzasadnionych wypadkach – jak wskazuje ustawodawca, w szczególnych wypadkach – Prezes UKE może, na podstawie art. 44 Pt, nałożyć na operatorów o znaczącej pozycji rynkowej inny obowiązek w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, niż m.in. wynikający z art. 40 Pt.

Tym niemniej takie odstępstwo od zasady powinno być uzasadnione.

Trafnie Sąd Okręgowy przywołał Zalecenie Komisji z 7 maja 2009 r., zgodnie z którym dla zastosowania asymetrii wymagane jest udowodnienie, że:

- nowy podmiot na rynku połączeń ruchomych działa poniżej minimalnej skali efektywności,
- ponosi wyższe jednostkowe koszty przyrostowe,
- stwierdzone są na rynku detalicznym bariery wejścia.

Tylko bowiem w takich warunkach organ regulacyjny może zezwolić na odzyskanie tych wyższych kosztów w okresie przejściowym poprzez uregulowanie stawki za zakańczanie połączeń, przy czym okres przejściowy nie powinien przekraczać 4 lat od wejścia operatora na rynek.

W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd Okręgowy wskazał, że zostało wykazane przez Prezesa UKE, iż (...) jest nowo wchodzącym na rynek operatorem telefonii ruchomej i nie osiągnął jeszcze minimalnej skali efektywności w początkowym okresie swej działalności; odpowiednio dużego udziału w przedmiotowym rynku (zakładanego 15 - 20% udziałów), co oznacza duże trudności z wejściem na ten rynek, a tym samym ze zbudowaniem atrakcyjnej cenowo czy jakościowo, czyli konkurencyjnej oferty handlowej (bariery wejścia).

Tym samym Sąd Okręgowy uznał za zasadne stanowisko, że aby zapobiec zagrożeniu konkurencyjności oraz w celu ochrony konkurencji, konieczne było ustalenie takiego modelu rozliczeń międzyoperatorskich (asymetria), które umożliwiłyby (...) budowanie pozycji rynkowej pozwalającej na konkurowanie z innymi podmiotami, w szczególności z operatorami zasiedzającymi.

Nie ulega wątpliwości, że uzasadnieniem dla wprowadzenia stawek asymetrycznych może być fakt, że operator nowo wchodzący na rynek, na którym działają już operatorzy zasiedziali, co do zasady ponosi wyższe koszty związane z pokonaniem barier wyjścia na rynek.

Nie jest jednak wystarczającym uzasadnieniem stwierdzenie, że „z dużym prawdopodobieństwem można przyjąć, że koszty jednostkowe ponoszone przez (...) są wyższe niż koszty ponoszone przez trzech operatorów zasiedziały (...), zawarte w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji.

Należy przy tym zgodzić się z Sądem Okręgowym, że Prezes UKE nie przedstawił w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji żadnych relewantnych danych liczbowych i ich analizy, która podlegałaby obiektywnej weryfikacji przez Sąd.

Nie zostały wykazane wyższe koszty ponoszone przez zainteresowanego, uwzględniające specyfikę jego działalności, a także nie poddano analizie kwestii powiązań zainteresowanego z innym operatorem działającym na rynku, na co także trafnie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy.

Bezsporne jest, że przyjęte w decyzji Prezesa UKE stawki zostały przejęte bezpośrednio ze Stanowiska Prezesa z dnia 10 listopada 2010 r. Samo opublikowanie takiego Stanowiska nie zwalnia jednak Prezesa UKE z obowiązku wykazania, że w konkretnej decyzji wydanej w stosunku do określonego przedsiębiorcy, przyjęte stawki są zasadne oraz wykazania sposobu ich wyliczenia.

Należy podkreślić, że wbrew zarzutom podniesionym przede wszystkim w apelacji Prezesa UKE, Sąd Okręgowy nie zakwestionował zasadności wprowadzenia asymetrii stawek, wskazując przede wszystkim na brak wykazania przesłanek uzasadniających określoną w decyzji wysokość stawek.

Tym samym nie ma podstaw do przyjęcia, że doszło do naruszenia art. 28 Pt.

Sąd Apelacyjny nie znalazł też podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 479<sup>64</sup> § 2 k.p.c. w zw. z art. 4 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/21/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram



regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. U. UE - sp. 13-29-349, dalej „dyrektywa ramowa”) poprzez uchylenie się przez Sąd pierwszej instancji od merytorycznego rozpoznania sprawy.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego co do braku podstaw do zmiany decyzji i samodzielnego ustalenia przez Sąd Okręgowy wysokości stawek.

Bezsporne jest bowiem że w decyzji (...) na (...) nie został nałożony obowiązek na podstawie art. 40 Pt, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty, ale obowiązek z art. 44 Pt, polegający jedynie na zakazie stosowania przez (...) zawyżonych stawek za zakańczanie połączeń głosowych w ruchomej publicznej sieci telefonicznej (...). Uwzględnienie symetrii doprowadziłoby do kalkulacji stawki (...) w oparciu o ponoszone koszty, co odpowiada treści obowiązku z art. 40 Pt, nie zaś art. 44 Pt. Biorąc pod uwagę konieczność ujednoczenia sytuacji przedsiębiorcy telekomunikacyjnego wynikającej z różnych decyzji Prezesa UKE, trafnie Sąd Okręgowy uznał, że nie można zastosować symetrii w zakresie stawek MTR jakie obowiązani są stosować operatorzy (...) do rozliczeń z nowowchodzącym operatorem mobilnym, w tym wypadku (...).

Z kolei żadna ze stron nie przedstawiła dowodów umożliwiających ustalenie tych stawek w innej wysokości, uwzględniającej sytuację zainteresowanego jako operatora nowowchodzącego.

Wydane przez Sąd Okręgowy orzeczenie jest zatem rozstrzygnięciem co do istoty sprawy wskazującym, iż brak jest podstaw do zmiany wcześniejszej decyzji Prezesa UKE w sposób określony w zaskarżonej decyzji.

Mając powyższe na względzie Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. częściowo zmienił zaskarżony wyrok, zaś w pozostałym zakresie obie apelacje, jako bezzasadne, oddalił na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c., uznając, iż skoro zmiana wyroku obejmowała jedynie korektę związaną z naruszeniem art. 321 k.p.c., co do zasady należy kosztami postępowania apelacyjnego obciążyć skarżących.